**UNIVERSIDADE DE LISBOA**

**FACULDADE DE DIREITO**

# Das lacunas da lei, no Direito português – – *maxime*, do disposto no art. 203.º da CRP ("Os tribunais […] apenas estão sujeitos à lei.")

*Tese*: designa-se por *lacuna da lei* a norma legal consubstanciada na *extensão teleológica* subjectivista-historicista de norma revelada no texto legal.

*João Pedro Charters de Azevedo Marchante*

*Orientador: Prof. Doutor António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro*

*Tese especialmente elaborada para obtenção do grau de Doutor em Direito - Ciências Jurídicas*

*2018*

**UNIVERSIDADE DE LISBOA**

**FACULDADE DE DIREITO**

# Das lacunas da lei, no Direito português – – *maxime*, do disposto no art. 203.º da CRP ("Os tribunais […] apenas estão sujeitos à lei.")

*Tese*: designa-se por *lacuna da lei* a norma legal consubstanciada na *extensão teleológica* subjectivista-historicista de norma revelada no texto legal.

*João Pedro Charters de Azevedo Marchante*

*Orientador: Prof. Doutor António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro*

*Tese especialmente elaborada para obtenção do grau de Doutor em Direito - Ciências Jurídicas.*

*Júri:*
*Presidente:*
*Doutor José Artur Anes Duarte Nogueira, Professor Catedrático e Presidente do Conselho Científico da Faculdade de Direito desta Universidade, Presidente do Júri, por delegação de competências, das Provas de Doutoramento no ramo de Direito, especialidade de Ciências Jurídico-Civis, da mesma Faculdade, requeridas pelo Mestre João Pedro Charters de Azevedo Marchante.*
*Vogais:*
*- Doutor Fernando José Couto Pinto Bronze, Professor Catedrático*
*Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra;*
*- Doutor Manuel António de Castro Portugal Carneiro da Frada, Professor Associado Faculdade de Direito da Universidade do Porto;*
*- Doutor António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, Professor Catedrático*
*Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, orientador;*
*- Doutor Miguel Fernando Pessanha Teixeira de Sousa, Professor Catedrático*
*Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;*
*- Doutor Paulo Manuel Cunha da Costa Otero, Professor Catedrático*
*Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;*
*- Doutora Maria Fernanda dos Santos Martins Palma Pereira, Professora Catedrática*
*Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;*
*- Doutor Luís Pedro Rocha de Lima Pinheiro, Professor Catedrático*
*Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.*

*2018*

*Menções obrigatórias*:

*"Documento provisório"*

*"Documento especialmente elaborado para a obtenção do grau de doutor"*

*"Doutoramento em Direito - Ciências jurídico-civis"*

*Universidade de Lisboa - Faculdade de Direito*

*(Prova: com júri constituído, a aguardar a indicação de data)*

*João Pedro Charters de Azevedo Marchante*

(joaopedromarchante@gmail.com)

*Orientador:*

*Prof. Doutor António Menezes Cordeiro*

*Maio de 2017*

*Informação:*

*O texto entregue à Universidade de Lisboa, para prova de doutoramento, coincide com o texto que segue (e que começa na página "I").*

*Assinala-se que as correcções que constam da Errata junta já constam do texto, sem que a paginação tenha sido alterada.*

*Na Adenda documental, os documentos de leitura difícil, em especial manuscritos no âmbito da feitura do Código Civil e trabalhos preparatórios da Constituição da Alemanha, foram novamente reproduzidos, em melhores condições informáticas, acompanhados, alguns dos manuscritos, da correspondente transcrição dactilográfica.*

*Tudo nos termos das notas de pé-de-página presentes na Errata.*

# *Errata, Maio 2017*[1]

***(Ao texto "Das lacunas da lei no Direito português […]" – texto para prova de doutoramento, na Universidade de Lisboa - Faculdade de Direito, de João Pedro Charters de Azevedo Marchante)***

## *A) Erros de correcção necessária à leitura*

V (páginas de entrada, verso do Pedido), linha 3, quanto ao texto de *Canaris*: 2., überarbeitete Auflage, Berlin, Duncker e Humblot, 1983. Assinala-se que este texto falta na bibliografia.
II (do Resumo), linha 24: quer na aplicação
III (do Resumo), 2.º b), linha 5: preparatórios~~;~~,
XIV (do Resumo), s) (i), linha 4: (ii))
XXVIII (do Resumo), linha 13: *qui*mérico
XXIX (do Resumo), linha 10: ~~récusation~~ refutation
10, linha 9: Direito n~~a~~os
25, §16: *
29, linha 1: [enquanto…… por sua vez, estas, a estar consumptas nas…… abelhas]
38, linha 19: população:
92, linha 6: ~~quatro~~ duas
94, linha 13: E ~~todos os~~ trabalhos
111, linha 8: vários ~~/~~
175, linha 4:~~in~~utilidade
176, 6.º, linha 2: comunidade:~~—~~
228, linha 6: não é a dignidade
231, linha 15: de ~~outros~~ dados legais

---

1

**1.º** Os erros de correcção necessária constam da parte A.
**2.º** Os erros de correcção conveniente constam da parte B.
**3.º** Os erros que não dificultam a leitura (por exemplo, algumas vírgulas, inclusive, entre sujeito e predicado, repetições de palavras, trocas de letras, sublinhados) não são corrigidos.
**4.º** Junta-se *cd*: nele, reproduz-se documentos cuja leitura é difícil em suporte papel; alguns manuscritos são transcritos dactilograficamente. Do *cd* consta, ainda, o esquema da pág. 320-A rectificado, e a pág 40 do vol. 8 dos trabalhos preparatórios da Constituição Alemã (em falta na versão papel).
**5.º** Junta-se "plano do texto" (o índice sem indicação de parágrafos, nem de páginas).
**6.º** Cada correcção é apresentada com indicação, designadamente, da página e da linha. Aos *dois pontos*, segue-se as alterações, destacadas por rasuras e sublinhados.
**7.º** Tem-se presente várias (e pequenas) falhas na paginação. Elas não são corrigidas. A indicação de cada página é feita eliminando eventuais dúvidas.

255, linha 9: como já dito, normas
268, 4.º linha 7: efeitos jurícos
286, linha 15: e 152.º, ~~)~~ ou o disposto no art. 125.º ao tratar dos negócios).
314, iii) linha 15: Livro 2.º (§115).
320 A: acrescenta-se seta tracejada de "trabalhos preparatórios" para "textos legais". Seta que simboliza a função de glossário dos trabalhos preparatórios.
322, ii), linha 22: essas ~~por~~
332, 1.º, linha 15: os correspondentes §§120 e ss.,
360, §184, linha 6: de 19447~~7~~)
361, §185, linha 13: exposto – em antecipação: a lacuna
363, §188, linha 3-linha 5: elimina-se essas 3 linhas.
363, §188, linha 3-linha 6: Recordando o que se disse (§§ 159, 3.º iv e 179)
376, §194, linha 3: indeterminados (v.g., §§ 104 e ss., e 164, 2.º)
377, linha 13: abre~~ia~~
379, §195, linha 9: art. 334.º,~~;~~
392, linha 6: sistema, não tem lugar para salvar
393, linha 19: jurídico, sendo imprescindível a sua observância.
402, linha 7: ~~da CRP~~ ambos da Constituição alemã.
402, linha 12: Revolução de 1974
405, linha 3: [(cabendo……art. 4.º da Constituição de 33].
406, linha 19: Reconhece-~~se~~o
424, linha 1: alemão em 1935 e o *são sentimento do povo*~~,~~; e, na Doutrina,
429, 4.º, linha 7: legislador (§214, 4.º).
442, linha 9: (§§77 e 89).
447, linha 4: (e não pela legalidade fechada)
447, nota 112, linha 2: "*A Constituição*…." pp. 212-225 (onde *reconduz* a 2.ª parte do art. 203.º à sua alusão à *independência*; tal como a Juíza Conselheira Assunção Esteves , no seu voto de vencido, no Acórdão 810/93, do Tribunal Constitucional) e Ricardo Branco com o~~s~~ seu~~s~~ "*Ainda a submissão*…", p. 271. Ou, com conclusão semelhante à do Professor, com fundamentação sintética, a Juíza Conselheira e Professora Maria Lúcia Amaral, no seu "*A forma da República*…", pp. 158 e 159, bem como Luís S. Cabral de Moncada no seu "*Estudos*…", p. 425 e ss. Finalmente, suscitando dúvidas acerca da fundamentação, cabe referir Pedro Albuquerque (no seu "*Direito das Obrigações*…", p. 176-180). O Professor fundamenta quer no disposto no art. 202.º da CRP (com a abonação de Menezes Cordeiro – cabendo assinalar que o trecho abonatório, presente no "*Tratado…"*, I, I, 140, 3.ª ed., 2005, deixou de constar da 4.ª ed., 2012, p. 487 e 488), quer na "impossibilidade metodológica", e na "natureza das coisas" (concitando, plausivelmente, a *pré-compreensão*); também texto de Francisco Aguilar (o seu "*Norma do caso*…", pág. 181 e 182) suscita dúvidas, ao invocar, como limite, não a "lei" do art. 203.º, mas,

sim, quer a "justiça" consagrada no art. 202.º, quer o *Direito* (evidenciando proximidade com a Lição de Jorge Miranda); concluindo por o disposto no art. 203.º *não poder ser levado a sério pelo intérprete, em toda a sua extensão*. Sobre estes textos dos Professores Pedro Albuquerque e Francisco Aguilar, ainda que concitem dúvidas, remete-se para os §§ 91 e 131.
Em suma: Vital Moreira tem, na Academia, nos termos acima referidos, a obra que mais se afasta da Lição dominante. Assinala-se, na Magistratura, a refutação da juridicidade, mercê do disposto no art. 203.º, no texto do Juiz-Conselheiro Almeida Lopes, "*Princípios…*", p. 125 e ss. Cabe, a propósito, referir José Lamego no texto logo destacado nas páginas de entrada (ainda que esta invocação não signifique refutação, pelo Professor, do principialismo judicial).

447, nota 113: No seu "*Em defesa…*". Assinala-se que no texto do Professor não há referência ao art. 203.º

456, 2.º, linha 1: ~~A~~Na autonomização do Direito ante a lei (~~;~~*rectius*, ante o Direito legal),

456, 2.º, linha 6: chega~~r~~ à norma

457, linha 1: por A, movido por ciúme~~rime,~~ de ~~A~~B,

457, linha 10: de analogias características da função do jurista-Pretor, da função do legislador, na Comunidade.

457, linha 26: ao longo d~~a~~os Livros ~~ção~~ 2.~~-~~º e 3.~~-~~º

480, 2.º, linha 7: subsidiários~~:~~ . ~~a~~ A

484, nota 129, linha 2: manuscrita. A acima afirmada ruptura operada pela Constituição de 1976, relativamente ao Direito desde a Fundação da Nacionalidade (pelo legalismo fechado *vs* translegalismo), afasta-se da Lição de Barbas Homem ao considerar a solução no art. 203.º como *tradição histórica* (*"O justo…"*, p. 92). Aventa-se que o Professor, quanto à Constituição de 33, defenda o regime defendido por Antunes Varela.

491, §261, linha 13: no disposto

504, linha 12: ~~significam~~ referem-se, estas palavras, ao direito positivo ou ao direito superior à lei

507, linha 12: todos"

511, linha 23: art. ~~20.º/3~~ 97.º

571, linha 8: Moncada, Luís ~~S.~~ Cabral de; assinala-se que os "*Estudos de Direito Público*", Coimbra, Coimbra Editora, 2001, são da autoria de Moncada, Luís S. Cabral de.

572, linha 3: Moncada, Luís S. Cabral de; assinala-se que o texto acima referido tem lugar a propósito deste Autor.

### *B) Erros de correcção conveniente à leitura*

V (páginas de entrada, verso do Pedido), linha 4: ensina~~,~~

II (do Resumo), linha 19: principialista,

XXII (do Resumo), 2.º, linha 4: secundárias~~,~~

173, linha 21: valores, ~~legislar,~~
247, 8.º, linha 13: do~~s~~ disposto no art 203.º.
257, linha 5: ~~puro~~perfeito
277, linha 2: inevitável~~is~~ (e imprescindível~~is~~)
295, linha 14: na falta de norma
296, linha 9: administrativos)
317, 4.º, linha 3: de~~os referidos~~ elementos
340, linha 5: de se expor~~mos~~
365, 3.º, linha 4: contemplado~~a~~
373, 2.º, linha 5: extensiva na Hipótese
390, linha 13: ~~em que vinga o vector~~ objectivista
414, linha 2: se~~r~~m prejuízo
418, linha 1: Professor~~,~~
418, linha 3: b) *De iure*
421, linha 8: imperativo"
441, g) linha 2: esclarece~~m~~
445, 2.º, linha 3: poder, ou não poder, declarar
446, nota 111, linha 4: p.499, não se encontrando aí resposta para as reservas ao legalismo aberto.
454, 2.º, linha 16: para ~~que~~ entregar
455, linha 6: ~~viram~~ vê-se
460, 4.º, linha 8: proporcionalidade, ali vertida,
466, 12.º, linha 3: interpretaç~~ões~~ão declarativa~~s~~ lata e interpreta~~tivas~~ção declarativa~~s~~
468, 2.º c) linha 2: E haver outras
469, subtítulo 11.º, linha 2: §232-A
473, linha 5: Os aventados factos marcantes são
487, linha 6: tornam-se muito prováveis
487, §251, linha 6: para o art. 115.º d~~o~~a
489, §257, linha 6: Artigo 20.º, n.º 3 (podendo ser referido por art. 20/III ou art 20.º/3)
517, linha 6: tornam-se muito prováveis
527, linha 22: Voltando
530, linha 1: Passar ~~d~~o

# Plano

**Resumo**

**Livro 1.º-** Introdução ao tema e apresentação do modo de o expor.

**Título 1.º** O tema, a *caracterização preliminar da lacuna*, os problemas concitados (*maxime*, os limites do jurídico no Direito português), e a antevisão do conceito *lacuna*.

**Título 2.º** Apresentação e justificação do modo de expor o tratamento do tema (ou: acerca do discurso jus-científico).

**Livro 2.º-** Da delimitação do Direito português, em função do regime da fonte do Direito (com os seus corolários em sede do regime do método jurídico).

**Título 1.º** Considerações preliminares – *maxime*, da relação entre *regime da fonte do Direito* (*maxime*, do modo de revelação do Direito) e *regime do método jurídico* (ou: metodonomia). O tema nuclear: *unde ius*?, *onde procurar o Direito para resolver o caso*?

**Título 2.º** Regime-regra da fonte do Direito (com os seus corolários em sede do regime do método jurídico): o positivismo legalista democrático. Corolários jus-científicos.

**Subtítulo 1.º** Considerações preliminares.

**Subtítulo 2.º** Da consagração do positivismo legalista na Constituição da República Portuguesa, de 1976.

**Capítulo 1.º-** O significado *primeiro* das palavras do art. 203.º: a consagração do *positivismo legalista democrático*.

**Capítulo 2.º-** Os trabalhos da Assembleia Constituinte confirmam o *positivismo legalista democrático*.

**Capítulo 3.º-** Os trabalhos da Revisão Constitucional de 1982 confirmam o *positivismo legalista democrático*.

**Capítulo 4.º-** Os trabalhos da Revisão Constitucional de 1989 confirmam o *positivismo legalista democrático*.

**Capítulo 5.º-** Os trabalhos da Revisão Constitucional de 1997 confirmam o positivismo legalista.

**Capítulo 6.º-** O enquadramento, na Constituição, do disposto no art. 203.º confirma o *positivismo legalista democrático*.

**Capítulo 7.º-** As conjunturas histórica e actual, e a teleologia referentes ao disposto no art. 203.º confirmam o *positivismo legalista democrático*.

**Capítulo 8.º-** O regime da dignidade da pessoa humana como paradigmática confirmação do positivismo legalista democrático.

**Capítulo 9.º-** Conclusão. Explicitações. Corolários.

**Secção 1.ª-** Conclusão: o Direito português é positivista legalista democrático.

**Secção 2.ª-** Explicitações conceptuais e fixação terminológica

**Secção 3.ª-** Explicitações referentes à indelegabilidade da nomogénese/ imodificabilidade da competência jurisdicional.

**Secção 4.ª-** Explicitações referentes a "princípios", no art. 204.º da CRP.

**Secção 5.ª-** Explicitações referentes ao regime dos *direitos, liberdades e garantias* como regime normativo e não como regime principialista.

**Secção 6.ª-** Explicitações referentes ao regime jurídico-constitucional do método jurídico.

**Secção 7.ª-** Explicitações referentes ao *Direito*: sistema jurídico; norma sistémica; acepção de *Direito*; especificidades da realidade e da linguagem jurídicas.

**Secção 8.ª-** Corolários juscientíficos: das fontes historiograficamente primárias; da pré-compreensão e sua polissemia.

**Secção 9.ª-** Corolários juscientíficos: da plasticidade do jurista; da jus-cientificidade.

**Título 3.º** Regimes-excepção da fonte do Direito (como sejam os actos jurígenas, *v.g.*, o negócio jurídico; e o acórdão cf. ao disposto no art. 282.º/4, da CRP) – brevíssimas referências.

**Título 4.º** Para o conceito *lacuna*.

**Livro 3.º-** (*Cont*. do Livro 2.º) Da delimitação do Direito português, em função do regime do método jurídico (*rectius*, das explicitações e densificações do regime do método jurídico apresentado no Livro 2.º).

**Título 1.º** Considerações preliminares: *maxime*, sobre os ponto-de-partida e ponto-de-chegada do *caminho* que é o método jurídico.

**Título 2.º** Regime-regra do método jurídico: a concatenação dos seguintes dois métodos: a *exegese subjectivista-historicista* (na interpretação da lei) e a *extensão teleológica subjectivista-historicista* (na detecção/integração de lacunas, e no preenchimento de conceitos indeterminados normativos).

**Subtítulo 1.º** Considerações preliminares: *maxime*, da sede legal

**Subtítulo 2.º** Do método da interpretação da lei: a exegese subjectivista-historicista.

**Capítulo 1.º-** Considerações preliminares: *maxime*, o texto da lei e os trabalhos preparatórios como as únicas *fontes historiograficamente primárias* do pensamento do legislador.

**Capítulo 2.º-** O subjectivismo-historicista e o texto da lei.

**Capítulo 3.º-** O subjectivismo-historicista e os trabalhos preparatórios.

**Capítulo 4.º-** O subjectivismo-historicista e o significado prevalecente (ou: definitivo).

**Subtítulo 3.º** Do método da detecção/ integração de lacunas (e do preenchimento de conceitos indeterminados normativos): da *extensão teleológica subjectivista-historicista*.

**Capítulo 1.º-** O conceito *lacuna* (cf. o Livro 2.º, Título 4.º, e o Livro 3.º, neste Capítulo).

**Capítulo 2.º-** O conceito indeterminado normativo.

**Subtítulo 4.º** Da *concatenação* entre os dois métodos apresentados nos Subtítulos anteriores.

**Subtítulo 5.º** Explicitações finais. *Maxime*, do reforço e expansão do *jurídico* como corolário do fechamento positivista legalista do sistema jurídico.

**Título 3.º** Regimes-excepção do método jurídico – brevíssima referência.

**Livro 4.º-** *Em diálogo*: textos doutrinais brevemente comentados à luz da Hipótese.

**Título 1.º** Considerações preliminares

**Título 2.º** O art. 203.º da CRP na Literatura jus-doutrinal

**Subtítulo 1.º** Textos de Jorge Miranda

**Subtítulo 2.º** Textos de Castanheira Neves

**Subtítulo 3.º** Textos de Gomes Canotilho

**Subtítulo 4.º** Textos de Gomes Canotilho e Vital Moreira

**Subtítulo 5.º** Textos de Vital Moreira

**Subtítulo 6.º** Textos de Fernando Pinto Bronze

**Subtítulo 7.º** Textos de Miguel Teixeira de Sousa

**Subtítulo 8.º** Textos de Paulo Otero

**Subtítulo 9.º** Textos de Lima Pinheiro

**Subtítulo 10.º** Textos de Rui Medeiros e Maria João Fernandes

**Subtítulo 11.º** A terminar

**Apêndice -** O tema *de iure constituendo*. Ou: do *positivismo legalista* como *mal menor*, com breve referência histórico-comparada.

**I)** A solução *de iure constituendo*

**II)** Brevíssima referência à História do Direito

**III)** Brevíssima referência comparatística

**A)** Resenha de disposições de algumas das Constituições, no Continente europeu

**B)** Retomando a Constituição da Alemanha

**C)** *Cont.*: acerca do art. 97.º da Constituição alemã

**D)** *Cont.*: acerca do art. 20.º/3 da Constituição alemã

**E)** *Cont.*: em tema de aventadas hipóteses de conciliação entre as duas normas da Constituição alemã. Com referência ao Direito italiano e ao Direito português

**F)** *Cont.*: Da aventada hipótese de conciliação à luz de outros dados interpretativos, *maxime* à luz dos trabalhos preparatórios.

# DAS LACUNAS DA LEI, NO DIREITO PORTUGUÊS – – *MAXIME*, DO DISPOSTO NO ART. 203.º DA CRP ("OS TRIBUNAIS [...] APENAS ESTÃO SUJEITOS À LEI.")

*Tese*: designa-se por *lacuna da lei* a norma legal consubstanciada na *extensão teleológica* subjectivista-historicista de norma revelada no texto legal.

*Ou:*

**ONDE, A PROPÓSITO DA EXPLICITAÇÃO DO CONCEITO *LACUNA*,**

**O DIREITO PORTUGUÊS SE EVIDENCIA COMO**

**DIREITO LEGALISTA DEMOCRÁTICO E EXEGÉTICO-SUBJECTIVISTA-HISTORICISTA**

*Ou, ainda:*

**ONDE, A PROPÓSITO DA EXPLICITAÇÃO DO CONCEITO *LACUNA* NO DIREITO PORTUGUÊS, SE VERIFICA A RECUSA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE *PONDERAÇÕES JUDICIAIS DE VALORES E PRINCÍPIOS***

***Pedido:***

A hipótese, no título aflorada e em seguida antevista no resumo, diverge – em matérias que infundem o *edifício jurídico* – da Lição dominante na Academia, desde os anos 70; é, pois, plausível que concite, de imediato, muitas e impressivas objecções. Justifica-se, assim, pedir a benevolência de a não rejeitar liminarmente.

*Acresce, a favor da benevolência pedida:*

**1.º** A *hipótese* funda-se em pressupostos comuns aos da Lição dominante (como seja o de que o Direito é normatividade radicada *na comunidade* e não *em cada indivíduo*). Pelo que o diálogo entre *a hipótese* e *a Lição* flui com naturalidade, possibilitando detecção de *incoerência.*

**2.º** A *hipótese* reflecte *capitais ensinamentos* de Mestres do Direito. Como sejam:

**a)** o *centramento* do trabalho jus-científico nas *fontes [historiograficamente] primárias* de cada ordenamento jurídico, *espácio-temporalmente delimitado,* tendo presente Lição de *Claus-Wilhelm Canaris*;

**b)** a recondução dos temas *fontes do Direito* e *método jurídico* ao Direito constitucional (convocando o disposto no art. 203.º da CRP) enfatizada por *José Lamego*;

**c)** a íntima ligação entre, por um lado, a democracia e a separação dos poderes, e, por outro lado, o positivismo legalista, bem como a *desdiabolização* deste (ao desassociar *positivismo* e *Direito na Alemanha nazi* – sendo, este, exemplo de Direito eminentemente *translegalista principialista*), retomadas por *José Lamego*;

**d)** as reservas perante o *translegalismo principialista judicial* apostas, designadamente, por *Vital Moreira*;

**e)** a vinculatividade das normas legais sobre o *método de interpretação*, retomada por *Teixeira de Sousa*;

**f)** e, por fim, a decisivamente relevante reabilitação do *subjectivismo historicista*, operada por *Menezes Cordeiro*.**(I)**

*Cabe assinalar:*

Ainda que estes ensinamentos tenham, *per se*, escassa relevância (*inclusive*, no seio das obras jus-científicas de que são parte), é a *encruzilhada* destes *capitais ensinamentos* (de que a *hipótese* é corolário), prenúncio de *viragem* do discurso doutrinal, ao encontro da *comunidade e do seu Direito de legalidade democrática*.

**(I)** Respectivamente,

**a)** *Claus-Wilhelm Canaris*, *Die feststellung von Lucken im Gesetz*, 2., überarbeitete Auflage, Berlin, Duncker e Humblot, 1983, pág. 37, §28: sobre lacunas que não podem ser deduzidas da teleologia imanente da lei, ensina *Claus-Wilhelm Canaris* que, nesses casos, "a medida de detecção de lacunas deve ser extra-legal; porém, não pode ser extra-jurídica, em razão da sujeição do juiz à lei e ao direito nos termos e para os efeitos do art. 20 III GG. O Direito vigente funda-se no entanto – muito para além da teleologia da lei – no acervo de bases de valoração extra-legais, mas nem por isso extra-jurídicas; é o âmbito dos 'princípios gerais de Direito' e dos 'valores supra-legais'. Também a esses o juiz – *porque a Lei Fundamental* sujeita o juiz à lei e ao Direito – está sujeito, também deles ele pode, por isso, deduzir a sua legitimidade para o *desenvolvimento* da lei."

*Nota de tradutor*: atendendo a que, no Direito alemão, não há normas específicas sobre interpretação e integração, é defensável aglutinar na palavra *desenvolvimento* quer a integração pela "teleologia da lei", quer o *desenvolvimento do Direito superador* da lei (tendo presente a expressão portuguesa usada por José Lamego, na tradução da *Metodologia da ciência do Direito*, de *Karl Larenz* – em especial, pág. 519). No entanto, perante o Direito português, em que há normas legais sobre estas matérias (estabelecendo fronteiras entre operações sistemicamente admissíveis e operações sistemicamente não admissíveis), cabe evitar tal aglutinação. Assim, poder-se-ia usar *complementação do Direito* para a integração, ou seja, para normas *ainda imanentes à lei*; e *desenvolvimento do Direito* para normas que já não são *meramente imanentes à lei*, mas, sim, *superadoras da lei*.

Assinala-se que o *itálico*, no trecho traduzido, não consta do original: evidencia que os "princípios gerais de Direito" e os "valores supra-legais" são atendíveis pelo juiz, na determinação da norma, *porque* a Lei Fundamental o permite. Assim, as normas constitucionais sobre fontes e método são vinculativas. Se essas normas estabelecessem relevância diferente para *valores* e *princípios*, então, a esse outro regime estaria o intérprete vinculado.

Em suma: consoante estas normas fundantes de um sistema jurídico, assim o Direito de cada país. Por exemplo, no Direito português actual, encontra-se, como se constatará ao longo do texto, *fontes historiograficamente primárias* diferentes da referida por *Claus-Wilhelm Canaris* a propósito do Direito alemão. São, elas, designadamente, os artigos 203.º e 3.º/2, da CRP, e trabalhos seus parlamentares: aí, após discussões e votações parlamentares, de forma expressa e reiterada, ao longo de décadas (em 1976, 1982, 1989 e em 1997), a comunidade opta por os tribunais estarem apenas sujeitos "*à lei*", recusando acrescentar ao art. 203.º, o *Direito tout court* como critério da actividade jurisdicional: Ou seja, recusando a seguinte fórmula alternativa: os tribunais apenas estão sujeitos "à lei *e ao Direito*".

**b)** *José Lamego*, *Elementos de metodologia jurídica*, *passim*, em especial, págs 10 e 293-297. Cabe assinalar, a propósito da "recondução" do tema *fontes do Direito* à Constituição, ainda que com diferente alcance (atenta a não-exclusividade da Constituição enquanto *fonte sobre o regime das fontes*), a Lição oral de *Lima Pinheiro*, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no ano lectivo 1999-2000, bem como *Introdução ao Estudo do Direito I*, ano lectivo 2015/2016, *diapositivos* 351-360.

Cabe assinalar, quanto à recondução do regime das *fontes do Direito* à Constituição, a Lição de *Gomes Canotilho*, no seu *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3.ª Edição 1998, Almedina, pp. 617-618.

**c)** Respectivamente, *José Lamego*, *idem*, e *Nótula do tradutor*, junto à *Metodologia da ciência do Direito*, de *Karl Larenz*, 3.ª ed., págs. 704-706.

**d)** *Vital Moreira*, https://youtu.be/Ay6FF5N8zjg?t=27m (transcrito no Apêndice documental).

**e)** *Teixeira de Sousa*, *Introdução ao Estudo do Direito*, págs, 323 e 324.

**f)** *Menezes Cordeiro*, *Tratado de Direito Civil* I, 4.ª ed., págs. 707-717. Cabe assinalar, a propósito dessa "reabilitação", ainda que com diferente alcance (atenta a contraposição entre *leis antigas* e *leis recentes*), a Lição oral de *Lima Pinheiro*, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no ano lectivo de 1999-2000, bem como *Introdução ao Estudo do Direito I*, ano lectivo 2015/2016, *diapositivos* 402, 416 e 426-429.

Finalmente, uma explicitação terminológica: a "hipótese" acima referida é o conjunto *tese e teses-premissas*, com a correspondente fundamentação (antevistas no resumo que segue). Doravante, "hipótese" com este significado é escrita com maiúscula

.

***Resumo***

**(incluindo *fixação terminológica*, em jeito de glossário ao texto da *tese*)**

## A)

## Resumo da *tese*:

## Tese: designa-se por lacuna da lei a norma legal consubstanciada na *extensão teleológica* subjectivista-historicista de norma revelada no texto legal.

(i) *Lacuna da lei* é o *nome* da *norma legal* consistente na *extensão* de uma norma que, por sua vez, é também legal, é apurada por *exegese subjectivista-historicista*, e não é norma insusceptível de ampliação (*v.g*., por ser *excepcional*); *ampliação* essa que tem a medida ditada por *analogia*, isto é, pela *teleologia* da norma sujeita a *ampliação*; *rectius*, da *teleologia* que, demonstravelmente, à luz dos textos legais (incluindo os trabalhos preparatórios), *foi a teleologia tida como procedente* no *caso* pelo *legislador* (e não, ainda que plausível, a *aventada pelo intérprete*).

(ii) a lacuna (ou: *norma lacunar*) é [afinal] uma *norma legalmente positivada*. E não *ausência de norma* sobre matéria para a qual, à luz do sistema, e em sede jurisdicional, *deve existir* norma; é, sim, *ausência*, nos textos legais publicados, de norma sobre matéria para a qual, nesses textos conjugados com os trabalhos preparatórios, *já existe* norma.

Em função da clareza proporcionada, pode-se dizer que a lacuna é uma norma legal cujo conhecimento, pelo tribunal, implica operações metodológicas específicas, consistentes, estas, na devida *interpretação extensiva* [na noção dada pela Doutrina dominante – e não na adiante aventada no Livro 3.º] fundada em teleologia subjectivista-historicista.

## B)

## Resumo das explicitações, concitadas pelo tema, referentes aos regimes das fontes e do método. Ou: do *legalismo democrático e exegético-subjectivista-historicista.*

**1.º (Das fontes do Direito, *maxime*, dos modos de revelação do Direito)** O Direito português *consagra*, quanto ao *modo da sua revelação*, o *positivismo legalista*, *rectius*, o positivismo legalista *democrático*, em que cabe ao *legislador*, legitimado pela comunidade que é a portuguesa, a *ponderação* de interesses conflituantes, consubstanciando-se, tal ponderação, na criação das *normas jurídicas*; *normas* que, *positivadas* nos textos legais (como exemplos, a Constituição, um regulamento da União Europeia, uma lei da Assembleia da República, um regulamento autárquico), se *revelam* à comunidade, e são, por esta, cognoscíveis.

Esta ponderação dos variados *interesses* categorialmente considerados, *ou seja*, dos princípios-*vector* em jogo, *ou seja*, dos *valores* implicados é designada por *ponderação principialista*. Assinala-se que *vector* é elucidativa palavra, colhida na Lição de *Menezes Cordeiro*, que lembra a operação *soma de vectores* aqui correspondente à operação *ponderação de princípios*.

A *ponderação principialista*, e a correspondente criação normativa, não cabe ao tribunal, não podendo, acrescenta-se, o legislador, *delegar*, no tribunal, esta *ponderação*. Ainda que a criação normativa judicial se circunscreva ao caso; e ainda que os *princípios-vector* estejam consagrados em texto legal; e quer se trabalhe no preenchimento de *conceitos axiologicamente vagos* (ou: *conceitos indeterminados normativos*), quer na interpretação/ detecção /integração, quer na aplicação do Direito ao caso, quer na sindicância da validade de normas legais (ou na resolução de outros conflitos entre normas).

Cf., em especial, o disposto nos artigos 203.º (atenta a *exclusiva sujeição dos tribunais à lei*), 3.º/2, 2.º (atentos o Estado de direito *democrático* e a *legalidade democrática*), 110.º e 111.º (atenta a *caracterização e separação dos poderes*) da CRP, bem como os trabalhos parlamentares, de 1976, 1982, 1989 e 1997, a propósito do art. 16.º da CRP (sobre a *dignidade da*

*pessoa humana* ter por destinatário o legislador, e não o juiz). Textos estes que, ao delimitarem o Direito *aplicável* pelos tribunais, na *patologia social*, delimitam o Direito *aplicável* na *saúde social*: conhecer as normas que, *em último caso*, dirimem controvérsias é conhecer as normas que, *logo no 1.º momento*, são presentificadas como decisivas. Assim, falar em *juiz* é, *grosso modo*, falar no jurista, é falar no comum destinatário da norma.

*Tudo* sem prejuízo dos casos excepcionais, constitucionalmente listados, de *fonte* diferente do texto legal (*v.g.*, o negócio jurídico e o acórdão proferido nos termos do art. 282.º/4 da CRP).

**2.º (Do método, *maxime*, do seu regime jus-constitucional)** *Método jurídico* como *o caminho da fonte do Direito até ao Direito*, inclui, entre várias operações (mais à frente aludidas), o *método de determinação do significado definitivo dos textos legais*. Ora, quanto a este último, o Direito português consagra a concatenação dos seguintes dois métodos:

**a) (Interpretação)** método da interpretação da lei: a *exegese subjectivista-historicista*, em que o tribunal *recebe* os *textos legais*, e *descobre* a norma pensada e neles vertida pelo legislador, ou seja, *vai até* ao significado dos textos.

**b) (Detecção /integração)** e método da detecção/ integração de lacunas: a *analogia*, em que o tribunal, *já fora* dos significados possíveis dos *textos legais publicados*, amplia, estende a norma (não sendo, esta, excepcional, ou por outro motivo excluída da possibilidade de ampliação) *até onde* dite a teleologia desta norma (constando, dos textos legais conjugados com os trabalhos preparatórios, a admissão de tal teleologia e sua extensão – que, assim, radicam no *legislador*, e não no *juiz*. Assim, a *analogia* é a extensão teleológica subjectivista-historicista de uma norma, mediante a *exegese* do texto legal publicado e da *exegese* dos trabalhos preparatórios.

Cf., em especial, o disposto nos artigos 203.º (conformador da *separação dos poderes*), 110.º e 111.º, a que se junta, a título de meras explicitações e pontuais complementações, *avant la lettre*, o disposto nos artigos 9.º, 10.º/1 e 2, e 11.º do CCiv, sobre *interpretação*, *integração* e *proibição da analogia*.

*Tudo* sem prejuízo de regimes metodológicos excepcionais (*v.g.*, as particularidades metodológicas implicadas nos casos em que a *fonte* difere, como acima dito, do texto legal).

**3.º (Explicitações quanto ao dito em 1.º e em 2.º)**:

**a) (Fixação terminológica)** A expressão *positivismo legalista* (tal como os títulos alternativos) já espelha quer o regime das fontes, quer o regime do método, atrás telegraficamente apresentados. Ao longo do texto, usa-se com o mesmo significado *legalismo* (*tout court*), *positivismo legalista fechado/ exclusivo*, *legalismo exegético*, *legalismo fechado* (somando-se, a qualquer das expressões, "democrático"). Contrapondo-se ao *translegalismo*: qualquer sistema de fontes não circunscrito aos *textos legais*; abrangendo sistemas que admitem, *além do Direito legal*, por exemplo, o Direito consuetudinário ou o Direito natural, ou o *judicialismo* (ou: jurisprudencialismo; ou: translegalismo judicialista). Significando, este último, *normas decorrentes de ponderações judiciais axiológicas/ principialistas* (ainda que *se esgotem* no caso) – as designadas *normas judiciais*.

Quando o translegalismo é admitido na própria lei fala-se em *positivismo legalista aberto/ inclusivo*, ou *legalismo aberto/ inclusivo*, ou *translegalismo legalista*. No entanto, evita-se o uso de *positivismo* aberto/inclusivo (pois, neste, rigorosamente, as normas não estão *postas* perante o juiz, cabendo a este a *densificação da lei*, isto é, a *positivação da norma translegalista*).

**b) (Do fundamento)** O *positivismo legalista, exegético-subjectivista-historicista* foi, democraticamente (e de modo reiterado, desde 1976), ponderado e decidido pela comunidade. O que se ilustra com a recusa (expressa em votações, ao longo dos anos, no Parlamento) de um *vago Direito* para lá da *lei* (ou seja, para lá do *Direito revelado nos textos legais*). Evidencie-se o relevo dessa recusa: ao recusar-se esse *Direito (sem mais)*, esse *vago Direito*, recusa-se aos tribunais o poder de, em sede da interpretação do termo *Direito* (caso tivesse sido ele consagrado), dizerem o que é *norma jurídica*, quais as suas *fontes* (incluindo, nestas, a peculiar fonte que é a própria criação normativa judicial perante o caso – o referido *judicialismo*), qual o correspondente *método*, qual a relação entre este "Direito" e a "lei" (*sindica* a lei?, *desenvolve* a lei?), em suma, o poder de dizer, para cada caso, qual a norma jurídica a aplicar (poder que

incluiria a ponderação desse constitucionalizado "Direito" com outras normas legais constitucionais com ele conflituantes, podendo estas ser afastadas). A comunidade recusou, enfim, *Direitos translegalistas* (como seja, Direitos de juízes).

Assinala-se a propósito da *lei*: a *lei-texto* – ou seja, o *modo de revelação* do Direito – corresponde ao *modo de criação* do Direito que é a *lei-acto* (o *acto de autoridade política intencionalmente criador do Direito* – designando-se por *legislador* o respectivo autor).

Finalmente: este *legalismo* é evidenciado por cada um de todos os *dados interpretativos* (designadamente, o texto legal /trabalhos parlamentares/ unidade do sistema /*occasio legis* /actualismo/ teleologia), relativamente aos artigos de lei acima referidos.

**c) (Da *ponderação principialista*: valor, princípio e norma. Da *teleologia* e suas acepções)** clarifique-se a *ponderação principialista do legislador*, mediante *alegoria culinária*: em função dos *nutrientes* necessários aos comensais, como sejam os hidratos de carbono, *combina-se*, em certas quantidades e de certa forma, *ingredientes*, como a farinha, para se conseguir algo *já comestível* (propiciador dos nutrientes) – por exemplo, um bolo. Transpondo para a *ponderação principialista* levada a cabo pelo legislador: perseguindo os *bens* que são os *valores*, *pondera-se* os *princípios-vector* para se chegar a algo já *aplicável* aos casos: a norma jurídica. Assim, se ilustra a diferença entre o *princípio-vector* e a *norma*, pois o bolo é comestível (tal como a norma é aplicável), ao contrário do ingrediente-farinha que, *per se*, não o é, estando, sim, *consumpta* no bolo (tal como o *princípio-vector* está consumpto na *norma*); ilustrado fica, ainda, o carácter criativo da *jurídica discricionariedade* do legislador, ao lidar com *princípios-vector*: com os mesmos *ingredientes*, é possível, *decidindo* acerca da quantidade de cada ingrediente, e da forma de os combinar, *criar inúmeros bolos.*

Tendo presente esta ilustração, *ponderação principialista* significa quer ponderação de valores, quer de princípios-vector, quer de interesses [em abstracto] conflituantes. Pois, na ponderação dos princípios-vector vai implícita quer ponderação de cariz axiológico, quer a de cariz sociológico (ou seja, a de valores, bem como a dos interesses sociais conflituantes).

Ainda sobre os *objectivos* visados por uma norma: a *realidade social* pretendida pela norma, bem como os correspondentes *valores e princípios* é a *teleologia da norma* (que, assim,

tem, consoante a perspectiva, carácter sociológico ou axiológico-principialista). Teleologia que – sempre com carácter subjectivista-historicista – pode ter relevância, ora em sede de interpretação (se abonar significado dentro da moldura semântica das palavras da lei), ora em sede de detecção/ integração (se abonar significado já fora dessa moldura). Sublinha-se que, em qualquer caso, a norma é apurada por *exegese*: o que varia é o *objecto* do trabalho exegético: ora o *texto publicado*, ora o trabalho preparatório.

**d) (Dos *conceitos indeterminados normativos*)** os *conceitos indeterminados normativos* são as fórmulas axiologicamente abertas, ou caracterizadoras de princípios-vector, ou consubstanciadores de delegação no juiz, para que este, mediante ponderação principialista, crie *normas judiciais*, ou consistentes em catálogos de normas translegais (por exemplo, de carácter moral). Tais conceitos (que, aliás, não deixam de o ser, *ainda que* as correspondentes fórmulas linguísticas alberguem *parcelas* conceptuais não-indeterminadas), quando presentes na Constituição, dirigem-se ao legislador e não ao tribunal (sem prejuízo dos já aludidos regimes excepcionais). Pois a Constituição, em coerência com a democracia e a separação dos poderes, vedou a ponderação principialista ao tribunal. É o que acontece, como exemplo paradigmático, com a *dignidade da pessoa humana*, no art. 1.º (cf. os referidos trabalhos parlamentares concernentes ao art. 16.º). Como corolário, ao tribunal (*maxime*, ao tribunal constitucional) está constitucionalmente vedado sindicar normas legais à luz de tais *conceitos*, sindicar normas legais por ponderação de *princípios-vector*.

**e) (*Cont.*: da recondução ao instituto *lacuna*)** os restantes *conceitos indeterminados normativos* (presentes em legislação infraconstitucional), de que é paradigma a *boa fé* no art. 334.º do CCiv (significativamente feito sob a vigência da não-legalista *Constituição de 33*), são, com a democrática e legalista *Constituição de 76*, necessariamente *adaptados* (sendo inconstitucionais quando não conformáveis) à proibição de *delegação nomogenética no tribunal*, ou seja, à proibição da *ponderação principialista judicial*. Designadamente, são *aproveitáveis*, mercê da sua recondução ao regime da detecção/integração de lacunas acima referido; ou seja, tais *conceitos* são *espaços* não de *ponderação principialista judicial*, mas, sim, de *expressa admissibilidade de lacunas*. Mormente, em matérias reguladas por normas excepcionais. *Matérias* que, na falta de tais conceitos, não admitiriam lacunas, pelo disposto no art. 11.º

do CCiv. Assim, estes conceitos *restringem*, nas áreas em que estão consagrados, a proibição estabelecida no art. 11.º.

**f) (Da polissemia da palavra "princípios": *normas gerais* e *vectores*)** nas fórmulas *ponderação principial* ou *ponderação de princípios* (ou outras de semelhante significado), a palavra "*princípios*" é usada na acepção de *princípios-vector*, de *directrizes* carecidas de ponderação com outras, para servirem de critério de resolução do caso/ problema. No entanto, a acepção mais frequente da palavra é outra: a de *normas gerais*, *maxime* normas gerais que trazem, consumptos, *valores qualificáveis, doutrinalmente, como proeminentes*. Por exemplo, a norma revelada no art. 483.º do CCiv ou as *normas de igualação* listadas no art. 13.º/2 da CRP. Naturalmente, os princípios-norma são [como qualquer norma] aplicáveis pelos tribunais, *v.g.*, pelo tribunal constitucional. Vedada está, sim, a aplicação/ ponderação de *princípios-vector* (tenha ou não tenha, este, na sua fórmula, conceitos indeterminados normativos).

**g) (Da *exegese* quer na interpretação, quer na detecção /integração; acepção de "textos legais")** como operação comum à interpretação e à detecção/ integração, tem-se a *exegese* (*subjectivista-historicista* – como adiante evidenciado). Assim é, pois,

(i) ao interpretar, tem-se o balizamento semântico dos textos legais publicados, pelo que toda a *interpretação* é *interpretação declarativa* (coincidindo, o significado de "interpretação extensiva", no art. 11.º do CCiv., com a *interpretação declarativa lata*, conforme é, esta, maioritariamente caracterizada na Doutrina);

(ii) e, ao detectar/integrar, tem-se o balizamento semântico decorrente da conjugação dos *textos legais publicados* com os *trabalhos preparatórios*. O que justifica falar em *exegese* quer num método quer no outro.

(iii) Sublinha-se: *exegese* não é interpretação circunscrita ao *significado primário* das palavras (podendo, como vulgarmente acontece, o significado definitivo ser *iniciático* ou *recôndito*, ou resultante de [meras] inferências lógicas – cf. o disposto no art. 9.º/2, *in fine*, do CCiv); tal como não consiste em interpretação descontextualizada, assistémica, de cada trecho legal; sendo, pois, improcedente a *crítica à exegese* que a pressuponha como sendo caracterizada por qualquer desses dois traços.

(iv) "Textos legais" significa, na generalidade das ocorrências no texto, *textos legais publicados e trabalhos preparatórios*.

**h) (*Cont.*: dos *dados interpretativos:* elementos interpretandos, elementos interpretativos e normas sobre interpretação)** cabe ao jurista chegar, com as *balizas* acima referidas, ao significado definitivo (seja, este, o significado único, seja um de vários possíveis). Para tal, atende-se aos vários *dados interpretativos.* São estes:

(i) os elementos interpretandos: os *textos legais publicados* e os *trabalhos preparatórios*, tomados na sua globalidade e de forma conjugada (e, como já dito, não de forma fragmentada e estanque);

(ii) a esses dois elementos interpretandos reconduz-se os *elementos interpretativos* que são a *unidade do sistema* e o *actualismo*. Estes são meras manifestações do carácter *conjugado* com que se interpreta os *textos legais publicados*: apontando, a *unidade do sistema*, para significado que, dentro da moldura semântica, *salva* da invalidade a lei *examinanda*; e sendo, o *actualismo*, o repensar (pelo próprio legislador em lei posterior) de norma anteriormente feita, sem alteração do correspondente texto legal, traduzindo-se ou na alteração ou na confirmação do significado inicial;

(iii) quanto aos elementos interpretativos como a *occasio legis* e a teleologia: são, *grosso modo*, revelados nos *trabalhos preparatórios*. São, assim, demonstradamente, o *porquê* e o *para-quê* da norma tidos em atenção pelo legislador (e não os aventados, ainda que plausíveis, por cada intérprete). Assim, a *occasio* tem carácter subjectivista, e a *teleologia* tem carácter subjectivista-historicista.

(iv) Especificamente, quanto aos *trabalhos preparatórios* acima referidos: têm várias funções (comportando-se *camaleonicamente*, consoante a matéria sobre que versam): função de *glossário* dos textos legais publicados, ou função de revelação dos elementos interpretativos (que, por sua vez, iluminam os textos legais); correspondentemente, têm valor variável (nomeadamente, consoante o *valor interpretativo* da matéria sobre que versam): maior valor quando *glossário*, menor, quando outra é a sua função.

(v) Finalmente: entre os *dados interpretativos*, há normas sobre a interpretação: como seja a da proibição de exceder o balizamento semântico (art. 9.º/2 do CCiv, corolário do disposto no art. 203.º da CRP).

(vi) Cabe explicitar que a *ponderação de princípios* também está ausente da interpretação: a sua presença traduzir-se-ia em *esclarecer* a *norma-receita culinária* (da qual fazem parte a *lista dos ingredientes*, as respectivas *quantidades* e a respectiva *forma de combinação*) através do confronto desta com a correspondente mera… *lista de princípios-ingredientes*. Ora, a *receita*, da qual consta a exacta caracterização da *norma-bolo*, já inclui essa *lista*. Tal *esclarecimento* seria eufemística sindicância da norma legal à luz de uma norma criada pelo juiz, por ponderação principialista.

**i) (*Cont.*: do subjectivismo historicista e do *objectivismo*. Suas acepções)** como manifestação da *separação dos poderes* e da *exegese*, tem-se o subjectivismo historicista (sendo redundante esta indicação do carácter *historicista*): a instrumentalização dos elementos interpretandos e dos elementos interpretativos ao conhecimento do pensamento normativo do legislador histórico. Cabe explicitar:

(i) o significado é o do período da feitura dos textos legais interpretandos (não se atendendo a significados, anteriores ou posteriores, que *não puderam ser pensados*). *Outro pensamento* já seria do intérprete, ainda que imputado, por este, ao legislador;

(ii) assinala-se que o significado aquando da feitura da lei pode ter a idade de séculos (*v.g.*, em textos legais do Direito civil corporizadores de soluções do Direito romano) – necessário é que seja *significado pensável* à data da feitura da lei;

(iii) na ausência de trabalhos preparatórios, o jurista busca [também] o pensamento do legislador. Nessa hipótese, conta, *grosso modo*, apenas com os textos legais publicados – que são, aliás, o modo comum, natural, de o legislador expressar o que pensou à data da feitura da lei. Assim, não se associe subjectivismo a trabalhos preparatórios;

(iv) significados apontados pelos trabalhos preparatórios fora da moldura semântica da lei são rejeitados. Atender a esses significados seria, de resto, um *subjectivismo extremo*;

(v) atenta a separação dos poderes, prejudicado fica o objectivismo na acepção conotada com o alheamento perante a vontade do legislador (acepção essa que pressupõe que as pala-

vras valem *por si*, rectius, valem enquanto significantes vazios, e não enquanto instrumento de comunicação de comandos, entre quem os pode fazer e quem lhes tem de obedecer).

Insiste-se: por um lado, a exegese impede *objectivismos* que admitam significados exteriores ao campo semântico das palavras da lei; por outro lado, a separação dos poderes impede *qualquer objectivismo*.

(vi) *Resta* o *subjectivismo* nos limites semânticos da exegese, ou seja, o *subjectivismo não-extremo*. Assinala-se que a refutação do *subjectivismo extremo* foi feita em nome de *certo objectivismo* (não *objectivismo* na referida acepção conotada com alheamento perante a vontade do legislador, mas, sim, enquanto *confinamento à moldura semântica*). Cf., a Lição (*avant la lettre*) de *Manuel de Andrade*: ao enfatizar os limites semânticos das palavras da lei, ao recusar o referido *subjectivismo extremo*, ao mostrar (em texto de 1946) reservas quanto ao *rumo que o objectivismo estava a tomar*, e, ainda, ao defender, em sede da criação do regime legal do método jurídico (aquando da feitura do Código Civil), a relevância de trabalhos preparatórios.

**j) (Da detecção *versus* integração da lacuna)** por, atento o *legalismo fechado*, só existirem as lacunas cujo método de integração consta do sistema, *detectar uma lacuna* é, do mesmo passo, *integrá-la*; assinala-se que o binómio *detecção /integração* é, aqui e ali, designado por *integração*.

**l) (Das normas excepcionais)** norma excepcional (sujeita à proibição consagrada no art. 11.º do CCiv) é norma contrária a [qualquer] norma geral. Ou seja, norma que *contradiz* norma geral, sendo esta também designável por norma comum [não se confundindo, a *norma excepcional*, com *norma especial*: norma que apenas *acrescenta notas jurídicas* à norma geral]. Seja, ou não seja, esta norma geral, apresentada como sendo *princípio geral* ou *princípio fundamental* do Direito.

**m) (Do art. 10.º/3 do CCiv)** o disposto no art. 10.º/3 do CCiv, ao consagrar a ponderação principialista judicial, contraria o disposto nos artigos 110.º e 203.º da CRP, tendo, pois, caducado por inconstitucionalidade superveniente, atento o disposto no art. 290.º/2 da CRP.

**n) (Da aplicação do Direito ao *caso*)** a *aplicação do Direito ao caso* não tem *apport* normativo. Isto é, as *notas de juridicidade* presentes no *caso* coincidem com as realidades que, em formulação geral e abstracta, foram juridicizadas na norma legal; a *restante realidade* no caso (por exemplo, a cor dos olhos do homicida) não é *realidade jurídica*. *O que não está na lei não está no mundo*.

Por outras palavras, a *aplicação* não tem autonomia ante a interpretação/ integração na presença de um caso; o caso *apenas polariza* o trabalho, do jurista, de interpretar e detectar/ integrar a lei. *Caso* e *textos legais* são os 2 *eixos* paralelos entre os quais se desenvolve a correspondente *espiral* hermenêutica (levada a cabo pelo sujeito); *espiral* essa que, juntamente com outras *espirais*, conduz ao levantamento exaustivo, no *caso em bruto*, das realidades jurídicas (ou seja, factos jurídicos e efeitos jurídicos, sendo, estes, *grosso modo*, a constituição / modificação / extinção de situações jurídicas) que, nesse *caso em bruto*, *foram* juridicizadas, e que são, agora, evidenciadas pela sentença.

Cabe *ilustrar* "outras espirais": a *espiral* que liga os textos legais a *proto-compreensões* acerca destes; a *espiral* que liga cada trecho aos restantes trechos (não só para *apurar o significado definitivo*, como também para concluir acerca da validade/ invalidade desse *significado definitivo*, à luz de outras normas do sistema); a *espiral* que liga os textos legais publicados aos trabalhos preparatórios; a *espiral* que liga todos estes textos interpretandos aos elementos interpretativos (como sejam a *occasio legis* ou a teleologia); finalmente, a *espiral* entre as várias espirais, *colhendo e sindicando* informação proporcionada por cada espiral, à luz da informação proporcionada pelas restantes.

Assim, o Direito *existe antes do caso* (sem prejuízo de norma legal revelada em texto publicado depois dos factos, no âmbito da retroactividade não proibida); e é cognoscível antes do caso. No entanto, *pouco provável* é que uma norma apurada antes do caso (em cenário meramente teorético, ou à luz da resolução de caso anterior) seja *a norma ajustada* ao caso. Pois, as particularidades deste podem, devidamente examinadas, concitar conexões sistémicas não anteriormente aventadas, e, assim, norma diferente daquela que, só por *automatismos subsuntivos perfunctórios*, parecia ser a ajustada. Em suma: ainda que *fora do caso* exista o Direito, só *no caso* existe a *certeza* acerca de qual a norma aplicável, pois cabe encarar cada caso como [potencialmente] diferente de tudo quanto antes ocorreu.

**o) (Do *sistema*. Da *norma jurídica* como *norma jurídica sistémica*; da polissemia de *norma jurídica*)** o Direito português é, explicite-se, um *sistema* legal *fechado*:

(i) é *sistema*, pois o Direito legal *auto-conforma-se*, abrangendo normas de conduta e normas a estas instrumentais. Sendo, a *norma de conduta*, numa acepção restrita, a norma que constitui, modifica ou extingue uma situação jurídica (ou: uma relação jurídica; ou ainda, *grosso modo*, direitos absolutos, direitos de crédito, deveres genéricos e obrigações), e sendo as *normas instrumentais* quer as normas sobre a criação /revelação das normas (com as condições de validade orgânico-formal-material), quer as normas sobre a interpretação das fontes para chegar às normas, quer as normas sobre a detecção/ integração de lacunas, quer as normas sobre conflitos entre normas (consubstanciadas em normas de prevalência por critérios temporais, espaciais, hierárquicos, lógicos), quer as normas sobre a realização coactiva de normas, quer as normas-definições-legais, incluindo, nestas, a *conformação* de realidades jurídicas transversais (como seja a personalidade jurídica);

(ii) e é sistema *fechado*, pois é constituído pelas *já positivadas* normas legais, não incluindo, por exemplo, princípios-vector (sem prejuízo da presença, nas normas legais, sob a *forma consumpta*, desses princípios-vector). Não tem, assim, abertura a *normas além das normas dos textos legais*, isto é, abertura a translegalismos, *maxime*, abertura, legalmente consagrada, à ponderação judicial de princípios-vector. O Direito vai *até* às normas lacunares: imanentes à lei (ou seja, à extensão teleológica subjectivista-historicista de norma legal revelada em texto publicado).

O tribunal é, pois, incumbido de interpretar e detectar/ integrar (nos termos de B) 2.º) visando *conhecer* a norma resolutiva do litígio. *Norma* que traz consumpto (além da ponderação dos princípios-vector) o sistema legal (na medida concitada pelo *caso/ problema*), *maxime*, os regimes da fonte e do método. É como que *norma-célula* portadora do *ADN* do organismo (ou seja: do *sistema*) de que faz parte, sendo, aqui, o *ADN*, os regimes da fonte e do método.

A norma jurídica (ou *norma sistémica* ou norma *jus-sistémica*) é o significado dos textos legais, seja, ou não seja, norma de conduta na referida acepção restrita, que, nos termos acima aludidos, *traz consumpto o sistema jurídico*. Norma cuja *explicitação doutrinal* passa por formu-

lação linguística cuja medida reflecte a medida necessária para, no discurso jus-doutrinal (maxime, judicial), demonstrar a existência dessa norma.

Pode-se, ainda, consoante o contexto, usar "norma jurídica" como *parcela* da *norma sistémica* (por exemplo, uma norma instrumental); ou como norma que, rigorosamente, é mera *norma aparente* – exemplificada, esta última, pela *norma* que consiste no significado de textos legais inválidos (*v.g.*, por inconstitucionalidade) –, ou a *norma* revogada, ou a norma-significado-mera-etapa (e não *significado definitivo*) no caminho metodológico (*maxime*, a *proto-norma* adiante referida, a propósito de acepções de *método*).

Assinala-se, finalmente, que "norma" pode abranger quer a norma geral e abstracta, quer a norma individual e concreta (podendo designar-se, esta última, por *preceito – v. g.*, o preceito negocial).

**p) (*Cont.*: acepção de "Direito")** o *Direito português* é, assim, tido na acepção de *conjunto das normas positivo-legais sistémicas a que o tribunal está sujeito no desempenho da sua função jurisdicional*. Excluídas estão, pois, *recomendações*, *directrizes* (como os *princípios-vector*), ainda que com formulação imperativa, dirigidas apenas a órgão que não o *tribunal-órgão jurisdicional* (*v.g.*, órgão legiferante, órgão administrativo, o Presidente da República).

**q) (*Cont.*: os *limites do Direito*: da denegação da justiça. O *sistema fechado* como *reforço* e como *expansão* do jurídico)** fora *deste sistema*, não há Direito. Aí, tem-se o espaço de a-juridicidade. Pelo que não há, aí, *denegação da justiça*: esta verifica-se onde, *havendo norma*, não é ela aplicada pelo tribunal.

Insiste-se: o conjunto das *normas sistémicas* tem consumpto o universo da realidade social objecto de *juridicização*. Ou seja: a norma legal ao fixar um regime está, desse passo, a juridicizar a realidade social presente no regime, e a excluir do jurídico a realidade social dele ausente. Seja no plano geral e abstracto, seja no plano do *caso*.

Assinala-se que muitas matérias, não contempladas [*de perto*] em normas, cairão não nesse espaço de *não-Direito*, mas, sim, em normas permissivas (*v.g.*, as normas sobre direitos de personalidade, em especial o disposto nos artigos 26.º da CRP e 70.º/1 do CCiv.).

Cabe, ainda, acrescentar: só aparentemente o *positivismo legalista fechado*, comunitariamente consagrado no Direito português actual, *empobrece* ou *acantona* o *jurídico*: esse *fechamento sistémico* traz consigo, como se explicitará nos últimos parágrafos do Livro 3.º, quer o *reforço*, quer a *expansão* do Direito a aplicar pelos tribunais na resolução dos casos.

**r) (Em suma:)** com o *sistema legal fechado* sanciona-se o juiz *bouche qui pronnonce les paroles de la Loi*; pois, parafraseando, em democracia, *o legislador é a boca da comunidade* (ou: é aquele cujo discurso dela *menos longe* está).

**s) (Acepções de "método jurídico". Operações além do *método de conhecimento do significado definitivo* dos textos legais. *Proto-norma* versus *norma sistémica*)** Como já dito, "método jurídico" (ou: *metodologia* ou *metodonomia*, colhendo, o significante, na Lição de *Pinto Bronze*) é usado com o significado de *caminho da fonte do Direito até ao Direito*. Deste *caminho*, faz parte

(i) o *método*, na acepção restrita (a acepção mais frequente ao longo do texto): *método do apuramento do significado definitivo* dos textos legais; ou seja, o método de apuramento daquela que é, rigorosamente, uma *proto-norma* (a sujeitar às operações referidas de seguida em (ii)); por outras palavras, trata-se, afinal, do método de interpretação/ detecção/ integração (que, por metonímia, é o *método jurídico*);

(ii) e as várias *operações* a jusante dessa *proto-norma* (assim tida como *facto* já estabelecido) e a montante da aplicação ao caso, ou seja, a montante da qualificação desse *significado definitivo* como sendo [uma válida e aplicável ao caso] *norma jurídica* – a tal *norma sistémica*. *Operações essas* como sejam o exame da validade orgânico-formal-material da tal *proto-norma* (mediante o confronto desta com as normas legais subordinantes daquela), e a resolução de conflitos de normas: sejam referentes à vigência, ao âmbito material (atentas relações de especialidade entre normas) ou ao âmbito espácio-temporal. Assinala-se que estas normas sobre validade, normas resolutivas de conflitos podem intervir no âmbito do próprio método em sentido restrito, esclarecendo textos legais para chegar à proto-norma (basta ter presente a unidade do sistema consagrada no seio do art. 9.º, com a interpretação conforme à Constituição). Por outras palavras, tais normas têm relevância quer em sede de fixação do significado definitivo do texto, quer, depois de fixado este, na conclusão acerca

da validade dessa proto-norma. Acrescenta-se: consoante a acepção de *método*, assim o conceito *lacuna*: ou a norma lacunar apresentada logo de início (como resultado do método em sentido restrito), ou a norma lacunar sistémica (já após exame à sua validade, e resolvidos problemas de conflitos entre normas, designadamente pela prevalência da norma especial). Ao longo do texto, privilegia-se a 1.ª acepção.

**t) (Das objecções)** Cabe assinalar que, ao longo do texto são ponderadas e respondidas objecções várias. Entre estas, destaca-se as seguintes três:

(i) um discurso sobre fontes e método que se funda em textos legais peca por dupla *petição de princípio.* Pois, ao procurar na *lei* o elenco das fontes e o método, *já* está, este discurso, a pressupor que a lei é *fonte* (*rectius*, *fonte das fontes*), além de (ao interpretar os textos legais sobre o método) estar pressupor um *método* necessariamente a montante do método legal;

(ii) a norma legal é mais do que a sua *formal fórmula* espácio-temporalmente conjuntural. É também matéria, substância, ou seja é *princípios e valores*. Aquela *forma* é instrumental a este conteúdo; aquela fórmula é teleologicamente fundada em princípios e valores. Ora, cabe ao juiz, mais do que a farisaica observância da contingente fórmula legal, *a concreta judicativa autónoma realização, no caso, dessa material jurídica intencionalidade axiológico-principialista.* Por outras palavras e retomando a *alegoria culinária*: o juiz, mais do que *seguir à risca* a receita culinária, deve operar com a lista dos ingredientes (princípios) ou, inclusive, com a lista dos nutrientes (valores) visados pela receita; pelo que o *prato confeccionado* (a norma), ainda que *radique* na receita, pode divergir do resultado a que esta conduziria.

(iii) o juiz-autómato, mero aplicador da lei ao caso, é uma impossibilidade, atenta a pré-compreensão.

## C)

## Resumo do apêndice:

## O tema, *de iure constituendo*. Ou: do *positivismo legalista* como *mal menor.*

**1.º (A solução *de iure constituendo*)** Na sociedade da *democracia do one man, one vote* e do relativismo que lhe é ínsito (na medida em que este é *semente* e *fruto* daquela, ao *pressupor* e ao *propiciar* a *igualação de opiniões*), o risco de se cair no *reino do arbítrio* é contrabalançado pela vinculatividade das normas que consubstanciam o *máximo denominador comum* na comunidade: as [democraticamente radicadas na comunidade] normas legais. Apenas a norma legal, nestas sociedades, proporciona certeza e justiça, oferecendo resistência a *pulsões relativistas* que tudo igualizam sob o rótulo de *opinião*. *Rectius*, sociedade de *opiniões auto-absolutizadas*, num *relativismo de absolutos*, sociedade de *grosso modo*, tantos *absolutos* quantos os indivíduos. O que convida ao arbítrio e à *força* como factor *superador* de controvérsias (entre *opiniões iguais*, nas variadas relações do dia-a-dia entre indivíduos).

Acrescenta-se: se uma norma legal, desenraizada do sistema, se revela injusta, cabe, ainda assim, obedecer-lhe, se se revelar *sistemicamente válida*, rectius, *sistemicamente justa*. Ou seja, se comungar das *valorações*, das *ponderações principialistas* consumptas nas normas sobre fontes e método (normas estas, por sua vez, consumptas na norma *em causa*). Insiste-se: em cada norma, atenta a dimensão sistémica do Direito, *joga-se* o sistema, *maxime*, os regimes da fonte e do método. Pelo que inobservada *uma norma*, inobservados estão aqueles regimes que, a montante, a suportam.

Por outras palavras: *norma alternativa* a essa norma legal (*per se* tida como *injusta*) consubstanciaria todo um *sistema jurídico alternativo*, na medida em que incorporaria fontes e método extra-sistémicos, ou seja, um *ADN* diferente do *ADN* da norma legal, introduzindo uma *mutação genética* que afectaria todo o organismo que é o sistema. O que, no referido modelo de sociedade actual, se revelaria acrescidamente nocivo. Em suma: ainda que, *per se*, injusta, cabe, como *mal menor*, aplicar essa norma legal com o sistema nela consumpto.

## 2.º (Alternativas. *Maxime*, da ponderação principialista)

Entre as alternativas ao positivismo legalista, destaca-se, hoje, as *concepções principialistas do Direito*, em que o tribunal tem o referido poder de *ponderação principialista*, criando a norma – aqui designada por *norma judicial* – que, reflectindo considerações de justiça geral e abstracta (e não de equidade), resolve o caso concreto, com a particularidade de se *esgotar* nesse caso. Isto é, sem vinculatividade para outros casos – pelo que a *norma judicial* (ou: *judicialismo*, ou *jurisprudencialismo*) é *fonte* que não se confunde com a *fonte jurisprudência*. Normas estas que são ilustradas pelo disposto no referido art. 10.º/3 do CCiv..

Assinala-se que a *ponderação principialista judicial* é a operação que está no cerne do *judicialismo*, propiciando soluções translegais (isto é, com *apport* normativo relativamente à lei – sempre sem prejuízo da *pré-compreensão* adiante referida). Fosse ela admitida, e admitidas seriam *operações de criação de Direito pelo juiz* (que, só aparentemente surgem como meras *operações metodológicas cognitivas*). Como sejam, além da integração nos termos do art. 10.º/3 do CCiv., a interpretação extensiva e interpretação restritiva (como maioritariamente caracterizadas na Doutrina), a interpretação enunciativa (quando as suas premissas têm carácter axiológico), a interpretação correctiva, a resolução de conflitos de princípios, a sindicância principialista da validade das normas legais, o preenchimento principialista de conceitos indeterminados normativos, ou, perante as particularidades do caso, a criação *ad hoc* de *norma judicial*. *Sendo certo* que algumas destas *operações* são [eufemisticamente] designadas *interpretação*, todas conduzem a *apport* normativo relativamente ao significado dos textos legais. Em suma: todas *criam* Direito.

Entre estas *concepções principialistas*, cabe destacar a concepção em que as *normas judiciais* são feitas a partir da ponderação de princípios *consagrados na lei*, a propósito do preenchimento de conceitos indeterminados normativos, também *consagrados na lei*. Neste sistema, alternativo ao Direito português actual, estes princípios e estes conceitos indeterminados constam da própria [democrática] lei; tem-se, pois, uma *delegação legal nomogenética*; pelo que as *normas judiciais* são, ainda, reconducíveis à legitimidade democrática. Sem prejuízo de, no seio desta última concepção, variar a amplitude da liberdade nomogenética delegada, consoante os princípios estejam *consignados* na lei, ou estejam, apenas, nela *implícitos*. Retomando a *alegoria culinária*: dá-se ao juiz uma *receita aberta*: a mera lista dos *ingredientes*

*possíveis* (ou expressos ou implícitos). E atribui-se-lhe o poder de, perante o *caso*, optar por uns e recusar outros, fixar dosagens e modos de combinação. Ora, consoante as suas opções, *assim* o resultado final, *assim* a norma por si criada.

**3.º (*Cont.*: reparos à *ponderação principialista*)** Ainda que compatível com a democracia, este *positivismo legalista aberto* (*espécie* no seio do *translegalismo principialista judicial*) merece reparos:

(i) contraria o cerne da separação dos poderes: aqui, *quem julga* é quem pondera e hierarquiza (ainda que sem vinculatividade geral e abstracta) interesses contrapostos. Ou seja, o tribunal *julga* e *cria a norma-critério do julgamento* (verdadeira *criação judicial* – que não se confunde com a *fórmula legal de delegação nomogenética* ao abrigo da qual a *norma judicial* é criada e positivada pelo tribunal), atestando-se, assim, a inutilidade das normas legais e abstractas, pois cada um de todos os casos (aglutinados nas categorias gerais e abstractas da lei) passa a objecto possível de nomogénese judicial. Insiste-se: se legislar não é ponderar e hierarquizar interesses, princípios-vector, valores, então legislar nada é.

(ii) as *normas judiciais*, comparando com as normas legais, teriam, tendencialmente, menos controlo dialógico, menos co-responsabilização de órgãos soberanos, fundar-se-iam em incipientes levantamentos sociológicos, reflectiriam a vulnerabilidade a uma *jurisprudência do sentimento* e a metodologias simplistas (passando *directamente* de valores e princípios para a decisão do caso, sem, de permeio, a correspondente ponderação daqueles, apresentada mediante discurso sindicável);

(iii) contende com as *normas legais positivas* (invalidando, afastando, corrigindo, ampliando, restringindo, completando). De facto, se esse *positivismo aberto* propicia, em sociedades relativistas democráticas, *normas judiciais* consagradoras de *tudo e seu contrário*, então, tornar-se-ia *incertas* as *certas normas legais*, podendo, cada tribunal, em *cada caso de todos os casos contemplados na norma geral e abstracta*, afastar esta. Insiste-se: ainda que muitos textos legais trouxessem minuciosa regulamentação, há conceitos indeterminados (em especial, os consagrados em matérias transversais na prevalecente Constituição, como a *dignidade da pessoa humana*) que generalizariam a incerteza, a *vagueza.* À maneira de uma soma aritmética em que, ao lado de muitas parcelas expressas em valores exactos, se junta a parcela

"x" – o rigor daquelas outras parcelas fica prejudicado. Pois o resultado da soma depende do valor, por cada um, em cada caso, atribuído à variável "x". Sendo, aqui, "x" o resultado da ponderação principialista, impossibilitado fica o discurso jus-doutrinal fora de cada *caso concreto*, pois, só no *caso concreto*, a variável "x" é – por cada juiz, à luz da principiologia por si próprio imputada ao sistema – quantificada. Explicita-se que fora do caso concreto tudo seria *incompleto*, pois apenas a ponderação principialista judicial permitiria concluir acerca de quais as realidades que, no *caso concreto*, mereceriam juridicização, e em que termos tal juridicização seria feita.

Assim se fragilizaria, na relativista democracia do *one man, one vote*, a *barreira* ao referido *domínio do arbítrio*; com perdas na justiça e na certeza jurídica, desencorajando as relações (*maxime*, as contratuais) e potenciando os conflitos. Acrescenta-se: ainda que o *fundamento e os procedimentos* deste principialismo permitam distingui-lo de outras alternativas ao positivismo legalista (como sejam jusnaturalismos), os respectivos pontos-de-chegada são, *grosso modo*, os mesmos. Pelo que se rejeita, *de iure constituendo*, essas alternativas.

**4.º (Explicitação acerca da relação entre textos legais e positivismo)** O que se acaba de dizer evidencia a devida dissociação entre *textos legais* e positivismo: textos legais que, diferentemente do Direito português actual, se dirigissem ao tribunal, consagrando princípios-vector (como *dignidade da pessoa humana*), ou consagrando *conceitos indeterminados normativos enquanto repositórios de normas judiciais* (como seja *boa fé*) não são *positivação* do Direito, pois não *põem normas* diante do jurista. São, apenas, fórmulas delegantes da nomogénese, entregando ao tribunal o poder de ponderar e de optar por normas, cf. ilustrado pela alegoria culinária acima apresentada (poder que, naturalmente, tem limites – tal como a discricionariedade legislativa os tem constitucionalmente consagrados). Precisamente, de resto, por a densificação de tais conceitos, bem como a ponderação de tais princípios consubstanciarem actos de *criação jurídica* é que a *unanimidade* doutrinal acerca daquelas *fórmulas* dá lugar, quando se passa *do indeterminado ao determinado*, aos mais *díspares* métodos de densificação (*v.g.*, de cunho sociológico, ético, jurisprudencial-doutrinal), e às mais *díspares* normas resultantes desses métodos.

**5.º (Breve referência à História do Direito Português: o vector histórico positivista legalista)** O *positivismo legalista fechado* consubstancia o *vector* que marca o Direito português ao longo da sua História, e que culmina na recente substituição do *translegalismo* (especificamente, da *juridicidade aberta inclusive à moral*) consagrado no art. 4.º da Constituição do Estado Novo, de 1933, pelo *positivismo legalista fechado* consagrado no art. 203.º da democrática Constituição de 1976. Cabe assinalar que este *legalismo de 2.ª geração* não se confunde com o legalismo oitocentista: ao contrário deste, aquele é democrático e constitucionalmente consagrado.

**6.º (Breve comparação de Direitos: o Direito alemão. O caso português como *caso singular*)** O *positivismo legalista democrático*, caracterizador do Direito português, é *caso singular* de Direito *socialmente ajustado* (pela referida *barreira* ao arbítrio), bem como *caso singular* de Direito *axiologicamente coerente* (quanto à democracia e à separação dos poderes). Esse *carácter singular* é ilustrado pelo confronto com o Direito alemão (*distante* relativamente à Hipótese exposta ao longo do texto, ainda que *próximo*, relativamente *à Lição dominante* na Academia portuguesa). "*Distante*", pois os dados com que o cientista do Direito trabalha são diferentes. Designadamente,

(i) pela ausência de regime geral legal acerca da interpretação da lei e da integração de lacunas, e

(ii) pelo disposto nos artigos 20.º/3 ("[…] o poder executivo e o poder judicial estão vinculados à lei e ao Direito.") e 97.º/1 ("Os tribunais são independentes e apenas sujeitos à lei."), ambos da Constituição Alemã. Ainda que – aventa-se – essa *distância* seja menor do que resultaria de um centramento da atenção no art. 20.º/3. Nomeadamente à luz dos trabalhos preparatórios, de 1948-1949, referentes àqueles dois artigos (no Apêndice e na Adenda Documental). Em especial, aos indícios de que "Recht", no art. 20.º/3, aponta para normas supralegais com *função exclusivamente cassatória*. Ou seja, o Direito consistiria, atento o disposto no art. 97.º, *nas normas legais* (quer as apuradas por interpretação da lei, quer as que *complementam* a lei por lhe serem *imanentes*, isto é, as *normas integradoras de lacunas*); *mas não todas*, atento o disposto no art. 20.º/3: excluídas estariam as normas legais *cassadas* pelas mencionadas

*normas supra-legais*. Explicita-se, pois: "Recht" não teria *função desenvolvimentista do Direito* (*em superação da lei*, isto é, além das normas que, *imanentes* à lei, integram lacunas).

**7.º (Da pertinência de *tema de filosofia social e política*, também *de iure constituendo*, e a montante do tema privilegiado)** A montante da contenda *de iure constituendo* entre *positivismo legalista fechado* e *positivismo legalista aberto*, encontra-se tema, cuja apreciação *de iure constituendo* se impõe, por, nomeadamente, dele depender, em muito, a justeza ou falta de justeza de cada um dos termos daquele binómio. Trata-se da *apreciação de modelos sócio-políticos*, entre os quais se destaca o *modelo de sociedade [relativista] democrática.*

Ora, procedendo-se à prévia problematização do modelo sócio-político, clarificar-se-á o que sejam os defeitos e virtudes de, por um lado, cada modelo sócio-político, e, por outro lado, de cada termo do binómio, não imputando, por exemplo, ao *legalismo fechado*, defeitos que sejam mero corolário do modelo democrático actual.

Assinala-se que, no tratamento desse tema a montante, possível é, de resto, concluir pela justeza de um modelo sócio-político que não passe pelo modelo [relativista] da *democracia do one man, one vote*; que passe por modelos propiciadores de homogeneidade comunitária suficiente para que o *positivismo legalista fechado* se revele inútil ou nefasto, e em que uma concepção translegalista se revele a ajustada.

## D)

## Brevíssima referência a corolários jus-científicos decorrentes do Direito português actual. Ou: das condições do discurso jus-científico.

**1.º (Condições do discurso jus-científico)** Os regimes apresentados, *de iure constituto*, são mera *explicitação do significado dos [comunitário-democráticos] textos legais*. Estes são o *objecto de estudo jus-científico, o objecto* que o jurista tem diante de si para chegar à normatividade pensada pela comunidade. Ora, precisamente, por serem *explicitação de um*

*objecto exterior* a quem escreve, estes regimes não são *criação*, nem reflectem *preferências de iure constituendo* de quem os apresenta.

O que se acaba de dizer aponta, como condições do discurso jus-científico, para o centramento nas *fontes historiograficamente primárias* e para os *alertas* a que a consciencialização da *pré-compreensão* convida. Nos termos já de seguida apresentados.

**2.º (*Cont.*: das *fontes historiograficamente primárias*)** O discurso jus-científico é tão *explicitação dos textos legais* quanto o trabalho do jurista esteja *centrado* nas *fontes primárias* (expressão aqui usada na acepção historiográfica) do pensamento jus-normativo da comunidade (sendo *fontes secundárias* os textos doutrinais que, por sua vez, versam sobre *fontes primárias*). *Rectius*, centrado nas fontes *comunitariamente qualificadas* como primárias. Que, no caso do Direito português actual, são os *textos legais*, incluindo, entre estes, relativamente ao tema, os *trabalhos parlamentares constitucionais*, de 1975 a 1997, e os *trabalhos de feitura do Código Civil*, de 1944 a 1966 (abrangidos, nestes, documentos inéditos, designadamente documentos que integram o *espólio Antunes Varela* – cf. *Adenda*).

**3.º (*Cont.* de 1.º: da *pré-compreensão* e sua polissemia)**

A expressão *pré-compreensão* (aqui usada como sinónimo de pré-entendimento) significa que o *sujeito* parte para o *objecto a conhecer* não como *folha em branco em que o objecto desenhar-se-ia a si próprio*, mas, sim, como folha com muitos riscos que se fundem com o objecto. Tantos *riscos e desenhos*, em representação da vida do jurista, quantos conhecimentos, recordações, expectativas, vontades, crenças.

Ora, no seio da pré-compreensão destrinça-se realidades várias que correspondem a outras tantas possíveis acepções da expressão. Se tal polissemia não é evidenciada, instalar-se-ão equívocos, conotando-se certa acepção da expressão com atributos de outra acepção; por outras palavras: por polissemia e por plausíveis pré-compreensões referentes à *pré-compreensão*, a reflexão sobre a pré-compreensão conduzirá [ironicamente] a más-compreensões. Que podem, em sede da comunicação entre legislador e juiz, conduzir à adulteração do Direito português actual.

Distinga-se, pois:

(i) estruturas e categorias cognitivas e conhecimentos, pré-existentes, inevitáveis, incontornáveis, irrevisíveis, insindicáveis, que viabilizam o acto de comunicar. Por exemplo, os princípios da identidade e da não contradição, ou o reconhecimento das *letras* como parte do código linguístico e não como meros desenhos. Designe-se por *pré-compreensão textual (ou semântica)*;

(ii) conhecimentos pré-existentes revisíveis; o que o destinatário sabe (em especial, os significados das palavras usadas) mas que pode ser infirmado à luz do texto interpretando, em especial, se a interpretação for norteada pela presunção de ser verdadeiro o pensamento do interlocutor (i.e., *pelo princípio da caridade*), actuando, o leitor, como aperfeiçoador (e não apoucador) do texto, só assim se aproveitando o que a todos interessa: o acerto jus-científico. Designe-se por *proto-compreensão textual (ou semântica)*;

(iii) estruturas e categorias axiológicas / éticas/ morais pré-existentes, inevitáveis, incontornáveis, irrevisíveis, insindicáveis, que viabilizam o acto de valorar. Por exemplo, as categorias de bem /mal, correcto/ incorrecto, justo/ injusto (sem cuidar do concreto preenchimento dessas categorias). Designe-se por *pré-compreensão axiológica (ou deôntica)*;

(iv) valorações de factos, em termos revisíveis, feitas pelo destinatário, e que, perante valorações feitas por outrem, podem (seguindo a mesma directriz *princípio da caridade*, pela qual, aqui, se presume que o texto é justo) ser abandonadas ou, pelo menos, silenciadas. São, afinal, as preferências de cada sujeito acerca da solução justa de cada caso. Designe-se por *proto-compreensão axiológica (ou deôntica)*;

Usar apenas 1 expressão – *pré-compreensão* – para estas variadas realidades propicia a inconveniente conotação das *proto-compreensões* textual e axiológica com a inevitabilidade das *pré-compreensões* textual e axiológica. Tendo-se, afinal, por [forçosamente] legitimado por irrevisível o que é, sim, revisível, o que é devido rever. Em especial, atribuindo os caracteres da *pré-compreensão* textual à *proto-compreensão* axiológica, acerca do justo/ injusto perante cada caso a resolver.

Por tais equívocos, a teorização da *pré-compreensão* passa, ironicamente, de *factor desfavorável* a mal-entendidos, a *factor favorável* a mal-entendidos, a solipsismos, ao arbítrio.

Em suma: o discurso jus-científico é tão explicitação dos textos legais quanto a incontornável pré-compreensão do texto (bem como a pré-compreensão axiológica) o permita. Mas, destes, que são incontornáveis, não se cuide. Cuide-se, sim, do que está ao alcance do homem. Ou seja, disponibilize-se, o jurista, para

- sindicar a sua proto-compreensão textual, testando o significado do texto legal interpretando, aventado antes de percorrido todo o *normativamente regulado caminho jus-metodológico*;

- silenciar a sua proto-compreensão axiológica, testando as suas "certezas" acerca da justa ponderação e hierarquização de interesses, princípios, valores concitados por um caso.

Tudo sem prejuízo de poder acontecer que o resultado final, definitivo da interpretação do texto, coincida com a proto-compreensão acerca do texto e com a proto-compreensão acerca da justiça na resolução do caso.

Em suma: o conhecimento científico do Direito pede não a impossível *suspensão*, pelo jurista, da sua inevitável *pré-compreensão* do texto, nem o silenciamento das categorias da pré-compreensão axiológica perante o caso, mas, sim, a possível e devida suspensão da proto-compreensão textual e o possível e devido silenciamento da proto-compreensão axiológica.

Sendo certo que a impossibilidade de suspender/silenciar as pré-compreensões não é pretexto para não suspender/ silenciar o que pode sê-lo, ou seja, não é pretexto para que o jurista afirme que é Direito o que, reconhecidamente pelo próprio jurista, não cabe nos textos legais. Por outras palavras: não seja a impossibilidade do perfeito um motivo para a não minoração do imperfeito.

"Suspensão" e "silenciamento" estes que dependem, em muito, da Academia e seu modelo de formação jurídica. Pelo treino, que pode proporcionar, desta atitude jus-científica.

**4.º (Explicitação acerca do *trabalho do jurista*)** Cabe ao jurista *procurar* os textos legais e os trabalhos preparatórios, atender aos *dados interpretativos*, percorrer as várias espirais hermenêuticas, explorar o potencial semântico e lógico de cada palavra dos textos. Cabe-lhe *trabalho de filigrana*, em tudo dirigido ao conhecimento do *pensamento normativo demonstravelmente radicado na comunidade* (e a sua explicitação no caso); a *cada passo*, trabalho *iniciático* que se depara com *peculiares realidades juridicamente conformadas*, e com *linguagem legal equívoca* (em que significantes se revelam *false friends*). Sempre *alerta* quanto à diferença entre proto-compreensões e significado definitivo. Ora, somando-se, ainda, a devida *suspensão/ silenciamento*, no jurista, das suas *primeiras impressões* sobre o texto e das suas preferências axiológico-normativas, evidenciado fica que o trabalho do jurista em nada

merece o apoucamento de ser tido como *normal leitura* de *normais textos* para *normais problemas*. Insiste-se: basta haver *suspensão /silenciamento* de preferências para que não se confunda o *juiz-boca-da-lei* com o que seria um *juiz-autómato.*

**5.º (Explicitação acerca do *arbítrio* e do *apologético*)** Se (pelo contrário) o jurista tomasse como definitivas as suas *proto-compreensões*, sem apoio nas *fontes primárias*, então, o seu discurso seria *não jus-científico*; o jurista estaria a fundir as perspectivas *de iure constituto* e *de iure constituendo*. Acrescentaria discursos seus aos discursos indiferenciados do leigo nas coisas do Direito. Aí, o jurista passaria a falar do justo (em que não teve específica formação ontológico-antropológico-ética-histórico-sociológica e não do jurídico (em que terá tido específica formação). E assim aconteceria, ainda que tais *soluções* se apoiassem em autorizadas *fontes secundárias*; ou em *fontes primárias, se descontextualizadas ou se selecionadas à luz de critério do próprio jurista*; e ainda que fossem apresentadas não como normas *contra-legem*, mas, sim, como [eufemísticos] *desenvolvimentos da lei*, designadamente mercê do acrescento judicial de alguma *nota jurídica* à previsão ou à estatuição ("desenvolvimentos" que, por não se confinarem ao sistema jurídico fechado acima caracterizado, consubstanciariam normas excluídas pelo sistema legal, isto é, [afinal] normas *contra-legem*).

Tais *soluções*, por um lado, não lograriam constituir-se em normatividade alternativa à legal (mercê da falta de legitimidade nomogenética do juiz, mercê, afinal, do relativismo ínsito à democracia); por outro lado, redundariam em desautorização da lei, ou seja, desconstruiriam os regimes nomogenéticos e metodológicos sem lograr construir regimes alternativos. Assim, por estes dois factos, essas soluções consubstanciariam factor propiciador da banalização e domínio do arbítrio entre os juízes. E *tudo* seria potenciado, se tais soluções ilustrassem o ensino na Academia, pois seria o arbítrio a moldar juízes (ou seja: os juízes teriam retido, da Academia, não as *tais soluções translegais, recebidas como normas*, mas, sim, a desautorização da lei e o consequente convite ao arbítrio).

*Tudo* sem prejuízo da pertinência da defesa dessas soluções, no estanque e assumido plano do apologético, *de iure constituendo*. Bem como, sem prejuízo da excelência destas.

**6.º (Corolários no diálogo: o diálogo jus-científico e o perigo de solipsismo jus-doutrinal)** Precisamente, por estes *textos legais* serem o *objecto de estudo* comum aos juristas que cultivam o Direito português actual, permitem e concitam, eles, o diálogo jus-científico. Servindo de *pauta aferidora* da *improcedência* ou da *não-improcedência* do discurso jus-científico sobre certa norma, consoante esteja, esta, *menos próxima* ou *mais próxima* do pensamento normativo da comunidade revelado nos textos, isto é, *menos próxima* ou *mais próxima* do Direito. Faltasse *objecto de estudo* comum, e o diálogo, a revisibilidade do discurso, a detecção de improcedências, a ciência do Direito ficariam prejudicados. Aí, mercê da possibilidade de cada jurista ter o seu próprio *regime de fonte e método*, cada jurista seria, potencialmente, *obreiro de um sistema jurídico solipsístico* (desde tais normas até aos institutos referentes a cada *comezinha* matéria da vida social). Naturalmente, sem prejuízo de contornar tais solipsismos, procedendo-se à sindicância desses discursos – mas *já* à luz de critérios não jus-científicos. Como seriam os critérios da mera erudição ou da excelência político-legislativa. Insiste-se: aí, o *jurista* não estaria a observar a vontade da comunidade, propiciaria o domínio do arbítrio, e impediria, ou empobreceria, a ciência do Direito. Aí, pouco espaço haveria para *conversar acerca do Direito*: só se poderia falar de Direito na presença de um *caso concreto*, pois (como dito), só perante o *caso concreto* se conseguiria criar a *norma judicial*. Por outras palavras: o *caso* não seria ocasião para *conhecer a norma* (*dificilmente cognoscível* antes do caso), mas, sim, ocasião para *criar a norma* (*inexistente* antes do caso). Inclusive, na presença do *caso*, o diálogo seria difícil: pois, plausível seria que cada jurista, perante o *caso*, invocasse a sua ponderação de interesses, princípios, valores: tão sua quanto intangível por diálogos.

A propósito, cabe, neste passo, corrigir o dito de que *cada juiz seria obreiro de um sistema*: pois, na medida em que o próprio juiz poderia mudar de opinião quanto às *normas judiciais* a aplicar a casos entre si semelhantes, ocorridos em momentos diferentes, cada juiz seria, mais do que obreiro de *1 sistema jurídico seu*, obreiro de *tantos sistemas seus*, ao longo do tempo, quantos os que decidisse criar perante casos semelhantes. A lembrar a prerrogativa do legislador de, atentas as realidades sociais de cada momento, *rectius*, a valoração que, delas, o legislador faz, criar, hoje, um sistema jurídico, para, amanhã, revogar este e criar outro. Em suma: *cada juiz poderia ter a cada momento um seu sistema*.

**7.º (Da *plasticidade* do jurista e da Academia: o discurso jus-científico *versus o* discurso jus-normativo)** Mude-se a lei (em especial, o art. 203.º da CRP, consagrando a já referida solução alemã do art. 20.º/3), e caberá ao *juiz*, e, assim, ao *jurista*, desapaixonadamente (ou seja, *silenciando* preferências suas), por *serviço à comunidade e por serviço à ciência*, mudar, correspondentemente, o seu discurso. Sendo, enfim, reduto do *paradigma de discurso* alternativo ao discurso relativista, à profusão dos discursos dos leigos. Naturalmente, sem prejuízo de eventuais *discursos de iure constituendo – estanques* como acima dito – proferidos pelo *homem* que o *jurista* também é.

Esta *plasticidade da função do jurista* pode, *inclusive*, consistir na passagem do *jurista-cientista-do-Direito* que estuda, conhece e explicita o Direito, ao *jurista-criador-do-Direito* que, trabalhando sobre a vida social, destaca, conhece, valora, pondera, hierarquiza interesses/ princípios/ valores contrapostos, criando, enfim, normas. Passaria, assim, o *discurso do jurista*, de *discurso jus-científico* a *discurso jus-normativo*. Para tal, bastaria que a comunidade *delegasse nomogénese* no jurista, *maxime*, no juiz (*v.g.*, admitindo as ditas *normas judiciais*).

Cabendo, correspondentemente, falar na plasticidade da Academia: consoante as funções que são atribuídas ao juiz, assim o modelo de formação do jurista. Plasticidade cuja falta estiolaria a Academia, na medida em que os seus cânones se fechassem à comunidade e ao discurso jus-normativo [demonstravelmente] nesta radicado; ou seja, na medida em que a Academia criasse, no seu seio, os seus próprios objectos de estudo, e, inclusive, os constituísse, por sua vez, em objectos de labor seu, cultivando a glosa à glosa, o comentário ao comentário. No esquecimento dos textos legais como comuns a todos, como condição do *conversar sobre o Direito*, do cultivo e florescimento da ciência do Direito.

**8.º (Da jus-cientificidade e da contingência espácio-temporal)** A propósito da modificabilidade da lei, explicita-se: a cientificidade no conhecimento, pelo juiz, do Direito é compatível com a delimitação espácio-temporal do Direito-objecto desse conhecimento. De resto, *natural* é que o Direito seja, espácio-temporalmente, radicado numa comunidade. Ou seja: a improcedência/não improcedência do discurso jus-científico afere-se à luz das premis-

sas e das correspondentes conclusões. A modificação das premissas (pela modificação dos textos legais) não afecta o discurso científico do juiz, produzido à luz das anteriores premissas. Tal como um tratado de botânica sobre certa espécie vegetal não deixa de ser discurso científico após a extinção dessa espécie. Ainda que esse tratado de botânica perca ou veja diminuída a sua utilidade.

Em suma, a contingência espácio-temporal do *objecto de conhecimento*, bem como a da *utilidade social* do conhecimento desse objecto não contagiam o *discurso científico* que sobre esse objecto versa. Mas, ainda que contagiasse, ainda que, em suma, fosse impossível a ciência do contingente, certo é que não caberia, ao juiz, criar – idealizando, hipostasiando, purificando a contingente realidade jurídica – um *objecto de estudo não contingente*, para, apoucando os contingentes textos legais da comunidade de que faz parte e a que serve como juiz, ter-se, aí, como cultor de uma *ciência* [de objecto, eventualmente, nem contingente, nem perene – mas, sim, *quimérico*

***Palavras-chave concitadas pelo tema:***

Lacuna – positivismo – interpretação – princípio – *conceito indeterminado normativo*

***Advertências***

- O *resumo* antecedente é, aqui e ali, além de resumo, *glossário*, ao explicitar o significado de expressões. Sirva de exemplo "ponderação principialista". Assim, o texto da *tese* pressupõe a leitura das páginas do resumo;

- *"art. 203.º", sem mais, é o art. 203.º da Constituição da República Portuguesa (ou CRP), de 1976; identificado, em 1976, como art. 208.º, após 1989, como art. 206.º, e após 1997, como art. 203.º;*

- *"art. 8.º", "art. 9.º", "art. 10.º" e "art. 11.º", sem mais, são artigos do Código Civil (ou CCiv.), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47.344, de 25 de Novembro de 1966;*

- ASDI: Acção Social Democrata Independente
- CDS: Centro Democrático Social
- CERC: Comissão Eventual para a Revisão Constitucional
- *DAC/DAR: Diário da Assembleia Constituinte /Diário da Assembleia da República.*
- *EMJ: Estatuto dos Magistrados Judiciais, Lei n.º 21/85, de 30 de Julho;*
- GG: Constituição da República Federal da Alemanha, de 23 de Maio de 1949
- MDP/CDE: Movimento Democrático Português/Comissão Democrática Eleitoral
- MFA: Movimento das Forças Armadas
- PCP: Partido Comunista Português
- PPD: Partido Popular Democrático
- PS: Partido Socialista
- UDP: União Democrática Portuguesa
- UEDS: União da Esquerda para a Democracia Socialista

***Résumé***

DES LACUNES DE LA LOI DANS LE DROIT PORTUGAIS
*MAXIME*, DE L'ART. 203.º CRP
(« LES TRIBUNAUX [...] ne sont que SOUMIS À LA LOI»)

*Ou*

Où, à propos de l`explicitation du concept *lacune*, le Droit portugais devient évident comme un Droit légaliste démocratique, exégétique- subjectiviste-historiciste

*Ou, encore*

Où, à propos de l`explicitation du concept lacune, dans le Droit portugais, se vérifie la refutation juridique – constitutionnel de pondérations judiciaires de valeurs et de principes.

**(i)** La lacune de la Loi est la *règle légale* consolidée par l'expansion d`une règle qui, à son tour, est aussi légale, qui est épurée par exégèse à vue des travaux préparatoires du Législateur subjectiviste-historiciste, et qui n'est pas une règle insusceptible d`expansion (*v.g.*, pour être *exceptionnelle*; cette *expansion*-là qui a se mesure dictée par *analogie*, à savoir, par l`*alignement* (dans la question) *de la téléologie* de la règle soumise à l`*expansion*; *rectius*, de la *téléologie* comme on peut le démontrer au jour des textes légaux (y compris les travaux préparatoires), qui *a été la téléologie du législateur* (et non, bien, que plausible, celle présentée par l`interprète);

**(ii)** La lacune est [y à la fin] une *règle légalement positive*.

Et, non, l'*absence de règle* sur une matière pour laquelle, au jour de la système, et en siège juridictionnel, *doit y avoir* règle; elle est, oui, dans les textes légaux publiés, une

*absence de règle* au sujet de matière pour laquelle, dans ces textes-là, conjugués avec le travaux préparatoires, *el y a déjà règle*.

**A)**

Résumé de la thèse:

Thèse: on dénomme lacune de la loi la règle légale consolidée dans *l`expansion téléologique* subjectiviste-historiciste d`une règle révélée dans le texte légal.

**B)**

Résumé des explicitations poussées par la matière.

Le Droit portugais devient évident, sans détriment de régimes d`exception, comme positivisme légaliste démocratique, exégétique à vue des travaux préparatoires,

En ce qui concerne les sources: cf., notamment, ce qui est disposé dans les articles 203.º (étant donné l`exclusive sujétion des tribunaux à la loi), 3.º/2, 2.º (étant donnés l`état de droit démocratique et la légalité démocratique), 110.º et 111.º (étant données la caractérisation et la séparation des pouvoirs) de la Constitution de la République Portugaise, de même que les travaux parlementaires, de 1976, 1982, 1989 et 1997, à-propos de l`art. 16.º/2 de la Constitution de la République Portugaise, déposent dans le sens que le destinataire de la dignité des gens soit le législateur, et non le juge.

En ce qui concerne la méthode: cf., notamment, ce qui est disposé dans les articles 203.º, 110.º e 111.º de la Constitution de la République Portugaise, et encore, ce qui est disposé dans les articles o.º, 10.º/1 et 2, et 11.º do Code Civil, au sujet d`interprétation, intégration et prohibition de l`analogie.

On constate, en somme, que *le Droit portugais se consacre* comme positiviste-légaliste-démocratique, exégétique-selon-l'intention-du-législateur, et téléologique-selon-l'intention-du-législateur, sanctionnant le *juge-bouche qui prononce les paroles de la Loi –*

*qui, chez la démocracie, sont les paroles de la communautê – selon* la formule bien connue de Montesquieu dans son œuvre *De l'Esprit des Lois*, XI-VI.

**Mots-clés**: lacune, positivisme, interprétation, principe, notions à contenu variable.

## **Livro 1.º-** Introdução ao tema e apresentação do modo de o expor.

## **Título 1.º** O tema, a *caracterização preliminar da lacuna*, os problemas concitados (*maxime*, os limites do jurídico no Direito português), e a antevisão do conceito *lacuna*.

### §1 (Do estudo a empreender)

No Direito português actual, o regime da *lacuna da lei*, bem como os regimes, por esse concitados, dos *limites do jurídico*, das *fontes do Direito* e do *método jurídico* foram autonomizados, ponderados, decididos, e vertidos em textos legais, *maxime*, na Constituição, pela comunidade, através dos legítimos representantes políticos desta. Assim, conhecer estes textos legais é conhecer o seu significado, é conhecer o que, sobre estas matérias, neles foi vertido, depois de decidido, pela comunidade, é conhecer regimes jurídicos, é conhecer Direito, é, em suma, ciência do Direito.

O presente estudo visa, precisamente, conhecer esses textos – as *fontes historiograficamente primárias* da vontade da comunidade sobre aquelas matérias. É, pois, estudo de ciência do Direito. E não de filosofia do Direito, sociologia do Direito, psicologia do Direito, jus-comparatística, História do Direito ou de política legislativa (podendo-se encontrar, nesta, por sua vez, quer aquelas, quer os mais variados outros contributos – da História geral, da sociologia geral, da economia, das neurociências, da hermenêutica, da ética, da moral, da antropologia, da ontologia, da teologia…). O que vai dito está *a jusante* de todos estes saberes. Versa sobre a lei que, na medida concitada por aqueles regimes por ela estabelecidos, traz consumptos estes saberes.

Cabe, a propósito, assinalar: por o objecto de estudo ser os textos legais portugueses actuais, o que vai dito, enquanto mero estudo de ciência do Direito, depende

da vigência dos regimes revelados nesses textos. Umas poucas palavras do legislador – por exemplo alterando o art. 203.º da CRP – e o que vai dito passa a História do Direito.

Finalmente, explicita-se: o dito neste parágrafo e neste Livro 1.º é corolário antevisto da Hipótese apresentada ao longo do texto. Fosse postulado, e não corolário, e consubstanciaria petição de princípio.

### §2 (Do labor do jurista)

O jurista, enquanto cientista do Direito, explicita vontades jus-normativas radicadas na comunidade. E, se o jurista tem, a propósito de matéria objecto de discurso radicado na comunidade, vontade ou razão própria, então cabe-lhe, como cientista, silenciá-las (na medida em que lho permita a pré-compreensão), e, eventualmente, guardá-las para o tratamento de temas de política legislativa ou de filosofia do Direito. Assim, o jurista não é legalista, nem translegalista, nem positivista, nem principialista, nem jusnaturalista, nem exegeta, nem subjectivista, nem objectivista, nem historicista, nem actualista… Cabe-lhe, sim, ser o que o sistema jurídico (demonstradamente radicado na comunidade) é. Cabe-lhe, por outras palavras, ser conforme ao *modelo do jurista* corolário do que o sistema jurídico é. Fosse de outro modo, ou seja, não se pautasse, o jurista, pela procura da normatividade radicada na comunidade, e *já* o seu discurso se confinaria a si próprio. Pelo que, na medida do afastamento com referência ao discurso da comunidade, e ainda que discurso sabedor, pertinente, erudito, o discurso do jurista seria, no que ao Direito concerne, discurso arbitrário.

### §3 (Do carácter quase irrelevante do tema central – o instituto *lacunas*)

O instituto *lacunas* aparece na Doutrina e na jurisprudência como quase irrelevante [1]. A sua microcefalia reflectirá a relevância [doutrinalmente aceite] da atipicidade das fontes do Direito, da interpretação transtextual da lei (por exemplo, com as doutrinalmente gizadas *interpretação extensiva* e *interpretação restritiva*), do objectivismo-actualista, do preenchimento judicial dos conceitos indeterminados à luz de considerações axiológicas, da sindicância judicial da justiça da norma legal – em suma, reflectirá a tese da admissibilidade transversal (abrangendo as várias operações metodológicas, mormente as acabadas de referir) da *ponderação* de interesses/princípios/valores pelo juiz, perante cada caso.

### §4 (Do carácter maximamente relevante de institutos concitados pelo tratamento do tema *lacunas*)

Já a mesma quase-irrelevância não se verifica no que concerne aos temas concitados pelo estudo da lacuna. Ou seja, os regimes jurídicos da fonte do Direito e do método do conhecimento do Direito, *i.e.*, os regimes em que se joga, precisamente, a procedência ou improcedência de cada uma daquelas teses que quase tornam irrelevante o instituto lacunas.

Nestes temas concitados – regime das fontes e do método – está o *ADN* do Direito Português, pois tais regimes são omnipresentes, estão consumptos em cada norma de cada instituto, por mais comezinho, do Direito português.

Como se verificará ao longo do texto, o conceito *lacuna* é afloramento destes regimes (fonte e método); e verifica-se terem, estes dois regimes, por *norma angular* o disposto no art. 203.º. Pelo que todo o texto está centrado nesta *disposição e sua inserção sistémica* – não enquanto o postulado do que se escreve, mas, sim, enquanto conclusão desde já antevista.

---

[1] Cf. *Menezes Cordeiro, Tratado*…, I, 4.ª ed., p. 763 e 764.

## §5 (Textos legais como ponto-de-partida)

Evidencie-se, neste e nos parágrafos imediatos, a ligação entre o tema *lacunas* e os acima referidos *maximamente relevantes* temas.

Vários são os textos legais que admitem a existência de lacunas da lei. Como meros exemplos: o disposto no art. 10.º do CCiv., logo na sua epígrafe, ao mencionar as lacunas da lei, e ao falar, no seu n.º 1, de "casos que a lei não preveja" e, no seu n.º 2, de "caso omisso". E o disposto no art. 8.º/1: "falta […] de lei". Também no Estatuto dos Magistrados Judiciais: no seu art. 3.º/2, o legislador dispõe acerca da "falta […] de lei"; e no art. 4.º/2 deste Estatuto, o legislador fala-nos de "hipóteses não especialmente previstas".

Além destes textos, em que se admite a lacuna, em que se admite o *caso* não especialmente tratado numa norma, textos há em que o legislador, dirigindo-se ao intérprete (*maxime*, ao tribunal), manda que tais casos sejam resolvidos. Por exemplo, no art. 8.º/1 do CCiv. e no art. 4.º/2 do EMJ. *Rectius*, manda que seja tratado o *caso* "desde que este deva ser juridicamente regulado" (art. 3.º/2 do EMJ). Indiciando haver um espaço-de-não-Direito, de a-juridicidade.

Encontramos, ainda, textos que regulam o modo de o tribunal executar essa sua missão – como o disposto nos vários números do art. 10.º, em que se estabelece processos metodológicos para a integração.

Ora, *ao mesmo tempo* que normas legais obrigam a julgar casos não tratados na lei, normas há que estabelecem que o tribunal apenas… pode aplicar a lei. É o que se passa com o disposto no art. 203.º da CRP, *in fine*, sobre a função jurisdicional; bem como no disposto nos artigos 3.º/1 e 4.º/1 do EMJ. Convocando-se, ainda, o disposto nos artigos 110.º/2 e 111.º/1 da CRP, a propósito de limites à actividade do tribunal, pois integrar a lei não pode consubstanciar a discricionariedade político-legislativa, ou seja, a liberdade de ponderar, hierarquizar interesses contrapostos, decidir. Enfim, a liberdade de o próprio tribunal criar o critério de resolução do conflito que lhe é apresentado (naturalmente com as balizas da Constituição, atento o disposto no seu art. 3.º/3). Cabe, desde já, sublinhar que a separação entre a nomogénese e a jurisdição não se circunscreve à não intromissão da Assembleia da República ou do Gover-

no na actividade do tribunal: também ao tribunal cabe não se intrometer na actividade legiferante daqueles órgãos.

### §6 (Da pertinência de dúvidas, atentas as disposições legais atrás referidas)

As disposições referidas suscitam dúvidas. Ilustra-se a pertinência do tema:

**1.º** Onde *começa* o caso omisso? Na falta de uma norma legal?, na falta de uma norma jurídica (legal ou não legal)? Quais as fontes, além da lei, onde procurar a norma? Acrescente-se: e a norma densificadora de conceito indeterminado normativo (ilustrado, este, com a boa fé, no art. 334.º do CCiv.)?, e a norma resultante da ponderação de princípios jurídicos proclamados na lei?: serão, estas, normas a montante da lacuna?, ou a jusante?

**2.º** Onde acaba o poder de integrar, preencher, colmatar a lacuna, começando, aí, o poder de legislar? Como distinguir o poder de integrar nos termos do art. 10.º/3 do CCiv, e o acto legiferante?

**3.º** E, qual o modo de integrar a lacuna? Ou seja: tendo, já, o balizamento da lacuna (mediante as respostas às perguntas anteriores), cabe perguntar pelo *método de integração*: é a analogia de que fala o art. 10.º *uma analogia,* entre caso omisso e caso previsto, constatada por critérios do intérprete?, ou é ela uma realidade juridicamente conformada?; e, caso seja juridicamente conformada, em que termos é, a analogia, caracterizada? Atento o disposto no n.º 2 do art. 10.º, será, a analogia, afinal, *uma* teleologia? Em que termos o seria?

### §7 (Temas concitados pelas perguntas feitas)

As perguntas atrás elencadas (que servem de exemplo de dúvidas suscitadas por disposições legais várias) são aglutináveis nos seguintes temas (evidenciando o que atrás se disse sobre a relevância dos temas concitados pelo instituto *lacunas*):

**1.º** Fontes do Direito.

**2.º** Método jurídico: seja o método de interpretação, o de integração, o de preenchimento de conceitos indeterminados, ou o de ponderação de princípios jurídicos.

Ora, tratar estes 2 temas é tratar, afinal, dos limites do jurídico: delimitar os modos de revelação do Direito, delimitar a interpretação ante a integração, delimitar a integração ante o espaço-de-não-Direito, delimitar a jurisdição ante a nomogénese, *maxime* a legiferação (em especial, a *jurisdição* no respeitante à ponderação de princípios jurídicos e ao preenchimento dos conceitos indeterminados normativos, cabendo, a propósito, caracterizar essa ponderação e este preenchimento: estará essa ponderação circunscrita aos *espaços* dos conceitos indeterminados?, será o preenchimento destes feito apenas por aquela ponderação?).

**3.º** Em suma, e a unificar todos estes temas – por que a todos concita – tem-se o tema *conceito de lacuna*.

## §8 (Da acepção de Direito privilegiada)

Os regimes em causa têm por norma angular o disposto no art. 203.º. Como aqui se antecipa, e como ao longo do texto será evidenciado. Trata-se da única norma que, na Constituição, estabelece o regime geral da delimitação do Direito aplicável pelo tribunal (*rectius*, a que o tribunal está sujeito), na resolução de cada caso. Pelo que o tema é, em linguagem telegráfica, o estudo do texto jurídico-constitucional que é o art. 203.º. Mais rigorosamente, das sete palavras – "os tribunais […] apenas estão sujeitos à lei" – em que, mais de perto, a comunidade, através dos seus representantes democraticamente eleitos, tratou o problema dessa delimitação, sobre ele colheu informação e propostas, tudo ponderou, decidiu, e verteu em texto o que decidiu.

A essas normas a que o tribunal está sujeito dá-se o nome de Direito. Assim se fixa a acepção em que aqui se trabalha. Por muitas serem as acepções de *Direito* (e, de resto, por muitas serem as controvérsias em sede da fixação do conceito correspondente a cada uma dessas acepções), necessário é fixar a acepção de que se trata. À acepção se voltará no Livro 2.º, Capítulo 9.º, dedicado à conclusão – aí, já explici-

tados os regimes constitucionais (que são os comunitariamente radicados) da fonte e do método, caracterizar-se-á o Direito, tomado nesta acepção.

Explicita-se: trata-se de acepção com máxima relevância para a comunidade. E não só para os tribunais, seus primeiros destinatários: respondem à seguinte *prosaica pergunta de qualquer membro da comunidade*, destinatário do Direito: "se houver algum problema, o que é aplicado pelos tribunais?". Explicita-se: "o que é aplicado" não em perspectiva sociológica, mas, sim, em perspectiva jus-normativa. Ou seja: a que, segundo o sistema jurídico, os tribunais estão vinculados, como critério de decisão. E assim, do Direito nos tribunais chega-se ao Direito na comunidade: delimitar o Direito aplicável pelos tribunais, na *patologia social*, é delimitar o Direito aplicável na *saúde social*: conhecer as normas que, em *último caso*, dirimem controvérsias é conhecer as normas que, *logo no 1.º momento*, são presentificadas como decisivas. Assim, falar em juiz é, *grosso modo*, falar no jurista, é falar no comum destinatário da norma.

### §9 (Das condições de inteligibilidade de um texto [como este] afastado da Lição dominante)

Pode acontecer que, no *final* de um estudo, se constate grande afastamento entre, por um lado, a conclusão a que se foi conduzido, e, por outro lado, hipóteses inicialmente aventadas e teses dominantes sobre o mesmo tema. Assinala-se que o texto *tese* é o relato do caminho desse estudo. Pelo que incorpora as conclusões a que se chegou – mas, como já dito, enquanto corolário e não enquanto postulado. Tal como um viajante que relata a viagem depois de feita: também o seu relato prescindirá da descrição de erros de rota que tenha cometido; ou seja, não é um relato da viagem real (com os atalhos e becos que, por engano, ficou a conhecer) mas, sim, da viagem depurada de tais erros, da viagem já depois de conhecidos os ponto de partida e de chegada, e cada uma das etapas (pelo que o relato é, destes, corolário).

Acrescenta-se: esse relato não se pode alhear das presumidas pré-compreensões do leitor, à luz da Lição dominante. Assim, as diferenças entre a Hipótese e a Lição

dominante não podem transparecer logo no início da exposição do tema, sob pena de ininteligibilidade do texto – sem prejuízo de, pela clareza proporcionada enquanto guia de leitura, tal afastamento ser patenteado em concentrado *resumo-antevisão* das conclusões (precisamente o que tem vindo a ser feito nestas primeiras páginas).

O que se acaba de dizer – acerca de condições de inteligibilidade de um texto – justifica trechos como os três parágrafos anteriores, o elenco das disposições legais acima invocadas, bem como as exemplificadas perguntas por elas concitadas. Pressupõem, esses trechos, como se demonstrará, precisamente, teses dominantes na Doutrina (e não as conclusões a que se foi conduzido, sobre estas matérias). Neste início de texto, só a justaposição de trechos que reflectem a Lição dominante e de trechos que deixam antever as conclusões proporciona a *ponte* que clarifica o texto. De resto, são as teses dominantes que determinam, em grande medida, a sistematização deste texto – tudo sem prejuízo de, compromissoriamente, a sistematização servir, igualmente a exposição da Hipótese aventada. Por outras palavras, entre essas disposições legais e essas perguntas há-as com pressupostos cuja improcedência será, ao longo do texto, demonstrada. Exemplifica-se afirmações antecedentes contrárias à Hipótese: o disposto no art. 10.º/3 (atenta a sua aventada inconstitucionalidade), e as perguntas sobre ponderação de princípios pelo julgador (*ponderação* que – aventa-se – está constitucionalmente excluída).

Admitido, assim, o *uso*, nesta fase inicial do texto, de um discurso que vá *fazendo a ponte* entre o discurso sobre lacuna à luz das teses dominantes, e o da Hipótese, passa-se a apresentar uma noção de lacuna, reflexo da Lição académica dominante, e, de seguida, a antevisão do conceito no âmbito da Hipótese.

## §10 (Caracterização preliminar da lacuna à luz da Lição dominante)

Na Lição da Doutrina, encontra-se como *pacífica* noção de lacuna (com pequenas variações na enunciação), *a falta de norma jurídica onde uma norma é devida à luz do Direito existente*[2].

Cabendo explicitar, a propósito desta noção:

**1.º** Só há "falta de norma" onde nem na lei, nem nas fontes admitidas no sistema (*v.g.*, o costume) há norma.

**2.º** Quando a fonte é a lei, há norma quer quando se está dentro dos sentidos literais possíveis do texto legal, quer quando se está fora destes, mas dentro do seu espírito, gizado, este, a partir, em especial, da sua teleologia e da inserção no sistema (entendendo este como o conjunto das normas e princípios consubstanciadores do ordenamento jurídico, cabendo, ao jurista, maximizar a coerência lógica e axiológico-principialista das normas).

**3.º** Se, em sede de preenchimento de conceitos indeterminados, nomeadamente mediante ponderação de princípios, se evidencia uma norma, então também não há lacuna (não cabendo aplicar o correspondente método integrador – art. 10.º).

**4.º** A *norma é devida* se a sua falta contrariar o *plano* do Direito existente, nomeadamente se o *espírito do sistema*, ou seja, o conjunto dos princípios que o caracteriza, exigir que o caso omisso seja juridicamente regulado.

## §11 (Antevisão do conceito *lacuna da lei*, no âmbito da Hipótese)

Começa-se por recordar o afirmado nas páginas de entrada: a lacuna da lei (ou: norma lacunar) é a norma legal consubstanciada na extensão teleológica subjectivista-historicista, de uma norma (não excluída da extensividade) revelada no texto legal. Com as notas já referidas na parte A do Resumo.

---

[2] Fórmula em que facilmente se reconhece a noção dada por vários Mestres, apresentadas *infra*, por todos *Inocêncio Galvão Telles, Introdução ao Estudo do Direito,* pp. 260-261, *António Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil* I, 4.ª ed., pp. 737-739, *Miguel Teixeira de Sousa, Introdução ao Estudo Direito*, pp. 385-393. Reconhece-se que a noção dada como correspondendo, *grosso modo*, à noção da Doutrina dominante está distante da Lição de *Castanheira Neves* e sua Escola. Aqui, a lacuna reflecte o esbatimento das fronteiras entre fonte e método, entre interpretação e integração. Também à Lição do Professor se regressará, no Livro 4.º

Cabe explicitar (nesta retoma da antevisão) fazendo, simultaneamente, a ponte possível com a noção preliminar à luz da Lição dominante, apresentada no § anterior:

**1.º** O ordenamento jurídico português consubstancia um regime político democrático, consagrando a separação de poderes e a lei como a fonte do Direito (art. 203.º). Assim, a lacuna é, ainda, uma *norma legal* – não fosse norma de fonte legal e estaria constitucionalmente excluída.

**2.º** A lacuna é *norma legal* com a particularidade de não estar *cabalmente expressa* no texto legal, estando, sim, evidenciada na conjugação do texto legal com os correspondentes trabalhos preparatórios, na medida em que estes revelem a teleologia dessa norma (seja em termos de cariz sociológico, seja nos correspondentes termos de cariz principialista). *Demonstrando-se*, pois, a teleologia pensada pelo legislador, e não a meramente imputada, por plausível que seja, ao legislador pelo juiz. Perante o caso, resta concluir acerca de essa teleologia *proceder*, sempre à luz dos trabalhos preparatórios, nesse caso.

**3.º** Assinale-se que a referida norma sujeita a ampliação é, por sua vez, legal e corresponde a um dos sentidos admitidos pelo texto legal publicado (atento o disposto no art. 203.º da CRP, ao sujeitar o juiz à lei *que começa por ser texto*, e ao disposto no art. 9.º/2 do Código Civil). Acresce que esta norma-a-ampliar não pode ser norma excepcional, nem verificar-se quanto a ela outro obstáculo, legalmente plasmado, à ampliação teleológica.[3]

**4.º** Sendo a lacuna uma norma legal, possível é acontecer que conflua, no *caso*, outra norma jurídica. Nesta situação, prevalece a *mais próxima* do caso, aquela cuja previsão mais de perto trata o caso, ou seja, mais particularidades do caso retrata (nos termos tendencialmente gerais e abstractos que caracterizam a norma). Ou seja, aplica-se, nessa hipótese, o regime da relação de especialidade de normas, com prevalência da especial.

Acrescenta-se: atendendo a que se constatará, ao longo destas páginas, que o Direito português é um sistema fechado, *rectius*, com uma porta de entrada e uma de

[3] Sem prejuízo de haver divergências quanto à noção de norma excepcional. Retomar-se-á o problema, no Livro 3.º §195.

saída em que o *porteiro* único é o legislador (não cuidando, nesta afirmação, das fontes diferentes da lei, casos excepcionais previstos na Constituição), encontra-se, para qualquer *caso*, uma resposta. Ainda que a resposta seja a constatação da exclusão do *caso*, do campo do jurídico. Consequentemente, a *norma-lacuna* surge como norma cujo âmbito é, *ao menos* por comparação com o âmbito da *norma-limite-do-sistema*, norma especial. Quanto à nota *especialidade*, a Lição dominante não a inclui, pois, sendo seu pressuposto a inexistência de norma, então, não há que eleger uma entre várias normas concitadas pelo *caso*.

### §12 (Do carácter *óbvio* da Hipótese, como corolário da leitura integral dos *textos legais* reproduzidos ao longo destas páginas. Do afastamento entre Hipótese e Lição dominante)

**1.º** A Hipótese que ao longo do texto é apresentada é-o na convicção de que não é mais do que *explicitação do óbvio*. "*Óbvio*", pois a Hipótese surge como natural à luz

**(i)** de artigos da Constituição cujo *significado textual* aponta, patentemente, para o que é explicitado ao longo destas páginas; em especial, o significado primeiro do texto do art. 203.º;

**(ii)** das restantes *parcelas* do sistema jurídico – em que aquele significado *encaixa*;

**(iii)** dos trabalhos preparatórios na Assembleia Constituinte, em 1975/76 com que aquele significado concorda;

**(iv)** dos trabalhos parlamentares, em sede de revisão constitucional, em 1982, 1989 e 1997, como *confirmatórios daquele significado*;

**(v)** da *occasio legis*, da teleologia e dos princípios-vector fundantes do regime surgido com a Revolução de 1974 – em especial, a democracia e a separação dos poderes – de que aquele significado é manifestação;

**(vi)** da não existência de dados interpretativos que infirmem aquele significado.

**2.º** Aventa-se, de resto, que a integral leitura desses textos legais, desses trabalhos preparatórios e desses trabalhos confirmatórios, que ao longo da *tese* vão sendo integralmente reproduzidos, seja elucidativa. Designadamente, por esses trabalhos serem, todos eles, conclusivos, pois, além das discussões e declarações de voto, houve votações (ou, em alguns poucos casos, proposta seguida de retirada da proposta) acerca dos problemas aqui tratados.

Trata-se de textos, *grosso modo*, auto-explicativos, quanto aos quais, a Hipótese, apresentada ao longo dos Livros 2.º e 3.º, ao ritmo de comentários, é mera resenha de explicitações. O que se acaba de dizer acerca da importância destes textos justifica que sejam apresentados, *grosso modo*, na íntegra – cabe proporcionar, no seio de qualquer ciência, acesso facilitado a *dados* para sindicância alargada ao que se diga.

**3.º** Ainda a propósito deste carácter "óbvio": no Livro 4.º, dedicado a diálogo com a Doutrina, ensaiar-se-á explicação para que regimes "óbvios", aqui referidos sob a designação *Hipótese*, estejam, há décadas, *grosso modo*, quase-ausentes do discurso académico e da prática dos juristas [4]. Justifica-se, porém, desde já, antecipar alguns dos factores que o explicam:

**(i)** a sede legal constitucional dos regimes da *fonte* e do *método* fica, jusdoutrinalmente, *em terra de ninguém*: os textos da teoria geral do Direito, maioritariamente privatistas, não se têm mostrado sensíveis ao Direito constitucional, centrando as suas atenções no tratamento dessas matérias presente nos primeiros 13 artigos do Código Civil de 66; e os textos do Direito constitucional, por sua vez, não se têm mostrado sensíveis a temas típicos de teoria geral do Direito, como *fontes*, em especial, na vertente *modo de revelação do Direito*, métodos de interpretação e de integração;

**(ii)** acresce que os raros textos académicos que, nos últimos 40 anos, atentaram, a propósito destes temas da teoria geral do Direito, em artigos como o art. 203.º da CRP, são textos de máxima e incontornável autoridade académica – em especial, de *Castanheira Neves*, da Universidade de Coimbra, em 1982, e de *Jorge Miranda*, da

[4] Cf. Livro 4.º.

Universidade de Lisboa (somando-se, no caso de *Jorge Miranda*, a autoridade de deputado constituinte, com intervenção nestas matérias, aquando da feitura da Constituição, 1975/76, vindo ainda a intervir, como deputado, aquando da marcante 1.ª Revisão Constitucional, de 1982). Ora, na obra destes Mestres, as referências específicas a esta disposição constitucional não são extensas, além de não serem acompanhadas da apresentação dos trabalhos parlamentares que o *complementam*, verificando-se, ainda, que nenhum dos Professores encontra, nesse artigo da Constituição, obstáculo à tese de que cabe aos tribunais delimitar e caracterizar o Direito que aplicam. Elucidativa é a Lição de *Jorge Miranda*: o significado de "lei", nesse artigo é "Direito".

*Continuando*: estes textos terão marcado a Doutrina portuguesa, no estudo do Direito português após a Constituição de 1976. Pois não podendo, cada académico, cada jurista, cuidar do estudo de todo o sistema jurídico, natural é colher as Lições dos Mestres que, com a referida autoridade, e de forma assertiva logo *à nascença da Constituição*, sobre esta disposição se pronunciaram. Vindo a ser construídos, designadamente sobre aquela Lição, *edifícios jurídicos* que, em comum, e a distingui-los da Hipótese, têm – numa palavra – a translegalidade. Pois se os tribunais estão sujeitos ao Direito *tout court*, então, os tribunais têm de, em *sede da necessária densificação do conceito indeterminado "Direito"* apurar a *quididade* do *jurídico*, apurar o que é Direito e o que não é Direito, apurar a norma a aplicar, saber onde está ela, saber como a ela chegar; por outras palavras, apurar os regimes da fonte, do método e os limites do Direito. Ou seja, cabe aos tribunais, cabe a cada juiz apurar o *DNA* presente em cada norma de cada instituto, ainda que *comezinho*, do Direito português.

**4.º** Assim, cada edifício jurídico, à luz desta Lição, pode acolher, *nomeadamente*,

**(i)** normas correspondentes a significado dentro da moldura semântica das palavras usadas na lei,

**(ii)** fontes além da lei (por exemplo, o costume com as normas consuetudinárias, ou a natureza das coisas com o Direito Natural),

**(iii)** normas de catálogos normativos diferentes do catálogo legal (por exemplo, certo catálogo moral),

**(iv)** normas resultantes da ponderação judicial, perante o caso, de interesses, princípios, valores jurídicos (estejam explícitos ou estejam implícitos, na lei, tais princípios e valores), sejam convocados autonomamente, ou em sede da teleologia de uma norma, ou em sede de preenchimento de conceitos indeterminados normativos (como a "boa fé", no art. 334.º do CCiv.), seja, ou não seja, a propósito da adaptação da norma geral e abstracta ao caso (designadamente, por considerações sinépicas), seja, ou não seja, a propósito de conflitos de normas ou princípios, seja, ou não seja, a propósito de lacunas, seja, ou não seja, em sede de sindicância de uma norma legal (seja da sua intrasistémica validade, seja da sua justiça);

**(v)** normas que, fundando-se em textos legais, transcendem [assumidamente] o quadro semântico das palavras destes, mercê das mesmas ponderações principialistas judiciais, consubstanciando interpretações extensivas, restritivas, enunciativas, correctivas, ab-rogantes, sem prejuízo de, a montante, verificar-se flexibilizações do próprio campo semântico das palavras da lei, trazendo para o seio desse *campo* significados que apenas por *considerações principialistas /axiológicas* lá têm lugar (mediante a invocação de uma omnipresente analogicidade, ou a invocação da dimensão tipológica das palavras da lei ou a invocação do carácter móvel do sistema).

**5.º** Ainda quanto à caracterização da Lição dominante: assinala-se que qualquer destas operações pode ser levada a cabo acompanhada da indicação de um artigo ou de vários artigos de um diploma legal (seja, ou não seja, a Constituição). Por exemplo, artigos que incluem fórmulas axiologicamente vagas ou um mero princípio-vector (cuja operacionalização em sede de resolução de um caso carece de ponderação com outros *vectores*). Ora, como adiante se evidencia, em especial ao longo do Livro 2.º, se uma sentença assim fizer, ainda que invoque artigos, ilustra o translegalismo e não o positivismo legalista. Ou seja: a mera invocação de artigos de lei não consubstancia o positivismo legalista. Basta que o artigo seja referido e que a sentença consubstancie norma sem cabimento na moldura semântica dos textos legais, para

se estar no translegalismo (podendo acontecer que tal invocação de artigos reflicta práticas habituais judiciais ou a conveniência retórica de aparentar observância, pelo juiz, da lei, da separação dos poderes, da democracia). Em suma: tais sentenças e tais fundamentações só aparentemente consubstanciariam o positivismo legalista democrático; ilustrariam, sim, o translegalismo.

**6.º** Pelo contrário, a Hipótese começa pela explicitação do significado de "lei", no art. 203.º, como sendo "Direito revelado nos textos legais", abrangendo, assim, apenas, as normas revelados por exegese dos textos legais publicados e as que, transcendendo o significado destes, são reveladas [também] por exegese destes textos devidamente conjugados com os respectivos trabalhos preparatórios, quando aí se evidencia a extensividade teleológica da norma ao *caso*. Tudo sem prejuízo dos contados regimes excepcionais de fonte diferente da lei, constitucionalmente explicitados.

**7.º** Finalmente: ainda que apresentada, a Hipótese, como "óbvia", à luz de textos legais (incluindo, nestes, os trabalhos preparatórios do legislador) que não têm sido objecto de estudo privilegiado, resta a devida explicitação de que, naturalmente, não se exclui ser ela um *erro*.

## §13 (O conceito *lacuna*, os *2 edifícios jurídicos*, as *poucas palavras* do art. 203.º, e os critérios orientadores da procura do conceito *lacuna*)

Os *edifícios*, os *mundos jurídicos* ilustrados, estão separados por, *grosso modo*, umas poucas palavras. As do art. 203.º: "os tribunais […] apenas estão sujeitos à lei". *Rectius*: estão separados por 2 *sistemas*: num, pontifica o disposto no art. 203.º como consagração do *Direito vertido nos textos legais* como todo o Direito aplicável pelos tribunais; no outro sistema, ou o art. 203.º não é referido (sem que se justifique tal omissão, ou seja, sem que se justifique a irrelevância desse texto constitucional, no tratamento da matéria), ou é-o lacónica e perfunctoriamente, concluindo-se que o significante "lei" não impede a sujeição dos tribunais ao *Direito*, assim *autonomiza-*

*do* ante a lei [5]. Cabe perguntar: qual dos 2 sistemas é o sistema com a marca do *jurídico*?

Houvesse *transmissão telepática* entre, por um lado, a comunidade, e, por outro lado, cada jurista, e não haveria dúvidas acerca de qual o sistema jurídico, não haveria dúvidas acerca da juridicidade de cada norma. Mas, não há tal telepatia. Assim, outros são os meios para captar essa vontade. Certo é que o sistema jurídico, *maxime*, os regimes concitados pelo tema *lacuna*, e de que depende a noção de lacuna, e que são o *ADN* jurídico, radicam na comunidade. E não em cada jurista, em cada homem: radicasse em cada jurista, em cada homem, e legitimado estaria o arbítrio. Insiste-se: pode acontecer cada jurista reivindicar *juridicidade* para o seu próprio discurso; mas não enquanto seu; ao fazê-lo estará a reivindicar para o seu discurso o carácter de fidedigna captação da vontade jus-normativa radicada na comunidade. Ou seja, não há jurista que reivindique legitimidade para si próprio quanto a decretar o *ADN* jurídico da comunidade a que pertence. Existe [natural] concordância acerca de tal legitimidade radicar na própria comunidade. Divergências existem, sim, acerca de qual o discurso jus-doutrinal que coincide ou que está menos afastado quanto à *vontade jus-normativa da comunidade*. "Divergências" que são ultrapassadas por exame de cada *edifício jurídico*, *maxime*, por exame do discurso doutrinal acerca destes *regimes-ADN* à luz do seguinte critério: correspondência à *vontade jus-normativa da comunidade* que é a portuguesa.

Todo o presente texto vive deste exame à luz deste critério. Exame em que é central o estudo do art. 203.º, com o devido enquadramento sistémico. Pois não há disposição, radicada na comunidade, que mais de perto trate da delimitação / caracterização do Direito a aplicar pelos tribunais (sem prejuízo de muitas serem as convocadas no estudo daquela).

No final, depois de respondidas às perguntas acerca dos temas concitados pelo conceito *lacuna*, ou seja, depois de apurados os regimes jurídicos da fonte e do

[5] Como se evidenciará no Livro 4.º

método, e assim apurados os limites do jurídico, fluirá a formulação do conceito *lacuna*.

Cabe, a propósito do dito no anterior e neste parágrafos, explicitar:

**(i)** designa-se por Lição ou Doutrina dominante a que afirma a translegalidade, não encontrando no art. 203.º obstáculo a tal translegalidade. Nomeadamente por "lei" significar "Direito". Mas, além da afirmação da translegalidade, a Doutrina dominante é, ainda, *grosso modo*, caracterizada pelo *principialismo*, ou seja, pela admissibilidade de ponderações principialistas judiciais, decorrendo, destas, a criação de normas judiciais. Consubstanciando uma nova fonte do Direito (com a particularidade de a *fonte* ser contemporânea da decisão judicial: o judicialismo ou jurisprudencialismo [6]). Destaca-se o principialismo em que os princípios a ponderar têm algum apoio na lei. Explicita-se, pois, que o translegalismo não é, hoje, de cariz jusnaturalista; além de, na medida em que assenta na ponderação de princípios legalmente consagrados, convidar a ser tido como mera extensão, mero desenvolvimento da lei. E não como verdadeira criação normativa. Ao tema se regressará (vindo a aventar-se o carácter eufemístico desta *não criação normativa*). Mas fica o sublinhado: a fronteira entre legalismo e translegalismo não será hoje o Direito Natural (nem outras *residuais fontes*, como o costume): será, sim, correspondentemente, a não-admissibilidade ou admissibilidade da *ponderação principialista judicial*.

Assinala-se que, na Doutrina que versa sobre o Direito português, a quase totalidade dos textos *pressupõe* que os tribunais não estão restringidos à "lei". Sem tratar do art. 203.º [7];

**(ii)** a Doutrina dominante não se consubstancia em 1 edifício jurídico. Rigorosamente, muitos são os edifícios, os mundos jurídicos. Tantos quantos os *ADN* (regime das fontes e do método) afirmados, *maxime*, por juristas, e, entre estes, em especial pelos Mestres da Academia que, no âmbito da investigação /ensino, cultivam estas matérias;

---

[6] Como se evidenciará no Livro 2.º, §106 e ss, e no Livro 4.º (destacando-se, desde já, quanto ao peso dos princípios, as incontornáveis obras de *Castanheira Neves* e de *Gomes Canotilho*).

[7] V. Livro 4.º, §208, em especial, nota 30.

**(iii)** assinala-se que, concluindo por o disposto no art. 203.º da CRP, sistemicamente interpretado, inviabilizar este *tronco comum* a esses vários mundos jurídicos que se encontra na Doutrina dominante, prejudicados estão esses edifícios jurídicos. Em especial, o que neles versa sobre nomogénese e metodologia. Pelo que, nesta hipótese, não se cuida de matérias a jusante do tema central que é *as poucas palavras do art. 203.º*. Seja por inutilidade, pois tudo o que se dissesse estaria condicionado à improcedência /não-improcedência dos respectivos fundamentos nomogenéticos e metodológicos, seja por a apreciação jus-científica de cada um desses mundos jurídicos, naquilo que está a jusante do problema central, traduzir-se no tratamento de muitos temas, eles próprios passíveis de merecer estudos académicos. Assim, seria tarefa de muitas vidas.

**(iv)** Finalmente: reconhece-se que os juízes mantêm o hábito de apresentar base legal de cada solução. Tal poderia indiciar uma jurisprudência positivista legalista. Será aparente (como se verificará no Diálogo com a Doutrina, no Livro 4.º). A mera invocação de *artigos* esconde a criatividade (demonstrável na comparação entre o campo semântico do texto legal e a norma que se lhe imputa) decorrente da *operação central* que é a ponderação principialista (designadamente em sede de considerações teleológicas, objectivistas, actualistas, e em sede de preenchimento de conceitos indeterminados de âmbito aplicativo transversal – como seja a boa fé, no art. 334.º do CCiv.). Assim, só aparentemente a invocação de artigos equivale a uma nomogénese e metodologia positivistas legalistas.

### §14 (Breve delimitação do tema. Com breve referência a relações entre o Direito Constitucional, o Direito Internacional Público e o Direito da União Europeia)

Procura-se o conceito *lacuna*; para tal, privilegia-se o estudo do regime geral das fontes, do regime geral da interpretação e do regime geral da detecção/ integração. Ora, múltiplas são as exclusões a fazer neste âmbito, sob pena da impossibilidade (pela vastidão e pelo carácter fundante dos temas em causa) de tratar o tema *lacuna*.

Esses regimes pontificam nos artigos 203.º da CRP, e 9.º e 10.º do CCiv. Cabe, pois, quanto aos regimes trazidos por estas disposições, ilustrar matérias excluídas do estudo, sublinhando, no entanto, que, *grosso modo*, não são relevantes quanto ao conceito lacuna da lei (ou seja, as respostas que sobre tais matérias vislumbramos não estão no *caminho crítico* da conceptualização da *lacuna*.

Assim, explicita-se:

**1.º** O estudo trata da lei enquanto acto de autoridade política, intencionalmente criador de Direito (colhendo as Lições jurídicas, marcantes aquando da feitura da Constituição, dos Professores *Cabral de Moncada* e *Pires de Lima/Antunes Varela*, de Coimbra, e *Marcelo Caetano* e *Galvão Telles*, de Lisboa – cf. § 43). Desde a Constituição à portaria, passando pelas *leis* (acto geral e abstracto) da União Europeia (*maxime* regulamentos e directivas – desde que aprovadas por processos legislativos: art. 288.º e 289.º/3 do Tratado do Funcionamento União Europeia).

**2.º** Nesta delimitação, assinala-se que não se cuida do estudo de cada tipo de acto legal, nem se privilegia as suas relações hierárquicas – temas, *per se*, justificativos de estudos monográficos, suscitando problemas de monta. Basta lembrar as relações entre o Direito Constitucional, o Direito Internacional Público (em especial, o *ius cogens*), e o Direito da União Europeia (em especial, à luz do disposto no art. 8.º/4 da CRP).

A propósito dessas relações hierárquicas, considera-se, atenta a soberania (ainda que voluntária, e revisivelmente, partilhada, nos termos do art. 7.º/6 da CRP) do Estado Português, proclamada nos artigos 1.º e 2.º (e com a especial tutela do disposto no art. 288.º/a)), que o disposto no art. 203.º (e não normas da União Europeia) é a *norma angular* do edifício jurídico no que respeita à delimitação do Direito aplicável pelos tribunais portugueses. Norma que, estabelecendo o regime da independência dos tribunais, inclui-se nos "princípios" referidos no art. 8.º/4, *in fine*: quer por ser norma conformadora da separação e interdependência dos poderes, referida no próprio art. 2.º, que consagra o Estado de direito democrático, quer por fazer parte do elenco das normas constitucionais que consubstanciam limites à revisão, indício do seu carácter primacialmente conformador da Constituição (art. 288.º/m)).

**3.º** Ainda, nesta breve delimitação: não se estuda os regimes constitucionais excepcionais da fonte do Direito aplicável pelos tribunais (por exemplo, os negócios jurídicos – criadores dos preceitos negociais que, ainda que individuais e concretos, consubstanciam um *apport* normativo não reconducível às normas legais).

**4.º** Quanto aos regimes do método de interpretação e do método de integração: não se privilegia regimes especiais circunscritos a *este ou àquele* diploma, a uma categoria de leis, a um ramo do Direito, ou à ordem jurídica internacional ou à ordem jurídica da União Europeia recebidas no Direito português [8].

**5.º** Em suma, *pela positiva*: privilegia-se a exposição das matérias de que depende o conceito *lacuna*.

# **Título 2.º** Apresentação e justificação do modo de expor o tratamento do tema (ou: acerca do discurso jus-científico).

### §15 (Da sistematização. Da centralidade das *fontes historiograficamente primárias*)*

Passa-se a apresentar a sistematização do texto.

**1.º** O corpo do texto começa com a Introdução ao tema e ao modo de o expor.

À Introdução segue-se a parte *nuclear* do texto: aquela onde se evidencia que todo o Direito radica nos textos legais (os publicados e os respectivos trabalhos preparatórios): o Livro 2.º; explicitando /complementando este, segue-se o Livro 3.º. Começando o tratamento de cada uma destas 2 partes com as disposições legais (e seus trabalhos preparatórios) que mais de perto regulam cada matéria (ou seja, na qualidade de *linha avançada* do sistema jurídico. Pois sempre é este globalmente

[8] Por exemplo, o regime de interpretação ou integração da declaração negocial (artigos 236.º a 239.º do Código Civil), ou o regime especial da interpretação dos tratados (art. 31.º e seguintes da Convenção sobre o Direito dos Tratados – assinada em Viena em 23 de Maio de 1969).

considerado, sempre todo ele potencialmente convocado para a solução do problema jurídico que nos ocupa). Começando por disposições legais, pois o texto legal é o objecto da ciência do Direito. A alternativa – começar por considerações doutrinárias – convida a menosprezar a lei, além de poder ser instrumento retórico de *aliciamento* do leitor (*v.g.*, por *impressivas* referências histórico-comparadas, sem a prévia demonstração da pertinência destas no estudo da lei em vigor), levando-o a aderir a significados *abusivamente* imputados à lei. Surgiria, esta, assim, secundarizada perante o texto doutrinal, como *mais um argumento*, tópico, favorável à tese apresentada. Seria esse início tão surpreendente quanto começar texto sobre Camões, sem evidenciar, logo de entrada, Camões e a sua obra. Privilegiando, sim, textos-sobre-Camões. Ou textos ainda mais afastados: sobre Autores que não Camões – Dante, Shakespeare, Cervantes, Goethe. Ou, *inclusive*, textos sobre fontes secundárias. A lembrar os exemplos dados pela História do Direito, com glosas a glosas e comentários a comentários. Por outras palavras, tenta-se que o presente texto não peque por ter *acrescentado ponto ao conto contado*.

Em suma: cabe privilegiar as *fontes historiograficamente primárias* (objecto primacial de qualquer ciência). E não as *secundárias* (sem prejuízo do atendimento a estas, na medida do tema nuclear e na medida do jus-cientificamente devido).

**2.º** O padrão de exposição da matéria, em qualquer dos Livros 2.º e 3.º, é o seguinte:

- breves considerações preliminares;
- seguidas do corpo da exposição;
- conclusão/ explicitações/ corolários.

**3.º** No Livro 4.º, concentra-se breves espaços de diálogo com a Doutrina. Muitas das objecções vão sendo prevenidas ou respondidas ao longo da exposição. No entanto, nesse Livro far-se-á esse confronto com Mestres e com juristas que sobre o tema escreveram. Ainda que sejam muito raros os textos que fazem o cruzamento dos temas juridicidade/ fontes /método /art. 203.º.

**4.º** Termina-se com breve apêndice *de iure constituendo*, adenda documental e bibliografia.

Na adenda documental, publica-se textos inéditos muito significativos no percurso de elaboração da lei e mencionados ao longo das presentes páginas. Bem como outros cuja junção é ditada por comodidade do leitor.

### §16 (Sobre o discurso, em especial, a terminologia)*

Sobre terminologia, cabe dizer:

**1.º** Ao longo do texto evita-se "originalidades terminológicas".

Adiante se verificará que a realidade jurídica é, irremediavelmente, uma realidade específica. E a sua linguagem – *maxime*, a legal – presumidamente equívoca (presumidamente consistente em *false friends*). Assim, preferível é manter os *termos legais*, bem como os sedimentados entre juristas – ainda que equívocos à luz da *linguagem natural* (*i.e.*, linguagem do quotidiano, linguagem de leigos). Evitando inovar terminologicamente, dificultando o diálogo entre juristas. De facto, as inovações terminológicas (quer as que afastam terminologia legal, quer as que afastam terminologia doutrinalmente sedimentada) têm a desvantagem de dificultar o diálogo entre juristas, convidando, amiúde, a falsas polémicas (por uma não destrinçada polissemia das palavras usadas pelos *contendores*).

**2.º** Registe-se, a propósito, que, ocorrendo termos polissémicos, começar-se-á por explicitar os vários sentidos e, de entre eles, o privilegiado – sirvam de exemplos *valor, norma, princípio jurídico, sistema, pré-compreensão*. Tal dilucidação privilegia, naturalmente, definições *mediante termos não indeterminados*, tentando, enfim, *trocar por miúdos* o que seja atreito a equívocos.

Esta fixação de *acepção* visa, além de evitar falsas controvérsias, visa clarificar discursos, evitando construções doutrinárias cuja subsistência vive da dificuldade da sua sindicância, mercê, precisamente, de fórmulas polissémicas (construções que, se claramente apresentadas, evidenciariam a sua improcedência).

**3.º** Assinale-se que, perante divergências terminológicas entre a lei e a Doutrina, dá-se preferência à terminologia legal – sob pena de uma *inversão discursiva*, na medida em que se teria como *objecto de estudo* os *estudos sobre o objecto*, convo-

cando o risco de imputar ao Direito o que seja mero resultado de labor sobre o Direito, o risco de confundir *discurso normativo* com *discurso jus-doutrinal.*

**4.º** Assim, as soluções são apresentadas à luz do modelo de texto científico, em termos categóricos. O que é feito, não como atitude acrimoniosa dirigida a quem defenda teses diferentes – apenas como convite a um facilitado exame do que vai sendo dito.

Assim se justifica recorrer a tudo quanto propicie *clareza* ao que se diz. Evitando fórmulas que poderiam propiciar falsas resoluções dos problemas, ao apresentar como solução fórmulas sinónimas do problema, ou discursos eclécticos (quando não sincréticos), equívocos por polissemia, indeterminados, eufemísticos. Cabe, ainda, pela clareza, esmiuçar o significado de palavras, com várias expressões sinónimas – tentando minorar a probabilidade de atribuição, pelo leitor, de significados diferentes à palavra usada.

**5.º**Ainda sobre a terminologia.

As palavras usadas que não constam do catálogo das palavras da língua portuguesa admissíveis (à luz de Dicionários como o Morais na sua 10.ª edição, ou o da Academia das Ciências, de Lisboa) são, tal como expressões estrangeiras ou latinas, tal como palavras usadas em sentido não rigoroso, tal como palavras que se pretende realçar, apresentadas em *itálico*.

**6.º** Ao longo do texto, a mesma realidade (no âmbito da Hipótese) é, frequentemente, apresentada com assumidas pequenas variações linguísticas – ao serviço da clareza na exposição da Hipótese (pois poderá, atentas pré-compreensões do leitor, a pequena variação terminológica trazer a devida elucidação).

**7.º** Finalmente: também para facilitar o exame, foram logo apresentadas, nas páginas de entrada, a "tese" e resumo alargado, antevendo o conceito *lacuna* e as *sub-teses* a ele conducentes. Pela clareza que sempre propicia ao leitor de um texto a inclusão do ponto-de-partida e do ponto-de-chegada – permite que cada passo da caminhada de leitura seja dado de forma minimamente contextualizada, já com o *mapa-mundo* tido presente pelo leitor – e não *às cegas*.

## §17 (Ainda sobre dificuldades discursivas e dialógicas)

À Hipótese foi-se conduzido pela lei, iluminada, em especial, pelos trabalhos preparatórios, na omnipresença da Doutrina coeva. Ora, o afastamento da Hipótese relativamente à Lição académica reflecte-se, naturalmente, na linguagem: se a Hipótese (que versa os regimes das fontes e do método) não é improcedente, cabe constatar que o diálogo (possível, como atrás evidenciado) é difícil, pois muitos dos termos e expressões usados na Lição dominante têm significados, postulados e apontam para regimes diferentes. O que se acabou de dizer justifica que nos Livros 2.º e 3.º sejam raros os momentos dialógicos com a Doutrina.

Pontuar o discurso dos Livros 2.º e 3.º com momentos dialógicos tornaria o texto plausivelmente ininteligível – pela necessidade de, *pari passu*, antecipar pormenorizadamente matérias para desfazer equívocos. Deixa-se um exemplo. Que, de resto, evidencia que, ainda que possível, o diálogo entre a Hipótese e a Lição dominante requer cuidados em vista à clareza: a palavra *interpretação* é usada na Lição da Doutrina como abrangendo processos interpretativos cujos resultados estão [assumidamente] além dos sentidos literais possíveis – é, por exemplo, o caso da *interpretação extensiva*: expressão que, na Hipótese, é sinónima de *interpretação declarativa lata* atribuindo-se, por sua vez, a esta expressão o significado que a Doutrina lhe dá. No entanto, a fórmula *interpretação declarativa lata* é fórmula a evitar, e a substituir por aquela – *interpretação extensiva* (ainda que, repete-se, com o significado da dita *interpretação declarativa lata*). Pois "interpretação extensiva" é usada na lei, nomeadamente no art. 11.º, com relevância normativa – o que não acontece com a fórmula *interpretação declarativa lata*. O que se acaba de dizer funda-se em correspondentes longos trechos justificativos. Que não cabe aqui antecipar. Ora, se o confronto entre os edifícios fosse feito *pari passu*, a fluidez e clareza proporcionadas seriam prejudicadas, por frequentes trechos antecipadores de temas a tratar adiante.

O modelo do confronto *pari passu* merece ainda um reparo: sacrifica, mais do que o faz o figurino aqui seguido, a unidade do *outro* discurso ou seja do discurso sindicante da hipótese aventada. Alternativa seria a mera indicação de certo texto

como consubstanciando solução contrária – caso em que se poderia prescindir da referida unidade do *outro* discurso. Mas, cabe a quem aventa a hipótese de solução sujeitar o que diz a todas as objecções conhecidas: a referência a outros textos faz-se por sindicância do que se aventa e não por mera justaposição de contrários, e não por mera alusão a discursos intangíveis.

Assim se justifica que as páginas de diálogo estejam reunidas no Livro 4.º. Privilegiando trechos em que Autores tratam do disposto no art. 203.º. *Esses* comentários seguem figurino telegráfico, pressupondo a leitura dos Livros 2.º e 3.º. Evitando, assim, repetições. As remissões nem sempre são feitas. Pois correspondem a partes patentemente identificáveis nas páginas que seguem (sendo alguns dos comentários corolário de capítulos inteiros).

Finalmente: esse *confronto* está facilitado, atendendo à já referida comunhão, entre a Hipótese e a Lição dominante, quanto a ter o Direito como radicado na comunidade, e não o Direito como radicado em cada indivíduo e suas preferências axiológicas. E, ainda, à comunhão quanto à caracterização do Direito português pela Democracia, pelo Estado de Direito democrático, pela separação de poderes, pela independência dos tribunais. O que, não obstante divergências quanto à densificação de cada um destes traços caracterizadores do Direito português, também facilita o diálogo.

### §18 (Retomando o §1: sobre a *jus-cientificidade* do tratamento do tema)*

Já apresentado o tema *lacuna* e os temas por esse concitados (fonte, método, limites), estão colhidos elementos que permitem retomar o §1, complementando-o com explicitações (em especial, quanto à importância da História do Direito) e com corolários (em especial, quanto a critérios bibliográficos).

O tema é tratado *de iure constituto*. É um tema de ciência do Direito. É certo que os saberes são comunicáveis. Por exemplo, a teologia, a ontologia, a moral, a ética, a sociologia *estão* presentes no Direito. Mas, estando presentes, estão-no consumptos

[(enquanto tidas em atenção, ponderadas ao longo do processo de feitura da lei. Em especial da lei que trata das matérias fundantes do sistema jurídico (fontes e método), vindo, por sua vez, estas, a estar consumptas nas normas sobre matérias mais *comezinhas*, como o regime jurídico do enxameamento de abelhas]. Sem prejuízo da relevância que, fora da consumpção, um ordenamento jurídico, eventualmente, lhes conceda.

É igualmente certo que a ciência do Direito não tem fronteiras – brasileiros e guineenses podem escrever sobre o Direito português; portugueses e italianos podem escrever sobre o Direito alemão. Mas existem fronteiras quanto ao objecto da ciência. O ordenamento jurídico português é diferente do ordenamento jurídico brasileiro, bem como diferente do alemão – e, quanto a este, é, no tema que nos ocupa, e como se constatará no Apêndice, [aparentemente] antípode. *Retomando*: por não ter fronteiras, o estudo do Direito português é feito tendo em atenção o que portugueses e estrangeiros dizem sobre o *Direito português*; mas abstraindo de *Direitos estrangeiros* (sem prejuízo da relevância que o Direito português lhes permita em sede de Direito Internacional Privado). Ou seja, sendo certo que não há *ciência (do Direito) portuguesa*, sublinhe-se que há *ciência do Direito português*.

E o mesmo se diga de ordenamentos jurídicos passados (portugueses ou estrangeiros) – mais uma vez, sem prejuízo da relevância que o Direito português actual lhes estabeleça (tenha-se presente, por exemplo, a *ultra-actividade*, nos termos do art. 12.º, n.º 2, 1.ª parte, do Código Civil, de uma lei já revogada).

Em resumo, o tema é tema de *ciência do Direito* e não de teologia, de filosofia…; e é de ciência do Direito *português* e não de ciência de certo Direito estrangeiro; e é de ciência do Direito português *actual*, e não de certo ordenamento jurídico passado.

Em termos pleonásticos, diga-se que se trata de tema de *ciência pura do Direito* – *pura* pela exclusão do objecto de saberes que não o jurídico; *pura* pela exclusão de objectos jurídicos que não o português; *pura* pela exclusão de objectos jurídicos passados.

Assim, estão arredadas considerações de política legislativa (*propostas* de regimes jurídicos), bem como considerações jus-comparadas ou de crítica histórica (que, de resto, servem, em grande medida, intuitos de política legislativa).

### §19 (Explicitações quanto à História do Direito, aos Direitos estrangeiros, à ciência que tem por objecto cada um destes Direitos e ao Direito comparado)*

Objectar-se-á ao que ficou dito no § anterior: há temas jurídicos cujo tratamento pode ser feito na independência de soluções de Direitos estrangeiros e de Direitos passados: provavelmente o estudo de algum *comezinho* regime jurídico. Mas, tal já não será possível em temas como o da criação do Direito e o da interpretação jurídica – temas que, somados ao da noção do Direito, ao dos limites do Direito, servem, por excelência, para ilustrar o tipo de textos jus-científicos que escapam ao vaticínio de *Kirchmann*, na sua Conferência de 1847.

Responda-se: se há temas cujo estudo não se pode circunscrever a fronteiras estaduais, são eles os temas que não merecem da parte das fontes de cada Direito uma regulação diferenciada. O que não é o caso do nosso tema: as correspondentes disposições legais portuguesas actuais são *distintas* relativamente a Direitos estrangeiros. Bem como distintas relativamente a regimes jurídicos portugueses passados.

*Tendo presente as diferenças* (ilustradas no Apêndice), atender a ordenamentos *estrangeiros* ou a ordenamentos *passados* seria *necessário* para o Direito Comparado e para a História do Direito, e, por esta via, seria proveitoso para a política legislativa, sem prejuízo de, enquanto mera erudição, não instrumental à ciência do Direito, consistir em expediente retórico instrumental à defesa de soluções preferidas por quem escreve, mas distintas das soluções consagradas no Direito que estuda. Mas, não corresponderia ao figurino do texto de ciência do Direito – cabendo a esta e à delimitação do seu objecto ditar a medida do levantamento do *estado da arte*. Sendo exigível atentar nos textos que versam o problema que nos ocupa – ou seja, o conceito de lacuna, *rectius*, os regimes de que este depende (nomogénese e metodologia).

*Rectius*, sobre o discurso comunitário revelador destes regimes. Ou seja, exigível é atentar nos textos que versam sobre, pelo menos, o sistema jurídico português actual, nele pontificando *as poucas palavras* do art. 203.º.

Sublinhe-se, no entanto: o que se diz não afasta da ciência do Direito, quer a História do Direito quer os Direitos estrangeiros. São tidos em atenção na medida em que estejam *incorporados* no Direito vigente (acrescente-se: demonstradamente "incorporados", à luz designadamente de trabalhos preparatórios – como se evidenciará ao longo do Livro 3.º). Podendo, inclusive, acontecer que o texto legal português coincida com um texto legal estrangeiro, e, no entanto, a semântica, a *occasio* ou os fins visados por uma e por outra norma não serem coincidentes. No mais, constituem objecto de estudo dos historiadores do Direito ou de jus-comparatistas, prosseguindo nomeadamente os referidos fins de política legislativa.

Passa-se a ilustrar o que se acaba de dizer:

**1.º** Quanto às *lacunas*, tenha-se presente, na interpretação do art. 3.º/2 do EMJ e do art. 10.º do Código Civil, o disposto no [revogado] art. 240.º do EMJ de 1944 (do qual aquele é herdeiro). Mas já não o sistema das Ordenações – de remissão para normas *fora* do Direito pátrio, e, por este meio, nele recebidas (e não para *critérios* que, à luz do Direito pátrio, permitam chegar à norma que colmata a lacuna). Do mesmo modo, não se atenda ao Direito alemão que não tem disposição legal correspondente, pelo que o problema é natural e necessariamente tratado pela Doutrina (mas, sem o balizamento de disposições legais como as do Direito português).

**2.º** Quanto à *fonte do Direito*, tenha-se presente, na interpretação do art. 203.º da CRP, os correspondentes trabalhos preparatórios. Mas não a Constituição de 1933, antípode, atento o disposto no seu art. 4.º (em que os limites à actuação do Estado e de seus órgãos de soberania são *a moral e o Direito*). Do mesmo modo, não se atenda à Lei Fundamental de Bona, hoje Constituição da Alemanha, atento o disposto no art. 20.º/3 desta (em que se consagra a subordinação do tribunal *à lei e ao Direito*). Tal como não cabe ter presente o Direito do Pretor em Roma (sendo, o Pretor, figura sem correspondência no Direito português actual, na medida em que nele confluem *legislador e juiz* (este último, no seu julgamento da matéria de Direito).

**3.º** Quanto ao *método de interpretação da lei*: perante o art. 9.º, tenha-se em atenção os seus trabalhos preparatórios, mas já não o art. 16.º do Código de Seabra.

Insiste-se, quanto ao lugar da *História do Direito*: é ela central na interpretação: cada palavra tem o seu significado jurídico, diferente ou coincidente com o significado comum, significado *natural*. Necessário é, em qualquer caso, conhecê-lo, pois só assim se preservará a especificidade do jurídico. Frequentemente, o legislador vem em auxílio do intérprete com normas interpretativas. Mas é incontornável (ao menos quanto a estas…) ter presente a especificidade dos significados jurídicos. Ora, na preservação desse *lastro semântico* especificamente jurídico, imprescindível é a História do Direito, evitando a vulnerabilidade da palavra a, nomeadamente, significados comuns, a significados *naturais* adulteradores do Direito.

Todo o texto está polarizado na interpretação das disposições legais sobre o problema que nos ocupa. E, também aqui, ocupa lugar central a História desses preceitos. Repete-se: a História que está consumpta em cada uma das normas evidenciadas ao longo destas páginas. Não a Historia anterior a esta. A História consumpta é contributo central para a ciência do Direito. A anterior a essa é Ciência Histórica (ou História *pura*) e não *História aplicada* à ciência do Direito. A 1.ª interessa ao jurista aplicador do Direito, hoje; a 2.ª interessa ao historiador do Direito (e plausivelmente, ao governante aquando de ponderações de política legislativa). A 1.ª é instrumento de ciência do Direito, *rectius*, é, mercê do subjectivismo-historicista evidenciado nos Livros 2.º e 3.º, *o coração* da ciência do Direito; a 2.ª é autónoma, é exterior à ciência do Direito.

Tentando, ainda, clarificar: se o sistema de fontes actual incluísse o Direito Romano, a História recuaria até ao Direito Romano. Eis o que aconteceu após cada uma das recepções do Direito Romano. Mas, se o sistema de fontes é legalista, então, a tal *História-consumpta-na-lei* vai até à génese da lei em vigor. Em suma, consoante a genealogia da norma em estudo, assim, o *quantum* da investigação histórica.

Ir além não serve a ciência. E é contraproducente: gerando incertezas, convidando à recriação, *rectius*, criação de novos regimes. Exemplifica-se: quando se inter-

preta o art. 11.º do CCiv., frequente é invocar o *ius singulare* do Direito Romano (D.1,3,16), ou seja, as normas excepcionais que, por excepcionarem princípios fundamentais, não admitiam aplicação analógica (já a admitindo as normas excepcionais que não excepcionavam esses princípios). *Acontece que* os trabalhos preparatórios do Código de 1966 afastam, de forma inequívoca, o *ius singulare* (como adiante se evidenciará). Pelo que invocá-lo, *de iure constituto*, não tem lugar jus-científico. Sem prejuízo de ter lugar de *iure constituendo* e na tal outra perspectiva histórica – em que a História é autónoma relativamente à ciência jurídica. De resto, já o Código Civil de 1867, no seu art. 11.º, refutava o *ius singulare*.

O que se acaba de dizer não contraria a *fonte* romanista de parte do Direito Civil, em especial de grande parte do Direito das Obrigações. Mas, essa *fonte* é fonte do legislador. E não relevante para o aplicador (sem prejuízo de iluminação histórica do significado das palavras da lei). Insiste-se: o Direito Romano – nessas ou noutras matérias – não é aplicável pelo Tribunal português de hoje. O Portugal do séc. XXI não é Roma, nem é Estado que faz do Direito Romano (parcial ou totalmente) o seu Direito (como aconteceu no Portugal das Ordenações ou em muitos dos Estados germânicos de oitocentos). O Direito Romano é, hoje, apenas um dos factores influentes ponderados pelo legislador ao fazer leis, em especial de Direito Civil. Estando consumpto – na medida dessa recepção legislativa – nas normas legais. Insiste-se: a nomogénese de hoje, o método de hoje, os constituintes de hoje não são romanistas. De resto, atento o positivismo legalista democrático, o Direito português é – quanto a fonte e método – antípode do emblemático Direito Pretoriano. Estando, o juiz, hoje, mais próximo do *judex* do que do pretor.

### §20 (Do Apêndice e da singularidade do Direito português actual)

Reforçando o que se diz: como se evidenciará ao longo dos Livros 2.º e 3.º e, em especial, no Apêndice, o regime jurídico português actual destas matérias, de que o conceito lacuna é afloramento, é, aliás, um regime de ruptura, um caso histórico-comparatisticamente singular. Triplamente singular: logo nos dados interpretativos,

nas soluções correspondentemente apuradas, e em sede de fundamentação axiológica destas. Ilustra-se respectivamente esta tríplice singularidade:

**1.º** A reiteração, por décadas, da proclamação parlamentar da exclusiva sujeição, dos tribunais, à lei (art. 203.ª); o *episódio* da expressa recusa, também reiterada por décadas, em votações parlamentares de *Direito além da lei*, atenta a vagueza do conceito (artigos 203.º e 3.º/2); o *episódio* – também reiterado por décadas, no Parlamento – da recusa da aplicabilidade, pelos tribunais, da *dignidade da pessoa humana*; a expressa refutação da fórmula Estado de Direito, consagrando-se, sim, o Estado de Direito democrático; a rara consciência do perigo do *principialismo jurídico* consubstanciado no *não legalista e informal* Direito alemão nazi, tida pelos constituintes portugueses de 1975/6, pela voz do decisivo constituinte *José Luís Nunes* (consciência essa também tida pelos constituintes italianos de 1946/47, e reavivada por *José Lamego*, conforme dito nas páginas de entrada, e conforme testemunhado por quem tenha assistido à Conferência proferida pelo Professor, em 18 de Junho de 2015, na Faculdade de Direito de Lisboa, sobre o tema de título "O que é a metodologia jurídica?"); a existência de um pormenorizado regime legal metodológico (artigos 8.º a 11.º do CCiv.); as palavras de fechamento exegético no art. 9.º/2; a conceptualização legal da analogia como sendo teleologia (art. 10.º/2); as palavras de categórica proibição de aplicação por analogia de [qualquer] norma excepcional (art. 11.º).

**2.º** A consagração do *positivismo legalista democrático* (fórmula que já inclui o carácter exegético do método jurídico – seja dos textos legais seja dos trabalhos preparatórios destes – com refutação do *principialismo judicial*, dos *preenchimentos axiológicos judiciais que, aliás, são reconducíveis àquela ponderação*).

**3.º** A coerência desta solução com os valores *democracia* e *separação dos poderes* que presidiu à intenção jus-revolucionária do 25 de Abril de 1974; solução que, *de iure constituendo*, consubstancia, em sociedades relativistas, o *mal menor*. Evitando a multiplicação de regimes da nomogénese e do método (com a possibilidade de todas as normas a jusante serem, também elas, tão variadas quanto as preferências axiológicas de cada intérprete); evitando, assim, soluções contrárias à justiça e à certeza jurídicas.

## §21 (*Cont.*: da ilustração do dito nos parágrafos anteriores)

Estranho seria, na perspectiva jus-científica, que, perante os dados interpretativos, o jurista aglutinasse, no seu estudo *de iure constituto*, ordenamentos de *fontes historiograficamente primárias* diferentes (seja, por exemplo, o muito distante Direito alemão, seja o menos distante Direito italiano). De resto, assinale-se que cabe a quem invoca Direito passado ou Direito estrangeiro o ónus de demonstrar a sua pertinência no estudo do Direito português actual, pois são, *prima facie*, diferentes. E não basta estar *alertado* para a existência de diferenças, nem basta *explicitar* a possibilidade, ou a efectividade, dessas diferenças. Como se a verbalização de condicionamentos na *importação* de soluções estrangeiras equivalesse à demonstração da pertinência jus-científica dessa *importação.* Necessário é demonstrar esse cabimento. E invocá-los sem a correspondente demonstração do cabimento, não seria ciência do Direito. Só menosprezada a *idiossincrasia* normativa portuguesa nestas matérias, cabe tratar estes temas de modo *transfronteiriço*.

No entanto, ao menos para ilustrar mais de perto a singularidade referida, no espaço e no tempo, far-se-á brevíssima referência, em Apêndice, a um Direito que não o português, privilegiando-se o Direito alemão. Seja por ser Direito marcadamente diferente do Direito português, seja por ser objecto de estudo da Doutrina jurídica que mais influencia a Doutrina portuguesa (como ilustrado no Livro 4.º), nestas matérias (o que serve de indício de que a Hipótese aventada ao longo do texto é um erro – pelo que se justifica concluir acerca da justeza ou falta de justeza desse carácter de *indício*). Tudo sem prejuízo das dúvidas que a própria Constituição alemã suscita, atento o disposto no seu art. 97.º (patentemente menos referido, na própria Doutrina alemã, do que o art. 20.º/3): pelo que não se afasta a hipótese de [afinal] o Direito alemão e o direito português não estarem tão distantes quanto a comparação entre os artigos 203.º e 20.º/3 indicia. Mas – e antecipando –, não por o Direito português ser afinal translegalista, e, sim, pela hipótese de o Direito alemão ser [afinal] *legalis-*

*ta* (com a particularidade de a sindicância judicial das normas legais poder ser feita por ponderação principialista).

Do Apêndice consta, ainda, relance jus-histórico, desde a Fundação da Nação portuguesa: nele se aventa que o vector histórico, ao longo dos séculos, é o vector *unicidade jurídica/ positivismo legalista*; vector que se traduz em sucessivas etapas de restrição do translegalismo, culminando na consagração do positivismo legalista [fechado] da Constituição da República Portuguesa, em 1976.

Finalmente, o Apêndice contém ainda breves considerações *de iure constituendo*. De resto, por elas se começa aquele texto. Ocasião para se verificar também aqui a excelência da singular solução jurídica (o *positivismo legalista fechado*, atenta a proscrição da *ponderação principialista judicial*) encontrada pelos portugueses. "Excelência" afirmada com um pressuposto: o pressuposto da democracia do *one man one vote* como característica de uma comunidade.

### §22 (Corolários – do que se disse sobre a História do Direito e o Direito comparado – quanto às fontes secundárias, em especial, aos critérios bibliográficos jus-doutrinários e aos critérios referentes a citações)

O objecto-primeiro de estudo jus-científico é, assim, o texto legal e seus trabalhos preparatórios. Complementados pelos respectivos dicionários/ glossário – *que é dizer*, *v.g.*, as obras doutrinais anteriores à lei interpretanda, os trabalhos preparatórios que podem iluminar a lei. Assim, além de atender aos textos legais sobre a lacuna e os temas por ela concitados – *maxime*, a Constituição com o seu art. 203.º que, como se verificará, é a pedra angular desses regimes-*ADN* do Direito português (de que o conceito *lacuna* é emanação) impõe-se atender aos textos que versam sobre essa mesma disposição angular. E se se verificar que esses textos (somados a outras objecções aventáveis) não infirmam a Hipótese, *fácil* é o restante: a formulação do conceito *lacuna* – mera emanação desses regimes da fonte e método.

Está, pois, apurado o critério de determinação dos materiais a consultar:

**1.º** Atenta-se nos textos que tratam do art. 203.º, e, ainda, dos que não o tratam, caso fosse expectável que o tratassem. Pois pode acontecer demonstrar-se, aí, que o disposto no art. 203.º não é afinal, a *pedra angular*. Sendo-o, sim, outras disposições.

**2.º** Textos doutrinais há que, sobre o Direito português, afirmam que a fixação dos regimes jurídicos da fonte e do método não cabe ao legislador (e, assim, designadamente, ao art. 203.º). Esses textos, naturalmente, também se impõem. Sindicando, aliás, a pertinência de atentar no art. 203.º.

Explicita-se, a propósito: o que se acaba de dizer justifica as poucas citações ao longo dos Livros 2.º e 3.º: em abonação da hipótese *recusa jurídico-constitucional portuguesa da ponderação principialista judicial*, *grosso modo* não há textos; e em oposição a tal hipótese, são esses textos ponderados no Livro 4.º (como acima justificado).

Mas se são poucas as citações, por o tema centrado no art. 203.º ser um tema esquecido da Doutrina desde a Constituição, desde 1976, já não poucas são as consultas, pois muitos textos tratariam, presumivelmente, a matéria. O que justifica que a Bibliografia informe acerca desses textos, ainda que não sejam citados ao longo destas páginas, ao verificar-se que os textos não cultivaram o tema (consistiria, a citação, nesses casos, em demonstrar a inexistência de tratamento). Remete-se para a explicação atrás ensaiada acerca da raridade de textos sobre o tema, e acerca do carácter central, no trabalho do jurista, das *fontes historiograficamente primárias* (sendo as *fontes historiograficamente secundárias*, instrumentais a estas).

**3.º** Quanto aos temas a jusante do tema lacuna, não são privilegiados. Tratar de cada tema-corolário dos temas fonte / método seria tarefa de muitas vidas. Abrangeria todos os institutos – na medida em que todos corporizam os regimes da nomogénese e do método, sendo, estes, o *ADN* do Direito português; abrangeria todo o Direito (com a *agravante* de que, *grosso modo*, novas normas são criadas em cada dia).

**4.º** Finalmente, quanto à jurisprudência: como dito, poucas são as decisões em que se detecte e integre uma lacuna. E, quanto ao disposto no art. 203.º, norma decisiva na conceptualização de *lacuna*, maior, ainda, é a escassez (explicita-se: quanto à *sujeição à lei* – sendo, pelo contrário, vasta a jurisprudência quanto à *independência*

*dos tribunais relativamente a outros órgãos*, 1.ª parte do artigo). Ao que não será estranho o esquecimento a que esta norma tem sido votada pela Doutrina, como anteriormente referido, e como ilustrado, no Livro 4.º. Destaca-se o Acórdão 810/93, referente aos assentos, objecto de breve referência, no Livro 4.º, quanto à posição jus-doutrinal, defendida em voto de vencida, da Conselheira Assunção Esteves.

Acrescenta-se: sendo o Direito português positivista legalista democrático, nele não tem lugar a jurisprudência como fonte do Direito. As boas sentenças são-no por aplicarem devidamente a lei, e não por algum *apport* normativo nelas próprias radicado. Assim, o que, nelas, de Direito se encontra é o que na lei se encontra. Pelo que, jus-cientificamente, não há fundamento para o seu estudo. Quanto às más sentenças: são-no por nelas se ter criado Direito que não o radicado na comunidade; pelo que não se justifica o seu estudo se o que se procura é, precisamente, o Direito. Também aí não o encontramos.

Por outras palavras: a jurisprudência não nos diz qual o Direito, não é *local* onde procurar o Direito. É, sim, local onde procurar a resposta à seguinte pergunta: como certos destinatários do Direito o conhecem e aplicam?

Também tem justificação – o estudo da jurisprudência – numa perspectiva *de iure constituendo*, ou seja de política legislativa: de facto, antes de fixar limites de velocidade é de atender aos hábitos rodoviários da população; finalmente, também tal estudo se justifica à micro escala da estratégia processual, quando, perante certo juiz, se junta referências jurisprudenciais, tentando correspondentemente influir no sentido da decisão.

Naturalmente, o estudo da jurisprudência justifica-se em perspectiva jus-sociológica (e, eventualmente e a jusante, em sede político-legislativa ou em sede da casuística forense, quando o advogado delineia estratégia processual para vencer caso que tem em mãos). O presente estudo é, no entanto, de ciência do Direito. Procura-se o Direito e não o modo pelo qual este ou aquele grupo de destinatários, no mundo do ser, dos factos sociais, actua – se obedecendo se desobedecendo às normas jurídicas.

O seu estudo tem justificação, ainda, em ordenamentos jurídicos – que não o português – que contemplem a *regra do precedente*, ou que admitam o ser da vida social, o facto social como nomogenético (com o costume, com os usos, com os *mores maiorum*).

Em suma: para conhecer o Direito português não é suficiente nem necessário atentar na jurisprudência (sem prejuízo dos casos em que a Constituição consagra a jurisprudência como fonte. É o caso do disposto no seu art. 282.º/4 – a que se fará breve referência a propósito dos regimes nomogenéticos excepcionais. Assinala-se que, neste caso, a jurisprudência traduz-se em acto mais próximo da lei do que da decisão jurisprudencial vinculativa para casos análogos, à maneira anglo-saxónica).

### §23 (Refutações no texto "Da detecção de lacunas da lei no Direito Português – I", apresentado, como tese de mestrado. *Maxime*: da refutação da *translegalidade principialista*)

O presente estudo segue-se a texto apresentado em inícios dos anos 2000. Assim, retoma-se temas, e conclusões aí alcançadas. Umas, confirmadas, outras, agora refutadas. Passa-se a ilustrar as diferenças, em especial, as refutações:

**1.º** A consciente e ponderada reiteração, pela Assembleia da República, do *positivismo legalista democrático*, ao longo das últimas décadas (de 1976 até hoje), sempre que o tema foi discutido em sede de revisão constitucional.

**2.º** A exclusão, com assento constitucional, da ponderação de interesses/princípios/ valores, por parte do tribunal.

**3.º** A polissemia de "princípios": a acepção de *princípios-norma* é a presente na fórmula "princípios" nos artigos 204.º, 277.º e 290.º da CRP. São, eles, dirigidos ao tribunal; pelo contrário, os princípios-vector (meras directrizes, instrumentais a valores, e, *por sua vez*, frequentemente apresentados mediante fórmulas de vagueza axiológica) são os *princípios* dirigidos ao legislador.

**4.º** A *ponderação principialista* (isto é, ponderação de princípios-vector) como o cerne da feitura das leis, distinguindo o *legislar* e o *julgar*.

**5.º** A inconstitucionalidade do disposto no art. 10.º/3.

**6.º** A recolha (elucidativa) dos trabalhos preparatórios do Código Civil (nomeadamente por acesso ao espólio documental *Antunes Varela*, proporcionado pela família do Professor).

**7.º** A dissociação entre subjectivismo historicista e os trabalhos preparatórios.

**8.º** A transição semântica de objectivismo (em sede de interpretação da lei): de objectivismo propriamente dito passa a subjectivismo de intérprete.

**9.º** A distinção entre *extensão* do texto interpretando e *unidade do sistema* (distinguindo, respectivamente, *interpretação conjugada* e *interpretação sistemática*).

**10.º** A caracterização da interpretação *aperfeiçoada* ou *melhorada*, à luz do art. 9.º/2, *in fine*.

**11.º** A circunscrição da atendibilidade aos elementos interpretativos ao que sobre eles esteja plasmado em trabalhos preparatórios.

**12.º** A variabilidade do *valor* dos trabalhos preparatórios, consoante versem o *texto legal*, *i.e.*, o *elemento interpretando* (tendo, pois, função de *glossário*) ou versem os seguintes *elementos interpretativos*: a *conjuntura passada* ou a *teleologia*.

**13.º** A identificação, em sede de integração, entre analogia e *extensão teleológica subjectivista-historicista* (apurada pela conjugação do *texto legal* com os *trabalhos preparatórios*).

**14.º** O preenchimento dos conceitos indeterminados mediante o método de detecção /integração de lacunas.

**15.º** O assento constitucional do positivismo legalista, da exegese, do subjectivismo-historicista, e da devida procura do *sentido único* do texto, para a solução do caso.

**16.º** Em suma, a noção de lacuna. Passando de *falta de lei onde há o dever de juridificar* (rectius *juridicizar)* para a noção dada logo de início no presente texto.

Destas diferenças, realça-se a refutação do *principialismo* ou seja, da ponderação, pelo tribunal, de interesses, de valores, de princípios, a propósito de um caso. De facto, naquele texto anterior, *restringia-se a fonte do Direito à lei*, mas reconhecia-se

como jurídica a normatividade *translegal* apurada pelo tribunal, *desde que* a respectiva *porta de entrada* fosse a própria *lei – grosso modo*, (i) onde a *lei* consagrasse ou remetesse para princípios-vector presentes na própria *lei* (como seja o art. 1.º da CRP, com a *dignidade da pessoa humana* e a *vontade colectiva*), (ii) onde a lei consagrasse conceitos indeterminados normativos (como seja a *boa fé* no art. 334.º do Código Civil), onde a *lei* admitisse lacunas (como seja com o disposto no art. 10.º/3, com o *espírito do sistema [legal]*), bem como onde a lei se abrisse a uma normatividade ditada por considerações de justiça legal mas sem preocupações gerais e abstractas (como seja o disposto no art. 4.º do Código Civil, com a *equidade*). De facto, em todos estes tipos de fórmulas da própria *lei*, o tribunal seria chamado a actuação principialista, aqui usada como *ponderação de interesses* (quer mais comezinhos, quer mais fundantes – consoante o caso), *i.e.*, *ponderação de valores*, *ponderação de princípios-directrizes*, *de princípios-vector* para chegar à *norma para o caso*. Aparentemente, sempre se estaria a… obedecer à lei – e apenas à lei. Tratar-se-ia sempre de uma *translegalidade legalmente legitimada*. Edifício jurídico este *pouco diferente* do edifício jurídico da *translegalidade ainda que não legalmente remetida* (por exemplo, o edifício jurídico do costume independentemente de remissões legais, o do Direito Natural *per se* relevante, o da consciência jurídica dominante *per se* considerada, o edifício jurídico, enfim, do *Direito autónomo da lei*, isto é do *Direito sem remissão legal para si*, *Direito*, um *Direito sem cordão umbilical com a lei*).

Insiste-se: admitia-se a ponderação principialista, admitia-se um edifício jurídico *legalista inclusivo da translegalidade* meramente aludida no texto legal. O que, *grosso modo*, coincide, quanto aos resultados finais na resolução de casos, com o edifício jurídico *translegalista.*

Ainda sobre esse texto: são poucos os parágrafos de agora *colados* a esse texto (não só por o tema não coincidir, como também por ser muito o que nele se refuta). Os que o reflectem, constam, em especial, desta introdução e dos trechos que, no Livro 2.º, são dedicados à especificidade da realidade jurídica e à equivocidade da linguagem jurídica. Sendo grande a proximidade, esses parágrafos têm um asterisco junto à sua epígrafe.

### §24 (Breve referência aos títulos do texto)

O quanto se disse – e a clareza proporcionada pelas antevisões – justifica os títulos apresentados: o 1.º título evidencia que a noção de lacuna, os limites do Direito, o ADN (regime da fonte e regime do método) do Direito português actual têm por norma angular o disposto no art. 203.º da CRP; além de, nesse 1.º título, se apresentar sucintamente a *tese*, a hipótese a testar; o 2.º título caracteriza o Direito português actual nesse seu ADN, cabendo enfatizar o carácter *exegético*, pois seja por exegese de *textos legais publicados*, seja por exegese *destes conjugados com os trabalhos preparatórios* (o que é patente na norma lacunar), há sempre exegese; o 3.º destaca a característica que, hoje, *grosso modo*, clarifica a distinção entre, por um lado, o legalismo propriamente dito (o legalismo enquanto normatividade legal *já positivada*), e, por outro lado, as variadas formas de translegalismo.

Finalmente: a caracterização do Direito português presente nesses títulos tem em atenção o regime geral da fonte e do método (sem prejuízo de regimes excepcionais, adiante referidos).

### §25 (Documentos – em especial documentos inéditos)

Vários foram os textos (e informações a estes referentes) a que se teve acesso, pela disponibilidade, generosidade, empenho de intervenientes (ou de seus familiares) na feitura de leis interpretandas, em especial, a Constituição da República Portuguesa e o Código Civil.

Cabe destacar e deixar o devido e vivo agradecimento a:

- família Antunes Varela (Senhora D. Maria Helena, viúva do Professor, e seus filhos João, Helena, António, Luís, Cristina, Ana Maria e Teresa);

- *Miguel Galvão Teles* (incluindo-se um importante estudo entregue ao Ministro da Justiça, *Antunes Varela* – texto este que não foi incluído, por *Miguel Galvão*

*Teles*, na sua colectânea *Escritos jurídicos*, vol. I [9], nos termos ali relatados na nota 1, p. 9);

- Senhor Dr. Manuel António de Andrade, filho do Professor *Manuel de Andrade*;

- Senhor Conselheiro *António Pires de Lima*, sobrinho do Professor *Fernando Pires de Lima*.

Sobre estes trabalhos preparatórios, cabe lamentar não se ter conseguido o acesso ao espólio *Vaz Serra*, plausivelmente destruído após a morte da sua viúva, Senhora D. *Esmeralda Vaz Serra*. Lamenta-se, ainda, a falta do espólio, plausivelmente proveitoso, do Senhor Dr. *José Luís Nunes* (*José Luís do Amaral Nunes*). Também, atentos os testemunho da viúva e de Advogados seus Colegas, provavelmente destruído após a morte do Constituinte.

Também o agradecimento é devido, continuando a circunscrever os agradecimentos à disponibilização de documentos, ao Arquivo Histórico e à Biblioteca da Assembleia da República, ao Arquivo Nacional Torre do Tombo (incluindo a sua antiga funcionária – a Senhora Dr.ª Madalena Garcia) e ao Ministério da Justiça (incluindo o seu antigo funcionário – o Senhor Dr. António Nunes).

### §26 (Modelos doutrinais na apresentação do tema)

O modo de apresentação que foi acima caracterizado colhe ensinamentos na Doutrina (seja portuguesa, com oitocentistas como *Corrêa Telles* ou estrangeira com *Bernd Rüthers*).

Por exemplo, quanto à divisão por parágrafos, ao texto tão curto quanto possível, ao encaminhamento de todo o texto para a resposta a uma pergunta, tentando condensar todo o texto em curta formulação, ao tipo de texto de fácil sindicância, à centralidade no Direito objecto de estudo (neste caso, o português) e suas fontes historiograficamente primárias.

[9] Almedina, Coimbra, 2013.

**Livro 2.º-** Da delimitação do Direito português, em função do regime da fonte do Direito (com os seus corolários em sede do regime do método jurídico).

**Título 1.º** Considerações preliminares – *maxime*, da relação entre *regime da fonte do Direito* (*maxime*, do modo de revelação do Direito) e *regime do método jurídico* (ou: metodonomia). O tema nuclear: *unde ius*?, *onde procurar o Direito para resolver o caso*?

**§27 (Enquadramento – o modo de revelação – ou: *o lugar do Direito*)**

Na procura dos limites do jurídico (ou seja, do *Direito* na acepção de *o Direito a aplicar pelos tribunais*), cabe atentar nos modos de revelação do Direito, ou seja, cabe apurar o *lugar onde mora o Direito*, *o lugar onde procurar o Direito*. O *unde ius?* O tema não é jusfilosófico nem é de apuramento de um determinado regime concitado por um *caso típico*. Ou seja, a pergunta não é *quid ius?*, nem *quid iuris? Rectius*: o tema é o *quid juris*? relativamente ao *unde ius.*

Por outras palavras, e muito prosaicamente: *onde vai*, o juiz, procurar a solução para o caso?

O *lugar do Direito* pode ser designado por *fonte do Direito*, por fonte *iuris cognoscendi*. Distinguindo-se dessa outra acepção que é a *fonte* como *acto criador*, algo de (tendencialmente) bem localizado no tempo – sirva de exemplo uma lei da Assembleia da República com as suas várias etapas fácticas, desde a iniciativa legislativa até à referenda ministerial, passando pela aprovação pela Assembleia da República e pela promulgação pelo Presidente da República. Certa é a relação entre ambas

as acepções de fonte: o Direito criado pelo acto (por exemplo, a *tal* lei da Assembleia da República) não se fica pelas mentes dos que a decidiram; ela é vertida em texto, e, assim, *dada a conhecer* à comunidade, aos seus destinatários. Ora, esse *texto* ilustra, precisamente, a acepção de *fonte*, aqui privilegiada. Assim, se a fonte-acto está bem localizada no tempo, a fonte-texto perdura enquanto vigorar a lei assim revelada. Mas, insiste-se: falar na lei-acto é também falar na lei-texto em que esse acto culmina. Assim, ao longo do texto, ainda que se fale em lei, em *fonte*, em nomogénese tem-se em atenção, privilegiadamente, o *texto* que a lei criada é.

Delimitar as fontes-modos-de-revelação é, pois, delimitar a revelação do Direito; é, pois (com tanto de *incorrecção* quanto de clareza), delimitar o Direito. O que se acaba de dizer evidencia a inconveniência de usar a mesma palavra – "fonte" – para o que é, no tempo, pontual, ou seja, para o acto gerador *lei* (continuando neste exemplo), e, por outro lado, para o que é o *modo de revelação do Direito criado*, ou seja, o *texto legal*, pois este perdura. Por outras palavras: *fonte* ajusta-se de forma feliz a *modo de criação*; mas, feito o reparo, continua-se, nomeadamente nestas páginas, a usar *fonte* como *modo de revelação*, cujo regime, é, pois, aqui privilegiado. Assinala-se: muito do que vai dito sobre o *modo de revelação* ilumina esse outro regime que é o do *modo de criação.*

### §28 (Enquadramento – o método. Relação entre fonte e método)

A "incorrecção" assinalada entre parêntesis, no parágrafo anterior, consiste em tal afirmação *esquecer* o que separa *texto* e *Direito*, esquecer que quem olha para o texto não vê de imediato o Direito. O que os separa é o *método jurídico*: tarefa, *caminho* feito do trabalho de vislumbrar o *pensamento* vertido nos *significantes*, *i.e.*, nos [meros] sinais gráficos (como que *desenhos*) que são as letras, cuja justaposição redunda nesse outro sinal gráfico que é as palavras; cuja justaposição, por sua vez, redunda em frases; cuja justaposição redunda em textos. Significantes estes que são, assim, sinais que, no código linguístico, permitem a comunicação de pensamentos. Não cabendo aqui tratar de outros tipos de significantes – como sinais sonoros (sons

linguísticos que são outra forma de, no código linguístico comum aos falantes, exteriorizar e comunicar pensamentos. Sinais esses que se imporia estudar se houvesse leis reveladas oralmente). Por outras palavras: para chegar ao Direito não basta saber *onde* o procurar: é, ainda, necessário saber *como* o encontrar, como o evidenciar. Tal como ao garimpeiro, que quer ouro, não basta conhecer a zona onde há ouro: é, ainda, necessário saber como extraí-lo (e, consoante o local – mina ou a céu aberto –, assim o método para chegar ao ouro). Por um lado, conhecer o local do ouro, o local do Direito; por outro, conhecer o método para o evidenciar, o método de extracção do ouro.

E sobre o método: esse *caminho*, como acontece com qualquer *caminho*, é caracterizável de várias formas: ou nos é, ele, mapeado, e, percorrendo-o, naturalmente, ficar-se-á a conhecer o ponto-de-partida e o ponto-de-chegada; ou são-nos dados estes pontos, ficando o *caminho* por apurar; ou são dados, ao caminhante, alguns destes elementos, sendo os restantes inferidos pelo caminhante; ou nada é dado ao caminhante, pelo que *caminho* e ponto de chegada são os por ele gizados. O que se passa no Direito português é que o *caminhante*, ou seja, o intérprete, recebe vários dados, várias coordenadas:

**1.º** Quanto ao ponto-de-partida: como já de seguida se evidenciará, a Constituição trata desse ponto, e, nessa medida, fornece alguma indicação sobre o caminho até ao Direito. Ao dispor que os Tribunais estão *apenas sujeitos à lei*, está a dizer, ao menos no *sentido primeiro* dos termos, que os Tribunais, na sua função de *dizer o Direito*, estão sujeitos às normas criadas por lei, e reveladas pelo texto em que tal acto se revela (não há lei sem texto). Ou seja, *diz ao Tribunal*: *procura no texto legal o Direito a que estás sujeito na resolução de conflitos*.

**2.º** E também a Constituição, como se evidenciará, muito diz sobre o ponto-de-chegada, ou seja, sobre as normas resolventes dos *casos*. Diz que essas normas *impõem-se ao tribunal* e, assim, diz que são *exteriores* ao tribunal. Diz, pois, que o tribunal *apenas* actua em sujeição à norma legal, em *obediente aplicação* da norma legal, e não em *criativa conformação* do jurídico, e não em *possibilidade de optar* (de que a palavra *sujeição* é antípode). O que significa que o pensamento normativo

que *a lei é* (*rectius*: que a lei revela) não radica no tribunal. Radica alhures – na mente de quem faz a lei, ou seja, na mente do legislador. Estará, pois, a dizer que o ponto-de-chegada é a *norma pensada pelo legislador e vertida no texto*.

Conclui-se estas linhas evidenciadoras da estreita ligação entre *fonte de norma*, *norma e método*: ao, indirectamente, tratar do ponto-de-partida (a fonte) e do ponto-de-chegada (a norma), a Constituição está a condicionar o caminho (o método), o caminho que liga esses 2 pontos.

**§29 (Em suma)**

Em suma, neste Livro 2.º, ao privilegiar o *tema fonte*, *rectius*, o *tema modo de revelação do Direito*, privilegia-se o *tema método*. Por outras palavras: a Constituição, de um passo, apresenta o ponto-de-chegada (o Direito aplicado pelos tribunais – caracterizado como *pensamento vertido nos significantes que são os textos legais*), apresenta o regime do ponto-de-partida (os textos legais) e o método jurídico.

No seguimento, no Livro 3.º, estudar-se-á, *grosso modo*, os artigos 9.º a 11.º do CCiv, com explicitações [*avant la lettre*, atenta a data do Código Civil] do método jurídico constitucionalmente consagrado e, neste Livro 2.º, evidenciado.

# **Título 2.º** Regime-regra da fonte do Direito (com os seus corolários em sede do regime do método jurídico): o positivismo legalista democrático. Corolários jus-científicos.

## **Subtítulo 1.º-** Considerações preliminares.

## §30 (A Constituição como *a fonte historiograficamente primária* da resposta à pergunta *onde está o Direito?*)

**1.º (i)** Se o Direito é a normatividade radicada na comunidade (e não normatividade de cada indivíduo ensimesmado, e não normatividade que cada indivíduo giza para [segundo ele próprio] bem da comunidade), **(ii)** então, problemas, dúvidas jurídicas são resolvidos *ouvindo* a comunidade.

**2.º** E **(i)** se, patentemente, é a comunidade quem fala quando falam os que são, demonstradamente, eleitos pela comunidade (e não o Príncipe, nem o chefe carismático, nem algum auto-proclamado representante, nem o eleito por alguém que não a comunidade – seja oráculo, vate de Deus, da razão ou, indirectamente, da comunidade); e **(ii)** se a Revolução de Abril de 1974 (com tudo o que uma ruptura revolucionária acarreta de traumatizante para uma comunidade) foi feita para (no que respeita aos objectivos comunitários) instituir a democracia em Portugal, como forma de a comunidade falar; e **(iii)** se essa instituição se consubstanciou na vigente Constituição de 1976; **(iv)** então, problemas, dúvidas jurídicas são resolvidas *ouvindo* a Constituição, fruto dos representantes democraticamente eleitos da comunidade que é Portugal.

Ou seja, a resposta à pergunta acerca das fontes do Direito, *rectius* dos modos de o Direito se revelar – o primeiro de entre os problemas jus-científicos – é dada pelo discurso sobre a matéria, tido pelos representantes da comunidade. Ou seja, ainda: essa resposta é dada pela Lei. E, entre as leis, pela primeira delas – a Constituição. Ora, sobre a matéria, propostas de resposta várias foram apresentadas e discutidas e votadas (quer em Comissão, quer em plenário na Constituinte, quer em comissão, quer em plenário da Assembleia da República em processo de revisão constitucional, ao longo destas décadas de democracia). Insiste-se: outro discurso sobre a nomogénese e o método estará mais afastado da comunidade do que o do legislador. Assim, pôr em causa a lei é pôr em causa a comunidade (pois a *lei* é democrática – explicita-se: segundo a democracia do *one man, one vote*); pôr em causa a lei equivale a discurso *não radicado na comunidade*. E, se não radica na comunidade, não é Direito. Sendo designável por *arbítrio* (não no que esta palavra tenha de *subjectividade odio-*

*sa*, mas, no que tem de subjectividade *tout court*). "Arbítrio" que, de resto, é frequentemente referido nos trabalhos preparatórios, evidenciando a correspondente preocupação dos deputados, desde 1975/76.

### §31 (Em suma)

Em suma, ir à Constituição procurar a resposta à referida pergunta é ir à comunidade. E ouvir a comunidade é, certamente, ouvir o que não é arbítrio.

### §32 (Breve comentário a *alternativas*)

Quais seriam as alternativas à Constituição, como *lugar* de resposta à pergunta feita?

Eis algumas hipóteses:

**1.º** Seguir preferências pessoais? Mas, essas, ainda que brilhantes, são, enquanto não forem acatadas pela comunidade, *opiniões de um*, são, afinal, arbítrio, legitimando, de resto, que cada um dos restantes indivíduos reivindique juridicidade para as respectivas preferências pessoais. Pois, quando contraposto ao peso da comunidade, o sábio vale o mesmo que o ignorante – apenas uma opinião. E, ainda que o valor do sábio seja apreciado por bitolas que não a *contraposição à* comunidade, dificuldades subsistem quanto à comparação entre o *sábio* e o *ignorante*, ou seja, à atendibilidade diferenciada do *sábio* relativamente ao *ignorante* (em especial em tempos pluralistas/relativistas) [10].

---

[10] Dificuldades que se ilustra com o caso de *Martin Heidegger*, atentas opções políticas feitas no início dos anos 30, já insigne filósofo e académico, tendo presente o seu *discurso do Reitorado*, bem como textos então publicados em jornal de estudantes; ou com o emblemático conto de *Hans Christian Andersen* em que cabe a uma *criança* ver o que adultos e eminentes homens do Reino não querem ver (em *o Rei vai nu*); ou com o evangelho segundo S. Mateus, Mt 5,3 e 11,25.

Conhecidos, cabe apresentá-los:

*a) Heidegger*: "[…] Que dia a dia, hora a hora, se firme a fidelidade da vontade de obedecer. Que cresça em vós sem cessar a coragem de vos sacrificardes para salvar o essencial e fazer com que se eleve a força mais íntima do nosso povo no seu Estado.

**2.º** Seguir a *razão*?

Mas, também, a comunidade reivindica-se de discurso racional. Assim, a contraposição não é entre o *irracional* e a *razão*. Mas, sim, entre a *razão de quem representa a comunidade* e a *razão de cada indivíduo* que a reivindique. Ora, posto o problema nestes termos, fácil é dar prevalência à comunidade.

**3.º** Seguir a *Verdade*? Ou seguir o *bom senso*?

Responde-se com comentários semelhantes aos da hipótese anterior.

**4.º** Ir à *realidade*, ao *ser*, à *natureza das coisas* (*grosso modo* à *quididade* do humano)?, e *aí* descobrir a *jurídica delimitação do jurídico*? Nesta *alternativa*, o regime da nomogénese não resulta de uma opção, de uma criação humana. É, sim, *objecto* a [meramente] descobrir, conhecer. Consiste – o *dever ser jurídico* – em parte da realidade – não enquanto *dever ser* que se *infere* de um *ser sociológico*, mas, sim, enquanto *dever ser inscrito* no *ser*. De resto, o que se acaba de dizer é exportá-

---

Que nem os princípios doutrinários nem as «ideias» sejam regras do vosso ser.

O próprio Führer e só ele é a realidade alemã de hoje e do futuro, assim como a sua lei. Aprendei sempre mais profundamente a saber que doravante cada coisa exige decisão, e cada acto responsabilidade.

Viva Hitler! ("*Apelo aos estudantes*", publicado no Jornal dos Estudantes de Freiburg, na sexta-feira, 3 de Novembro de 1933, *in Estudos Políticos…,* p. 112).

b) *Hans Christian Andersen*: "(…) [U]m dia apareceram lá dois indivíduos que se intitulavam tecelões, proclamando que eram capazes de fazer tecidos dos mais belos que se possa imaginar: não só as cores e o desenho apresentavam beleza excepcional, como os fatos executados com essa fazenda possuíam a propriedade extraordinária de serem invisíveis aos olhos das pessoas pouco espertas ou incompetentes na sua profissão.

(…) [O] velho e honesto ministro entrou no quarto onde os dois intrujões simulavam trabalhar diante dos teares vazios. "Valha-lhe Deus!", pensou, arregalando os olhos. "Não vejo nada absolutamente." (…) "Meu Deus", pensava, "serei assim tão estúpido? Ou desempenharei mal o meu cargo? Seja como for, é conveniente que ninguém o saiba. Calar-me-ei muito bem calado."

- Então o que dizeis? – inquiriu um dos que fingiam tecer.

- É um encanto! – replicou o ministro, ajeitando melhor os óculos. – As cores, o desenho… Hei-de dizer a Sua Magestade que gostei imensamente.

[…] '[O] rei vai nu!'

[…] O rei sentiu um arrepio, pois não ignorava que diziam a verdade.

Mas, como monarca, achava que devia prosseguir até ao fim e tomou uma atitude ainda mais majestosa. Os camareiros seguiam-no solenemente, erguendo o manto, embora soubessem que não existia peça nenhuma daquele traje tão famoso." (Hans Christian Andersen, "O rei vai nu", *in Contos de Andersen II*, traduzidos por Cabral do Nascimento, Lisboa, Relógio de Água, 1990, pp. 9-13)

c) *S. Mateus*: "Naquela ocasião, Jesus tomou a palavra e disse: «Bendigo-te, ó Pai, Senhor do Céu e da Terra, porque escondeste estas coisas aos sábios e aos entendidos e as revelaste aos pequeninos." (Mt 11,25).

vel para a generalidade das normas jurídicas: não estaria – o conteúdo, a direcção das normas – na disponibilidade do legislador, no âmbito da opção, do poder discricionário de juridicizar, de gerar normas. Mas, sim, no âmbito do cognoscível. A norma legal não seria o resultado de uma escolha entre várias igualmente possíveis, mas, sim, a apreensão da *norma verdadeira*, sendo, [qualquer] outra, uma falsa norma (por não inscrita na realidade). Em suma, o Direito não seria *um criado* mas, sim, *um dado*. Um *dado deôntico descoberto* [pelo legislador, ou pelo jurista). Pelo que o problema seria problema de descoberta [científica] do jurídico. E não de *criação*, *opção* pelo legislador.

Sobre esta *alternativa*:

**(i)** a dificuldade em apreender essa *quididade*, as divergências acerca dessa *quididade* (que não se confunde com a plausível tendencial convergência quanto a haver *quididade* no humano) conduzirão (ao menos em tempos relativistas como os de hoje – a que se fará referência no Apêndice) à prevalência, nos termos das alíneas anteriores, da *quididade do humano segundo a comunidade* (através dos seus representantes), relativamente a *quididade do humano segundo o juiz*.

**(ii)** acresce que a própria invocação de leis superiores às humanas pode traduzir-se na estrita obediência às leis humanas, ainda que *injustas* – atente-se no exemplo de Sócrates, ao invocar as *leis do Hades* como fundamento para obedecer às leis dos homens (no fulcral *Críton* de Platão).

**5.º** Seguir uma normatividade à luz dos factos da vida social?

Remete-se para o quanto foi dito.

Acresce de específico: se já se está no campo do conjuntural (e não do Direito Natural), haverá melhor intérprete do que os representantes da comunidade para inferir da realidade social certo regime nomogenético? Terá sido, de resto, o que aconteceu aquando da Revolução do 25 de Abril: anseios democráticos socialmente manifestados traduziram-se numa revolução e no novo regime nomogenético democrático instituído pela Constituição de 1976.

**6.º** Seguir a *consciência jurídica da comunidade* que transcende a comunidade dos vivos, em certo momento?, ou seja, seguir a *comunidade* que, transcendendo a que conjunturalmente é actual, se projecta no passado e no futuro?

Mas, também a comunidade, através dos seus representantes, pondera essa projecção no passado. Por exemplo, a Constituição manteve a bandeira nacional do Estado Novo/1.ª República; manteve, em regra, o Direito ordinário que vinha de trás (cf. o disposto no art. 290.º); tal como se projecta no futuro (com todos os limites decorrentes de prazos e maiorias e limites materiais a uma revisão constitucional – o que reflecte, precisamente, a preocupação com vontades conjunturais fugazes). Assim, a contraposição é entre uma *comunidade macro-histórica segundo a comunidade* a uma *comunidade macro-histórica segundo cada indivíduo*.

Ou seja: qualquer alternativa aponta para um Direito [alegadamente] consubstanciador da *razão ou da revelação ou do génio* de um *indivíduo* – mas não um Direito radicado na comunidade por ele regido. Pois qualquer das alternativas está *mais longe* da *comunidade* do que a lei democraticamente radicada (segundo o modelo do *one man, one vote*) nessa comunidade. Ora, característico do jurídico será o seu *não confinamento a um indivíduo*, o seu *não confinamento* a cada indivíduo; será, sim, a sua *radicação na intersubjectividade, no grupo*, na comunidade (sem prejuízo de a comunidade acolher, fazer seu, *o racional*, ou *o revelado*, ou a *vontade*, ou várias destas *fontes a montante*).

*Rectius*: plausivelmente, qualquer dessas alternativas não consiste em *alternativa única*: alternativa ao *Direito radicado na comunidade* será, sim, *múltiplos Direitos* – tantos quantos os sistemas jurídicos gizados, por cada indivíduo, em alternativa ao Direito na comunidade. Sejam gizados no seio da Academia, ou no seio da magistratura, ou no seio da classe dos juristas, ou, *inclusive*, no seio da comunidade, dos destinatários do Direito; e seja, cada sistema jurídico, reflexo da razão, ou da revelação, ou da vontade de cada um dos eventuais fazedores de Direito alternativo ao da comunidade.

O que se acaba de dizer, ao longo deste parágrafo, justifica, ainda, a refutação das respostas radicadas em *auditórios* circunscritos a indivíduos em função de certas qualidades nestes verificadas (por exemplo, referentes a formação universitária). Por outras palavras: a prevalência do discurso da comunidade sobre o discurso de um indivíduo surge como pertinente quando tal discurso, o da comunidade, se contrapõe ao discurso de um conjunto de indivíduos compondo certo auditório.

Acrescenta-se quanto a esta hipótese: quem determinaria a sua composição?, haveria reuniões para debates científicos sobre cada tema controvertido?, qual o critério de decisão, no seio desse auditório?: voto secreto?, voto não secreto?, qual o valor do voto de quem tivesse mais habilitações?, como aferir do valor das habilitações? Como dar a conhecer as deliberações?, por algum jornal do Estado?, qual a composição do auditório eventualmente requerido para resolver problemas de interpretação acerca dessas deliberações de auditórios?

Estes, entre muitos, seriam problemas a tratar.

Insiste-se: (i) se, durante séculos, o problema foi o de chegar à fidedigna captação da vontade jus-normativa da comunidade (afastados modelos sócio-políticos que de tal vontade nem cuidavam), e (ii) se se chegou à democracia do *one man, one vote* (método de grau de fidedignidade patentemente superior ao de todos os métodos oraculares, aqui e ali, ao longo da História, preconizados), então surpreendente seria trocar este pela retoma de algum método oracular (ainda que com protagonistas diferentes) menos fidedigno quanto à vontade da comunidade. Como quem, depois de séculos de procura, encontra *a arca do tesouro*, e, quando a encontra e abre, por não gostar do que vê, afasta-se dela.

### §33 (Breve referência a outras perguntas)

Certamente, pode a própria pergunta ser problematizada: "Onde está o Direito?" pressupõe que o Direito já está feito. Ora, pode o Direito não estar ainda feito. Pelo que a pergunta é "Quem faz o Direito?".

Responde-se: recorda-se o que se disse sobre a sistematização do texto: o presente texto é um relato de uma *viagem já feita*. Neste momento, sabe-se (*rectius*, aventa-se) que o Direito português é um *dado* ao jurista. Pelo que a pergunta é "onde está?". No entanto, a própria pergunta formulada abrange a pergunta que lhe está a montante, e a resposta do jurisprudencialismo. Pois admite como resposta: *o Direito está no jurista aplicador, no momento da solução do caso*.

### §34 (Uma explicitação)

Regressando à lei democrática como meio de captação da vontade da comunidade acerca do regime da nomogénese: admite-se que a vontade vertida na lei não reproduza fidedignamente a vontade da comunidade; admite-se falhas. Contudo, ainda que tal ocorresse, seria dificilmente demonstrável – pois seriam necessários meios alternativos de recolha da vontade comunitária, sobre o assunto em questão, mais fidedignos que a democrática lei (um referendo?, a cada momento, sobre cada questão com relevância comunitária?). Assim, ainda que tal ocorresse, manter-se-ia a preferência pela lei. Pois se a lei democrática é forma não-fidedigna, cabe reconhecer que mais distante da comunidade democraticamente organizada estaria a vontade de um ou poucos homens, sem representatividade reconhecida pela comunidade.

Comentadas, nestes termos, as alternativas, reitera-se o dito – o lugar de procura de resposta ao problema *fonte do Direito* é a lei constitucional. Procura que será feita no próximo Subtítulo.

### §35 (Em suma: da improcedência da acusação de petição de princípio)

Atendendo ao que se disse, avalie-se a acusação seguinte: ir à lei (Constituição) buscar a solução para o problema *fontes, lugares do Direito* – é dar por provado o que se pretende provar (os lugares do Direito) – pois dá-se por provado que a Consti-

tuição é *lugar do Direito* (aliás, seria o lugar dos lugares, o lugar do Direito para conhecer os lugares do Direito).

Trata-se de acusação improcedente. Ir à lei não é arbitrário. Vai-se à lei, pois a lei, em democracia, é a vontade da comunidade. A acusação de petição de princípio seria, assim, outra: ir à comunidade procurar o elenco dos *lugares do Direito* é dar por provado que a comunidade é *lugar do Direito*. Mas, tal petição de princípio não é censurável. É, sim, corolário de o Direito ser a normatividade radicada na comunidade. E pôr em causa esta asserção é afirmar que o Direito radica em cada um, *rectius*, é afirmar que há *tantos Direitos* quantos os *homens com opinião*. O que nega a dimensão sócio-normativa do Homem.

Acrescente-se: a acusação de petição de princípio provaria demais. Pois qualquer discurso sobre o lugar do Direito tem, a montante, um *postulado de legitimidade de quem fala*. Pelo que, com tal acusação, inviabilizar-se-ia qualquer discurso sobre a matéria.

Insiste-se: sempre haverá, de resto, uma prova-dos-nove relativamente a pressupostos: se, à luz de pressuposto (por exemplo, o pressuposto "*qualquer Homem pode, à luz da razão, apurar as formas de a comunidade criar Direito*"), se chega a um regime que contraria o pressuposto, então, tal pressuposto não procede. Por exemplo, se se verifica que a comunidade recusa oráculos não democráticos, então aquele pressuposto oracular (ainda que referente a cada um de todos os homens) não serve.

### §36 (Do *método de interpretação* da Constituição)

O que se disse sobre *ir à Constituição* procurar a resposta à dúvida concernente ao *lugar do Direito* é válido (com as necessárias adaptações) para a dúvida acerca do método interpretativo da Constituição, como se verifica nos parágrafos seguintes.

### §37 (Da interpretação exegética subjectivista e historicista da Constituição)

As páginas que seguem versam a interpretação do art. 203.º da CRP. E têm:

(i) carácter exegético, na medida em que se delimitará a busca do significado de cada palavra interpretanda, *no seio do conjunto dos significados possíveis de cada palavra*;

(ii) e tem carácter subjectivista historicista, pois busca-se o *sentido com que a palavra foi usada pelo legislador*. Assim, se uma palavra *x* significava $x_1$ em 1975-1976, e ainda que, por evolução semântica (fenómeno, aliás, raro ou inexistente, no seio da linguagem técnico-científica e, de demonstração assaz difícil – senão impossível), *x* passe a significar $x_2$, então o sentido definitivo é $x_1$. Precisamente por ter sido o (demonstradamente) *pensado* por quem tem legitimidade. *Subjectivismo*, ainda, num *2.º plano* (além da dimensão historicista que, aliás, pode ser vista como corolário do subjectivismo): por se atender a trabalhos preparatórios, buscando neles, em especial, *glossários* com o selo do próprio legislador constituinte.

### §38 (Da justificação da interpretação da Constituição nos termos atrás referidos: o texto legal como *lugar* do pensamento jus-normativo da comunidade representada pelo legislador)

Só aparentemente, as directrizes, os ditames telegraficamente apresentados no § anterior, referentes à interpretação da Constituição, não estão explicitados na Constituição. Como evidenciado nos parágrafos iniciais deste Livro 2.º, eles estão presentes na regulação constitucional dos modos de revelação do Direito. Insiste-se: a regulação constitucional do modo de revelação do Direito é, simultaneamente, conformação constitucional do Direito enquanto normas a aplicar pelos tribunais na resolução de conflitos de interesses, e, ainda, regulação constitucional do método jurídico, *maxime*, do método de interpretação de textos legais.

Ora, tal como a propósito da fundamentação para ir à Constituição procurar o regime das fontes, cabe agora fundamentar o *ir à Constituição* procurar o regime do método. *É que*, por mais que a metodonomia (ou seja, as *normas* que, no sistema, regulam o caminho até às *normas*) conste da Constituição, sempre será necessário

um instrumentário interpretativo, que não esse, para *entrar* no texto em que tais ditames estão evidenciados. Como quem, naturalmente, não pode usar a *chave-de-cofre fechada dentro do cofre* para abrir o *cofre*. Outra *chave*, outro instrumentário, outro método servirá para abrir o *cofre* – para interpretar o texto (que inclui normas sobre interpretação).

E também o método jurídico consagrado, pelo legislador, em 1966, no art. 9.º do CCiv., não resolve o problema. Por 2 motivos:

**1.º** Pois também esses artigos são texto sobre interpretação, carecidos de interpretação, sendo, pois, mais um *cofre* com a respectiva *chave* deixada no seu interior. Assim, outro seria o método para o interpretar.

**2.º** E por não caber interpretar a Constituição à luz de critério legal sem que se saiba se tal critério está conforme à Constituição. "*Sem que se saiba"*, precisamente, por ainda não se ter interpretado o texto constitucional, e, assim, por ainda não se conhecer as normas constitucionais à luz das quais se afere a validade ou invalidade de uma lei ordinária como é o Decreto-Lei 47.344, de 25 de Novembro, de 1966, de que faz parte o Código Civil, com o seu art. 9.º. Assinale-se que a circunstância de ser lei anterior à Constituição não é, *per se*, impeditiva.

Passe-se, pois, à justificação daqueles ditames. O que acima foi alinhado como justificação para *ir à Constituição* conhecer o *regime dos modos de revelação do Direito*, é agora invocado, em adaptação, para *interpretar a Constituição de forma subjectiva-historicista* nela encontrando o *regime do método* (bem como, como já referido, do mesmo passo, o regime do modo de revelação).

De facto, se a Revolução de Abril serviu para instituir a democracia, o governo *do Povo, pelo Povo e para o Povo*, então cabe à comunidade (ao "Povo") olhar, seleccionar, avaliar, ponderar e juridicizar interesses entre os muitos interesses humanos conflituantes (ínsitos à vida do homem em sociedade). Ou seja, cabe-lhe conhecer, decidir, optar, criar as normas. E, apenas por contingências comunicacionais, são essas normas vertidas em textos e, assim, transmitidas a cada membro da comunidade, para que cada membro saiba, *grosso modo*, o que *pode*, o que *não pode* e o que *tem de fazer*. Insiste-se: com a democracia trazida pela Revolução de 1974,

plenamente institucionalizada em 1976, a comunidade *chamou a si* a criação do Direito, recusando tal *poder* a cada um dos seus membros ou a sub-conjuntos dos seus membros (sem prejuízo da hipótese – que se revelará excepcional – de delegação de nomogénese). Ora, recusar tal *poder* é recusar qualquer das *formas*, em qualquer *extensão* em que o exercício desse poder nomogenético se traduziria (sem prejuízo, mais uma vez, de excepcionais delegações nomogenéticas). Ou seja, abrange a recusa aos membros da comunidade de encarar o texto legal – neste caso, a Constituição – como conjunto de fórmulas linguísticas vazias de *significados*, ou seja, vazias de conteúdo, de *pensamento normativo*, disponíveis a receber os significados, os pensamentos normativos que o intérprete nelas decidisse verter (designadamente, ao jeito de um *mote poético*). Por outras palavras: recusar a nomogénese a um indivíduo abrange a recusa, a esse indivíduo, da interpretação, das palavas da lei, que se traduza, afinal, em *fecundá-las* de significado, em *fecundá-las* com um pensamento normativo. Que é, afinal, a norma. A interpretação dirige-se, sim, a encontrar, nas palavras, o pensamento da comunidade, *deitando mão*, nomeadamente, dos significados das palavras à data da feitura da lei (pois outro não poderia ter sido pensado), e buscando glossários na própria lei e seus trabalhos preparatórios: surpreendente seria que o intérprete pudesse socorrer-se de um dicionário da Porto Editora e não pudesse buscar elucidações (seja quanto ao elenco de *significados possíveis* de certa palavra presente na *lei*, seja quanto à *hierarquização* destes) em *dicionários* com o selo do legislador. E *mais surpreendente* seria que o intérprete pudesse buscar auxílio em textos doutrinais sobre um ordenamento estrangeiro, dados a conhecer por alguma editora de livros jurídicos estrangeira, e não desse prevalência ao autorizado auxílio em textos do próprio (democraticamente legitimado) legislador português (*maxime*, preâmbulos oficialmente publicados), sobre a própria lei criada em Portugal. E *mais ainda surpreendente* seria que os esclarecimentos do próprio legislador fossem desprezados (por exemplo, como corolário de diabolizações doutrinárias do *subjectivismo* – adiante, no Livro 3.º, será o tema retomado).

Enfim, porque a comunidade chamou a si a nomogénese, excluindo outrem de criar Direito, e porque a comunidade verteu as normas em textos legais, cabe ao

intérprete, perscrutador do Direito, procurar nos textos a normatividade ali depositada. Pois outra vontade, outro sentido, outra norma já não seria da comunidade. E, assim, não seria Direito.

Está justificado o método seguido na interpretação da Constituição. Assinale-se que este método coincide com o método que adiante será apresentado como o consagrado na própria Constituição. À luz do disposto nos artigos 203.º, 110.º/2 e 3.º/2 e 2.º, e explicitado e *densificado* (*avant la lettre*) no Código Civil (atento o disposto em especial no art. 9.º). Isto é: assinala-se que este *método a montante* coincide com o método *fechado no tal cofre* (sem prejuízo – repete-se – de este, de algum modo, reflectir aquele). Certo é que, pelo menos – o que é imprescindível – o método fechado não contraria o método a montante.

### §39 (Em suma, da improcedência da *petição de princípio* relativamente ao método)

É certo que o método acima caracterizado, forçosamente a montante de qualquer método vertido em palavras da lei, não é recolhido da lei. Nem – repete-se – o poderia ser. Mas, nos termos expostos, esse *método a montante* radica na comunidade instituidora do Direito. E, tal como feito a propósito da acusação de *petição de princípio* ao ir à Constituição buscar o regime da fonte, cabe, agora, perguntar "quais as alternativas a este método?". Métodos radicados na finitude do sujeito-intérprete, na indiferença ao facto – e suas implicações – de a comunidade ter chamado a si, através dos seus representantes democraticamente eleitos, a nomogénese? Ou algum método imputado pelo intérprete a qualquer das outras instâncias acima aventadas (*razão*, *verdade*, *bom senso*…)?

Sobre estas alternativas, cabe dizer que estão mais distantes da comunidade que o método acima aventado.

### §40 (Breve referência aos elementos interpretativos)

Justificada a procura, na lei, do regime da fonte, *maxime*, regime do modo de revelação, regime do lugar do Direito, o intérprete depara-se, na lei – na Constituição da República Portuguesa –, com o art. 203.º.

Passamos ao seu estudo. Começando, naturalmente, pelo seu texto. Segue-se o estudo dos seus trabalhos preparatórios com a função de glossário, seguindo para o seu enquadramento no texto da Constituição. Atendendo, ainda no âmbito dos trabalhos preparatórios, às circunstâncias que historicamente o rodearam e aos objectivos com ele tidos em atenção (o que também pode *lançar luz* sobre o significado de palavras); e, finalmente, colhendo o que, em sede de revisão constitucional, a Assembleia teve a dizer sobre o tema, ao longo das últimas décadas. São estes elementos que lançam luz sobre o elemento interpretando (o texto legal).

Assinale-se que, ainda que o método aqui seguido, na interpretação da Constituição, seja o método consagrado no Direito Português (que, adiante, quer neste Livro 2.º, quer no Livro 3.º, é explicitado), há várias etapas metodológicas e normas sobre método e, ainda, *apuro terminológico* que têm lugar em especial no Livro 3.º. Sob pena de antecipar tão grande quantidade de matéria que o texto se tornaria, neste passo, labiríntico. Assim, a receita metodológica telegraficamente apresentada nestes últimos parágrafos, e seguida ao longo deste Livro 2.º corresponde a uma versão *sem o apuro* que só no Livro 3.º será privilegiado.

# **Subtítulo 2.º-** Da consagração do positivismo legalista na Constituição da República Portuguesa, de 1976.

## **Capítulo 1.º-** O significado *primeiro* das palavras do art. 203.º: a consagração do *positivismo legalista democrático*.

### §41 (Ordem na procura dos significados *primeiros*)

Numa frase, o significado de uma palavra condiciona e é condicionado pelo significado de cada uma das restantes. Assim, na interpretação do art. 203.º, começa-se pelas palavras que se constata serem (*grosso modo*) unívocas. Deixar-se-á para o fim a especialmente polissémica "lei". Sem prejuízo de, nestas linhas seguintes, *ir e vir* entre as várias palavras, evidenciando o reflexo do significado, de cada uma, nas restantes palavras.

Sublinha-se, desde já, que se fala em *sentido primeiro* não como *significado tosco*, a-jurídico, não-técnico. O sentido primeiro é, sim, como se verificará a propósito do art. 9.º/3 do CCiv., o sentido primeiro no seio da linguagem técnico-jurídica (quando na presença desta).

### §42 (A *independência* é *sujeição à lei*)

Depois de apresentada a função jurisdicional, no art. 202.º, e depois de proclamada a independência dos tribunais (designadamente quanto a *directrizes ou ordens* de outrem, mormente de outros órgãos do Estado, seja quanto à organização – a retomar nos artigos 208.º e seguintes –, seja quanto ao exercício da sua função jurisdicional), vem a Constituição estabelecer que "os tribunais […] apenas estão sujeitos à lei".

O significado *primeiro*, a ser testado (confirmado ou infirmado) ao longo de todo o processo interpretativo, que agora começa, é o seguinte: os tribunais só actuam sob comando da lei. Ou seja, e tendo presente a impressividade da palavra "sujeição" (mais constrangedora que *obediência*, que *subordinação*) que aponta para a posição de *total vulnerabilidade, conductibilidade* dos tribunais pela lei: o tribunal vai *por onde a lei o faz ir*, o tribunal faz *o que a lei o faz fazer*; a palavra aponta para a ausência de *movimento próprio*, de vontade própria, ausência de *poder optar*, ausência da *escolha*, no desempenho da função que é a do tribunal, *rectius*, da *função jurisdicional*, caracterizada nos termos do art. 202.º.

Juntando a primeira parte ("independentes") e a segunda parte ("sujeição apenas à lei") e, evidenciando-lhes a relação, tem-se, nesta primeira leitura, o seguinte:

- se a *independência* fosse *total*, então, os tribunais nem à lei obedeceriam… O juiz seria fonte exclusiva do critério de decisão perante o caso. O juiz com as suas valorações, as suas preferências jus-normativas. Ora, a 2.ª parte esclarece que a independência não é essa *independência total*. É uma independência perante tudo o que não seja a realidade a que está sujeito. Ou seja, perante tudo excepto a lei, a lei a que está sujeito. Por outras palavras: os tribunais não são vulneráveis a terceiros, *nem sequer* o são a si próprios (às tais valorações do juiz), sendo, sim, apenas (e totalmente) *vulneráveis* a leis. Na função que lhes cabe – *dizer o Direito* no caso concreto – o tribunal não pode orientar-*se*, não pode conduzir-*se*, não pode escolher, não pode optar por certa solução. *Estar sujeito-a* significa, em suma, *impossibilidade de optar entre*. E, por *não poder optar*, o julgador não chega a ter ocasião de atender às suas próprias convicções de justiça, em sede de ponderação de interesses, de princípios, de valores. Insiste-se: onde o discurso legal careça dessas ponderações, carece da norma propriamente dita (ou seja, de norma que decida o conflito de interesses, de princípios, de valores). Ora, não poder optar é não poder decidir tal conflito, é não poder atender *àquilo* que permitiria chegar à tal resolução de conflito.

As duas partes são naturalmente aglutinadas na epígrafe, pois ambas tratam da *independência* (perante *terceiros* e perante *critérios* – inclusive, os do próprio tribunal – *que não os legais*). Assim, aparentemente, bastaria a 2.ª parte. Acontece que, se assim fosse, poderia haver dúvidas acerca da possibilidade de a lei ordinária estabelecer sujeições, do tribunal, a actos que não a lei. Sempre se poderia dizer estar, o tribunal, ainda sujeito à lei, ao obedecer a esse acto não legal indicado pela lei. A *independência* elimina a dúvida, impedindo a lei ordinária de criar "dependências", "obediências" do tribunal que não seja a sujeição à lei. Sem prejuízo de a igual conclusão se chegar, ainda que convocando outra fundamentação (como se evidenciará).

### §43 (Da *lei* a que os tribunais estão sujeitos)

*Retomando,* temos que *os tribunais não estão sujeitos a quaisquer terceiros*, com 1 excepção: estão *sujeitos à lei*. Falta, pois, apurar, nesta interpretação preliminar, o significado de "à lei".

No seio da polissemia de *lei* destaca-se um sentido *primeiro* (*rectius*, tríplice): *grosso modo*, o acto/texto/ norma consubstanciação de uma intencional criação do Direito, por parte de quem tenha autoridade política para tal [11]. *Sentido* que, rigorosamente é 3 sentidos – que estão suficientemente imbricados para serem vistos como a mesma realidade olhada de perspectivas diferentes: **(i)** ou se olha à *lei-acto*-criador-do-Direito (por exemplo, o conjunto dos factos que perfazem um procedimento legislativo – da iniciativa legislativa até à referenda ministerial de uma lei da Assembleia da República, etapas em que intervêm vários órgãos do Estado, apresentando uma hipótese de norma jurídica, discutindo-a, ponderando-a, votando-a, promulgando-a, referendando-a); **(ii)** ou se olha à *lei-texto* em que, forçosamente, o acto culmina e no qual está vertida a norma; **(iii)** ou se olha à *lei-norma* assim criada e revelada. Sentidos estes imbricados, quer à luz dos hábitos linguísticos da Doutrina, quer à luz do uso da palavra *lei* na própria lei, quer, *inclusive*, à luz dos dicionários comuns (não técnico-científicos). Recorde-se, ainda, que, historicamente, também esse tríplice sentido é o que se impõe: passados os tempos da *jurisprudentia*, dos *mores maiorum*, e do costume, a lei surge associada a acto de autoridade política e a acto intencional, datado, de criação do Direito.

Acrescenta-se: outras acepções existem: por exemplo, a realidade que é o ordenamento jurídico. No entanto, esse conjunto *das* normas é, preferencialmente, desig-

---

[11] Tenha-se presente *Marcelo Caetano*, *Manual de Direito Administrativo*, Coimbra Editora, Lisboa, tomo I, 1973, 10.ª edição, p. 81: "Lei é toda a norma de carácter geral definida por mandato conhecido do Poder competente para a impor e como tal acatado" (explicitando, *Marcelo Caetano*, na página anterior, que a lei é *datada*, por contraposição ao costume); *Galvão Telles, Introdução ao estudo do Direito*, AAFDL, Lisboa, 1988, coincidindo com o texto de 1952-1953, com excepção das notas de actualização, p. 58: "Definimos *lei* como um acto do Estado tendente à criação de direito (tomado o termo "Estado" no mais lato sentido)"; *L. Cabral de Moncada*, *Lições de Direito civil (Parte geral)*, Coimbra, vol. I, 1954, 2.ª ed., p. 89: "A lei é a forma que reveste a norma jurídica quando estabelecida e decretada, duma maneira oficial e solene, pela autoridade dum órgão expressamente competente para esse efeito, por ser o órgão legislativo."; *Pires de Lima e Antunes Varela*, *Noções fundamentais de Direito civil*, Coimbra Editora, Coimbra, vol. I, 6.ª ed., p. 89: "A lei é o processo de formação ou criação do direito que se traduz numa *declaração solene e directa da norma jurídica por meio dum órgão competente*".

nado por *Direito* (naquele que é, por sua vez, o seu sentido primeiro), podendo, no entanto, ser designado por *lei* (num sentido que não o *primeiro* de *lei*). No entanto, aqui, neste passo, cabe, apenas, testar o referido sentido *primeiro*. Acrescenta-se: muito se poderia dizer acerca das acepções de *lei* e seu uso pelo legislador, e, eventualmente, poder-se-á *afinar* esta ou aquela palavra da noção *primeira* dada. Acontece que o tratamento do tema não o requer. O que se disse concordará com a noção tida presente nesse período em que, na linguagem jurídica de que também é feita uma Constituição, terá sobressaído a noção de *lei* dada pelos Mestres acima referidos que, nas únicas Faculdades de Direito de então, ensinavam estas matérias, moldando os juristas que, de resto, estavam em grande número presentes na Assembleia Constituinte, e que foram decisivos na sua feitura (basta ter presente os 4 deputados com mais referências no Diário da Assembleia Constituinte: *Vital Moreira*, *José Luís Nunes*, *Barbosa de Melo* e *Jorge Miranda* – todos juristas).

Por outras palavras, a noção dada é *suficiente* para prosseguir o caminho que conduzirá ao conceito *lacuna*.

Cabe, ainda, exemplificar esses actos de criação intencional do Direito, por quem tem competência política. Neles se inclui (hoje) a própria Constituição, as convenções internacionais, os tratados normativos, os regulamentos da União Europeia, as directivas da União Europeia, as leis da Assembleia da República, os decretos-leis, os decretos legislativos regionais, os decretos regulamentares, as portarias, os regulamentos das Regiões Autónomas, os regulamentos municipais, os avisos do Banco de Portugal.

## §44 (Da elucidação de "lei" proporcionada por "sujeitos a" e por "apenas". Da norma positivada *versus* ponderação principialista)

**1.º** Voltando a *sujeição*. Da tripla perspectivação de *lei* está aqui privilegiada a *norma revelada no texto legal*. Pois não se está *sujeito* a um *mero facto* (*lei* como facto); nem se está sujeito a um *mero texto* (*lei* como texto). Está-se, sim, sujeito ao significado desse texto, ao que, nesse *texto*, *culminador* daquele *acto*, é dito, ou seja,

às *normas* – às normas criadas pelo acto-*lei* e reveladas na *lei*-texto. Isto é, às *normas legais*.

**2.º** Estarão aqui referidas apenas as normas legais?

A resposta é dada pelo "apenas". Os tribunais actuam *apenas* na posição de *sujeição à lei*. Os tribunais são os acima referidos destinatários passivos da lei. E só da lei. Assim, não têm que atender a normas criadas por acto que não a lei, nem reveladas por modo que não o texto da lei.

**3.º** Estarão aqui referidas *todas as disposições legais*? Ou seja, "lei", a que os tribunais "apenas estão sujeitos", é *qualquer* lei, *qualquer* enunciado legal, qualquer trecho legal, *qualquer* fórmula legal?

Se "lei" é a norma legal a que se está sujeito, então, não inclui as fórmulas que *mesmo que* constantes do texto legal não são, ainda, *norma capaz de resolver um conflito* a que o tribunal está, sem possibilidade de optar, *sujeito*. Ou seja: o tribunal não está sujeito a fórmulas legais a que, por definição, não pode estar *sujeito* – pois, delas, não retira 1 comando que o dirija. É o que acontece com fórmula legal que exigisse do tribunal a *valoração* de factos e interesses, a sua *ponderação*, a sua hierarquização e opção entre interesses – enfim, *a escolha do interesse prevalecente*. Pois estar na posição de proceder a tais escolhas contraria a posição de *sujeito a*.

Sublinha-se: essa "lei", essa *norma* a que o tribunal está *sujeito* é a norma vertida, presente no texto que a lei é, e feita por quem a pode fazer. Trata-se de normas a que se está *sujeito*. E não de *normas potenciais* meramente aventadas por fórmulas axiologicamente vagas – pois, aqui, a norma (relativamente à qual se pode dizer *estar sujeito*) ainda não existe. É o que acontece com os *conceitos indeterminados normativos*, ou seja, conceitos axiologicamente vagos, bem como com os *princípios-vector*, ou seja, fórmulas cujo significado é apenas de *directriz para* a valoração da realidade, carecida da ponderação com outras. Podendo confluir, numa fórmula, quer o carácter de *conceito indeterminado normativo* quer o carácter de *princípio-vector*. Sirva de exemplo, a *dignidade da pessoa humana* (a que se dedicará um capítulo, no final deste Livro 2.º): a ponderar com a *vontade colectiva* (ambas no art. 1.º da CRP).

Continuando a ilustrar o que ficou dito: se o texto legal consagrasse: "a solução dos conflitos segue os critérios do Direito natural", o *Direito natural* (que é, inequivocamente, Direito *não-posto*), não passaria, por esse facto, a Direito positivo legal, a Direito que se revela de forma *posta* diante do sujeito e por este apreensível. Ou seja, a positivação (o *pôr*, neste caso, *por escrito*) da fórmula *Direito natural* não equivale a *Direito positivo*. Direito positivo é o *Direito posto*, a *norma posta*, e não a *positivação* da mera fórmula "Direito não posto". Insiste-se: a *esse Direito não posto* não se estaria *sujeito-a*. O mesmo se diga para outras fórmulas: como *justiça*, ou *igualdade* (enquanto *tratamento igual do igual e o tratamento diferente do diferente*), ou Direito *tout court*.

Estas fórmulas não são fórmulas a que se esteja *sujeito*. Pelo contrário: são espaços de *valoração e escolha* do interesse prevalecente, espaços para *tornar jurídico*, para *criar o jurídico*, para *juridicizar* [12]. Espaços precisamente de *não-sujeição*. O que se comprova por *testes* como o seguinte: se, na passagem da fórmula legal à solução do *caso*, o tribunal se confronta com a necessidade de proceder a considerações de *justo/injusto* (ou binómios semelhantes) e, de entre várias hipóteses, *escolher a mais justa*, então o tribunal está fora do modelo constitucional que é o *apenas sujeito à lei*.

O que se acaba de dizer concita, plausivelmente, objecções como a fundada no art. 204.º, onde se fala em "princípios". Oportunamente, evidenciar-se-á que essa referência se conjuga com este sentido *primeiro* das palavras do art. 203.º

Em suma (e sem prejuízo de infirmação, à luz dos restantes elementos interpretativos, a percorrer ao longo dos capítulos deste Livro 2.º): a palavra *sujeição* ilumina a palavra "lei", no sentido de "lei" não incluir o *enunciado escrito carecido*, precisamente, *de juridicização*, carecido, afinal, de norma a que se esteja sujeito.

O quanto se acaba de dizer *nesta alínea c)* é confirmado, ainda, pelo "apenas". Pois se "lei" abrangesse estas *fórmulas legais potencialmente normativas*, então, o "apenas" estaria a *restringir* (a normatividade jurídica) a uma realidade (a ampla

[12] O uso de "juridicizar" deve-se a Lição do Professor Segurado e Campos.

"lei") que, em si, tudo poderia abarcar – bastaria uma remissão legal. Estaria, a Constituição, a *refutar tudo o que não é "lei"* para [afinal] admitir que uma fórmula axiologicamente aberta, numa qualquer lei, *aceitasse tudo o que não é "lei"*.

Por outras palavras: se o tribunal pudesse trabalhar com *valores e princípios* plasmados na lei (no âmbito ou fora do âmbito do preenchimento de conceitos indeterminados, como *dignidade da pessoa humana* ou *boa fé*), tudo lhe seria possível. Aí, o "apenas" seria inútil.

Senão, veja-se: quanto a princípios e valores: as normas, por exemplo, as constitucionais, são resultado de directrizes/vectores antagónicas. Por exemplo, pondera-se a directriz *retroactividade da lei penal* com a da irretroactividade da lei penal, e veio a Constituição concluir, nuns caos (a generalidade) pela norma da irretroactividade (art. 29.º); mas em outros casos, veio a concluir pela rectroactividade (art. 292.º); certo que, neste último caso, a norma é excepcional. Mas os princípios *per se* não são excepcionais. As normas (na integralidade do seu enunciado) é que o são. Ora, se o juiz puder trabalhar com princípios-vector, vai trabalhar com uns e com outros, com os vários vectores ainda que antagónicos; e, consoante a ponderação, assim, o resultado normativo judicial. Inclusive o respeito pela vida humana: nuns casos (a generalidade), proíbe-se matar (art. 24.º); mas, em outros, admite-se matar (declaração de guerra, a que se refere o art. 135.º/c)). Enfim, os resultados normativos de tais ponderações, em qualquer matéria, ficariam sem baias. *Rectius*, teriam as baias que já decorrem do disposto no art. 3.º/3 da CRP (ou seja, não poderiam, essas normas judiciais, violar normas positivadas na Constituição). Em qualquer caso o "apenas" seria inútil. O que contraria a vontade do legislador: pois a vontade precisou da palavra "apenas" para se exteriorizar. Assim, seguir a vontade da comunidade implica encontrar o significado desta palavra usada pelo legislador. E se tem um sentido – para mais concordante com as outras palavras –, então é ele o significado da palavra.

Responde-se, pois, neste apuramento do sentido primeiro das palavras, à pergunta feita no início desta alínea c): "lei" é a *norma legal positivada*.

Como adiante se explicitará, estas disposições legais, que não são dirigidas ao julgador, são dirigidas ao legislador (sem prejuízo do que se dirá, a propósito dos regimes excepcionais da nomogénese, acerca do negócio jurídico e do acto administrativo entre outros).

**4.º** Assinala-se que, excluídas as fórmulas acima referidas, não há que fazer distinções no mundo das leis, quanto à sua hierarquia, quanto ao seu carácter geral ou especial, comum ou excepcional, quanto a criarem normas de conduta ou normas instrumentais a estas (por exemplo, normas sobre fontes, normas sobre interpretação, normas sobre aplicação no espaço, ou no tempo, definições legais), quanto ao grau de proximidade com os grandes princípios-vector do sistema, quanto à matéria sobre que versam (Direito constitucional, Direito civil, e, neste, Direito das obrigações, Direito das sucessões, ou Direito do registo predial, Direito da segurança social), *etc*. A todas estão, os tribunais, igualmente sujeitos. Pois nenhuma distinção é feita pela Constituição. Tais distinções pressuporiam norma que, não sendo criada por lei, seria translegal, e como tal excluída.

**5.º** Ainda acerca do âmbito de "lei", assinale-se que no sentido primeiro de *lei* inclui-se as lacunas da lei. Por estarem *implicadas* na normatividade legal plasmada no texto, por serem como que falta *no* texto legal. E, como consta da Hipótese, a ser preenchida pelo texto legal *complementado* pelos trabalhos preparatórios do legislador. Assim, a lacuna surge, ainda, como espaço de norma com *selo do legislador*. A lacuna surge, ainda, como *parte da lei*, e não como *falta fora* do texto (sendo, esta última, a *falta* que apenas pelo legislador pode ser eliminada). Esta inclusão, na lei, das designadas *lacunas da lei*, estava (à data da feitura da Constituição) sedimentada, atento o art. 16.º do Código Civil de 1867, e o Estatuto dos Magistrados Judiciais nas suas várias versões. Hoje, presente no art. 3.º do EMJ, sucessor do art. 110.º do Estatuto na versão de 1962, vindo, este, no seguimento do art. 240.º do Estatuto de 1944. De facto, no art. 16.º do Código de Seabra, todos (com excepção do Direito Natural) os processos de integração de lacunas apresentados são-no por referência à *lei* ("letra da lei", *espírito da lei*, *casos análogos em outras disposições legais*); e, no Estatuto, já em 1944 e em 1962, se fala na integração de lacunas como operação *compreendi-*

*da no âmbito* do "Dever de obediência à lei"; aí se proclama o *exclusivismo da fonte-lei*, e, concomitantemente, se estabelece a *integração de lacunas* pelas *forças da própria lei* (pelos "juízos de valor legais").

Em suma, ao usar-se a palavra *lei* significa-se as normas legais e lacunas que eventualmente existam.

Naturalmente, os textos legais referidos são aqueles plausivelmente tidos em conta pelo legislador à data de 1975-1976, período em que decorreu a preparação da Constituição.

**6.º** Cabe, ainda, *agora* quanto à palavra "tribunais", explicitar que significa qualquer órgão tido como tal pela Constituição. Incluindo, assim, o Tribunal Constitucional (cf. dispõe o art. 209.º/1).

### §45 ("*Lei*" como *conjunto de leis*)

Finalmente, o *sentido primeiro* aponta para que a palavra "lei" signifique o *género lei, o conjunto* das leis (com, naturalmente, todas as operações de *compatibilização*, eventualmente necessárias, no seu seio – regressar-se-á ao tema, a propósito do incontornável *pensamento sistemático*, ainda neste Livro 2.º).

Cabe, pois, sublinhar, desde já, que, como se constatará, a *norma que vem da lei* não se confunde com o *sentido primário* do texto legal, nem com sentido sem a devida contextualização, nem com sentido sem a devida sindicância intralegal, quanto à sua validade.

### §46 (Elucidação proporcionada por expressões linguísticas alternativas)

Atentando em expressões alternativas que, de resto, também são usadas pelo legislador constituinte – e que estavam *à* sua disposição), reforça-se a hipótese de que sujeição significa *ausência de opção*. Realça-se que alternativas como *com base*

*na lei, fundar-se na lei, obedecer à lei, subordinar-se à lei* são expressões que, ainda que com graus de vinculação crescente, admitiriam espaços de *opção* pelo tribunal. Em especial "respeito à lei": aqui (aliás, expressão próxima da usada a propósito de *princípios jurídicos* no art. 266.º/2 da CRP) estar-se-ia a *pressupor* um campo de actuação com discricionariedade, com liberdade, campo esse naturalmente confinado, limitado, emoldurado por princípios. Repare-se que nessa disposição constitucional usa-se "subordinados" no que concerne à Constituição e à lei, e usa-se "com respeito" quanto a princípios, atenta a margem de opção permitida por estes.

Ora, *sujeição* distingue-se dessas alternativas, pois a posição criada é de *passividade*, de *receptividade* – e não a posição de quem valora, *pondera, hierarquiza, opta* (ainda que com limites). No art. 203.º, tudo é proibido, excepto o que é mandado fazer pela lei; nas outras fórmulas, tudo é permitido excepto o que é proibido pela lei.

### §47 (Finalmente, as abonações do *Dicionário de Morais*, na sua 10.ª edição)*

Neste dicionário, as abonações aproximam *sujeição* precisamente da *tal* não-liberdade.

### §48 (Conclusão)

Assim, o *sentido meramente primeiro* do texto do art. 203.º é: os tribunais não estão sujeitos a terceiros (nem, aliás, ao próprio *juiz* e critérios que radicam na pessoa singular que o juiz é), estando, sim, *apenas sujeitos* a normas legais positivadas, ou seja, a normas que, no *texto legal*, permitam ser aplicadas, sem *valorações*/ sem *ponderações*/ sem, enfim, *opções normativas* por parte do tribunal.

Em suma, a confirmar-se este sentido primeiro, está definido o ponto-de-partida metodológico (atrás referido) do tribunal: os *textos legais*. E definido está o ponto-de-chegada: *normas* positivas nos textos legais. Consequentemente, definido também está muito do método-caminho: em especial, o seu carácter exegeticamente balizado,

o seu carácter subjectivista-historicista, sem considerações principialistas-axiológicas.

Ao longo do texto, ser-se-á conduzido por elementos interpretativos confirmadores deste sentido, destas notas preliminares.

## **Capítulo 2.º-** Os trabalhos da Assembleia Constituinte confirmam o *positivismo legalista democrático*.

### §49 (Considerações preliminares)

Passa-se à apresentação dos trabalhos preparatórios do art. 203.º. Começando nos projectos sobre a matéria, dos vários partidos políticos com assento na Assembleia Constituinte, cujos trabalhos se iniciaram em 1975, e terminaram na aprovação do texto que, desde então, se tem mantido inalterado – o art. 203.º. Tem variado apenas a sua identificação numérica: de 1976 a 1989, art. 208.º; de 1989 a 1997, art. 206.º; desde 1997, art. 203.º.

De assinalar que o art. 203.º começa por ser preparado em comissão (a 6.ª comissão – encarregada de preparar o projecto do capítulo da nova Constituição sobre os tribunais), vindo a ser discutido em plenário da Assembleia Constituinte. Estes trabalhos são trabalhos do legislador constituinte. Trabalhos que são elucidativos, que surpreendem pela argumentação expendida, incluindo a ponderação de elementos históricos que, ainda hoje, marcam presença em raros escritos jurídicos.

### §50 (Quanto aos trabalhos preparatórios da Constituição)

Assinala-se que o *Regimento da Assembleia Constituinte*, aprovado no início dos trabalhos constituintes, consagra o registo e publicidade das intervenções dos deputados em Plenário e, quanto às comissões, de, pelo menos, os Relatórios dos seus tra-

balhos (e não só das votações). O que evidencia que a Assembleia Constituinte atribuía importância a esse registo. De resto, frequentemente, ao longo das mais de 4.000 páginas do Diário da Assembleia Constituinte (DAC), os deputados intervinham para assim deixar claras as suas posições, perante quem viesse a interpretar a Constituição. Conforme propósito expresso em muitas intervenções.

### §51 (O projecto PPD sobre o art. 203.º)

O projecto PPD é, entre todos os projectos de Constituição[13], o mais pormenorizado a regular a matéria, e o que, quanto à delimitação da juridicidade, consagra solução vincadamente translegalista (nos seus artigos 1.º e 130.º). Este projecto segue de perto a Constituição Política, de 1933 (art. 4.º).

Projecto [14]:

Art. 1.º

1. Portugal é uma República independente e democrática, que se baseia na dignidade da pessoa humana, na solidariedade e no trabalho para construir uma sociedade socialista.

2. A República reconhece e garante os direitos e liberdades fundamentais da pessoa humana como indivíduo e como membro das organizações sociais e exige a observância dos deveres de solidariedade política, social e económica impostos pela justiça e definidos pela Constituição e pelas leis.

3. A soberania, una e indivisível, reside no povo, que a exerce segundo as formas previstas por esta Constituição e nos limites da moral e do direito.

4. A República é um Estado de Direito, organizado segundo o princípio da separação e interdependência dos Órgãos de Soberania e com directa subordinação de todos eles à Constituição. Os tribunais e a administração pública devem obediência às leis.

---

[13] Diário da Assembleia Constituinte, de 24/7/1975, Suplemento n.º 16 / pp. 358(-1) e ss.
[14]Projecto do PPD, [pp. 358-(69) e 358-(85) do supra-referido Diário]

5. A vida pública desenvolve-se na livre expressão e discussão das ideias garantidas através do pluralismo das associações e dos partidos políticos.

Art. 130.º

1. O poder judicial pertence aos tribunais.

2. Só os tribunais podem exercer funções materialmente jurisdicionais.

3. No exercício dos seus poderes, os tribunais são independentes de todos os outros órgãos do Estado, agindo segundo a Constituição, a lei e a justiça

## §52 (Breves comentários)

Passa-se a breves comentários a este projecto (tendo presente, em especial, o seu art. 1.º):

**1.º** A República *reconhece* (e não confere) os direitos e liberdades fundamentais da pessoa humana. O que significa que estes se impõem à República.

**2.º** Refere-se a deveres *impostos* pela justiça (cabendo, à Constituição e às leis, apenas *defini-los*).

**3.º** A soberania tem por limites a moral e o Direito. Aqui, o Direito é um conjunto de normas, ficando por resolver o problema das suas fontes, e nada se dispondo acerca do método. Verifica-se, pois, que este projecto de Constituição entrega ao intérprete, *maxime*, ao jurista, ao jus-cientista, ao juiz, a tarefa de *definir as fontes e o método*. O que equivale a definir (quase integralmente*) o que é e o que não é norma jurídica*.

**4.º** Os tribunais devem obediência à lei e ao Direito. Assinala-se que não se usa *sujeição*. Fala-se, sim, em *obediência*. E, atendendo a que aqui não se diz que os tribunais apenas devem obediência, então conclui-se que, além de deverem obediência às leis, estão abrangidos (enquanto órgãos do Estado) a quanto se disse nos números anteriores. Ou seja, nas suas decisões, *obedecem* às leis, *asseguram* que o Estado acate os direitos e as liberdades que a pessoa humana e a justiça lhe impõem, bem como *asseguram* o respeito pela moral e o Direito. Instâncias que, assim, são crité-

rios que sindicam a lei (atente-se, a propósito, no regime de fiscalização da constitucionalidade – art. I das Disposições finais e transitórias deste Projecto).

**5.º** O que se acaba de dizer corresponde à fórmula sintética do art. 130.º do projecto: "no exercício dos seus poderes, os tribunais são independentes de todos os outros órgãos do Estado, agindo segundo a Constituição, a lei e a justiça".

**6.º** Finalmente: o PPD mostra que tem presente a diferença entre lei, moral, Direito, justiça e pessoa humana, enquanto realidades portadoras de direitos e liberdades *anteriores* à Constituição.

Insiste-se: o PPD mostra saber designadamente que *lei* é uma realidade distinta de *Direito*. Todas estas abissais e notórias diferenças terminológicas entre este projecto e o art. 203.º reflectem, naturalmente, outras tantas concepções de homem, do social, do Direito, da jurisdição. Em especial, a grande diferença entre, por um lado, uma Constituição como a de 1976 – que delimita o jurídico, ao caracterizar o seu ponto-de-partida metodológico, que é a fonte-lei, o ponto-de-chegada, que é a norma jurídica legal, o caminho feito de directrizes metodológicas instrumentais para chegar a essa norma a partir dessa fonte (*grosso modo*, a exegese) – e, por outro lado, um projecto que delega a *delimitação do jurídico* no destinatário, *maxime*, no juiz.

### §53 (Outros projectos de Constituição)

Entre os restantes projectos (PS, PCP, CDS e MDP/CDE), esta matéria que é a da delimitação do edifício jurídico a aplicar pelos tribunais, ou é tratada perfunctoriamente ou não é tratada. Tenha-se em atenção os artigos 93.º e seguintes do projecto do PS, os artigos 92.º e seguintes do projecto do PCP (onde se diz que os tribunais "só devem obediência à Constituição e à lei"), os artigos 93.º e seguintes e 109.º e 110.º do projecto do MDP/CDE, e os artigos 119.º e seguintes do projecto do CDS, onde se diz, a abrir, que os tribunais "não devem obediência senão à lei". Realça-se

que em nenhum projecto se usa a palavra *sujeição* – que vem a surgir durante os trabalhos da 6.ª Comissão [15].

Todos estes projectos foram republicados (após se ter verificado publicação com inexactidões) no Diário da Assembleia Constituinte, a 24 de Julho de 1975, em suplemento ao n.º 16, pp. 358-(1) e seguintes.

Passa-se a reproduzir esses textos:

**a) Projecto do PS**, [p. 358-(65) do supra-referido Diário]:

Art. 93.º

1. Os tribunais são órgãos de soberania e são compostos por juízes, que são independentes, vitalícios e inamovíveis.

2. Aos tribunais incumbe reprimir as violações da legalidade e dirimir os conflitos de interesse públicos e privados, em ordem a restabelecer e assegurar a normalidade da vida comunitária.

**b) Projecto do PCP**, [p. 358-(50) do supra-referido Diário]:

Art. 92.º (Justiça)

1. A justiça tem por fim fazer respeitar a vida, a liberdade e os direitos dos cidadãos e das organizações populares, bem como defender as instituições revolucionárias e a ordem económica e social da transição para o socialismo.

2. A justiça é administrada pelos tribunais em nome do povo.

3. Na aplicação da justiça os tribunais e os juízes são independentes e só devem obediência à Constituição e à lei.

**c) Projecto do CDS**, [p. 358-(18)] do supra-referido Diário]:

Art. 119.º (Poder Judicial)

1. O Poder Judicial pertence aos tribunais.

2. No exercício do Poder Judicial os tribunais são independentes e não devem obediência senão à lei.

**d) Projecto do MDP/CDE**, [pp. 358-(31 e 33)] do supra-referido Diário]:

---

[15] Cuja pasta de documentos (que se pode consultar no *Arquivo da Assembleia da República*, sob a designação REG. 15 662, SEC. XXXI b, Caixa 7, n.º 5), no Arquivo Histórico da Assembleia da República, não inclui toda a documentação que supostamente lá estaria.

Art. 93.º

A justiça democrática é aplicada por tribunais comuns: O Supremo Tribunal de Justiça e os tribunais judiciais de 2.ª e de 1.ª instâncias.

Art. 109.º

A lei constitui um instrumento de consolidação do Estado democrático e de construção da sociedade socialista.

Art. 110.º

Na elaboração das leis e na administração da justiça devem, progressivamente, participar as mais vastas camadas da população, com o fim de que a ordem política e jurídica seja, cada vez mais, obra comum do povo português.

### §54 (Trabalhos na 6.ª Comissão confirmam que *lei* é Direito legal)

Os trabalhos da 6 .ª Comissão estão, lamentavelmente, pouco documentados.

Aí, passou-se dos projectos ao Relatório (com proposta de articulado) apresentado no Plenário – DAC n.º 94. E, deste Relatório, com o seu art. 3.º, passou-se ao (com esse coincidente) art. 208.º (depois, art. 206.º, hoje, o art. 203.º). De realçar que, desse trabalho, resultou a caracterização da posição dos tribunais como sendo de *sujeição a*. Quanto à fórmula *apenas à lei* está próxima dos projectos do PCP e do CDS. O projecto recusado nos trabalhos da Comissão é, em especial, o do PPD. A comparação da fórmula que vingou com as correspondentes rejeições nesse projecto aponta na direcção de *lei* com o significado *Direito legal*, pois as muitas outras fórmulas translegais do projecto do PPD não foram acolhidas. Ou seja, nesse projecto, contrapunha-se *lei* a, nomeadamente, Direito e Justiça. Explicita-se que se estas dimensões normativas se albergassem em *lei*, não teriam sido usadas aquelas fórmulas no projecto PPD.

Assinala-se, ainda, que o problema da delimitação do *Direito aplicável pelos tribunais* foi convocado pelos projectos dos Partidos e também pela chamada sociedade civil, mediante documento entregue à 6.ª Comissão, pela Ordem dos Advogados, em

que a Ordem propõe como parâmetros para aferir acerca da igualdade dos cidadãos "Direito e justiça", bem como "lei e justiça".

Finalmente, quanto ao peso das palavras neste texto legal, cabe recordar o Presidente da 6.ª Comissão (o Deputado *Fernando Amaral*), após a leitura, no Plenário, do Relatório dos trabalhos [16], em que dá conta de que "o diálogo, o comentário, as achegas, o peso e a dimensão das palavras, a definição de conceitos foram matéria-prima para a formulação do articulado…". Articulado em que se encontra o art. 3.º. Ou seja, dá conta de *ponderação cuidada*, nas soluções e na redacção, durante aqueles trabalhos, até se chegar à fórmula que vingou.

### §55 (Trabalhos no Plenário, referentes ao art. 203.º - o então art. 3.º)

Chegados ao Plenário, e depois de lido o Relatório da 6.ª Comissão, começa-se por lembrar os trabalhos preparatórios na Comissão, sobre o art. 3.º, dizendo que a palavra "lei" abrange a Constituição. Trata-se de intervenção de *Manuel Vieira*, deputado do PS que mostra (como, aliás, frequentemente acontece nos trabalhos da Constituinte) que havia preocupação com o que cada deputado dizia acerca de cada artigo, em plenário, admitindo que tais intervenções sanassem dúvidas suscitadas no futuro, por algum intérprete da novel Constituição. Como já atrás foi dito, acerca do Regulamento da Constituinte.

Segue-se a votação do referido art. 3.º da Comissão; aprovado por unanimidade. Passa-se a uma proposta de aditamento, apresentada pelo deputado *Fernando Amaral* (PPD), nos termos da qual o artigo passaria a ter a seguinte formulação: "os tribunais são independentes e apenas estão sujeitos à lei e ao direito". Tratava-se de proposta natural: na Comissão, o PPD já havia tentado acrescentar à "lei" o *Direito*. Sem sucesso. Inequivocamente, o PPD considerava, à luz do seu projecto, "lei" como demasiado restritivo. Como já atras dito, à vista do seu projecto. Pelo que acrescenta

[16] *DAC*, 12 de Dezembro de 1975, n.º 94, p. 3052.

esta instância translegal (o *Direito*), propondo este alargamento do campo dos critérios de resolução judicial de conflitos.

Repare-se que se "lei" significasse "Direito", seria desnecessário acrescentar Direito. Ora, precisamente porque considerava – e bem, atendendo à acepção primeira do termo, à acepção vulgar entre juristas – que *lei* não significava *Direito* é que o PPD propôs o acrescento "e ao Direito". Recorda-se, quanto à aludida "acepção vulgar", que, em 1975/76, ao menos os juristas, na Constituinte, teriam bem presente a diferença entre lei, Direito, moral, subjacente à Constituição de 1933, vigente ao longo da vida de quantos em 1975 se reuniam para fazer a nova Constituição.

Conclui-se: a comparação entre os projectos, o texto resultante da 6.ª Comissão e a proposta de aditamento confirma que *lei* não é *Direito tout court*. É, sim, *Direito legal*; caracterizado pelo modo de criação (a *lei*-acto, qualquer que ele seja, pois abrange a própria Constituição, conforme explicitado) e pelo modo de revelação (a *lei*-texto). Ou seja, esta etapa dos trabalhos preparatórios confirma o significado primeiro de "lei", acima apresentado.

A proposta desse aditamento foi rejeitada pela Assembleia.

Cabe recordar estes trabalhos.

### §56 (Discussão tida em plenário da Assembleia Constituinte)

> *"O Sr.* ***Presidente*** *[Vasco da Gama Fernandes]: – E está em discussão.*
>
> *Ninguém pede a palavra?*
>
> *Pausa.*
>
> *Vai votar-se.*
>
> *Pausa.*
>
> *Ah! Peço desculpa.*
>
> *O Sr. Deputado Manuel Vieira.*
>
> *O Sr.* ***Manuel Vieira*** *(PS): – Era só para fazer aqui, assim, uma pequena observação a este artigo, que é a seguinte, para não resultarem dúvidas no futuro: normalmente, algumas*

*Constituições têm que "os tribunais são independentes e estão sujeitos à Constituição e à lei". A Comissão entendeu que a Constituição é precisamente a lei fundamental do País. Portanto, por uma razão de síntese e de harmonia, de mais precisão, pois, sujeitos à lei são todas as leis.*

*(O orador não reviu)*

*O Sr.* ***Presidente****: – Mais ninguém inscrito?*

*Pausa.*

*Vamos votar.*

*Submetido à votação, foi aprovado por unanimidade.*

*O Sr.* ***Presidente****: – Vamos então a outro artigo.*

*Pausa.*

*Há uma declaração de voto.*

*O Sr.* ***Fernando Amaral*** *(PPD): – Pretendia fazer uma proposta de aditamento no sentido de este artigo 3.º ficar com a seguinte formulação: "os tribunais são independentes e apenas estão sujeitos à lei e ao direito."*

*O Sr.* ***Presidente****: – Entendido?*

*Pausa.*

*Está em discussão.*

*Pausa.*

*Alguma objecção?*

*Pausa.*

*Vamos votar.*

*Submetida à votação, foi rejeitada, com 18 abstenções (PCP e MDP/CDE) e 44 votos a favor (PPD, alguns independentes, CDS e o Deputado de Macau).*

*O Sr.* ***Presidente****: – Declaração de voto do Sr. Deputado José Luís Nunes.*

*O Sr.* ***José Luís Nunes*** *(PS): – Ora nós votámos contra, porque pensamos, primeiro, que a expressão "o direito" é uma expressão suficientemente vaga e suficientemente imprecisa. Em segundo lugar, porque mesmo dentro dessa*

*vacuidade e imprecisão, abriria caminho àquilo que há bocado vimos que talvez não fosse conveniente, que era a possibilidade de o juiz se recusar a aplicar as leis que fossem imorais e injustas. Em terceiro lugar, porque na expressão "o direito", pura e simplesmente pelo carácter ideológico, cabem, evidentemente, as formulações próprias da consciência individual do juiz e os diversos conceitos de direito que o juiz possa ter.*

*E parece-nos arriscado abrir um caminho ou iniciar um caminho nesse sentido. Por isso, votámos contra.*

*(O orador não reviu)*

*O Sr.* ***Presidente****: – Sr. Deputado Barbosa de Melo.*

*O Sr.* ***Barbosa de Melo*** *(PPD): – Nós propusemos e, consequentemente, votámos esta proposta de aditamento com base no seguinte espírito: deixar aqui neste ponto uma abertura, uma válvula de segurança contra…*

*O Sr.* ***Presidente****: – Peço aos Srs. Deputados o favor de não se ausentarem, pois tenho uma comunicação a fazer, que lhes interessa, com certeza, antes de saírem.*

*Tenha a bondade.*

*O* ***Orador****: – Dizia eu: apresentámos esta proposta de aditamento para deixar aqui aberta uma válvula de segurança contra o positivismo legalista. É certo que à palavra "lei" já foi dado aqui um sentido bastante amplo, mas há princípios materiais de justiça que são inerentes à civilização jurídica e que, quer queiramos, quer não, os tribunais não poderão deixar de aplicar, sob pena de se negarem a si mesmos. E era para fazer um apelo aos juízes de que não basta a ideologia inscrita na lei, porque a lei também é uma expressão ideológica, que há outros valores numa comunidade aberta, numa comunidade plural ou pluralista, que há outros valores que o juiz tem de ter em conta*

*para proferir decisões de acordo com o sentimento jurídico dessa mesma comunidade, não de acordo com o seu sentimento pessoal.*

*Era isto.*

*(O orador não reviu)*

*O Sr.* ***Presidente****: – Alguma declaração de voto?*

*Pausa.*

*Tenha a bondade.*

*O Sr.* ***António de Almeida*** *(CDS): – Não me levantei para uma declaração de voto, até porque votei contra, mas simplesmente para, mais uma vez, não pela minha boca, que é a primeira, fazer ver a este Plenário que é necessário que não reservem para as declarações de voto coisas que devem ser ditas antes da lei votada. Não é porque eu mudasse de opinião, mas é porque bastantes de nós teriam mudado se essas declarações fossem feitas antes da votação.*

*Guardar para as declarações de voto algo que possa modificar as votações deste Plenário é fraudulentamente fazer uma votação seguinte.*

*É isso que eu queria dizer.*

*(O orador não reviu)*

*O Sr.* ***Presidente****: – Muito bem. Fica tudo como estava, a pedido do Sr. Deputado.*

*Mais alguma coisa?*

*Vamos ao artigo 4.º.* [17]*"*

### §57 (Explicitações relativas às declarações de voto)

A declaração de voto de *José Luís Nunes*, em nome do PS, deixa clara a justificação da recusa da proposta: o *Direito* recusado era o *Direito de contornos vagos e imprecisos*, de *vagueza* permeável, por exemplo,

[17] Diário da Assembleia Constituinte, n.º 96, de 17 de Dezembro de 1975, pp. 3114 e seguinte.

- à moral e

- à justiça, conducentes a que o juiz pudesse recusar a aplicação de leis aprovadas, e, ainda, permeável à

- à consciência individual de cada juiz.

Rejeitou-se, assim, que o tribunal aplicasse normas não positivadas no texto legal, ainda que aí vagamente aludidas. Aludidas, precisamente, na palavra vaga "Direito". De facto, em sede de preenchimento da própria expressão *vaga* e *imprecisa* que é a expressão *Direito*, caberia ao juiz caracterizar e delimitar esse Direito translegal solucionador do caso. Por outras palavras: estar-se-ia a delegar, no juiz, a determinação da juridicidade do critério resolvente do caso – o que forçosamente passaria pela ponderação, valoração dos interesses contrapostos no *caso* (seja olhados em abstracto, seja – o que ainda maior rejeição concitaria – olhados apenas no *horizonte do caso*). Rejeição esta fundamentada, ainda, no § seguinte.

Por seu lado, *Barbosa de Melo*, em nome do PPD, confirma estes contornos da controvérsia, confirma que o que está em causa é admitir-se ou não se admitir a *vagueza axiológica* dirigida ao juiz: ao falar em

- "válvula de segurança" do sistema,

- "princípios materiais de justiça que são inerentes à civilização jurídica",

- abertura a ideologias,

- "valores que o juiz tem que ter em conta para proferir decisões de acordo com o sentimento jurídico dessa mesma comunidade".

Em suma: para ambos, "lei" é a normatividade positiva, *posta*, captável pelos sentidos (visível, legível), diante do tribunal, *pronta a aplicar* (*bastando* ser conhecida segundo o método sistemicamente existente); e, também para ambos, o "Direito" surge como normatividade não positivada que resultaria da densificação do próprio conceito indeterminado "Direito", à luz de princípios e valores. "Lei" surge como o texto legal; o Direito como o indeterminado, o vago. Da *lei* e do *Direito* pode dizer-se: sabe-se o que é a *lei*; não se sabe o que é o *Direito*.

### §58 (Breve referência ao *judicialismo*)

Por outras palavras, "lei" é palavra *clara* que significa Direito positivado, Direito legal, Direito presente nos textos legais, ao passo que *Direito* (*tout court*) é, aqui, neste contexto, palavra *vaga* que cabe ao tribunal densificar. Assim, cabe ao juiz definir, *grosso modo*, o elenco das fontes, o método jurídico, a *quididade* do jurídico, os limites do jurídico. Enfim, que alude a *Direito translegal*, passível de receber, vindas do tribunal, *normas a positivar*, normas resolventes de conflitos de interesses, mercê da eleição do interesse prevalecente, normas apuradas por, designadamente, ponderação de interesses, de princípios, de valores (pois o jurídico é, precisamente, a eleição, ponderada, do interesse prevalecente). Insiste-se: esse *Direito* proposto e recusado não é o *Direito* coincidente com a lei, sob pena de inutilidade; é, sim, Direito diferente das normas legais. Por exemplo, uma norma que, na sua previsão, contemplasse alguma nota fáctica que afastasse qualquer das normas existentes (fossem estas gerais ou especiais, fossem estas comuns ou excepcionais). E esse *Direito além da lei* seria apurado, não cuidando, a Constituição, do *caminho* para chegar até ele – ou seja, viesse, ele, de outras fontes (como o costume), viesse ele da ponderação dos interesses, de princípios, de valores, quer presentes (explicitados ou não explicitados) na Constituição (ou em outra lei), quer aí ausentes, e quer a propósito do preenchimento de conceitos indeterminados contemplados na lei, quer independentemente destes.

Assinala-se que, entre estas várias possíveis *normatividades*, as declarações de voto (tal como, a montante, os projectos de Constituição, bem como todos os debates e votações havidos, ao longo das décadas que se seguiram) privilegiam o *Direito* como normas além da lei decorrentes da ponderação de *interesses/princípios/valores* presentes na lei (*maxime*, na própria Constituição): como se verá, raras são as referências a outras fontes do Direito (como seja o costume), ou ao Direito natural. Pelo que, salienta-se o que foi proposto e recusado (na Constituinte, e depois, em todos os processos de revisão constitucional, até hoje) foi, em especial, a normatividade que resultaria do preenchimento judicial dessas fórmulas axiologicamente vagas (bem ilustradas na intervenção de *Barbosa de Melo*, logo nesta ocasião) – preenchimento

esse que se traduz em *normas judiciais*, designáveis, numa palavra, por *judicialismo* ou *jurisprudencialismo*.

### §59 (Da moral e da justiça. Da recusa da Lição de *Castanheira Neves*. Da Alemanha nazi)

Na intervenção de *José Luís Nunes*, acabada de comentar, o deputado refere-se a outras intervenções parlamentares sobre o tema ("… àquilo que há bocado vimos…"). Mais especificamente, sobre a permissão ou a proibição de o tribunal sindicar a norma legal à luz da justiça e da moral. O que mostra que já antes da votação do art. 3.º da 6.ª Comissão, o problema da lei *vs* translegalidade havia sido debatido (a propósito do art. 202.º - o que é esclarecedor quanto ao significado das palavras também deste art. 202.º). Trata-se do também marcante e elucidativo trecho que se passa a apresentar [18]:

Dizia *José Luís Nunes*, em resposta a intervenções de deputado da UDP que havia defendido a justiça popular, contrapondo, esse deputado, à justiça legal, a por si preferida "vontade do povo erigida em lei" – p. 3100, do Diário da Assembleia Constituinte, n.º 96, de 17/12/1975:

> ***"O Orador*** *[José Luís Nunes]****: –*** *É preciso dizer-se com muita clareza que aquilo a que se chama impropriamente justiça popular é pura e simplesmente, ou tem sido, a sigla que tem sido utilizada em Portugal, e noutros sítios para acobertar a lei do linchamento, a barbárie, a lei de Lynch, o assassinato e o crime impune.*
>
> ***Vozes:*** *– Muito bem!*
>
> ***O Orador****: – E é curioso que a expressão "justiça popular" que alguns "revolucionários", cuja ignorância só serve perante a sua falta de vergonha e o seu despudor, …*

[18] *In Diário da Assembleia Constituinte*, n.º 96, de 17/12/1975, pp. 3103/3104.

***Vozes:*** *– Muito bem!*

***O Orador****: – … é também um princípio nazi, porque era assim que se chamava o tribunal de Prizeler, o tribunal do povo que, efectivamente, julgou muitos dos antifascitas e democratas alemães.*

***Vozes:*** *– Muito bem!*

*Aplausos.*

***O Orador****: – E é preciso dizer-se também que a expressão, ou tudo aquilo que o Sr. Deputado que me antecedeu no uso da palavra disse, e que não passa de um eco, de um pobre eco, de tantos e tantos disparates que enchem os nossos ouvidos a um tempo a esta parte, sobre problemas dos tribunais, é também concretamente a expressão clara daquilo que foi defendido pelos melhores e mais importantes juristas nazis.*

***O Sr. Pedro Roseta (PPD)****: – Os extremos tocam-se.*

***O Orador****: – Nas suas palavras vemos, por exemplo, aquele princípio que era defendido por todo o pensamento alemão, nomeadamente o pensamento do ordinalismo concreto, em que, efectivamente, a justiça se revelava na alma e no espírito do povo, e que competia ao jurista explicitar, em normas jurídicas, esses princípios que se subordinavam, ou que se determinavam, ou que se expressavam, na alma ou no espírito do povo.*

*Nós sabemos o que é que isso deu. Deu a destruição do conceito de cidadão como sujeito de Direito e deu a constituição de «camarada do povo alemão», terminologia que, certamente, não repugnará ao Sr. Deputado, e que poderia substituir-se por «camarada do povo português» e que significava, pura e simplesmente, a criação, ou a manutenção, ou a existência de cidadãos de direitos diferentes definidos pela sua ligação à raça, ao sentido e ao sangue.*

> *Era assim que falava pura e simplesmente o código do povo alemão que Hitler criou, o Volks Gestzbuch, como já tive ocasião de dizer, para contrapor, na sua viciosa terminologia, ao código civil alemão, que ele considerava talvez burguês.*
>
> *(...)*
>
> *Nós conhecemos certamente a doutrina moderna, nomeadamente na esteira do eminente professor Castanheira Neves, no que se refere à não obrigatoriedade ou à possibilidade de o juiz se recusar a aplicar uma lei que é imoral ou injusta. Estando de acordo, mas fundamentalmente de acordo com esta formulação, eu creio que, no entanto, seria arriscado caminharmos desde já nesse sentido e dar uma possibilidade a um tribunal de dizer que uma lei é imoral ou injusta maxime, quando se vive num estado democrático. Mas já será possível, e já entendo que é possível, que um juiz, ou que um tribunal se recuse a aplicar uma lei, por ela ser formal ou materialmente inconstitucional.**"**.*

Sobre esse trecho (aqui presentificado a propósito do art. 203.º), realça-se que o PS, por *José Luís Nunes*

**1.º** Apresenta os inconvenientes de se admitir que o juiz lide com categorias como *justiça* e *moral* (*mesmo que,* como bem sabia, presentes no texto da *Constituição em construção,* por exemplo, no art. 1.º e no art. 202.º). Ou seja, os inconvenientes de o juiz ser destinatário de uma normatividade não positivada, de uma normatividade *meramente potencial*.

**2.º** Recusa a Lição de *Castanheira Neves* enquanto Lição de *autonomização* do Direito ante a lei, à luz da qual o tribunal poderia sindicar a lei – Lição resumida por *José Luis Nunes* como admissibilidade de o tribunal sindicar a justiça e a moralidade de uma lei.

**3.º** Desmonta um frequente (ainda hoje) argumento contra o positivismo legalista. Passa-se à formulação deste argumento, seguindo-se os termos em que é ele desmontado por *José Luís Nunes*.

Argumento: o positivismo legalista é improcedente, pois caracterizou o Direito alemão no período nazi, contribuindo, ao coagir os alemães à obediência às leis, para o drama que foi a Alemanha nazi.

Apresentado este argumento de *diabolização do positivismo legalista* (ao associar o positivismo ao período nazi), salienta-se o comentário de *José Luís Nunes*, evidenciador de que a Alemanha nazi não é exemplo de *positivismo legalista*. Sem prejuízo da existência de leis reflexo da ideologia nacional-socialista. A Alemanha nazi é, sim, exemplo de Direito translegal, de Direito aberto, principialista, a ser densificado (mediante directrizes do regime político de então) pelos aplicadores. Trata-se, em 1975-1976, de afirmações ainda raras em 2015. Passa-se à indiciação da plausibilidade da justeza das afirmações de *José Luís Nunes*: na Alemanha nazi, os aplicadores do Direito, em especial, juristas e magistrados, haviam *aderido ao ideal nazi* (pelo menos, como preferível à Alemanha de Weimar, conotada com excessos do individualismo vertido em leis). Contrariando a tese de que haviam *obedecido (coagidos) à lei*. Merecendo a confiança do regime, esses juristas teriam a seu cargo (i) revalorar a realidade social à luz do *Führerprinzip*, do *sentimento são do povo*, à luz da normatividade aberta de então, por exemplo, à luz do *Direito natural étnico*[19]; e, ainda, (ii) refundar o ordenamento jurídico, mediante uma metodologia objectivista actualista, em que velhas leis ganhassem novos significados, à luz daquele Direito principialista. O que, de resto, se impunha: chegado ao poder em 1933, a nova Alemanha (logo em guerra, em 1939) não podia esperar anos, plausivelmente décadas, pelos estudos jurídicos viabilizadores de um novo edifício jurídico constitucional e legal, consonante com o nacional-socialismo, passando da inspiração individualista de Weimar ao ideário organicista e totalitário nazi. Tal adaptação haveria, sim, de ser feita com recurso a essa juridicidade principialista e à metodologia marcadamente ideológico-política. E não à lei.

Mas, *se assim aconteceu*, falta *ensaiar* uma explicação para a difusão, por décadas, da desacertada tese da *Alemanha nazi legalista*, e para o correspondente silen-

[19] Cf. Arthur Kauffmann, na sua *Filosofia do Direito*, p 45.

ciamento de uma *Alemanha nazi principialista, translegalista*. A explicação ensaiada é a seguinte: prestigiados juristas (juntamente com muitos outros alemães que, nos anos 30-40, haviam aderido ao ideário nazi) vêm, depois da guerra e da queda de Hitler (em eventual *cartase colectiva*) esquecer o seu passado de *adesão* à Alemanha nazi, mediante a tese de uma inelutável *obediência* a normas legais nazis. Apresentavam-se, assim, mais como *vítimas da lei* a que obedeciam, do que como *apoiantes do regime nazi* – ou seja, precisamente, vítimas de uma Alemanha nazi como *caso* de positivismo legalista.

Essa diabolização do positivismo legalista (assim sacrificado, como responsável pelo passado comprometedor de, designadamente, académicos e magistrados) teve efeitos, muito além do mero [eventual] silenciamento desses *passados*. Pois acabou por propiciar um argumentário retoricamente impressivo conducente ao afastamento do legalismo – ainda que democrático – em Leis Fundamentais (como a da Alemanha, de 1949, como seu art. 20.º/3), bem como conducente à desautorização das soluções legais, e, ainda, a uma metodologia avessa aos textos legais, avessa ao subjectivismo-historicista, avessa à exegese. Na Alemanha e fora da Alemanha. Sobre esse passado comprometedor de juristas alemães, e sobre receios de fórmulas abertas na raiz de um, sistema jurídico, remete-se para o Apêndice, em especial, os elucidativos trabalhos preparatórios da Constituição Italiana de 1946/47. Também no Apêndice serão aludidas reservas quanto à generalizada conotação da constituição de 1949 com o translegalismo (atenta a conjugação do disposto nos artigos 20.º/3 e 97.º).

Esse impressivo argumentário, se recebido no seio de uma Doutrina, propicia o reforço de translegalismos que abrem as portas de todo um sistema jurídico às convicções e preferências axiológico-normativas de cada juiz perante cada caso. Propiciando, enfim, de forma particularmente convincente, a entrada do relativismo no seio da magistratura. Relativismo esse que, no caso de Portugal, logo em 1975/76, bem como nas revisões constitucionais de 1982, 89 e 97, mereceu receios (por exemplo, pelo marcante *José Luís Nunes*) conducentes, precisamente, ao positivismo legalista consagrado no art. 203.º da Constituição.

Enfim, aqui se deixa estas *poucas linhas* sobre hipóteses referentes à Alemanha nazi e que não cabe aqui testar. Repete-se: o que se diz serve, apenas, de plausível contextualização para as afirmações de *José Luís Nunes,* nos anos 70 [20].

### §60 (Brevíssimas referências à polissemia de *justiça* – tendo presente as intervenções de José Luís Nunes)

Explicita-se, prevenindo equívocos, a propósito, de *justiça* (palavra presente na reproduzida intervenção de José Luís Nunes): ou consiste na *originariamente criadora definição do que é de cada um*, sendo, pois, tarefa, hoje, do legislador; ou consiste na explicitação, por aplicação da norma, a cada caso, do que é de cada um – tarefa do jurista aplicador.

*José Luís Nunes* recusa ao juiz a definição daquela *justiça de legislador*, já que a outra acepção é o âmago da função jurisdicional: o *administrar a justiça*. Função que, assim caracterizada, não merece reparo a *José Luís Nunes*.

---

[20] Sobre este tema, manifestamente merecedor de estudo, cabe dizer o que segue: o tema (i) ilustra os termos em que a História do Direito (ou a falta de estudo desapaixonado da História) pode ser condicionante de opções jus-constitucionais (como a do disposto no art. 20.º/3 da Constituição da Alemanha), e pode ser fonte de *ondas jus-metodológicas* em latitudes distantes da Alemanha; (ii) em Portugal, o tema foi *desassombradamente* tratado por *José Lamego*, na Conferência proferida pelo Professor, em 18 de Junho de 2015, na Faculdade de Direito de Lisboa, com o título "O que é a metodologia jurídica?". Trata-se de conferência em que *José Lamego* traz, *para a mesa* do debate científico, pelo menos, 2 temas juscientificamente fundantes:

1.º O confronto entre, por um lado, a democracia, a separação de poderes e os seus corolários metodológicos (*tudo* com assentamento constitucional), e, por outro lado, a translegalidade de génese judicial/ doutrinária.

2.º Precisamente, o tema do Direito na Alemanha nazi, com a desmontagem do retoricamente eficaz referido argumento de diabolização do positivismo legalista.

Termina-se: naturalmente, o que se acaba de dizer (incluindo a forma do discurso usado), em jeito de esboço de uma recensão da referida Conferência, em nenhuma medida é imputável ao Senhor Professor *José Lamego*.

Sobre o tema, tenha-se presente a conferência (designadamente as elucidativas palavras no período de *perguntas e respostas*), de Dezembro de 2016, do Professor *Michael Stolleis*, em

https://www.college-de-france.fr/site/alain-supiot/guestlecturer-2016-2017.htm

Sobre o acesso tido a esta conferência, cabe o devido agradecimento académico ao Senhor Professor *Teixeira de Sousa*, ao ter partilhado com os docentes da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, a notícia da conferência, bem como o respectivo *link*.

Acrescenta-se, tendo presente o positivismo legalista democrático que veio a ser consagrado em 1976: invocar, hoje, a justiça, como *atribuição originária* a cada um do que é seu, para sindicar a lei (o que – repete-se – era preocupação de *José Luís Nunes*) seria convocação de critérios não radicados na comunidade para sindicar critérios (democraticamente) radicados na comunidade (então, acabada de sair de período revolucionário, precisamente, para instauração da democracia). Ter-se-ia, aí, a fórmula justiça ao serviço… do arbítrio. Por outras palavras: muitos catálogos de *atribuição a cada um do que é seu* pode haver. Tantos quantas as pessoas. Mas, cada comunidade elege o decisivo. O de hoje é pela *atribuição*, tendencialmente geral e abstracta, feita pelo legislador (naturalmente, na salvaguarda da validade intralegal de cada norma legal).

Em suma, e regressando a *José Luís Nunes*: cabe ao legislador definir originariamente o que é de cada um, *trabalhando, assim, com* a justiça enquanto *definição originária* do que é de cada um; cabe ao tribunal *trabalhar* com a justiça enquanto *resultado da [mera] aplicação da lei*. Esta diz, em termos gerais e abstractos, *o que é de cada um*; cabendo à sentença *explicitá-la* perante o caso concreto.

Trata-se, de resto, de mais um exemplo da dificuldade do diálogo jurídico – tal a profusão de expressões polissémicas. A justificar estas linhas de prevenção de equívocos.

## §61 (Retomando o que ficou dito sobre *sujeito a*)

De resto, e retomando o sentido primeiro, agora reforçado por estes trabalhos preparatórios: se "lei" incluísse as *tais* categorias jurídicas *abertas* como a *Justiça*, o *Direito*, concitadoras da definição e delimitação do jurídico em cada caso, pelo juiz (pois é da função jurisdicional que aqui se trata), concitadoras de novas normas (além das legais, e que, aliás, poderiam servir para sindicar as legais), ou seja e nesta medida, concitadoras da *ponderação principialista judicial* de *valores*, concitadoras de *ideologias* do juiz [alegadamente radicadas na comunidade, ainda que não consubstanciadas na democrática lei], então seria contraditório estabelecer que os tribu-

nais apenas estão *sujeitos* às normas legais. Pois aquelas fórmulas trariam o indeterminado, a valoração, a ponderação principialista. Seria uma *sujeição* marcada… pela *liberdade de ponderação, de escolha*. Ou seja: uma *sujeição* marcada por*… não ser sujeição*. Que, como adiante se evidenciará, é a mesma liberdade que marca a legiferação (liberdade que justifica que não se fale em *sujeição* do legislador à Constituição). Pelo que, negando a separação dos poderes, o juiz passaria a legislador *para cada um de todos os casos.*

Ilustra-se: se *toda a lei portuguesa* fosse 1 norma consistente na norma que mandasse o tribunal *decidir juridicamente* (*ou decidir com justiça,* ou se fosse várias normas semelhantes: *v.g.*: *uma* falando de Direito, *outra* de justiça, *outra* falando de igualdade, *outra* em valores da comunidade, *outra* em boa fé) seria, tal lei, abrangida na exclusão, pelo disposto no art. 203.º, de *Direito além da lei*. Ou seja: não basta a positivação de Direito não positivo (um *Direito positivo inclusivo*), ou seja, de *uma qualquer* [*mera*] directriz de decisão. Necessária é a *positivação* de normas aplicáveis a *casos*.

O legislador tem, sim, a liberdade de tudo decidir, *desde que* não infrinja a Constituição, atento o disposto no art. 3.º/3: se infringe normas, cai em inconstitucionalidade; se desconsidera princípios-vector, cai sob o eventual juízo negativo do eleitorado, em sede de acto eleitoral (a chamada responsabilidade política. Pois outra não há. Pressuporia esta, que o Tribunal Constitucional pudesse ponderar princípios-vector. O que não acontece. Tema a retomar, nos §§ 102 e ss).

Finalmente: é certo que se poderia invocar *como que* uma *ciência do justo e do injusto*, pela qual o juiz estaria ainda *sujeito-a*. Ainda que tal ciência existisse (pelo que a decisão político-legislativa não seria campo da opção, mas, sim, de mero conhecimento), sempre seria de assinalar que tal ciência estaria reservada ao legislador. Sob pena de inutilidade deste. Pois se cada um de todos os casos pudesse ser resolvido por *essa ciência do juiz*, cada norma geral e abstracta seria correspondentemente esvaziada, pois cada um de todos os casos a que pretenderia aplicar-se ficaria sob a alçada do tribunal. Em suma: haja ou não ciência do justo, certo é que o juízo da comunidade, aquando da Constituinte, acerca da confiança merecida pelo tri-

bunal para que seja este a delimitar a normatividade a aplicar, por si próprio, na resolução do caso, é, tal juízo, contrário a tal prerrogativa judicial.

### §62 (Ainda sobre o carácter conclusivo destes trabalhos preparatórios. Com retoma do *universo normativo* recusado com a recusa do *"Direito" além da lei*)

A terminar, duas notas sobre a relevância destes trabalhos preparatórios:

**1.º** Após a votação do art. 3.º, um deputado do CDS, perante as declarações de voto (acima comentadas) de *Barbosa de Melo* e *José Luís Nunes*, invectiva os seus Colegas constituintes a que exponham os seus argumentos antes de cada votação. Pois imaginava que outros teriam mudado o sentido do seu voto perante a declaração daqueles 2 constituintes. Recorde-se, a propósito, que o CDS votou a favor do acrescento *Direito*, ainda que aquele deputado tivesse votado contra. Acrescenta que não teria mudado a sua opinião, ou seja, não teria votado a favor.

Comenta-se: é irrelevante o que teria acontecido. *Até* poderia ter havido mais votos… contra a inclusão de "Direito" (atendendo a que esse deputado teria votado contra e pertencia a um partido que votara a favor – quiçá a sua intervenção revelava que outros do seu partido *lhe teriam feito companhia*, se tivessem ouvido as declarações). É irrelevante. Relevante é o que é decidido, e não o que conjecturalmente teria sido decidido.

E sublinha-se: ainda que não tivesse havido qualquer discussão (fosse na Comissão, fosse no Plenário), qualquer exposição de argumentos contra ou a favor, é elucidativo (*inclusive* para um não jurista) o que está em causa: os tribunais resolvem os casos apenas pela *lei* ou por *critérios jurídicos além da lei*? E a opção foi pela *lei*. Excluindo o Direito translegal; excluindo o que, logo pelo seu *sentido primeiro*, é excluído.

Assinala-se que o sentido de "lei" já havia sido clarificado, antes das 2 votações acima relatadas: tratava-se de *qualquer… lei*, inclusive a lei fundamental que é a Constituição, atenta a intervenção do deputado Manuel Vieira. Mas, sempre de "lei".

De resto, o acrescento "e ao direito" surge como *proposta de aditamento* (depois de, por unanimidade, se aprovar "apenas estão sujeitos à lei"), pela voz de Barbosa de Melo: visava-se acrescentar o que [patentemente] está fora do sentido normal de *lei*: normas não criadas por leis. Sendo, sim, criadas por factos, por formas que necessariamente seriam reconhecidas/ estabelecidas pelos tribunais, sendo, este, por decisão constitucional o porteiro da juridicidade.

Insiste-se: na recusa do "Direito" ia a recusa de todas as variadíssimas normatividades alternativas às normas *positivadas* nos textos legais, normas demonstradamente vindas do legislador (pois é este que faz a lei). "Variadíssimas" por, nomeadamente, virem de outras fontes-facto-criador-de-Direito (por exemplo, o costume), ou por constarem de catálogos pré-existentes (por exemplo, um catálogo moral), ou por radicarem na natureza do Homem (com o Direito natural), ou por virem de interpretações criativas ainda que inspiradas em textos legais (fosse uma interpretação extensiva objectivista-actualista, ou um preenchimento principialista de um conceito indeterminado normativo, ou a resolução principialista de um conflito de normas ou de princípios consignados em texto legal), por serem construídas aquando da própria sentença, à luz do caso, encarando a lei como apenas um dos dados da juridicidade comunitária (a que se acrescentaria critérios equitativos; ou critérios de justiça geral e abstracta, ainda que esgotada no caso – ou seja, o acima designado *jurisprudencialismo*).

Sobre esta última normatividade, acrescenta-se: tudo quanto se relata de ocorrido na Constituinte, acerca dos critérios de actuação do tribunal, refere-se à resolução de casos concretos (atenta a função jurisdicional hoje caracterizada no art. 202.º): o que se discutia não era critérios para fixar normas vinculativas para toda a comunidade, não era critérios de fonte judicial com *eficácia externa*, com *força obrigatória geral* [critérios esses a que a palavra *Direito* concita]. Fossem, esses critérios, de formulação geral e abstracta, à maneira de uma lei, fossem de formulação individual e concreta ampliável a outros *casos*, à maneira da *ratio decidendi* inglesa. O que se discutia era, sim, os critérios de decisão de cada *caso* (o que não significa, naturalmente, equitativos).

Assim, não se diga que os tribunais podem ponderar princípios e que, ainda assim, não invadem as competências legiferantes, atendendo a que o fazem no caso concreto. Não se diga tal, precisamente, por a Constituição vedar tal ponderação, no campo do jurisdicional, no campo do *caso concreto*.

Por outras palavras: não se recusou [apenas] que os tribunais criassem normas jurídicas com força obrigatória geral. Recusou-se, sim, que os tribunais criassem normas jurídicas que [*mesmo que* reflectindo preocupações de justiça geral e abstracta, ainda que sem força obrigatória geral] seriam aplicadas ao *caso*. Ao tema se voltará.

**2.º** Dir-se-á que os trabalhos parlamentares não revelam a vontade real de cada deputado.

Responda-se: revelam-na, sim – pois as suas vontades estão exteriorizadas no acto da votação. E trabalhos preparatórios reunidos incluem, além de discussões, votações. Votar é, de resto, o acto de manifestação de vontade *por excelência*. A fundamentação do voto é apenas mais uma (eventual) forma de manifestação de vontades (e, aliás, não admissível, por exemplo, em boletim de voto *cf.*, por exemplo, art. 98.º/2, c) da Lei 14/79, de 16 de Maio, lei eleitoral da Assembleia da República).

E essa vontade foi a de recusar Direito além das normas que estivessem positivadas nos textos legais (ou seja, além das normas *claras*, tendo presente a terminologia usada por *José Luís Nunes*).

### §63 (Final da votação do articulado sobre tribunais, e declaração de voto do deputado constituinte *Jorge Miranda*)

Terminada a discussão e votação de cada artigo proposto pela 6.ª Comissão, houve lugar a declarações de voto. Como a de *Jorge Miranda*. Que, também por seu lado, confirma o sentido primeiro de *lei*: que lei não se confunde com *Direito*, que *lei* é *Direito legal*. O que justifica que *Jorge Miranda* qualifique como *positivista* o Direito português: *positivista* pois era Direito *posto, palpável*, consubstanciado no

texto (*sensivelmente captável e logicamente apurado*) da lei (atenta a recusa de Direito *tout court*. E atenta a distância entre o texto aprovado e o texto do projecto de Constituição apresentado pelo PPD).

Recorde-se o trecho sobre a matéria:

> *"Ao concluir-se a votação do articulado sobre tribunais, sinto ser meu dever manifestar, simultaneamente, o meu regozijo por alguns dos progressos que ele introduz na ordem jurídica portuguesa e as minhas reservas perante algumas das disposições que vieram a ser aprovadas pelo plenário, por vezes afastando-se do texto vindo da 6.ª Comissão.*
>
> *Como afirmei numa das intervenções que fiz, poucas matérias serão mais relevantes do que estas para a realização do verdadeiro Estado de Direito – em sentido formal e material – que advogamos. (...)*
>
> *Em contrapartida, há algumas deficiências, algumas bastante graves, que não posso calar. Referirei, entre outras: a recusa – fruto de um positivismo ultrapassado – de tomar o direito e a justiça, e não apenas a lei, como limite e critério de actuação dos tribunais (artigo 3.º)"* [21].

### §64 (A terminar)

Como se evidenciará, dos trabalhos da Constituinte resultaram outras disposições legais que tratam do tema. Sem prejuízo de ser o disposto no art. 203.º que, com carácter de norma especial, dirigida aos tribunais, pontifica no tratamento da matéria.

Todas elas irão confirmar, ao longo destas páginas, o significado de *lei* como Direito *positivado no texto legal*.

---

[21] *Diário da Assembleia Constituinte* n.º 100, de 07.01.76, p. 3266.

**§65 (Conclui-se)**

Os trabalhos preparatórios do art. 203.º confirmam que os tribunais apenas estão sujeitos a normas presentes, positivadas no texto legal (normas que não envolvam opções, considerações *axiologicamente conotadas* por parte do tribunal).

Em páginas seguintes, trata-se do tema em todas as revisões constitucionais em que foi, ele, versado: de 1982, de 1989 e de 1997. As transcrições que serão feitas facilitarão o *diálogo* entre o texto e esses trabalhos parlamentares; quer quanto à *sujeição à lei* do art. 203.º, quer quanto ao restante texto constitucional. Por exemplo, à luz do disposto no art. 2.º da Constituição, ao consagrar, em 1982, o *Estado de direito democrático*.

**§66 (Uma explicitação em jeito de devida reposição histórica: *José Luís Nunes*, deputado à Assembleia Constituinte, como primacial obreiro da Constituição de 1976, bem como o decisivo obreiro dos regimes que são o *ADN* do Direito Português actual)**

Antes de continuar, justifica-se umas linhas de reposição histórica acerca do papel de um constituinte de 1976.

A Constituição portuguesa de 1976 é obra da comunidade, obra dos representantes da comunidade que é Portugal, democraticamente eleitos, no seguimento de uma Revolução que pretendia a democracia do *one man, one vote*. Mas, como vulgarmente acontece numa obra colectiva, deixam, alguns, mais marcado o seu contributo – seja pelo saber, pelo bom senso, pelo brilho, pela retórica, pelo empenho, ou seja pelo trabalho.

O atrás citado *José Luís Nunes* (*1941-2003*) está entre os que mais *referências* têm no Diário da Assembleia Constituinte: logo a seguir a *Vital Moreira* e imediatamente antes de *Barbosa de Melo* que, por sua vez, surge imediatamente antes de *Jorge Miranda*. *Vital Moreira* com mais de 1.000 chamadas; *José Luís Nunes* com mais de 900; os terceiro (*Barbosa de Melo*) e quarto (*Jorge Miranda*) nas cerca de 500 menções. Tal como se conta entre os que mais influenciou temas nobres da Consti-

tuição (princípios gerais, direitos fundamentais e organização do poder político) – surgindo, aí, estatisticamente, a seguir a *Vital Moreira*. Basta olhar as estatísticas por temas.

Mas *José Luís Nunes* tem uma particularidade: era o *homem do PS* para a feitura da Constituição (ainda que não fosse o líder parlamentar – era-o Lopes Cardoso); e o PS era o partido com mais deputados na Constituinte. Assim, natural foi que a Constituição viesse a reflectir muito do pensamento vertido em muitas das suas intervenções.

Destaca-se, aqui, nomeadamente, as suas intervenções acerca dos artigos 202.º e 203.º. Elas moldaram, como nenhuma outra, o Direito português desde então. No sentido do positivismo-legalista e da exegese. Intervenções com assinalável marca técnico-jurídica, conhecimentos históricos e de filosofia social e política, tudo enriquecido pela sua vivência profissional de advogado. Sobre essas intervenções, arrisca-se: tratava-se de homem de entusiástica luta pela democracia e pela nova sociedade, a que, *conhecedor dos homens*, aliava o lúcido temor de, nas sociedades abertas, livres, naturalmente relativistas, democráticas, se resvalar para o *arbítrio*, nomeadamente dos titulares do poder, *maxime*, os tribunais. "Temor" consubstanciado na recusa de fórmulas axiologicamente vagas a nortear a actividade dos tribunais. Ainda que tais fórmulas merecessem, *de iure constituendo*, aplauso unânime (inclusive o seu – recorde-se, por exemplo, a alusão elogiosa, nesses termos, à Lição de *Castanheira Neves*), *José Luís Nunes* empenhou-se, em termos decisivos, na proscrição de tais fórmulas, pela Constituinte – como quem acata o prosaica e cauteloso *o óptimo é inimigo do bom*. A lembrar o fundamento apresentado por *Antunes Varela* para a consagração da solução da proibição de aplicação por analogia das normas excepcionais (atento o disposto no art. 11.º do CCiv): ser, ela, a "menos inconveniente de todas as soluções possíveis." (*Discurso* publicado no BMJ n.º 161 (1966), p. 30).

É certo que, aparentemente, a sua marca no Direito português foi *apagada* por um edifício doutrinal, jurisprudencial e, frequentemente, *legal infra-constitucional*, antípode. Diz-se "aparentemente", pois a Hipótese que se tem vindo a expor não é mais que a explicitação de que o edifício jurídico cunhado por *Jose Luís Nunes* man-

tém-se inalterado. De resto, tem vindo a ser sucessivamente reiterado, pelos representantes da comunidade.

Este Direito que foi ali cunhado, e ao longo das décadas reafirmado, é, afinal, *o Direito*. E, se a Hipótese não for improcedente, resta, então, constatar que o *edifício antípode* reflecte um Direito-dos-juízes, por sua vez reflexo da Academia, decisiva na formação dos juízes. Cabendo, aqui, destacar a Lição dos dois incontornáveis Mestres *Castanheira Neves* e *Jorge Miranda* que, mercê de vários factores (já atrás aflorados, nos primeiros parágrafos deste texto), marcaram e marcam a Doutrina portuguesa.

A presente Hipótese reaviva aquele *edifício*, originária e reiteradamente (ao longo das revisões das últimas décadas) positivista legalista (com os correspondentes corolários metodonómicos) [22].

Assinala-se que, nesta matéria que infundiu e infunde todo o Direito português, *José Luís Nunes* logrou o *feito* que foi a aceitação, pela Assembleia Constituinte, da solução por si defendida. Contra o PPD, contra o CDS, perante intervenção menor do PC, e, inclusive, sem apoio no lacónico projecto do seu próprio Partido. O que indicia que o sentido de voto reflectiu ponderação da Assembleia do quanto ia sendo dito, por *José Luís Nunes* sobre o tema, em várias ocasiões.

### §67 (Justificação do parágrafo anterior)

O presente texto não é de História do Direito. *Menos* é das *petites histoires* da feitura de uma lei, neste caso, a Constituição. Mas, estranho seria ter-se deparado com a primacial obra do constituinte *José Luís Nunes*, um esquecido da História, e não assinalar o facto – ao menos para que se possa contextualizar as suas interven-

[22] Edifício que, como resultará das linhas do curto Apêndice, se aventa ser não só a resposta *de iure constituto*, para os *limites do jurídico* no Direito português, como, ainda, a sua resposta *de iure constituendo*. Pois, o *relativismo*, já marcante nos anos 70, reconhecido por *José Luís Nunes* e concitador dos seus receios, ter-se-á, desde então, agudizado. O que justifica que, no Apêndice - aqui aflorado a propósito da evocação de *José Luís Nunes* -, se considere *de iure constituindo* o positivismo, em sociedades pluralistas/ relativistas, como um *mal necessário*.

ções nesta matéria com as demais intervenções suas nos trabalhos da Assembleia Constituinte.

### §68 (Do positivismo legalista confirmado em sede da *legalidade democrática* densificadora de *Estado de direito democrático* – conforme o disposto no art. 3.º/4 antecessor do actual art. 3.º/2)

Paralelamente, o binómio positivismo legalista *vs*. translegalismo foi tratado a propósito do art. 3.º/4, antecessor do actual art. 3.º/2. Aí se discutiu, decidiu e densificou conceitos como "Estado democrático" (em 1976), mediante a "legalidade democrática". Insiste-se: trata-se de trabalhos referentes a disposições que não o art. 203.º, mas que evidenciam o mesmo positivismo legalista [democrático] ali especialmente consagrado.

A essas disposições se passa.

### §69 (Dos trabalhos *paralelos* referentes ao actual art. 3.º/2 da CRP, sucessor do art. 3.º/4 na versão de 1976)

> *[…]*
>
> *O Sr.* ***Pedro Roseta*** *(PPD): - É para apresentar uma proposta, em nome do Grupo Parlamentar do Partido Popular Democrático.*
>
> *Vou mandar a proposta para a Mesa e passarei a justificá-la.*
>
> *Sr. Presidente, Srs. Deputados: Uma justificação muito sucinta. Pretendemos a qualificação expressa da República como Estado de Direito. As razões são várias. Já foram expostas por nós na declaração de voto dos Deputados representantes do Partido Popular Democrático na Comissão. Em primeiro lugar entendemos que o Estado de Direito é uma reivindicação constante dos que lutam contra todas as ditaduras. Foi também uma reivindicação*

*muito importante para aqueles que lutaram contra a ditadura opressiva que caiu no 25 de Abril. Em segundo lugar entendemos, e talvez seja a razão principal, que a formulação do que consta no projecto de Constituição é incompleta e não caracteriza o Estado de Direito. O conceito de Estado de Direito é caracterizado, a nosso ver, por cinco componentes que têm de se verificar simultaneamente. Ora, da redacção proposta pela Comissão resulta claramente que só estão contemplados dois desses elementos, importantes sem dúvida: o princípio de capacidade e a subordinação de todos os órgãos de Soberania à Constituição. Mas não estão os outros que a consciência dos povos hoje quer ver consagrados como garantia contra o arbítrio do poder. Em primeiro lugar, a expressão «Estado de Direito» faz-nos entender o direito como um conjunto de valores permanentes, um corpo evidentemente restrito, mas um corpo de valores permanentes recolhidos na evolução cultural da humanidade. Estes valores permanentes devem fazer sempre face a qualquer arbítrio do poder e são aqueles que, no caso de serem violados, correspondem ao despotismo e implicam a opressão da pessoa humana. Em segundo lugar, o princípio da separação dos poderes e a independência dos órgãos de Soberania. Este princípio, aliás este complemento do Estado de Direito, visa evitar que algum órgão do Estado se venha a arrogar, pela concentração de poderes, um poder absoluto e incontrolado. Finalmente, o princípio importantíssimo de que os conflitos entre governantes e governados só podem ser decididos com justiça com a intervenção de um órgão jurisdicional independente e imparcial. É evidente que no programa do Partido Popular Democrático, e, aliás, no programa de outros partidos, nomeadamente no programa do Partido Socialista,*

*está consagrada a aspiração de que o Estado Português seja um Estado de Direito. Nada melhor, portanto, por todas estas razões, do que colocar uma afirmação clara nesta sede dos princípios fundamentais.*

*Tenho dito.*

*(O orador não reviu.)*

*O Sr.* ***Presidente*** *[Henrique de Barros]: - Tem a palavra o Sr. Deputado.*

*O Sr.* ***António Reis*** *(PS): - Muito rapidamente para justificar a nossa posição em relação a este n.º 4 do artigo 3.º. Nós preferimos aqui a expressão «legalidade democrática» e não a expressão «Estado de Direito» que efectivamente está consagrada na nossa declaração de princípios, precisamente em função do tal fenómeno de anexão terminológica e ideológica a que temos vindo a assistir nesta Assembleia e para marcarmos posições e classificarmos conteúdos da expressão. No entender do Partido Socialista, o Estado de Direito, a realidade que lhe está subjacente - Estado que faz o corte com qualquer arbitrariedade totalitária - só pode efectivamente ter a sua plena realização no contexto de uma sociedade socialista. E de uma sociedade socialista tal como nós a concebemos e não certamente como o PPD a percebe. Precisamente por isso, achamos conveniente substituir a expressão «Estado de Direito», porque esta é uma expressão que tem vindo, tal como a expressão de há pouco «pluralismo», a ser consagrada no vocabulário da Revolução portuguesa. E consideramos que a expressão «legalidade democrática» pode evitar a utilização, ou melhor, a interpretação burguesa do Estado de Direito e a utilização do Estado de Direito para fins que não seriam certamente os fins das classes trabalhadoras.*

*A expressão «legalidade democrática» permite, por isso, fazer a inserção desse Estado de*

*Direito na realidade política, económica e social da Revolução portuguesa; permite, por isso, dar-lhe o conteúdo que é aquele que figura, de facto, na declaração de princípios do PS.*

*Tenho dito.* [23]

*[...]*

*O Sr.* ***Jorge Miranda*** *(PPD): - Sr. Presidente, Srs. Deputados: Eu queria começar por dizer que a expressão «Estado de Direito» é uma expressão criada no século XIX, após a Revolução Francesa, quando se sentiu a necessidade e também a possibilidade de defesa dos direitos, liberdades e garantias fundamentais dos indivíduos, das pessoas, contra os arbítrios do poder, sejam quais forem os regimes económicos, sociais e políticos.*

*Esta expressão «Estado de Direito» pode, porventura, ser tomada, e tem-no sido efectivamente, em dois sentidos: no sentido formal e no sentido material. Podemos tomar «Estado de Direito», concerteza, todos sabem, no sentido de mero respeito por uma legalidade, seja ela qual for, mas devo dizer desde já que quando o PPD preconiza que nesta Constituição se faça referência a «Estado de Direito» não é, evidentemente, no sentido de uma consagração dessa observância formal da lei, seja ela qual for. Não há Estado de Direito quando se obedece a leis fascistas. Não há Estado de Direito quando se obedece a leis estalinistas, pelo contrário, o Estado de Direito, tal como o entendemos, é Estado de Direito em sentido material, é Estado de Direito quando exige um conteúdo determinado que deve existir nas leis de um país, e, em primeiro lugar, na Constituição de um país. Esse conteúdo é aferido por certos valores, pelos valores de justiça, de progresso, de*

---

[23] *In Diário da Assembleia Constituinte, n.º 28, de 8 de Agosto de 1975, pp. 719.*

*transformação, e nós entendemos que entre esses valores de justiça, precisamente, se contam os valores de justiça social e entendemos assim que o verdadeiro Estado de Direito é um Estado tendente à criação de uma sociedade em que exista efectivamente justiça social. E para o nosso partido essa sociedade é uma sociedade socialista. Todavia, o facto de porventura ainda não existir essa sociedade socialista não vai tirar o valor à afirmação do Estado de Direito, porque desde logo, na afirmação do Estado de Direito, vai a crença na pessoa humana, vai a crença na superioridade da pessoa humana relativamente aos detentores do poder; vai também a crença em que essa pessoa humana é um valor insubstituível, que não pode ser instrumentalizada por qualquer Estado, por qualquer polícia, por qualquer arbítrio.*

*[…]*

*Já foi dito, pelos membros da Comissão dos Princípios Fundamentais que aí representarem o Partido Popular Democrático, que nós entendemos que o conceito «Estado de Direito» se pode induzir de outro preceito da Constituição, nomeadamente da formulação dada ao n.º 4 do artigo 3.º No entanto, a explicitação da afirmação de que Portugal é um Estado de Direito tem ainda um valor muito importante, um significado muito importante, porque permitirá, para além dessa indução, que todos nós, ao interpretarmos a Constituição, vamos interpretá-la – eventualmente integrar as suas lacunas – de harmonia com esses valores de justiça, de respeito pela pessoa humana, crença num progresso feito não contra os direito da pessoa humana, mas com observância desses direitos, dessas liberdades.*

*E eu permitia-me ainda dizer que, embora o Partido Socialista agora tenha recuado relativamente ao seu programa, eu permitia-me dizer que a prática do Partido Socialista,*

*efectivamente, tem sido da defesa do Estado de Direito e seja-me permitido ainda apelar para essa prática no sentido de o Partido Socialista concordar com que a Constituição, a nossa futura Constituição, consagre o conceito do Estado de Direito.*

*(O orador não reviu.)*

*Aplausos.*

*O Sr.* ***Vital Moreira****: – Quero fazer um pedido de esclarecimento ao Sr. Deputado que acabou de falar. Em quantas Constituições europeias é que está consagrado o conceito de Estado de Direito?*

*O Sr.* ***Jorge Miranda (PPD)****: – Relativamente à questão que me é posta pelo Sr. Deputado perguntador (risos), eu deveria dizer que não estou aqui a fazer um catálogo de constituições. Por acaso há constituições que dizem expressamente que os respectivos Estados são Estados de Direito. Mas eu não procuro catalogar as Constituições. Lembrar-me-ia apenas, neste momento, da Constituição da República Federal da Alemanha…*

*O Sr.* ***Vital Moreira****: – É a única!*

*[…]*

*O Sr.* ***Vital Moreira****: – Sr. Presidente, Srs. Deputados: Depois da intervenção do Deputado Jorge Miranda, do PPD, creio que está reforçado o receio aqui manifestado pelo Deputado António Reis, do PS, pela interpretação dada à expressão «Estado de Direito». Na realidade, não se pretende apenas introduzir na Constituição um conceito que descritivamente abrange determinados elementos, como o princípio da legalidade, o princípio da constitucionalidade e o princípio da jurisdicionalidade, pretende-se introduzir também toda uma outra série de elementos, toda uma ideologia, e ela resultou clara, da intervenção do Sr. Deputado Jorge Miranda. E essa ideologia é a ideologia da abstractivação, da absolutivação, da*

*hipostasiação do direito, como algo que contenha em si, incondicionado, eterno e absoluto, um conjunto de valores que ele indicou. Para nós o direito não é isso, para nós, tal como há leis fascistas e leis antifascistas, há um direito fascista e um direito antifascista. Para nós, o direito, tal como as leis, tem um conteúdo de classe e corríamos o risco, isso sim, de introduzir, através desta expressão, uma concepção de direito que nenhum marxista pode, efectivamente, aceitar. Não é certo que o conceito «Estado de Direito» tenha surgido após a Revolução Francesa e na França. O conceito «Estado de Direito» é um conceito alemão; é um conceito – direi mesmo – prussiano; é um conceito em que, além dos elementos que aqui foram indicados e com os quais concordamos e queremos pôr na Constituição (nomeadamente os princípios da legalidade e da constitucionalidade), além de tais elementos, há outro – os da hipostasiação de uma realidade, que, para nós, é tão social como a lei.*

*Pausa*

*E gostaria de perguntar se aqueles que defendem com tanto empenho a introdução na Constituição do conceito «Estado de Direito» são também aqueles que, apesar de tudo …*

*[…]*

*O* ***Orador [Vital Moreira]****: – ... são também aqueles que, apesar de tudo, não se bastam com a indicação daqueles elementos que dizem querer introduzir na Constituição com o conceito «Estado de Direito».*

*Se esses elementos são os que dizem – o princípio da legalidade, o princípio da constitucionalidade –, então ponhamos esses princípios na Constituição, e deixemos o conceito «Estado de Direito» para os teóricos de direito constitucional e para os ideólogos, referentes à ideologia, que queiram adoptar quanto ao princípio.*

*[…]*

*Proposta*

*Em nome do Grupo Parlamentar do Partido Popular Democrático, proponho que o n.º 4 do artigo 3.º passe a ter a seguinte redacção:*

*4. A República é um Estado de Direito organizado segundo o princípio da separação e interdependência dos órgãos de soberania e com directa subordinação de todos eles à Constituição. Os tribunais e a administração pública devem obediência à lei.*

*7 de Agosto de 1975. – O Deputado do PPD, Pedro Roseta.*

*O Sr.* ***Presidente****: – Esta é a proposta de substituição do n.º 4, que vai ser posta à votação.*

*Submetida à votação, foi rejeitada, com 79 votos a favor e 117 votos contra.* [24]

*[...]*

*O Sr.* ***Presidente****: – Então, se bem me recordo, tínhamos concluído a apreciação do n.º 4 do artigo 3.º Tratava-se de proceder à respectiva votação quando a sessão foi interrompida a pedido do Sr. Deputado Vital Moreira que disse que o seu grupo desejaria reunir para tomar decisões sobre declarações de voto ou qualquer questão neste género.*

*Vamos proceder à leitura deste n.º 4 para voltarmos a ter presente o respectivo texto.*

*Foi lido. É o seguinte:*

*4. O Estado está submetido à Constituição e funda-se na legalidade democrática.*

*A formação, composição, competência e actividade dos Órgãos de Soberania são as definidas na Constituição.*

---

[24] *In Diário da Assembleia Constituinte, n.º 28, de 8 de Agosto de 1975, pp. 720/721/722.*

*O Sr.* ***Presidente****: – Portanto, vai ser posto à votação o n.º 4 do texto proposto pela primeira Comissão.*

*O Sr. Vital Moreira deseja usar da palavra?*

*Pausa.*

*Gostava de saber sobre que é que deseja usar da palavra.*

*O Sr.* ***Vital Moreira*** *(PCP): – É apenas para suspender a votação durante um minuto ou dois, porque os meus camaradas do Partido estão a chegar.*

*O Sr.* ***Presidente****: – Aguardaremos então um minuto ou dois.*

*O Sr.* ***Secretário****: – Aproveito este minuto para dar a seguinte informação: A Mesa está a orientar-se por um exemplar dos princípios fundamentais, mas foi informada pelo Sr. Deputado Manuel Ramos, aliás gentilmente, de que este exemplar contém algumas gralhas. De forma que, sempre que isso se verificasse, agradecia que corrigissem. É evidente que, depois, uma comissão de redacção final suprirá essas gralhas.*

*O Sr.* ***Presidente****: – Peço a vossa atenção. Vamos pôr à votação o n.º 4 do artigo 3.º, nos termos em que foi proposto pela Comissão.*

*Vai, pois, votar-se.*

*Submetido à votação, foi aprovado, com 1 voto contra.*

*O Sr.* ***Manuel Alegre*** *(PS): – Sr. Presidente: Peço a palavra para uma declaração de voto, em nome do Grupo Parlamentar do Partido Socialista.*

*O Sr.* ***Presidente****: – Tem a palavra.*

*O Sr.* ***Manuel Alegre****: – Sempre lutámos e continuamos a lutar pela construção de um verdadeiro Estado de Direito em Portugal! A existência de um Estado de Direito em Portugal foi, aliás, uma reivindicação democrática durante a luta contra o fascismo. Por isso, a declaração de princípios do Partido Socialista, aprovada na*

*clandestinidade, utilizou a expressão «Estado de Direito».*

*Mas a Constituição que estamos a elaborar, com um período de vigência correspondente ao período de transição e subordinada às disposições vinculativas do pacto/plataforma em muitos dos seus aspectos fundamentais, não poderia consagrar o conceito abstacto de «Estado de Direito», por este, globalmente, conter princípios diferenciados, cuja exequibilidade, se não a sua própria existência legal, não se poderia conseguir na sociedade portuguesa do presente momento histórico.*

*É que, sabe-se, o pacto/plataforma não comporta, antes, pelo contrário, nega-o, o princípio da divisão e da separação de poderes essencial ao «Estado de Direito», afastando-se, na sua formulação e nos seus objectivos políticos, para o período de transição, do conteúdo jurídico tradicional daquele conceito.*

*Também, por esta razão, preferimos a expressão «legalidade democrática», que, integrando e incluindo muitos dos princípios fundamentais no «Estado de Direito», e de cuja realização e desenvolvimento prático não pode-remos prescindir, deverá só excluir aqueles outros nitidamente afastados e postergados pelo pacto, e que de antemão se sabe não poderem funcionar por a eles se opor um compromisso político firmado entre o MFA e os partidos chamados a elaborar a Constituição, tudo sem quebra do entendimento de que o Estado deverá sempre subordinar-se ao direito positivo.*

*Não se pode, por outro lado, ignorar que estamos a viver uma situação revolucionária e que mais importante do que consagrar na Constituição uma expressão abstracta, sem possibilidade de concretização durante o período transitório, é definir com clareza o princípio da legalidade*

*democrática, no qual a revolução se deve fundamentar.*

*Não cremos que haja contradição entre legalidade democrática e Estado de Direito. Tem-se procurado criar, isso sim, uma oposição artificial entre revolução e legalidade democrática. Mais: evoca-se frequentemente a revolução para violar a sua própria legalidade.*

*Também pode haver quem esteja interessado neste momento em consagrar a expressão «Estado de Direito» para espartilhar ou negar a revolução. Optámos, pois, pela expressão «legalidade democrática», que tem um conteúdo mais preciso e mais concreto e cujo respeito é condição fundamental para que se possa construir no nosso país, no quadro de uma sociedade socialista democrática, um verdadeiro Estado de Direito, onde não mais seja possível o arbítrio e onde, também, não mais se evoque um direito abstracto para violar as liberdades concretas dos cidadãos ou para manter, seja sob que forma for, a exploração do homem pelo homem.*

*[...]*

*O Sr.* ***Mota Pinto*** *(PPD): – Sr. Presidente, Srs. Deputados: É para fazer uma declaração de voto relativamente ao nosso comportamento na votação do n.º 4 do artigo 3.º.*

*O Partido Popular Democrático votou o n.º 4 do artigo 3.º, não obstante a batalha que travou para que fosse consagrado neste ponto, expressa e solenemente, o carácter de Estado de Direito da República Portuguesa. O n.º 4 que foi votado recolhe, porém, duas das ideias fundamentais do Estado: o princípio de constitucionalidade de toda a actividade do Estado e o princípio de legalidade democrática.*

*Para nós, o conceito de Estado de Direito exprime de uma forma muito mais directa e precisa as realidades correspondentes, do que a mera*

*referência ao princípio da legalidade. Com a noção de Estado de Direito cobre-se tudo aquilo a que se refere o princípio da legalidade democrática e introduzir-se-ia no texto constitucional uma conotação fortíssima no sentido da tutela e defesa dos direitos, liberdades e garantias fundamentais da pessoa humana, como estes são exigidos pela consciência jurídica universal em quaisquer sistemas económicos e sociais e como estes estão sedimentados em cartas e declarações internacionais várias. Temos receio que a mera referência ao princípio da legalidade possa servir a quem esteja interessado em espartilhar a Revolução Portuguesa numa mera obediência formal à lei, com um total desprezo da independência e separação dos poderes do Estado e do necessário respeito pelos direitos e liberdades fundamentais da pessoa humana.*

*Nota, porém, o Partido Popular Democrático que a legalidade em que se vai fundamentar a actividade do Estado tem de ser, nos termos do texto aprovado, democrática. Com esta exigência não se introduz, para nós, no texto apenas uma indicação relativa ao mecanismo de elabração da lei; introduz-se uma exigência relativa ao próprio conteúdo da lei. Introduz-se obviamente na legalidade produzida pelos detentores do poder um decisivo elemento crítico com vista a neutralizar o absolutismo da lei.*

*O Partido Popular Democrático espera que os tribunais, independentes e imparciais, que havemos de consagrar, superando quaisquer alienações verbalistas ou qualquer feiticismo de linguagem, saibam tirar desta exigência todas as consequências que ela comporta no plano da interpretação e da integração da lei, a fim de se acabar de vez com o despotismo da lei formalmente*

*correcta, que será sempre a expressão do despotismo do poder constituído*[25].

### §70 (Explicitações referentes ao art. 3.º/4. Da clivagem entre *Estado de direito tout court* e "Estado de direito democrático")

Passa-se a explicitações breves, cabendo aqui, *grosso modo*, comentários feitos acerca do art. 203.º:

**1.º** Trata-se, a propósito do *Estado de Direito e da legalidade democrática*, de vários regimes / institutos jurídicos, elucidativamente apresentados por Pedro Roseta. Um dos regimes prende-se com a sujeição dos tribunais [apenas] à lei. Saliente-se que a discussão ocorre antes de discutido o regime do art. 203.º.

**2.º** A proposta de art. 3.º/4 fala em Estado, *submissão* à Constituição e *fundação* na legalidade democrática. Contrapõe-se à proposta do PPD em que se fala de Estado de Direito, de *subordinação* de todos os órgãos à Constituição, e obediência à lei pelos tribunais.

**3.º** Nas intervenções de *Pedro Roseta*, *Jorge Miranda* e *Carlos Mota Pinto* verifica-se que se pretende que o Estado – e, assim, os seus órgãos tribunais – interprete, integre a lei, além de aplicar valores ínsitos ao *Estado de Direito*, ínsitos à Constituição, podendo, destes valores resultar uma normatividade jurídica além da normatividade legal. Precisamente a normatividade resultante da ponderação judicial de valores e princípios. Ora, é esta componente do Estado de Direito (das 5 referidas) que dita a rejeição da sua consagração. O que é elucidativo: recusava-se a ponderação principialista judicial.

Quanto às demais 4 características do Estado de Direito – claramente elencadas por *Pedro Roseta* – todas elas eram aceites pela Assembleia (sem prejuízo de condicionantes decorrentes do Pacto MFA/Partidos, no que respeitava à existência do não democrático Conselho da Revolução).

---

[25] *In Diário da Assembleia Constituinte, n.º 29, de 9 de Agosto de 1975, pp. 737/738/739.*

**4.º** Realça-se, ainda, o uso, pelo PPD, da expressão *Estado de Direito material*, por contraposição a Estado de Direito formal. Com inegável valor retórico. Também essa invocação (ainda que retoricamente impressiva – repete-se) não se saldou na aprovação da proposta do PPD, sendo esclarecedora a resposta de *Vital Moreira*.

Comenta-se aquele argumento nos seguintes termos: por contraposição ao *Príncipe solto da lei*, pretende-se um Estado *limitado, subordinado* ao *Direito*; mas esse *Direito* não pode ser qualquer Direito. Não pode, por exemplo, ser *Direito totalitário*. Assim *Jorge Miranda* invoca um *certo Direito*, o Direito conotado com a tutela da *pessoa humana* e dos *direitos, liberdades e garantias*, e com a justiça. Ora, atenta a posição que venceu a controvérsia, a materialidade reivindicada para *Estado de Direito*, consegue-se, precisamente, pela consagração da *legalidade democrática*, pela consagração da *vontade da comunidade democraticamente formada*. Outra *materialidade* conduziria, *precisamente*, à negação da *materialidade (que preocupava quem a invocava)*. Senão, veja-se: o *problema* de *Direito* na expressão *Estado de Direito* é ser *vago*. E, assim, como evidenciado no debate, colonizável por normatividades *"fascistas"*, *"estalinistas"*, ou outras. Fugindo ao inconveniente desta *vagueza* e seus perigos, vir-se-á a consagrar o Estado de direito democrático, ou seja, Estado sujeito à Constituição e demais leis democráticas (recorde-se *Vital Moreira*, ao reconduzir o *Estado de Direito* à *constitucionalidade, legalidade, jurisdicionalidade.* Refutando, sim, a componente – do *Estado de Direito tout court* – consistente nos ditos *vagos valores*, ou seja, a componente *translegalista principialista*). Assim, com a *legalidade democrática* evita-se que *um qualquer Direito* colonize a expressão *Estado de Direito*. Ora, se, a título de maior *densificação*, o Estado de Direito passar a ter o adjectivo *material*, então o resultado é, ironicamente, o que se pretende evitar: a vagueza (a dupla vagueza de *Direito* e de *material*) que permite a colonização por *Direitos* que não radicam na comunidade, que não espelham a vontade da comunidade, isto é por *não-Direito*. Que espelham, sim, interesses de *alguns*: os "fascistas", os "estalinistas", os "prussianos" ou, como seria dito por *Vital Moreira*, nos trabalhos de Revisão Constitucional em 1981-1982, os "*juristas alemães"*.

Por outras palavras: seja pela recusa do Estado de Direito *tout court*, seja pela consagração da legalidade democrática, a Constituinte recusou o Direito translegal. Tal como reiterado, em 1982, quando, mantendo-se a omissão Estado de Direito *tout court*, veio a ser consagrado o *Estado de direito democrático*. Conseguindo-se, deste modo, com o positivismo legalista o almejado Estado de Direito *material*. Ao contrário de expressões como Estado de Direito *material* (ou mesmo Estado de direito democrático material): já permitindo, estas, a intromissão do arbítrio, ao densificar a etérea palavra "material". De tantos arbítrios quantos os valores e princípios com que cada um densifique a *vaga*, a *imaterial materialidade* do Estado de Direito. Tal *vagueza* (quer da expressão *Estado de Direito*, quer da expressão *Estado de Direito material*) é, sim, afastada com a fórmula que viria a ser consagrada "Estado de direito democrático".

Insiste-se: invocar o Estado de Direito material para fugir à vagueza de *Estado de Direito* é caminhar para de onde se foge. *Rectius*, é multiplicar a vagueza.

**5.º** Cabe, ainda, contextualizar a intervenção de *Vital Moreira* a propósito da Constituição da República Federal da Alemanha: possível é que *Estado de Direito* nessa Constituição tivesse – e tenha – *apport principialista-normativo*. Pois nessa mesma Constituição existe o art. 20.º/3. Ora, o que *Vital Moreira* rejeita é esse *apport*. *Apport* que *Vital Moreira* não aceitou, atento, repete-se, o perigo de *vagueza*.

**6.º** Em suma, a Assembleia constituinte recusa o *Estado de Direito* pelo receio de consagrar um *apport* de juridicidade relativamente à Constituição democrática e às democráticas leis. Evidenciando a *abstracção*, a *vagueza* de uma normatividade que resultaria da *densificação*, da *positivação*, pelos tribunais, por cada intérprete, de tais conceitos vagos (a aqui designada ponderação principialista).

Normatividade essa contraposta à resultante da *positivação* desses *conceitos*, desses *valores* pelo legislador, ou seja, a positivação consubstanciada na *lei*, no *texto legal*. Ou seja, a positivação consubstanciada na *legalidade democrática*. *Legalidade democrática* que é, assim, o *efectivo Estado de Direito*, lei democrática (e não o Estado de Direito *tout court*) que é, assim, garante do Estado como sendo *de Direito*. Recusando a alternativa *Estado de Direito por positivar*, *Estado de Direito por efec-*

*tivar*, vulnerável, em sede da densificação, da positivação de "Direito", em *Estado de Direito*, ao tal *arbítrio de uma classe social, arbítrio de juízes, de juristas, de cada intérprete*.

Realça-se: as restantes características de *Estado de Direito*, apresentadas por *Pedro Roseta* (no elenco dos 5 regimes), já estavam (e estão) corporizadas nos regimes constitucionais da (i) capacidade (ou competência), consagrado no art. 110.º/2; (ii) da separação e interdependência de poderes, consagrado no art. 111.º, (iii) da constitucionalidade, consagrado no art. 3.º/3, (iv) da legalidade democrática, consagrado no art. 3.º/2, (v) da jurisdicionalidade, consagrado no art. 203.º (e art. 202.º). Apenas a *tal* característica *translegalidade* foi recusada – sem prejuízo da existência do corpo-estranho (num Estado de Direito) que era a figura não democrática e tutelar do Conselho da Revolução. Insiste-se neste ponto: como se verificará, ultrapassados (em 1982) os condicionantes do Pacto MFA/Partidos, ou seja, com o desaparecimento do Conselho da Revolução, o *Estado de Direito tout court* continua sem consagração. O que evidencia que o obstáculo à sua consagração era a carga de vagueza axiológico-principialista por ele transportada. Ora, atendendo a que todas aquelas restantes características do Estado de Direito já estavam consagradas, aqui e ali, desde a Constituinte, a aprovação, em 1982, de *Estado de direito democrático* (e não de *Estado de Direito*) virá a ser a útil consagração de uma fórmula linguística que aglutina todos esses regimes. Mas sem qualquer *apport* normativo. Precisamente por se ter identificado o *Direito* com o *Direito democrático* (art. 2.º), com a *legalidade democrática* (art. 3.º/2), enfim, com a *lei* (art. 203.º).

### §71 (Elucidação)

Atentos os trabalhos preparatórios – e caso a Assembleia seguisse técnica legislativa censurável, explicitando, no texto legal, o resultado de refutações decididas em votação – o art. 203.º teria a seguinte redacção: "Os tribunais são independentes e apenas estão sujeitos à lei, não podendo aplicar Direito além da lei".

**§72 (Uma pergunta, em jeito de insistência)**

Se a fórmula usada no art. 203.º não consagra o positivismo legalista, que fórmula seria a usada, caso a comunidade, representada pelo legislador, o pretendesse consagrar?

## **Capítulo 3.º-** Os trabalhos da Revisão Constitucional de 1982 confirmam o *positivismo legalista democrático*.

**§73 (Enquadramento)**

Na primeira revisão constitucional, cujos trabalhos se iniciaram em 1981, voltou a ser proposto, discutido, votado e rejeitado o acrescento "e ao Direito" ao art. 203.º (então art. 208.º). Assim, a lei passaria a estabelecer: "Os tribunais […] apenas estão sujeitos à lei e ao Direito". Como já avançado, a lei manteve-se com a redacção que tinha e que tem: "Os tribunais […] apenas estão sujeitos à lei". Adiante tratar-se-á dos trabalhos que, nesta Revisão Constitucional, versaram o actual art. 3.º/2. Trabalhos em que, *paralelamente*, se discute e decide, também uma vez mais, *acerca da legalidade democrática vs. translegalidade*. Tal como se relatará o ocorrido acerca da retoma do problema da consagração/não consagração do Estado de Direito (art. 2.º).

Passa-se à transcrição dos trabalhos da Revisão.

**§74 (Transcrições dos trabalhos de 1982 referentes ao art. 203.º)**

*"Artigo 208.º*

*1 – A AD propõe, no final do artigo, o aditamento da expressão "e ao direito".*

*2 – O PS, a UEDS e o PCP afirmaram não apoiar esta proposta, tendo a ASDI declarado apoiá-la."* [26]

*"Artigo 208.º*

*O Sr.* ***Presidente [Fernando Condesso]****: – (...) "Independentemente"e objecto de proposta de alteração por parte da AD, que propõe no final do artigo o aditamento da expressão "e ao direito".*

*O PS, a UEDS e o PCP afirmaram não apoiar esta proposta de alteração, enquanto a ASDI declarou apoiá-la.*

*Risos.*

*Está em debate. Sr. Deputado Jorge Miranda, tem a palavra.*

*O Sr.* ***Jorge Miranda*** *(ASDI): – Sr. Presidente, Srs. Deputados: esta proposta da AD reproduz uma proposta apresentada pelo então PPD à Assembleia Constituinte, que eu apoiei e que não vejo motivos para deixar de apoiar.*

*Aquilo que se pretende com a referência a "direito" no artigo 208.º é uma consideração de valores materiais do direito para além da lei positiva. É um apelo a esses valores, a princípios éticos que não se esgotam na lei positiva. É um esforço para ultrapassar certa concepção ou certa mentalidade positivista ou literalista, que muitas vezes se encontra ligada ao termo lei.*

*Não se viria acrescentar só por si algo que já não estivesse na Constituição vir-se-ia apenas reforçar, clarificar ou explicitar determinado sentido. Na verdade, quando no artigo 208.º se fala em lei, necessariamente se tem de abranger a Constituição com toda a carga de valores materiais que contém, desde o Estado de direito democrático no preâmbulo, a dignidade da pessoa humana no*

[26] Diário da Assembleia de República, II Série, Suplemento ao n.º 17, 20 de Novembro de 1981 (Subcomissão da CERC, antes do plenário da CERC), p. 394-(3).

*artigo 1.º, os valores contidos na Declaração Universal dos Direitos do Homem, e que são objecto de recepção pelo artigo 16.º, n.º 2, a referência à justiça que aparece no artigo 267.º E os países* [27] *são também eles destinatários da Constituição, também eles, antes do mais, devem mover-se no âmbito dos parâmetros e dos valores da Constituição.*

*Sei que algumas objecções podem ser feitas a esta referência ao direito, como o cair-se num certo subjectivismo, num certo ideologismo na interpretação jurídica, ou o propiciar-se uma certa desarmonia de julgados e uma certa insegurança jurídica. Se tomarmos a referência ao direito, não em termos subjectivos mas sim em objectivos, tendo em conta a consciência ética existente na comunidade, tais objecções não deverão proceder.*

*Calculo que a proposta da AD não venha a ter acolhimento, mas por uma questão de principio não quis deixar de manifestar a adesão que lhe dou, e que é a mesma que dei em 1976 a uma idêntica proposta formulada na Assembleia Constituinte.*

*O Sr.* ***Presidente****: - Srs. Deputados, está inscrito o Sr. Deputado José Luís Nunes, em seguida o Sr. Deputado Sousa Tavares e depois o Sr. Deputado Vital Moreira.*

*Sr. Deputado José Luís Nunes.*

*O Sr.* ***José Luís Nunes*** *(PS): – O que penso acerca disto é que este ponto até poderá ser considerado numa próxima revisão da Constituição e podemos pensar nesse assunto.*

*Agora, na prática, isto seria um facto extremamente grave, porque iria revogar um dos artigos do estatuto judiciário e há uma coisa que vos quero dizer: se é perigoso pôr os tribunais a julgar nos termos da lei, ainda muito mais perigoso é pôr os juízes a dizerem aquilo que é ou não é direito.*

---

[27] *Sic*. Aventa-se, como correcto, "juízes".

*Sinto um calafrio pela espinha acima ao pensar numa coisa dessas! De modo que, assim como a guerra é uma coisa demasiado séria para ser entregue somente aos militares e ao clemenceau, o direito também é uma coisa demasiado séria para ser entregue só aos juízes.*

*Risos*

*De modo que é nesse sentido, e sem prejuízo de uma reconsideração do problema daqui a 5, 10, 15, anos, quando tudo isto for diferente, que este problema poderá ser visto. Em teoria, isto não me repugna absolutamente nada, no fundo vem na esteira do ensino e das lições do Prof. Castanheira Neves, no que diz respeito à possibilidade clara de o juiz julgar contra a lei expressa.*

*Como já referi não me repugna nada, mas na prática isto causa-me calafrios e, portanto, nesse sentido, não obstante as razões expostas pelo nosso querido amigo Prof. Jorge Miranda, que em teoria sãoperfeitamente aceitáveis, não a aceitamos, pelo menos nestes 4 anos mais próximos.*

*O Sr.* ***Presidente****: – Sr. Deputado Sousa Tavares.*

*O Sr.* ***Sousa Tavares*** *(PSD): – Queria dizer de uma forma menos jocosa e menos pertinente o que disse o deputado José Luís Nunes.*

*De facto parece-me perigoso e julgo que a introdução aqui da palavra "direito" envolve, de certa maneira, uma alteração do nosso sistema judiciário, ou poderá levar a isso.*

*Assentámos há muitos séculos em princípios, fundamentalmente, de direito romano, que são os da lei positiva. Se agora vamos abrir uma brecha nesse princípio do julgamento segundo a lei positiva para admitir um conceito vago de direito, sem objectivação, será o direito natural dos jusnaturalistas? Será um conjunto da consciência ética da comunidade, como agora lhe chamou o Prof. Jorge Miranda? Ainda mais discutível é esse*

*conceito de consciência ética da comunidade. De maneira que considero que envolve certos perigos, sobretudo quando a assisto, neste momento, a um desrespeito tal pela lei que leva um tribunal superior, o Supremo Tribunal de Justiça, a julgar uma causa por uma lei que não está em vigor!*

*Voz não identificada: – Lei futura.*

*O Sr.* ***Sousa Tavares*** *(PSD): – E confessando que não está em vigor, mas dizendo que se trata de uma consciência de direito adquirida.*

*De maneira que isso seria abrir todas as brechas!*

*Voz não identificada: – Refere-se ao "caso Martelli" não é?*

*O Sr.* ***Sousa Tavares*** *(PSD): – É o "caso Martelli" do qual sou advogado e apanhei com isso na cabeça, de maneira que para mim esta referência ao direito encerra todos os perigos.*

*Voz não identificada: – Deus nos livre!*

*Risos.*

*O Sr.* ***Presidente****: – Tem a palavra o Sr. Deputado Vital Moreira.*

*O Sr.* ***Vital Moreira*** *(PCP): – Sr. Presidente, esta é das tais propostas em que a nossa posição é clara, simples e sumária: não!*

*Na verdade, não temos dúvidas nenhumas de que no dia em que fosse aprovada uma coisa destas começariam a pulular os acórdãos judiciais a invocar o direito contra a lei e contra a Constituição.*

*Nós sabemos as origens disto e sabemos que a mentalidade jurídica-conservadora é positivista quando a lei é conservadora e é jusnaturalista quando é conservadora.*

*Nós, entre o direito da Assembleia da República portuguesa e o direito dos juristas alemães, preferimos o direito da Assembleia da República e queremos que os juízes portugueses se determinem pelo direito aprovado pela Assembleia*

*da República e pelos órgãos de soberania da República, e não por aquilo que a mentalidade jurídico-conservadora alemã entende que é o direito. Isto creio que diz tudo. Era perigosíssimo que uma tal norma fosse aprovada em Portugal no actual contexto, com aquilo que ninguém de boa fé pode ignorar que aconteceria se uma tal norma fosse aprovada, com a sua utilização para abusar das leis democraticamente aprovadas.*

*Admito que, ordem jurídica em que as leis não tenham fundamento democrático, possa ser um meio legítimo de luta política invocar o direito contra essas leis não democráticas. Em todo o caso, mesmo nestas circunstâncias, mais do que invocar o merífico direito contra as leis, o melhor é lutar por alterar as leis. Admito que seja uma forma politicamente justa de lutar contra leis sem fundamento democrático, agora numa República democrática, de leis democraticamente fundadas, não tem fundamento jurídico nem filosófico a invocação como figura autónoma ao lado, e, portanto, também contra a lei, de uma figura de direito que fica para definição na cabeça de cada juiz, de cada jurista, e assim que fica ao abrigo de uma definição subjectiva que não dá quaisquer garantias de segurança, de previsibilidade e de garantias, ao fim e ao cabo, dos cidadãos.*

*É por estas razões fundamentais, que poderiam ser objecto de longo discurso, que nós não podemos sequer pensar em poder aprovar algo que se assemelhe a uma norma destas, como é proposta agora pela AD.*

*O Sr.* ***Presidente****: – Srs. Deputados, em Comissão, os diferentes partidos mantiveram as posições que já tinham tomado na subcomissão,*

*quer dizer que a proposta da AD não obtém vencimento.*[28]

### §75 (Explicitações: da confirmação do positivismo legalista. Da vagueza do Direito. Nova recusa da Lição de *Castanheira Neves*)

Breves explicitações:

**1.º** Em 1975-1976, os proponentes consideravam que *Direito* alargava a normatividade positivada, concretizada, densificada nos *textos legais*, estando além da "lei". Veio, de resto, *Jorge Miranda*, na declaração de voto reproduzida no §63, a reconhecer (ainda que, *de iure constituendo*, censurasse) a consagração do positivismo legalista no Direito português. Agora, em 1982, *Jorge Miranda* vem considerar que esse *Direito* já está incluído em "lei", no art. 203.º (então, 208.º).[29]

Sobre esta invocada alteração semântica de "lei" nada (nomeadamente, em todas as leis de revisão constitucional, desde 1976) foi encontrado que a sustente. Pelo contrário: ao longo de décadas, o legalismo foi reafirmado (como se constatará nestas páginas). Em suma: não se conhece o fundamento da afirmação do Professor Jorge Miranda de que houve evolução semântica de *lei* no sentido de *Direito*.

**2.º** Ainda que houvesse factos que fundamentassem essa alteração semântica, do sentido primacial de *lei* (como *Direito legal*) para um *sentido secundário de lei* (neste caso, *Direito*), a Assembleia da República refuta, em 1982, esse sentido secundário de "lei". Acrescenta-se: *sentido secundário* e *imperfeito* – pois o significado *Direito* é, secundariamente, referido pelo significante *lei* e, primacialmente, pelo significante *Direito* (de facto, poderia acontecer ser *secundário*, mas não haver significante alternativo preferível).

*Ou seja*: recusou-se (em 1976) *Direito* como normatividade não-positivada *além da lei*; e recusou-se, em 1982, *Direito* como normatividade não positivada *no seio de*

---

[28] Diário da Assembleia de República, II Série, n.º 44, de 27 de Janeiro de 1982, p. 904-(34)-904-(35).

[29] Tal como no seu *Manual* …, tomo V, p. 125.

*lei*. Quer o Direito estivesse fora, quer estivesse dentro (pela aludida alteração semântica) de *lei* foi, esse *Direito* translegal, recusado.

**3.º** No debate, evidencia-se o carácter não positivado dessa normatividade translegal. É o que acontece com as invocadas expressões "*valores materiais"* da Constituição, *"Estado de Direito democrático"* no Preâmbulo, "*dignidade da pessoa humana"* no art. 1.º, ou a "*justiça"* no art. 267.º.

**4.º** O Professor vem, ainda, defender que a vagueza desses conceitos não redundaria em subjectivismos, pois caberia a cada juiz preenchê-los à luz da "*consciência ética existente na comunidade"*.

5.º *José Luís Nunes* recusa a proposta feita, atendendo (tal como em 1975-1976) à vagueza de "*Direito*", atendendo à vagueza dessa normatividade exemplificada, precisamente, pelos conceitos acima referidos e apresentados por *Jorge Miranda* (ou seja, as "razões expostas pelo nosso querido amigo Professor *Jorge Miranda*"). Considera, enfim, "*perigoso"* que coubesse ao juiz concretizar "*aquilo que é ou não é Direito"*.

**6.º** Este constituinte evidencia, como já em 1975-1976, a clara distinção entre o plano *de iure constituendo* na sociedade real, e o plano *de iure constituendo* noutra sociedade, em sociedade eventual e futura, considerando a vagueza inconveniente ("perigoso") *na sociedade real*.

**7.º** Clarificando a sua posição, *José Luís Nunes*, tal como em 1975-1976, explicitou que rejeita o acrescento *Direito* pois viria, ele, na esteira da Lição de *Castanheira Neves*, pela vagueza, propiciar o afastamento da lei pelo tribunal.

**8.º** Também *Sousa Tavares* se opõe – pela *vagueza*. Sublinha que princípios que já vêm do Direito romano estão positivados na lei. Abrir o sistema ao "*vago"*, ao "sem *objectivação"*, à *incerteza* com a hipótese do "*Direito natural dos jusnaturalistas"*, "envolve certos juízos", "encerra todos os perigos".

Finalmente, comenta (tal como *José Luís Nunes* ao referir-se às razões de *Jorge Miranda*) a "*consciência ética da comunidade"* como instância de objectivação do *Direito*. E conclui pela refutação dessa instância, pois a *vagueza* de *tal consciência* pouco densificaria a vagueza de *Direito*. Ou seja, a invocação, por um juiz, da *cons-*

*ciência ética da comunidade* seria, afinal, a invocação da *consciência-ética-da-comunidade-segundo-a-consciência-individual-de-cada-juiz*.

**9.º** A vagueza é referida pelo representante do PS, por *Sousa Tavares* (deputado da AD, ainda que fosse, esta, a proponente) e também por representante do PCP – *Vital Moreira*. Este deputado, além de refutar que a Constituição acolha a *vagueza* como critério jurisdicional (pois o *Direito* passaria a ser definido pela *cabeça de cada juiz, de cada jurista*, com prejuízo para os cidadãos), enfatiza a democracia, ínsita à lei feita pelos representantes da comunidade, como fundamento para recusar outra normatividade. Explicita, de resto, que esse *Direito* alternativo ao Direito democrático, alternativo a esse Direito fundado na comunidade, seria um Direito à medida do *Direito dos juristas alemães* (juristas e Direito esses que, já aquando da Constituinte, em 1975/76, haviam concitado reservas). Contextualizando esta afirmação de *Vital Moreira*, cabe recordar o patente peso da Doutrina alemã, pelo menos na obra académica que, paradigmaticamente, havia sido rejeitada logo em 1975/76: a obra do Mestre de Coimbra *Castanheira Neves* (obra essa que, à data dos anos 60, e até à Revolução de Abril, tinha a pertinência *de iure constituto* que a Constituição de 33, com o seu art. 4.º – várias vezes invocado pelo Mestre de Coimbra – proporcionava).

**10.º** Conclusão: na primeira revisão constitucional, o positivismo legalista (correspondente ao sentido primeiro das palavras e ao sentido votado na Assembleia Constituinte) é confirmado. Destaca-se a rejeição da vagueza, da vulnerabilidade à subjectividade da axiologia de cada juiz. Defende-se, ainda, a norma legal *não vaga*, a norma legal positivada, pelo seu *fundamento democrático*.

Sublinha-se: a reacção à proposta feita evidenciou o que já resultara do texto e dos trabalhos da Constituinte: rejeita-se fórmulas/ conceitos axiologicamente vagos, estejam fora, estejam dentro do texto constitucional, e estejam, ou não, em *lei*.

**§76 (Transcrições dos trabalhos de 1982, referentes ao art. 3.º/2, com a sua *legalidade democrática*, contextualizados com a consagração do *Estado de direito democrático* no art. 2.º)**

*Art. 2*

*"(...)*

*O Senhor* ***Jorge Miranda*** *(ASDI): – Sr. Presidente, julgo que o relatório, que foi distribuído a todos os membros da Comissão no seu extremamente sintético carácter, é, apesar de tudo, suficientemente preciso para se ver o que está em causa. Mas, se o Sr. Presidente e os membros da Comissão entendem, eu posso ler artigo a artigo. Talvez isso eventualmente ajude.*

*No que diz respeito a este artigo 2.º, direi que pareceu, efectivamente, haver viabilidade quanto à consagração da expressão "Estado de direito democrático", que é um termo que já hoje vem na Constituição – convém acentuar –, que já consta do preâmbulo da Constituição.*

*Não se trata, portanto, de introduzir de novo na Constituição um termo ou um conceito que ela desconheça – ela já tem esse termo, consagra-o no preâmbulo. Mas, em minha opinião pessoal, mesmo que no preâmbulo não o dissesse esse conceito já existiria.*

*Portanto, pareceu que havia viabilidade para a sua consagração, uma vez que ele aparece expressamente mencionado no projecto de revisão da Aliança Democrática e no projecto de revisão da Frente Republicana e Socialista, não me parecendo ter havido oposição da parte nem do Partido Comunista Português nem do Movimento Democrático Português. Foi por isso que se escreveu neste relatório que se afigurava existir viabilidade quanto à menção de "Estado de direito democrático", expressão essa que substituiria a epígrafe que consta do artigo 2.º e que passaria a definir, em termos gerais, o regime – porque me*

*parece que no artigo 2.º da Constituição se trata da definição do regime político – o regime constitucional português.*

*Naturalmente, quanto ao conteúdo de "Estado de direito democrático", acrescentarei que se trata como o adjectivo "democrático" sublinha, não do puro Estado de direito liberal, mas sim de um Estado de direito que pretende ligar-se à democracia, democracia essa que, por sua vez, no contexto da Constituição, não é apenas democracia política, mas é também democracia económica, social e cultural.*

*É esse o sentido de "Estado de direito democrático", em termos muito gerais."* [30]

*[E quanto ao Artigo 3.º/2 que nesta data é o n.º 4: a AD propôs a substituição de "funde-se na legalidade democrática" por "subordina-se à lei e ao direito".]*

*"O Sr.* ***Jorge Miranda*** *(ASDI): – (...)*

*Já quanto às modificações respeitantes à "legalidade democrática" que constam do projecto de revisão da Aliança Democrática, essas, pela primeira vez na reunião da subcomissão, foram objecto de uma discussão um pouco mais demorada.*

*As dúvidas e reservas postas diziam respeito, designadamente, a falar-se em "lei" e "direito", em vez de "legalidade democrática", e diziam também respeito à consideração dessa "legalidade", do sentido que teria a referência a "lei" e a "direito", se deveria ser um sentido de fundamento ou se deveria ser um sentido de limite do poder político.*

*Pareceu, designadamente aos representantes da Frente Republicana e Socialista, e julgo que também aos representantes do PCP e do MDP/CDE, que "legalidade democrática" era um conceito não*

[30] Diário da Assembleia de República, II Série, n.º 108, supl. 3, de 8 de Outubro de 1981, pp. 3332-(36)-3332-(37)-Comissão para a eventual revisão constitucional (CERC) de 1981-82.

*antagónico do conceito de Estado de direito democrático.*

*Portanto, pelo facto de no artigo 3.º se vir a falar doravante em Estado de direito democrático, não acarretaria, necessariamente, a eliminação da referência a legalidade democrática. A legalidade democrática poderia ser um dos elementos do Estado de direito democrático.*

*O Sr.* ***Presidente*** *[Borges de Carvalho (PPM)]: – Srs. Deputados, não há mais inscrições relativamente a este ponto.*

*Creio que ficamos exactamente na mesma posição em que a subcomissão se encontrou. […]*[31]

*1.º relatório da Subcomissão ao plenário da Comissão*

*"(...)*

*Artigo 3.º*

*(...)*

*3 – A AD preconiza a substituição, no n.º 4, de "funde-se na legalidade democrática" por "subordina-se à lei e ao direito".*

*(...)."* [32]

*"Proposta da CERC relativa à epígrafe:*

*Artigo 2.º*

*(Estado do direito democrático)*

*Proposta de emenda da CERC:*

*A expressão "Estado democrático" é substituída por "Estado de direito democrático"."* [33]

*[...]*

[31] Diário da Assembleia de República, II Série, n.º 108, Suplemento 1, de 8 de Outubro de 1981, pp. 3332-(40).

[32] Diário da Assembleia de República, II Série, 2.º Suplemento ao número 2, de 17 de Outubro de 1981, p. 24-(12).

[33] Diário da Assembleia de República, I Série, n.º 129, de 29 de Julho de 1982, p. 5451.

*O Sr.* ***Presidente [Fernando Dias]****: - Srs. Deputados, vamos começar por votar a epígrafe do art. 2.º, proposta pela CERC.*

*Submetida a votação, foi aprovada, com 158 votos a favor (do PSD, do PS, do CDS, do PPM, da ASDI e da UEDS), 39 votos contra (do PCP, e da UDP) e 2 abstenções (do MDP/CDE).*

*[E quanto à substituição no corpo do artigo:]*

*O Sr.* ***Presidente****: - Srs. Deputados, vamos, agora votar a proposta de substituição da CERC, relativa ao conteúdo do corpo do artigo em que substitui a expressão «Estado democrático» por «Estado de direito democrático».*

*Submetida à votação, foi aprovada, com 199 votos a favor (do PSD, do PS, do CDS, do PCP, do PPM, da ASDI, da UEDS e do MDP/CDE), e 1 abstenção (da UDP).*

### §77 (Da paralela reiteração do positivismo legalista, em sede do art. 3.º/4)

Tal como foi feito quanto aos trabalhos da Assembleia Constituinte, passa-se a atender ao tratamento do positivismo legalista/translegalismo, nesta Revisão.

Pouco há a dizer, que não seja, *grosso modo*, repetição do ocorrido em 1976 (remete-se a propósito para os §§ 55 e ss). Ou seja: já sem obstáculos decorrentes, nomeadamente, da existência do Conselho da Revolução, e sedimentada a identificação entre *Direito* e *Direito legal*, naturalmente, a Assembleia da República consagra o *Estado de direito democrático*, mantendo-se ausente o Estado de Direito *tout court*.

O *Estado de direito democrático* vem assim, densificar o anterior *Estado democrático*, sublinhando a realidade normativa em que a democracia se traduz – a tal normatividade na *legalidade democrática*, como dito no art. 3.º/2.

Insiste-se: Estado de direito democrático e Estado de Direito não se equivalem. Nem se pode separar a expressão em 2 expressões: *Estado de Direito + democracia*, ou *Estado de Direito + Estado democrático*. "Democrático" é adjectivo. Qualificando *Estado de Direito* ou qualificando *Direito*, certo é que densifica um e outro, mediante a *vontade democraticamente manifestada da comunidade*. Refuta-se, assim, a vagueza de *Direito tout court*; refuta-se eventuais adjectivações de *Direito* mediante a imaterial materialidade de *Estado de Direito tout court*.

Recorda-se: o *Estado de Direito* foi recusado. Precisamente, pela sua conotação com os valores e princípios conducentes a uma normatividade translegal, judicialmente positivada. Elucidativa é, aliás, a rejeição, em paralelo (aliás de forma sempre discutida, informada, fundamentada por ambas as teses contendoras), da existência de *Direito além da lei*, quer no art. 203.º, quer no art. 3.º/2. Pois também aqui se recusou lei e Direito, consagrando, sim, a legalidade democrática.

Passa-se à Revisão de 1989. Depois à de 1997. E voltar-se-á, então, ao regime do *Estado de direito democrático* (já com a resenha dos trabalhos preparatórios concitados feita), a propósito do enquadramento sistémico do disposto no art. 203.º (aí se reproduzindo declarações de voto de *Jorge Miranda* e de *Vital Moreira*, subsequentes às votações acima relatadas, e que reforçam o que aqui se diz).

## **Capítulo 4.º-** Os trabalhos da Revisão Constitucional de 1989 confirmam o *positivismo legalista democrático*.

**§78 (Transcrições dos trabalhos de 1989, na CERC, referentes ao art. 203.º[34])**

*"O Sr.* ***Presidente*** *[Almeida Santos]: – Quanto ao artigo 208.º, há apenas duas propostas*

[34] Diário da Assembleia de República, II Série, n.º 47-RC, 20 de Outubro de 1988, p. 1461-1464.

*apresentadas: uma do CDS e outra do PSD. A proposta do PSD acrescenta a referência à lei, como valor a que estão sujeitos os tribunais, uma referência ao direito. Gostaria que o PSD justificasse esta proposta, que me parece portadora de alguma perplexidade.*

*Tem a palavra o Sr. Deputado Pais de Sousa.*

*O Sr.* ***Pais de Sousa*** *(PSD): – O PSD propõe, em sede do artigo 208.º, o aditamento do inciso "e ao direito". Pretende-se que, para além da lei positiva, sejam considerados os chamados valores materiais do direito. Trata-se, portanto, de um apelo a um princípio ético-jurídico.*

*Para nós o termo "lei" parece envolver tão-só um certo positivismo, isto é, a norma parece ter uma feição normativista ou mesmo literalista, e pretendemos clarificar o seu sentido. Assim, tomamos a expressão "direito" num sentido objectivo, levando em conta os valores que decorrem da chamada consciência ético-jurídica da comunidade.*

*O Sr.* ***Presidente****: – Tem a palavra o Sr. Deputado Vera Jardim.*

*O Sr.* ***Vera Jardim*** *(PS): – Sr. Presidente, estou à vontade para falar neste tema porque nunca me considerei um positivista, embora admita que haja pessoas que me possam considerar como tal. Só que a minha visão do direito é efectivamente bastante mais ampla do que a do restrito âmbito da lei, no seu sentido positivado.*

*No entanto, não posso deixar de chamar a atenção do PSD, autor desta proposta, para os riscos que comportaria a sua inserção em sede de Constituição. Na verdade, se todos nos podemos entender, tant bien que mal, sobre o conteúdo, o sentido, o âmbito de um normativo positivado, pergunto: onde iriamos parar se, a propósito de cada decisão ou de cada thema decidendi, tivéssemos que recorrer a esse "direito"! O que*

*seria tal "direito"? Os princípios gerais de direito? A natureza das coisas? O direito natural clássico? Quem diz o que é isso? Como o diz? Como é que se encontra esse "direito"?*

*O facto de colocar estas questões não significa que cada um de nós, na sua visão do jurídico, não possa englobar esse "direito" que está para além da lei, ou que é superior à lei, ou no qual a lei se banha – como dizia o filósofo. Isto não invalida, porém, que a posição do intérprete não possa, nesta matéria, ser imposta a outros intérpretes, com a mesma legitimidade com que podem interpretar esse tal "direito", mesmo à luz dos princípios gerais de direito ou da tal natureza das coisas. Consoante a teoria que defendêssemos para encontrar esse "direito" tudo isso daria lugar a uma extrema situação de instabilidade, que não é compaginável sobretudo com sistemas jurídicos como o nosso, em que a jurisprudência não tem de modo nenhum a segurança e a tradição que tem noutros sistemas, como é o caso do sistema alemão, para já não falar do sistema inglês. Correríamos efectivamente o perigo de lançar a instabilidade máxima no sistema jurídico português se consagrássemos na Constituição aquilo com que eu, a título pessoal (mas não o reivindico para a Constituição), me identifico plenamente.*

*O Sr.* ***Presidente****: – Tem a palavra o Sr. Deputado Miguel Galvão Teles.*

*O Sr.* ***Miguel Galvão Teles*** *(PRD): – Sr. Presidente, se bem me recordo, isto é retirado da Grundgesetz.*

*O Sr.* ***Vera Jardim*** *(PS): – (Por não ter falado ao microfone, não foi possível registar as palavras do orador).*

*Vozes*

*O Sr.* ***José Magalhães*** *(PCP): – Na primeira revisão constitucional a questão foi veementemente discutida, culminando numa feliz rejeição.*

*O Sr.* ***Miguel Galvão Teles*** *(PRD): – Não posso deixar de dizer que, pessoalmente, até não serei hostil a isto, embora não seja jusnaturalista.*

*Vozes.*

*O Sr.* ***Miguel Galvão Teles*** *(PRD): – Continuo a crer, se quiserem pôr isto em termos muito simples, que na prática do direito há certos postulados que ultrapassam sempre as fontes de direito existentes; há certos postulados que o julgador adopta – porventura a própria questão da submissão do julgador ao direito é uma questão dessa natureza – e sobre os quais, normalmente, não se interroga. Não há possibilidade, no quadro de um sistema jurídico de definir as relações, por exemplo, entre costume e lei, porque sempre se poderá questionar o que quer que a Constituição diga sobre, por hipótese, o costume, no caso, por exemplo, de se entender o actual artigo 208.º da Constituição no sentido de que é uma exclusão da relevância do costume como fonte de direito. É a velha questão que se põe no 1.º ano de Direito. Obviamente pode perguntar-se se isto não é apenas a perspectiva da Constituição sobre outra fonte.*

*Nesse aspecto, embora eu não seja jusnaturalista – que não sou –, reconheço que existem de facto problemas metajurídicos, que têm de ser resolvidos pelo julgador ou por quem decide (designadamente, outro problema, o da opção entre o direito pré-revolucionário ou o direito revolucionário, nos dias da Revolução), que se ligam com problemas últimos de fidelidade – e é por isso que as Constituições são juradas. Consequentemente, não deixo de ter alguma simpatia por fórmulas desta natureza, embora apenas no sentido de que um tipo de fonte, que é a Constituição, está a admitir a fórmula indefinida de que outros tipos de fonte funcionam.*

*No entanto, receio que, colocada a questão num plano político, isto introduza em certas zonas*

*de consenso jurídico estabelecido uma margem de instabilidade grave. E sabe-se, aliás, as dezenas de livros, as centenas de artigos que na Alemanha se têm escrito em torno desse princípio...*

*O Sr.* ***Costa Andrade*** *(PSD): – E cá!*

*O Sr.* ***Miguel Galvão Teles*** *(PRD): – E cá...*

*Vozes.*

*O Sr.* ***Miguel Galvão Teles*** *(PRD): – Admito que a actual fórmula tenha uma expressão excessivamente legalista, no sentido de que a Constituição parece não reconhecer a possibilidade de outra qualquer fonte nem de legitimar qualquer outra fonte que não seja a lei. Contudo, temo que a referência à lei e ao direito introduza instabilidade, porque nesta coisa dos postulados práticos o que, no fundo, é necessário – embora me custe dizê-lo – é a ausência de crítica e de problematicidade, sendo de alguma sorte preciso que os agentes jurídicos não tenham bem consciência de que estão a supor postulados. Inclusivamente, receio que isto introduza alguma confusão que não adianta muito àquilo que no plano dos postulados hoje se pode dizer...*

*O Sr.* ***Presidente****: – Só alguma...*

*O Sr.* ***Miguel Galvão Teles*** *(PRD): – Alguma?... Muita... Não me repugnaria, por exemplo, que se substituísse, "estão sujeitos à lei"...*

*O Sr.* ***Presidente****: – Isto é um pandemónio, verdadeiramente.*

*Vozes.*

*O Sr.* ***Miguel Galvão Teles*** *(PRD): – ... por "estão sujeitos às normas jurídicas"*

*Vozes.*

*O Sr.* ***Miguel Galvão Teles*** *(PRD): – Não me repugnaria qualquer coisa deste género, mas tenho sempre receio de mexer em artigos já formulados e relativamente aos quais não existe uma razão decisiva para se lhes tocar.*

*O Sr.* ***Presidente*** *– Tem a palavra o Sr. Deputado José Magalhães.*

*O Sr.* ***José Magalhães*** *(PCP): – Sr. Presidente, Srs. Deputados: Por um lado, não subsistem dúvidas sobre o facto de que, quando a Constituição alude, no artigo 208.º, à lei, não se está a referir à lei mas ao conjunto de normas jurídicas, qualquer que seja a sua forma de produção e revelação, e portanto, desde logo, à própria Constituição como tal.*

*A reiterada insistência em alterar o conjunto de disposições sobre o valor conformador da lei neste sentido, por parte do PSD (em 1982 essa proposta foi apresentada e desde então a questão tem sido debatida), revela uma preocupação que, neste momento, é para nós ainda mais merecedora de crítica. Se o PSD tem revelado nos últimos tempos, designadamente na sequência de recentes decisões jurisprudenciais, uma postura de reclamação da dissolução da Constituição, substituindo-a pela vontade dos titulares adventícios dos órgãos do poder num determinado momento, se revela em relação à própria força normativa da Constituição uma atitude cifrada na exaltação da "força normativa dos factos", numa tentativa de ultrapassagem de regras e mecanismos de controle (refiro-me naturalmente ao inesquecível discurso do Primeiro-Ministro perante as câmaras da RTP, que são, pelos vistos, o sítio mais inspirador para a teoria jurídico-normativa do Governo e do Primeiro-Ministro em particular), a inserção no artigo 208.º de uma alusão ao direito como tal seria nefastíssima. Dado o parecer seguramente ponderoso, forte e incisivo dos "eminentes juristas" que sempre acompanham o Primeiro-Ministro em corpo ou em espírito, as consequências poderiam ser verdadeiramente devastadoras, introduzindo já não apenas riscos de dissolução das leis, mas de*

*dissolução da Constituição e das leis, e da Constituição como lei das leis.*

*A explicação que o Sr. Deputado Pais de Sousa aqui nos trouxe é ela própria a corroboração mais tonitruante e completa disto mesmo, na medida em que verteu para a acta um tal conjunto de conceitos que, seguramente, nós poderemos pensar que não mediu as fontes (seguramente mediu as palavras, mas não as fontes). Porque esses apelos à difusa "consciência jurídica da comunidade", oponível à lei...*

*O Sr.* ***Pais de Sousa*** *(PSD): – (Por não ter falado ao microfone, não foi possível registar as palavras do orador).*

*O Sr.* ***José Magalhães*** *(PCP): – Foram essas as palavras que o Sr. Deputado Pais de Sousa utilizou: "a consciência jurídica da comunidade".*

*O Sr.* ***Pais de Sousa*** *(PSD): – "Oponível à lei", não...*

*O Sr.* ***José Magalhães*** *(PCP): – Mas, Sr. Deputado, se não é "oponível à lei", para que é que serve? A Constituição estabelece a sujeição à lei e V. Ex.ª estabelece a sujeição à consciência jurídica da comunidade. Se a "consciência jurídica da comunidade" é idêntica à lei, a questão não se coloca, a questão só se coloca quando a "consciência jurídica da comunidade" é contrária à lei. Em caso de conflito entre a "consciência jurídica da comunidade" e a lei, diga-me V. Ex.ª: por onde é que se sai? Como a "consciência jurídica da comunidade" há-de ser vertida através da hermenêutica feita pelo magistrado, e como o magistrado há-de, para isso, optar entre a subordinação à lei ou a subordinação à "consciência jurídica da comunidade", é evidente que a única hipótese relevante é a hipótese de conflito. Como é que V. Ex.ª sai na hipótese de conflito? Se sai pela prevalência da lei, a sua proposta é inútil, se sai pela prevalência da*

*"consciência jurídica da comunidade", a sua proposta fere a minha consciência jurídica, em termos jurídico-constitucionais! É verdadeiramente perigosa, na medida em que dissolve a lei, dissolve o Estado de direito democrático numa das suas vertentes fundamentais. Schmitt resolveu esse problema, mas V. Ex.ª seguramente não seguirá o caminho de Schmitt quanto à forma de resolver esse problema: não seguirá seguramente pelo caminho da dissolução da lei nem, obviamente, pela prevalência da vontade do chefe (nesse caso histórico do Führer) em relação ao conjunto das leis, vendo a lei como "emanação da vontade do chefe". Consequentemente, excluídas essas hipóteses, todas elas horripilantes (qualquer que seja a posição sobre a questão do chefe), o terreno das dúvidas é enorme e suspeito o apelo ao combate ao positivismo como tal entendido. Olhando à volta não vejo aqui nenhum positivista nesse sentido tacanho, limitado. Mesmo olhando para baixo das mesas, não lobrigo...*

*Por outro lado, no que concerne às questões relacionadas com o direito objectivo e o desprezo pelo literalismo, etc., em matéria de interpretação, também não lobrigo por aqui, mesmo olhando para debaixo das mesas, nenhum literalista. Mas é facto que devemos todos aplicar as regras hermenêuticas, designadamente quanto ao valor e à prevalência da Constituição.*

*Assim sendo, resta um campo de hipóteses que me parece francamente mesquinho, porque sabemos haver quem sustente que está inscrito na "ordem natural das coisas", como as estrelas, as estalactites e talvez o HLV, que, por exemplo, "o servo deve sempre obedecer ao amo e o amo deve ter sempre o direito de se apropriar dos frutos do trabalho alheio" (isto já foi sustentado historicamente). E há quem sustente que cabe aos trabalhadores trabalhar e às entidades patronais*

*apropriar-se da mais-valia. Seria tudo uma coisa "natural", uma coisa "necessária", tal como a "flexibilidade", ditadas pelos astros, inscritas na alma humana. Repudiamos, evidentemente, esta concepção. Sucede que a Constituição a repudia também...*

*O Sr.* ***Costa Andrade*** *(PSD): – Em relação à lei, foram ditas tantas coisas...*

*O Sr.* ***José Magalhães*** *(PCP): – Foram ditas tantas coisas e foram superadas tantas ordens jurídicas que se tomaram por "naturais" e a "natureza das coisas" revelou ser tão diferente de certas naturezas humanas e de certas forças e constelações de poderes em determinadas alturas, aspirando algumas a durar mil anos (e tendo durado bem pouco!), que eu creio que tudo isso está ultrapassado e não devíamos reeditar velhos debates que a Constituição quis, precisamente, encerrar.*

*O Sr.* ***Presidente****: – Dá-me licença que o interrompa, Sr. Deputado?*

*O Sr.* ***José Magalhães*** *(PCP): – Aliás, eu já acabei, Sr. Presidente. Somos contra esta proposta, a todos os títulos.*

*Vozes.*

*O Sr.* ***Presidente****: – É óbvio que isto não reveste condições para ser aprovado.*

*Vozes.*

*O Sr.* ***José Magalhães*** *(PCP): – Há gestos inequívocos no sentido negativo. Estou a ver o Sr. Deputado Costa Andrade acenar para, em última instância, suponho eu, retirar a proposta.*

*O Sr.* ***Costa Andrade*** *(PSD): – Esta é uma das propostas por que nos bateremos até ao fim.*

*O Sr.* ***José Magalhães*** *(PCP): – Sr. Deputado, não nos diga isso!*

*O Sr.* ***António Vitorino*** *(PS): – (Por não ter falado ao microfone, não foi possível registar as palavras do orador.)*

*Vozes.*

*O Sr.* ***José Magalhães*** *(PCP): – Essa é a 14.ª questão que o PSD coloca ao PS nas negociações secretas.*

*Vozes.*

*O Sr.* ***Presidente****: – Tem a palavra a Sr.ª Deputada Maria da Assunção Esteves.*

*A Sr.ª* ***Maria da Assunção Esteves*** *(PSD): – Sr. Presidente, o que aqui foi dito obriga-me a fazer uma curta intervenção sobre a nossa proposta.*

*O Sr. Deputado Vera Jardim rejeitou a proposta mas, pessoalmente, não é contra uma certa ideia de direito que não se decalca necessariamente sobre a ideia de lei; o Sr. Deputado Miguel Galvão Teles manifestou mesmo uma simpatia pela proposta e só vimos uma rejeição radical por parte do Sr. Deputado José Magalhães.*

*Vozes.*

*O Sr.* ***Presidente****: – Ponha-me lá também a mim, que seria contra uma proposta deste género, sem prejuízo de saber perfeitamente o que distingue a lei do direito.*

*O Sr.* ***António Vitorino*** *(PS): – (Por não ter falado ao microfone, não foi possível registar as palavras do orador.)*

*A Sr.ª* ***Maria da Assunção Esteves*** *(PSD): – O que hoje se diz sobre um certo esbatimento das ideologias e de uma certa identificação político-partidária com um certo modo de ver o direito, do ponto de vista filosófico, não prejudica que eu venha aqui assumir pessoalmente e, de certo modo, em nome do meu partido, o facto de esta proposta vir na sequência de um certo posicionamento político-filosófico do PSD. O acrescentamento do inciso "e ao direito" à actual redacção da Constituição tem aqui um sentido claro e inequívoco: em primeiro lugar, tem um sentido de imprimir a esta redacção conotações materiais do direito que não se compadecem com uma leitura escassa de um*

*positivismo extremo, isto é, de um positivismo ideológico. Pretende-se consagrar aqui, ao nível da elaboração da lei fundamental, a ideia de que o direito, para ser direito justo, tem de conter um mínimo de princípios materiais que, aliás, encontram já consagração noutros lugares da Constituição. A ideia é a de que a lei tem de facto um valor fundamental, mas que ela, no nosso entender, comporta um certo sentido de uma moral universalista que lhe dá um certo conteúdo material; a ideia é a de que o PSD rejeita aqui uma noção cega de positivismo ideológico, no sentido de a lei ter de ser obedecida a qualquer custo e ter um conteúdo justo só pelo facto de o ser. Estou-me a lembrar de uma citação sobre o problema da lei e dos princípios materiais que se lhe devem colar, referindo o autor que a lei tem um minimal content of natural law, isto é, há sempre um conjunto de princípios materiais que não podem existir desgarrados da lei. O que o PS aqui pretende não é criar uma certa libertinagem no modo de fazer o direito e de o aplicar; é, pelo contrário, imprimir à lei aqueles valores materiais, sem os quais a lei não pode ser justa, que não se baseiam numa versão contingente de leituras jusnaturalistas puras, antes obedecem aos parâmetros de uma moral kantiana universalista que tem a ver com a rejeição do positivismo ideológico e com a aceitação de fundamentos materiais que estejam ligados ao princípio da liberdade e da dignidade da pessoa humana. Não quer dizer mais do que isso, nem quer subtrair à lei qualquer tipo de valoração como ponto decisivo para a criação das decisões pelos tribunais.*

*O Sr.* ***Presidente****: – Mas, como sabe, Sr.ª Deputada, a proposta não irá ser aprovada da mesma maneira.*

*[Em reunião posterior – de 9 de Fevereiro de 1989 –, constante do DAR datado de 21 de Abril de 1989, procedeu-se à votação]*

*O Sr.* ***Presidente [Rui Machete]****: (...) Em relação ao artigo 208.º existem duas propostas, apresentadas, respectivamente, pelo CDS e pelo PSD, que são idênticas. Vamos, portanto, votá-las em conjunto.*

*Não há inscrições, Srs. Deputados?*

*Pausa.*

*Como não há inscrições, vamos proceder à votação em conjunto das propostas de alteração do art. 208.º apresentadas pelo CDS e pelo PSD.*

*Submetidas à votação, não obtiveram a maioria de dois terços necessária, tendo-se registado os votos a favor do PSD e os votos contra do PS e do PCP.*

*É a seguinte:*

*Artigo 208.º*

*Independência*

*Os tribunais são independentes e apenas estão sujeitos à lei e ao direito.''*[35]

**§79 (Explicitações referentes aos trabalhos concernentes ao art. 203.º)**

O relato feito concita explicitações semelhantes às expostas a propósito da Revisão de 1982. Passa-se, pois, a muito breves sublinhados, complementados com o que ali se disse:

**1.º** O *Direito além do Direito legal* é caracterizado nos seguintes elucidativos termos:

- "valores materiais do Direito",

- "princípios ético-jurídicos",

[35] Diário da Assembleia de República, II Série, n.º 89-RC, 21 de Abril de 1989, p. 2640.

- "valores que decorrem da chamada consciência ético-jurídica da comunidade";

enfim, invocando conotações materiais do Direito, justiça, normas a apurar pelo tribunal que corporizam, densificam princípios materiais já consagrados na Constituição, liberdade e dignidade da pessoa humana.

É salientado, mais uma vez, o perigo da *vagueza*, da incerteza, do arbítrio: *Vera Jardim* fala de "instabilidade máxima"; *Miguel Galvão Teles* fala em "margem de instabilidade grave"; *José Magalhães* fala em "riscos (…) de dissolução da Constituição e das leis".

**2.º** Rejeita-se, novamente, a *consciência ético-jurídica da comunidade* como instância que garantiria objectividade no apuramento de normatividades translegais. Ou seja, rejeita-se uma abordagem, uma apreensão sociológica dessas realidades axiológicas.

*José Magalhães* enfatiza que o *vago Direito*, apurado pelo juiz, poderia conflituar com o *Direito legal*, *inclusive*, naturalmente, com a Constituição. E surpreenderia que o juiz não resolvesse esse conflito, dando prioridade à *norma… por si próprio densificada* (pois igual legitimidade teria para criar a correspondente *norma de conflito*).

**3.º** *José Magalhães* sublinha que a referência à lei inclui vários *modos de produção e revelação* de normas jurídicas, exemplificando-os com a Constituição (além da lei ordinária). Evidenciaria, pelo exemplo dado, a variedade dos tipos legais (descortináveis no *bloco da legalidade*).

**4.º** Ainda com *José Magalhães*, é retomada a associação entre o drama da Alemanha nazi e a translegalidade apurada ao abrigo de conceitos vagos como *vontade do chefe*, do *Führer*, como certas *ordens naturais*, certas *naturezas das coisas*, certas *naturezas humanas* (também fundantes da translegalidade na Alemanha nazi). Mais uma vez, anula-se, no Parlamento português, o vulgarizado (ainda hoje) e impressivo argumento anti-positivista (que é o de diabolizar o *legalismo*, ao associar a Alemanha nazi a Direito positivista legalista).

**5.º** O debate em Comissão terminou na convicção da rejeição da proposta. Seguiu-se o debate em Plenário. Assim, mais uma vez, recusa-se o *Direito além da*

*lei*, recusa-se que os tribunais trabalhem com o que é *axiologicamente vago* (*v.g.*, o *tal Direito*), recusa-se a positivação, a juridicização judicial.

**§80 (Transcrições dos trabalhos de 1989, em Plenário, referentes ao art. 203.º[36])**

> *"O* ***orador*** *[Narana Coissoró]: - (...)*
>
> *Finalmente, quanto ao acrescento de que os tribunais são independentes e apenas estão sujeitos à lei, acrescentámos a expressão "(...) e ao Direito".*
>
> *A interpretação vem de que os tribunais são um órgão do Estado de Direito e não do Estado de lei. Se há uma distinção entre a lei e o Direito é a de que este é muito mais relevante do que a lei. Os tribunais devem ficar sujeitos ao Direito e não à lei. Eu sei que aqui a palavra "lei" é interpretada no sentido de "Direito", mas não ficaria mal que os tribunais, como órgãos do Estado de Direito, ficassem também sujeitos ao Direito e não apenas à lei.*
>
> *Estas são algumas das propostas que fizemos. Elas são mais explicitantes do que propriamente substantivas ou modificantes da lei, exceptuando o caso dos tratados internacionais. Por isso mesmo estaremos na disposição de as retirar se no decorrer do debate nos convencermos de que elas são de retirar, mantendo na substância a matéria actual que consta da Constituição.*
>
> *(...)*
>
> *O Sr.* ***Presidente*** *[Vítor Crespo]: – Para um pedir esclarecimentos, tem a palavra o Sr. Deputado Costa Andrade.*

[36] Diário da Assembleia de República, I Série, n.º 85, de 23 de Maio de 1989, pp. 4140-4141.

*O Sr.* ***Costa Andrade*** *(PSD): – Sr. Deputado Narana Coissoró, ouvi a parte da sua intervenção atinente ao artigo 208.º, e devo dizer que concordo com as razões que invocou. Há toda a conveniência em interpretar a expressão já vigente "(...) apenas estão sujeitas à lei" não no sentido formal, estrito, de lei como fonte específica de Direito, mas no sentido de ordem jurídica de qualquer forma material ou formalmente legitimada, por contra-posição a formas de pressão ilegítimas sobre os tribunais. Também o meu entendimento é esse. Só que tanto a proposta do PSD como a do CDS tentaram estabelecer aqui uma distinção que tem, no fundo, uma certa necessidade de reagir contra os perigos de um certo positivismo e, portanto, pusemos no texto além da lei o Direito.*

*De todo o modo, verificando-se, por aquilo que é realista verificar, que tanto a proposta do CDS como a do PSD não vão passar...*

*O Sr.* ***José Magalhães*** *(PCP): – Muito bem!*

*O* ***orador****: – ... e como a sua eventual desaprovação pode ser prejudicial ao sentido, que penso que era o do PSD e que é pelo menos o do PSD – de resto na linha de uma proposta que vem do projecto da Aliança Democrática – talvez fosse conveniente retirar a proposta até porque da sua eventual reprovação pode resultar uma certa orientação hermenêutica que é prejudicial. Entendemos assim e em conformidade dever retirar a proposta.*

*Portanto, Sr. Presidente e Srs. Deputados, a nossa proposta relativa ao artigo 208.º está retirada.*

*O Sr.* ***José Magalhães*** *(PCP): – Vamos ver é se o CDS percebe!*

*O Sr.* ***Presidente****: – Para responder, tem a palavra o Sr. Deputado Narana Coissoró.*

*O Sr.* ***Narana Coissoró*** *(CDS): – Sr. Presidente, Srs. Deputados, Sr. Deputado Costa*

*Andrade: A nossa interpretação e a nossa mens legislatoris constará nas actas e, portanto, ninguém poderá extrair dela argumentos a contrario. De facto, isto não pode ser um "favor" ao Partido Comunista que pode querer introduzir além da lei outras formas de pressão sobre os tribunais. Nós não queremos isso. Dizemos que o não retirar da proposta não pode ser interpretado como a contrario sensu. Entendemos que no Estado de Direito os tribunais devem aplicar o Direito, e, como sempre, vamos manter a nossa proposta para que o Partido Comunista a vote em contrário.*

*O Sr.* ***José Magalhães*** *(PCP): – O Partido Comunista e o Partido Socialista!"*

*(...)*

*O Sr.* ***Presidente (João de Abreu)*** [37]*: – Srs. Deputados, vamos votar a proposta de aditamento ao corpo do artigo 208.º, apresentada pelo CDS.*

*Submetida a votação, não obteve a maioria de dois terços necessária, tendo-se registado votos contra do PS, do PCP, do PRD, de Os Verdes e dos Deputados Independentes Helena Roseta, João Corregedor da Fonseca e Raúl Castro e votos a favor do PDS e do CDS.*

*Era a seguinte:*

*Artigo 208.º*

*Independência*

*Os tribunais são independentes e apenas estão sujeitos à lei e ao direito."*

### §81 (Explicitações)

**1.º** No Plenário, foi apresentada essa proposta (*rectius*, proposta do PSD, coincidente com a do CDS). E a decisão da Assembleia foi, mais uma vez, a rejeição da

[37] Diário da Assembleia da República, 1.ª Série, n.º 89, de 31 de Maio de 1989, p. 4405

translegalidade, reafirmando o positivismo legalista democrático, vedando ao tribunal a função de *positivação* do Direito a partir de valores e princípios.

**2.º** Cabe assinalar que se voltou à qualificação, pelo PSD, dessa proposta, como sendo meramente interpretativa de *lei*. Ora, antevendo-se a rejeição da proposta, e evitando que a rejeição, enquanto lei interpretativa significasse (aos olhos dos intérpretes) rejeição do significado de *lei* como sendo *Direito*, o PSD retirou a proposta. Rejeição que precisamente com esse significado já ocorrera em 1982. E que, naturalmente, teve precisamente esse significado.

Quanto à proposta do CDS: foi mantida. E foi rejeitada. O referido significado, temido pelo PSD, manteve-se (já vindo, repete-se, de 1982), ao ter ido a votos a proposta do CDS, e ao ter sido rejeitada.

**3.º** Acrescenta-se que o deputado do PSD *Mário Raposo* veio fazer uma declaração de voto. Retorna à posição do PSD, invocando a seu favor a ultrapassagem histórica do positivismo legalista, e a sua ultrapassagem em Direitos estrangeiros.

**4.º** Conclusão: o *Direito além da lei* é recusado. Pela *vagueza*. Seria porta de entrada do arbítrio e poderia pôr em causa a democrática lei.

Recorda-se: logo no início deste Livro foi explicitado o significado de "lei" (atenta a palavra "lei" e também atenta a elucidação trazida por "sujeitos" e por "apenas"): norma positivada nos textos legais. E, recorda-se, ainda, a abrangência das *normatividades recusadas* ao ser recusado o *Direito que não o legal*. Assim, de cada vez que se recusa este *Direito*, são todas essas normatividades que são recusadas. As que são alternativas à normatividade do texto legal (*rectius*, *positivada* no texto legal – a única quanto à qual se pode dizer estar-se *sujeito*). Sejam elas costumeira, jusnatural, ética, jurisprudencial à maneira anglo-saxónica, doutrinária à maneira dos responsa romanos, ou, em especial, a decorrente da ponderação de valores e princípios, vindos de dentro ou de fora do texto legal. Podendo acontecer que *umas delas* sejam enfatizadas por um deputado e *outras delas* enfatizadas por outro deputado (tenha-se presente as muito variadas *fórmulas axiologicamente vagas* que uns e outros, vão, ao longo dos debates invocando).

### §82 (Enquadramento dos trabalhos da CERC referentes ao art. 3.º/2)

Tal como na Assembleia Constituinte e na Revisão de 1982, *paralelamente* às propostas de alteração do art. 203.º, há propostas de alteração do art. 3.º/2. Propondo-se, mais uma vez, que *legalidade democrática* fosse substituída por *lei e Direito*.

Passa-se a apresentar esses trabalhos e as correspondentes explicitações.

### §83 (Transcrições dos trabalhos de 1989 referentes ao art. 3.º/2 [38])

> *O Sr.* ***Presidente*** *[O Deputado Rui Machete]: – Tem a palavra o Sr. Deputado Pais de Sousa.*
>
> *O Sr.* ***Pais de Sousa*** *(PSD): – Sr. Presidente, o PSD propõe para o n.º 2 do artigo 3.º a eliminação da expressão "e funda-se na legalidade democrática" e a introdução do inciso "às leis e ao direito".*
>
> *O n.º 2 reafirma o princípio da constitucionalidade do Estado, segundo o qual este encontra-se submetido à lei fundamental – não é sujeito, mas, sim, objecto da Constituição, o que co-envolve, em certo sentido, a própria ideia de constituição.*
>
> *As razões que nos levam a propor esta alteração devem ser procuradas nos debates ocorridos quer no âmbito da primeira revisão quer no âmbito da própria Assembleia Constituinte. A expressão "legalidade democrática" é, de certa maneira, equívoca. No entanto, ela parece abranger os princípios ou regras do Estado de direito democrático. Alguns autores questionam-se, aliás,*

[38] Diário da Assembleia de República, II Série, n.º 59-RC, de 29 de Novembro de 1988, pp. 1866-1868 e, quanto à votação, p. 2906.

*se com isto se quer expressar uma ideia de submissão das autoridades públicas à lei formal.*

*Quanto à proposta do PSD, nós entendemos que se justifica a clarificação da norma. Quando propomos a introdução do inciso "e ao direito", entendemos que os valores materiais do direito devem ser considerados para além da mera lei positiva. No fundo, é o tal apelo ao princípio ético-jurídico a que já tínhamos feito alusão quando se tratou de anotar a alteração proposta para o artigo 208.º. Quanto a nós, esta expressão "e ao direito" deve ser entendida em sentido objectivo. No fundo, o Estado aceita os valores de justiça que são anteriores à sua própria existência; portanto, o Estado deverá respeitar as formas jurídicas – deverá, de alguma maneira, subordinar-se ao princípio da juridicidade.*

*(...)*

*O Sr.* ***José Magalhães*** *(PCP): – Sr. Presidente, gostaria de emitir um juízo sobre as propostas em debate.*

*(...)*

*Curiosamente, o PSD expurga e adita. Expurga o "democrático" e adita o "direito": o direito não qualificado e o democrático com a qualificação que é sabida.*

*O Sr.* ***Presidente****: - Sr. Deputado José Magalhães, nós não expurgamos o "democrático". Expurgamos, sim, a expressão "legalidade democrática", o que é radicalmente diferente. É só uma questão de precisão.*

*O Sr.* ***José Magalhães*** *(PCP): - (...)*

*Os constituintes portugueses reflectiram neste texto demasiados anos de submissão a um quadro constitucional que tinha entre as suas matrizes fundamentais esta componente que acabei de descrever. A opção pela utilização frequente da expressão "legalidade democrática", que tem, como é óbvio, dificuldades hermenêuticas, é marcada pela*

*necessidade de um contraste na parte negativa e pela necessidade de uma apologia e até de uma pedagogia democrática na outra vertente. Assim, enveredou-se pela não alusão à noção inqualificada apenas de lei, mas a referência reiterada à noção complexiva de legalidade democrática. Substitui-la para quê? Para substitui-la pela noção de "lei e de direito" a la Reagan/Bush? É que, ainda por cima, isso foi justificado pelo Sr. Deputado Pais de Sousa com uma alusão aos diáfanos "valores materiais do direito" – e suponho que direito com maiúscula, embora na vossa proposta esteja com minúscula, mas é um lapso – e "entendido em sentido objectivo". É um mau caminho. Enxertar na matriz constitucional em sede de princípios fundamentais, o que tem um valor conformador que não escapará a ninguém, esta noção ou esta alusão ao direito assim recebido e assim tornado em elemento ao qual o Estado está subordinado, em termos paralelos ao da Constituição (e até, como certos Srs. Deputados o entendem, anterior à própria Constituição como elemento fundante, anterior à própria Constituição e dela própria conformador), é, como se sabe, um caminho que abre portas que podem conduzir, através de uma auto-estrada, a noções susceptíveis de pôr em causa a própria legalidade democrática em nome de uma contradição com o Direito, com maiúscula, como deve ser quando se começa a beber a água na qual o PSD pousou os lábios sem ousar ir até ao fim.*

*(...)*

*[Em reunião posterior, constante do DAR datado de 12 de Maio de 1989, procedeu-se à votação]*

*Sr. **Presidente** [Deputado Almeida Santos]: -* [39]*Vamos votar a proposta do CDS de eliminação do actual n.º 2 do art. 3.º.*

*Submetida à votação não obteve a maioria de dois terços necessária, tendo-se registado os votos contra do PSD, do PS e do PCP.*

*[...]Vamos votar a proposta do PSD para o n.º 2 do artigo 3.º.*

*Submetida à votação não obteve a maioria de dois terçosnecessária, tendo-se registado os votos a favor do PSD e os votos contra do PS e do PCP.*

*É a seguinte:*

*2 – O Estado subordina-se à Constituição, às leis e ao direito.*

*[E, mais tarde, já em Plenário]*

*Votação em Plenário* [40]

*O Sr. **Presidente** [Sr. Deputado Vital Moreira]: - (...)*

*Srs. Deputados, passamos ao artigo 3.º*

*O Sr. Secretário (**Reinaldo Gomes**): - Em relação ao artigo 3.º há propostas de substituição apresentadas pelo PSD, pelo PS e pelos Srs. Deputados Helena Roseta e Sottomayor Cardia, todas elas retiradas e de eliminação do n.º 2, apresentada pelo CDS, que se mantém.*

*O Sr. **Nogueira de Brito** (CDS): - Sr. Presidente quero apenas informar que o CDS também retira a sua proposta.*

*O Sr. **Presidente**: - Portanto, nada há a votar em relação ao artigo 3.º*

**§84 (Explicitações)**

---

[39] Diário da Assembleia de República, II Série, n.º 102-RC, 12 de Maio de 1989, pág. 2906.
[40] Diário da Assembleia de República, I Série, n.º 89, 31 de Maio de 1989, p. 4438.

**1.º** O proponente (PSD) remete para a fundamentação da proposta, já constante dos trabalhos dos constituintes e da Revisão de 1982. Quer os respeitantes ao disposto no art. 203.º, quer os respeitantes ao *paralelo* disposto no art. 3.º/2.

Assinale-se que o PSD considera a expressão "*legalidade democrática"* como sendo equívoca, e, mais uma vez, afirma que Direito acolhe os "*valores materiais do Direito"*, o "*princípio ético-jurídico",* os "*valores de justiça"*, preconizando o "*princípio da juridicidade"* em substituição do *princípio da legalidade*.

**2.º** *José Magalhães* vem, na esteira da fundamentação da defesa da legalidade democrática e da recusa de *o Direito*, enfatizar o carácter [material] de "*legalidade democrática"*, resguardado de *colonizações indesejáveis*, mormente totalitarismos. Precisamente, pelo adjectivo *democrático*. Pelo contrário, sublinha que *Direito tout court* (ou *Estado de Direito, tout court*) ou *lei tout court* são expressões vulneráveis a conteúdos que a História rejeitou (como sejam totalitarismos ou outros conteúdos normativos ditados por *alguém,* e não ditados pela comunidade – "*legalidade anti-democrática"* foi a expressão usada nos debates). Insiste (como já nos trabalhos da Constituinte e da 1.ª Revisão): com a palavra "*democrática*" consegue-se o pretendido com a expressão *material*. E não com *Direito*, suficientemente vago para nele se acolher o que se pretendia evitar. Exemplificando com "os diáfanos valores materiais do Direito".

## **Capítulo 5.º-** Os trabalhos da Revisão Constitucional de 1997 confirmam o positivismo legalista.

### §85 (Enquadramento da atenção dada a mais este processo de Revisão constitucional, de 1997)

Começa-se por recordar a contextualização de cada uma destas invocações dos trabalhos parlamentares, desde 1976: perante o art. 203.º apurou-se o seu *sentido primeiro*. Tem-se vindo a testar esse sentido. E os elementos coligidos, ao longo de

décadas, em intervenções parlamentares variadas, em que se confrontam juristas e não juristas, académicos e não académicos, de *um lado e do outro*. Tudo de modo pormenorizado, pausado, pesando palavras e argumentos, confirma, até aqui, o *sentido primeiro* – os tribunais desempenham a sua função jurisdicional aplicando exclusivamente, sem campo para *opção*, as normas presentes, *já positivadas* no texto legal (desde que, naturalmente, *válidas* intralegalmente). Por outras palavras: não aplicam normas de outras fontes, nem *normas* que apenas *potencialmente existem* (pois para existirem seria, ainda, necessário um *acto positivador legal* que, com a sua característica discricionariedade, hierarquizasse os interesses em causa, enfim, acto legal que *optasse*, que procedesse à *positivação*, à *densificação* de meras fórmulas de alusão axiológico-principialista incluídas no texto constitucional).

Resta continuar a examinar esse *sentido primeiro*, à luz dos restantes *materiais* interpretativos de que depende a confirmação ou infirmação dessa solução. Podendo acontecer, naturalmente, deporem a favor de significado que não esse.

Assim, passa-se à Revisão de 1997 (e, depois, a outros elementos interpretativos: o restante enquadramento sistémico do disposto no art. 203.º, e a conjuntura aquando da sua feitura, e na actualidade).

Cabe assinalar que, nesta revisão, o tema *positivismo legalista/ translegalismo* é tratado apenas a propósito do art. 3.º/2. E não do art. 203.º (plausivelmente – atendendo ao ocorrido em 1989 –, prevenindo *ainda mais* argumentos contrários à translegalidade).

### §86 (Trabalhos na CERC, referentes ao art. 3.º/2 [41])

> *O Sr.* ***Presidente [Deputado Vital Moreira]****:*
> *– Srs. Deputados, passamos ao artigo 3.º e à proposta do PSD quanto ao n.º 2.*
>
> *Para apresentar a proposta do PSD, constante do projecto de revisão constitucional n.º*

[41] Diário da Assembleia de República, II Série-RC n.º 15, de 18 de Julho de 1996, p. 327-330.

*5/VII, relativamente ao n.º 2 do artigo 3.º, tem a palavra a Sr.ª Deputada Maria Eduarda Azevedo.*

*A Sr.ª* ***Maria Eduarda Azevedo*** *(PSD): – Sr. Presidente, Srs. Deputados: A proposta do PSD resulta clara se remontarmos à versão original e à história da Constituição política de 1976. Portanto, à data, entre "legalidade democrática" e "legalidade socialista", houve uma solução compromissória que resultou na versão que hoje ainda se encontra consagrada. Afigura-se-nos que o que está, efectivamente, em causa é a problemática da legalidade e, nesses termos, a redacção que propomos contempla, de uma forma mais correcta, essa mesma subordinação, que entendemos fundamental.*

*Além do mais, afigura-se-nos que manter legalidade democrática é redundante, dado o estado da nossa democracia. Os cidadãos portugueses certamente que já não compreendem outra legalidade que não seja a democrática e essa resulta da subordinação à Constituição, às leis e ao direito, e parece-me que, no presente estádio, só nos resta, agora, solicitar também, da parte do PS, uma contrição – aquela mesma a que há pouco o Sr. Deputado fazia apelo, do nosso lado, e para a qual agora somos nós a apelar –, no sentido de acompanhar a proposta que apresentamos.*

*O Sr.* ***Presidente****: – Srs. Deputados, está à consideração a proposta do PSD para substituir o n.º 2 do artigo 3.º da CRP, ou seja, para substituir o texto actual "O Estado subordina-se à Constituição e funda-se na legalidade democrática" por "O Estado subordina-se à Constituição, às leis e ao direito".*

*O Sr.* ***José Magalhães*** *(PS): – Separou-se a apresentação da proposta do Sr. Deputado Cláudio Monteiro?*

*O Sr.* ***Presidente****: – Separei porque são propostas distintas sobre temas distintos, e, por isso, não passei ainda à proposta do n.º 3. Não passei à*

*discussão da proposta do Sr. Deputado Cláudio Monteiro, está apenas em discussão a proposta que enunciei.*

*Tem a palavra o Sr. Deputado Luís Sá.*

*O Sr.* ***Luís Sá*** *(PCP): – Sr. Presidente, esta proposta, do ponto de vista prático, coloca a seguinte questão: a Sr.ª Deputada diz "porquê manter a expressão legalidade democrática no estádio actual da nossa democracia?" Porém, pode pôr-se a questão ao contrário e perguntar porquê eliminar a expressão legalidade democrática.*

*É evidente que ela nasceu num contexto bastante específico, que foi exactamente a ideia de que poderia haver um culto da legalidade e até uma afirmação do Estado de direito que, na prática, correspondessem à negação de direitos, liberdades e garantias fundamentais e de princípios estruturadores fundamentais do Estado democrático e, daí, esta preocupação de adjectivar a legalidade, sem dúvida nenhuma no quadro compromissório que a Sr.ª Deputada, e bem, referiu, mas, em todo o caso, com o propósito que, creio, é inteiramente louvável.*

*Porém, a questão que se coloca é se a expressão que o PSD propõe em substituição, por sua vez, não aparece ligada a determinadas experiências históricas e preocupações historicamente definidas. Por exemplo, a expressão "lei e direito" coincide com a Constituição de Bona de 1848 e tinha subjacente, inclusive, a ideia de que haveria um conjunto de valores plasmados na ideia de direito que seriam, de algum modo, superiores à própria legalidade vigente.*

*Naturalmente que isto era algo que, em última instância, poderia ter outras leituras, designadamente uma leitura de utilização da ideia de direito contra, por exemplo, a ideia de legalidade vigente e, designadamente, de legalidade democrática vigente. Certamente que não é esse o*

*propósito do PSD, mas a questão que se coloca é a de saber quais são as vantagens concretas desta alteração.*

*Um segundo aspecto é também o de saber a razão da ideia de eliminar a afirmação de que o Estado se funda na legalidade democrática. Isto é, a Constituição procura hoje, por um lado, afirmar uma ideia de subordinação própria Constituição e, por outro lado, uma ideia global de que o Estado se funda na legalidade. O PSD, pura e simplesmente, adianta a ideia de subordinação à Constituição, às leis e ao direito, o que, creio, é empobrecedor em relação àquilo que está actualmente na Constituição, isto é, por um lado, a ideia de subordinação à Lei Fundamental e, por outro, a ideia de que o Estado se funda na legalidade democrática.*

*Por outro lado, creio que esta expressão legalidade democrática tem a vantagem de ser uma expressão marcadamente abrangente, tendo potencialidades para abranger o bloco legal, isto é, não apenas as leis, em sentido formal, mas todas as outras normas jurídicas, incluindo, na situação actual, por exemplo, as normas emanadas da Comunidade Europeia e todas as outras normas a que o Estado deve obediência.*

*Portanto, resulta um pouco da explicação da Sr.ª Deputada esta perplexidade: perde-se alguma coisa, neste contexto, e não fica muito claro aquilo que se pode ganhar.*

*O Sr.* ***Presidente****: – Tem a palavra o Sr. Deputado José Magalhães.*

*O Sr.* ***José Magalhães*** *(PS): – Sr. Presidente, na actual redacção do artigo 3.º, n.º 2, há virtudes, potencialidades e características, sobre algumas das quais, aliás, o Sr. Deputado Luís Sá acaba de se pronunciar, resumindo os termos da hermenêutica, inclusivamente dando-lhe uma nota actualista na interpretação do conceito de legalidade democrática*

*para incorporar também os adquiridos da construção comunitária, o que me apraz, aliás, sublinhar. E essas virtualidades dispensam abono, ou seja, esta redacção de um "Estado subordinado à Constituição", nos termos que claramente devem ser reconhecidos ao artigo 3.º, n.º 2, e "fundado na legalidade democrática", com tudo o que flui dessa expressão, tem características positivas que importa sempre sublinhar.*

*Quais são as virtualidades decorrentes da redacção introduzida pelo PSD? Essa é a questão que está por apurar e sobre as quais, infelizmente, a Sr.ª Deputada Maria Eduarda Azevedo não trouxe alguns dos abonos que, francamente, esperava e deixou em "fluo" algumas coisas que talvez houvesse vantagem em iluminar com holofotes e à luz crua.*

*Se há alguma ideia alheia à Constituição e mesmo hostil a ela é a de que possa haver valores jurídicos indefinidos, uma amálgama conceptual no que se refere à lógica jurídica, suprema, superior à Constituição, e que possa estabelecer com ela uma ordem de conflitos, valores que sejam oponíveis aos valores constitucionais mas igualmente fundadores e subordinadores do Estado.*

*Nas ordens constitucionais, esse debate existiu e a importação desse debate para Portugal, felizmente, foi excluída em 1976, foi excluída também em 1982, foi excluída ainda em 1989, não esteve presente sequer no debate da revisão constitucional extraordinária de 92 e é agora reintroduzida e suponho que, hoje como ontem, merece a mesma resposta pelas consequências fluidificadoras e incertificadoras do valor da própria ordem constitucional, potenciadoras de conflitos entre a lei e um direito definido em condições que certas escolas, aliás, teorizam abundantemente como potenciadoras de conflitos. Não vemos francamente vantagem da introdução na Constituição dessa dimensão.*

*No passado, isso fundou teorias de derrube da ordem constitucional, em nome do conflito entre normas de ordem constitucional e um certo conceito de direito. Mas, em 1996, Sr.ª Deputada, não vejo sequer que haja grandes ecos dessa grande guerra constitucional entre um certo conceito de direito e a constituição socialista vista como ameaça a certos valores. É que ecos dessa guerra já nem andam pelo acampamento e, assim, não vemos que haja vantagem em trazer o clangor dessas tubas que, francamente, já andam "caladotas" e desafinadas pelos arraiais. Não vemos vantagem!*

*O Sr.* ***Presidente****: – Tem a palavra o Sr. Deputado Barbosa de Melo.*

*O Sr.* ***Barbosa de Melo*** *(PSD): – Sr. Presidente, Srs. Deputados: Levanto a minha voz com respeito por VV. Ex.ªs, em defesa dos redactores do texto constitucional vigente.*

*Quer o Sr. Deputado José Magalhães quer o Sr. Deputado Luís Sá cotejaram considerações sobre os dois verbos que estão acolhidos no n.º 2 do artigo 3.º, "subordinar" e "fundar", que não abonariam muito em prol do conhecimento da língua portuguesa por parte dos redactores da Constituição. Ora, quero dizer que os redactores da Constituição dominam bem a língua portuguesa e souberam o que disseram.*

*O Sr.* ***José Magalhães*** *(PS): – Excepto no artigo 118.º!*

*O Sr.* ***Barbosa de Melo*** *(PSD): – Disseram que o Estado se subordina à Constituição. É o verbo mais forte que aí está .*

*O Sr.* ***José Magalhães*** *(PS): – Não disse eu o contrário, Sr. Deputado!*

*O Sr.* ***Barbosa de Melo*** *(PSD): – O Estado subordina-se à Constituição e, depois, funda-se na legalidade. Com o nosso arredar da legalidade, parece que estaríamos a arredar daqui coisas... Ora, nós dissemos, "subordina-se à Constituição,*

*subordina-se às leis e subordina-se também ao direito". É o sentido que tem a nossa proposta.*

*Por que é que não usamos a expressão legalidade democrática? Por uma razão histórica.*

*O Sr.* ***José Magalhães*** *(PS): – "Subordina-se ao direito"? O Sr. Deputado vai responder certamente às objecções que deduzi quanto à introdução...*

*O Sr.* ***Barbosa de Melo*** *(PSD): – São objecções muito longas e não vamos encher a tarde com isso; de contrário, a tal hora, o tal um quarto para as seis desaparecia!.*

*Queria apenas lembrar aquilo que propomos e que é, aliás, uma proposta que sistematicamente vimos fazendo...*

*O Sr.* ***José Magalhães*** *(PS): – Relembrei isso!*

*O Sr.* ***Barbosa de Melo*** *(PSD): – Até 1975/1976, jogavam-se aqui vários conceitos de legalidade. Havia a ideia do bloco da legalidade de Abril, que já foi aqui lembrado pelo Sr. Deputado Luís Sá; havia a ideia que o PPD de então exprimia; havia a legalidade revolucionária; havia a legalidade socialista. Depois houve uma transacção. É curioso mas esse texto que tem a expressão legalidade democrática resultou de uma transacção.*

*Num Estado democrático, a legalidade, em princípio, é democrática. Portanto, é essa uma explicação para mantermos a tradição de propor a eliminação deste conceito.*

*Mas deixemos a legalidade, que é uma espécie de reflexo histórico desse tempo parlamentar...*

*Sr. Deputado, suponho que foi demasiado ligeiro ao considerar o apelo ao direito como uma fonte normativa autónoma dos poderes constituídos, que esse apelo está arredado da história e já não há perigo das totalizações aí e que, portanto, não perde nada a comunidade política se todo o direito for só e*

*sempre identificado com a lei, a lei constitucional ou a lei ordinária. Ora, lei equivale a direito e só há direito se estiver plasmado na lei.*

*O Sr.* ***José Magalhães*** *(PS): – Direito contra a Constituição!*

*O Sr.* ***Barbosa de Melo*** *(PSD): – V. Ex.ª tem de entrar com outras categorias, não há só a favor ou em oposição, há também o praeter Constituição. Há coisas que estão para além do que está escrito, pois a escritura não esgota a realidade e já Camões gozava com essa atitude, dizendo: "Vejam lá agora os sábios da escritura que segredos são estes da natura".*

*O Sr.* ***José Magalhães*** *(PS): – Camões não é o meu jurista favorito!*

*Risos.*

*O Sr.* ***Barbosa de Melo*** *(PSD): – Há muitas coisas que a escritura não regista e que existem. Há princípios, há valores que não são inventados por nós, representantes ocasionais mas, de qualquer modo, representantes do povo português e legitimados de uma certa maneira. Nós é que fazemos as leis, mas não podemos ter a pretensão de esgotar o direito sob pena de elevarmos demasiado a nossa autoconfiança e nosso orgulho histórico.*

*Não, o direito é uma escritura onde todos escrevem, desde o juiz, à jurisprudência, às correntes de jurisprudência, enfim, há toda uma série de coisas que a história foi inventando e, se calhar, boa parte da libertação das pessoas, através da ordem jurídica, provém dos contributos trazidos por esse advogado obscuro, algures, que imagina uma solução que acaba por ser consagrada pela sentença, começando a fazer carreira, a fazer sulco, tornando-se um princípio de liberdade que foi introduzido na ordem jurídica.*

*Nós não somos os donos e senhores da ordem jurídica, Sr. Deputado.*

*O Sr. **José Magalhães** (PS): – Sr. Deputado, permite-me uma interrupção?*

*O Sr. **Barbosa de Melo** (PSD): – Não me interrompe porque já acabei. Acrescente e depois respondo-lhe.*

*O Sr. **Presidente**: – Tem a palavra o Sr. Deputado o Sr. Deputado José Magalhães, para fazer a pergunta ao Sr. Deputado Barbosa de Melo.*

*O Sr. **José Magalhães** (PS): – Sr. Deputado Barbosa de Melo, qual seria o alcance jurídico, normativo, preciso e concreto dessa cláusula de recepção do direito (com d minúsculo, apesar de a sua interpretação caminhar para o maiúsculo, a passos de "botas de sete léguas") no artigo 3.º, n.º 2, da Constituição? Que consequências precisas (não digo informes!) tem essa cláusula de recepção? Que paraconstitucionalidades é que introduz, que praeter constitucionalidades é que introduz, que contraconstitucionalidades é que eventualmente introduz e quais são as vantagens operativas e operacionais desta introdução e recepção do direito assim informemente, continentalmente, desde o sapateiro que cria direito até ao jurista de província, até à formação de costumes, até ao direito que vem do senhor, até ao direito que vem do volk ou do povo, que é para saber onde paramos?*

*O Sr. **Barbosa de Melo** (PSD): – Sr. Deputado, não é tempo para escrever agora um tratado a respeito disso.*

*O Sr. **Jorge Lacão** (PS): – O Prof. Castanheira das Neves já deu o seu contributo!*

*O Sr. **Barbosa de Melo** (PSD): – E não só! Constituem uma longa história na história da civilização esses contributos dados por todos nós, cada um a seu modo.*

*Daqui só retiro uma vantagem: a vantagem de nos desiludir - a nós próprios, que somos legisladores - sobre a nossa importância na condução da vida social.*

*O Sr.* ***Presidente****: – Srs. Deputados, estamos chegados à hora que determinámos para encerrar os nossos trabalhos. Recomeçaremos após as férias, em Setembro.*

### §87 (Explicitações. Nova recusa da Lição de *Castanheira Neves*)

Valem, pois, *grosso modo*, as explicitações feitas quanto aos debates e votações na Constituinte, quer sobre o art. 203.º, quer sobre o art. 3.º/2, bem como as feitas quanto às 1.ª e 2.ª Revisões Constitucionais. Cabe, ainda assim, as linhas que seguem, complementadas pelas explicitações àquelas outras ocasiões em que o problema foi tratado.

**1.º** O PSD considera que *legalidade*, em 1997, já significa, forçosamente, *legalidade democrática*. Pelo que "democrática" é redundante. Defende *o Direito* como forma de os tribunais, a Doutrina (jurisprudentes e advogados, nomeadamente), poderem *trabalhar* com Direito translegal, ou seja, positivarem normas a partir de princípios e valores. *Barbosa de Melo* exemplifica que tal abertura do sistema pode traduzir-se em ganhos no *processo* (político-ideologicamente conotado) de *libertação das pessoas*.

**2.º** Ora, mais uma vez, a tese vencedora é a de que a legalidade *democrática* impede instrumentalizações abusivas (seja de *lei*, seja de *Direito*). A propósito, desta feita, apenas insinuada a Alemanha nazi enquanto ordem jurídica translegal, fundada em Direitos *informes.*

**3.º** E, mais uma vez – pela terceira vez – se refere a Lição de *Castanheira Neves* (com a sua autonomização do Direito ante a lei) – como associada à tese desde 1976 refutada.

**4.º** Assinale-se que, pela segunda vez, se fala em costume, como fonte contraposta à lei. Em 1982, foi *Miguel Galvão Teles*, a problematizar a fonte *costume*; agora é *José Magalhães* a considerá-lo afastado, mercê do "apenas sujeito à lei" e de "legalidade democrática".

## **Capítulo 6.º-** O enquadramento, na Constituição, do disposto no art. 203.º confirma o *positivismo legalista democrático*.

### §88 (O art. 203.º e a Constituição)

Presentificados os trabalhos preparatórios, da Constituição e das revisões constitucionais sobre os textos constitucionais que mais de perto decidem acerca de legalismo democrático *vs*. translegalimo (em especial, os trabalhos preparatórios com função de *glossário com selo do legislador*), passa-se à inserção sistémica do disposto no art. 203.º. O regime da delimitação dos critérios de decisão jurisdicional (em que pontifica, como *norma especial*, o disposto no art. 203.º) concita múltiplas normas constitucionais. Cabe, pois, atender a essas normas, e concluir por a Constituição, *no seu todo*, confirmar, ou infirmar, o *sentido primeiro* apurado do art. 203.º. Muitas das normas que a seguir são tratadas são-no com a brevidade ditada por aqui servirem de *prova-dos-nove* ao que foi dito, tendo presente que vários de entre esses regimes justificariam estudos neles centrados.

### §89 (Do disposto no art. 203.º e o *Estado de direito democrático* – artigos 2.º e 3.º da CRP)

Sobre o *Estado de direito democrático* (e tendo presente o que se disse no §68) cabe evidenciar o que segue, mediante a interpretação, *pari passu*, do art. 2.º:

**1.º** Diz-nos o art. 2.º que "A República Portuguesa é um Estado de direito democrático baseada na soberania popular…": a *soberania popular* é densificada pelo disposto no art. 3.º (que, logo na epígrafe, o evidencia) que, por sua vez, estabelece que a *soberania* é exercida segundo as *formas previstas na Constituição*, ou seja, nomeadamente, segundo o regime disposto nos emblemáticos artigos 108.º e 109.º, bem

como nos artigos 113.º, 115.º, 117.º 118.º, 147.º, 149.º, 228.º/h), e, ainda, segundo o disposto no n.º 3 do art. 3.º – que consagra a *norma da constitucionalidade* dos actos.

Assim, a *soberania popular* designa um regime constitucionalmente estabelecido.

**2.º** Continua o art. 2.º: "…no pluralismo de expressão e organização política democrática…": asserção que é densificada, nomeadamente, pelo regime presente nos artigos 37.º, 51.º, 114.º, 288.º/i).

**3.º** Continua o art. 2.º: "… no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais…": asserção densificada, nomeadamente, pelo regime disposto nos artigos 18.º a 57.º, 16.º, 17.º, 288.º/d) e e); além do disposto no art. 165.º/1, b).

**4.º** Continua o art. 2.º: "… *e* na separação e interdependência de poderes…": asserção densificada, nomeadamente, pelo regime da separação e interdependência dos órgãos, segundo o disposto no art. 111.º que, em consonância com o disposto no art. 110.º, remete para as normas que, na Constituição, estabelecem a formação, a composição, a competência e o funcionamento dos órgãos de soberania. Como sejam as estabelecidas nos artigos 120.º, 121.º, 133.º, 136.º (quanto ao Presidente da República), 147.º, 148.º, 161.º, 166.º, 167.º a 170.º (quanto à Assembleia da República), 183.º, 187.º, 182.º, 197.º e seguintes (quanto ao Governo), e 215.º, 209.º, 202.º, 203.º (quanto aos tribunais).

**5.º** Não cabendo atentar na parte final do art. 2.º (fins programáticos dirigidos ao legislador ordinário), sublinha-se que o *Estado de direito democrático* reconduz-se aos regimes apresentados atrás. Regimes cujo elenco termina com um "e". Estes regimes e não outros. Houvesse outros regimes nele aglutinados (como seria o caso do *elenco principialista* de que falava *Pedro Roseta*, na Constituinte), e necessário seria estarem elencadas, atento o efeito que tais normas têm – de delimitar (limitando) a democrática discricionariedade política do legislador.

**6.º** O que se acaba de dizer concita o sucessivamente retomado debate acerca de o Estado (com os seus órgãos) fundar-se na *legalidade democrática* ou, em alternativa, no *Direito*. Debate que sempre conduziu à opção constitucional pela *legalidade*

*democrática*, rejeitando-se o *vago Direito*. Recorde-se: recusou-se, pois, que *Direito* em *Estado de Direito* incluísse valores e princípios conducentes à positivação judicial de *normas além das legais*. Remete-se para a acima já recordada esclarecedora intervenção de *Pedro Roseta*, seguida da rejeição da fórmula *Estado de Direito*, logo em 1976. Ou seja, reiterada, reflectiva e inequivocamente foi recusado *apport* normativo à expressão *Estado de Direito*. Resguardando a fórmula, em 1982, de preenchimentos arbitrários, abusivos, totalitários, mediante o acrescento "democrático": *Estado de direito democrático* surge como conceito suficientemente *material* para evitar tudo quanto se pretendia evitar mediante a consagração da expressão *Estado de Direito* [sem o *democrático*].

**7.º** Insiste-se: mercê do adjectivo *democrático*, o *Direito* não é um *Direito vago*, não acolhe *qualquer norma*, não é *qualquer Direito*. Mas, sim, o Direito democraticamente criado, ou seja, *o Direito* [*mais*] *demonstravelmente* radicado na comunidade, e não o *Direito radicado em uns poucos* (por exemplo, nas convicções individuais de cada juiz, mormente do Tribunal Constitucional). Por outras palavras: a consagração do "*Estado* de direito democrático" assenta na refutação do *Estado de Direito*. Assim se evitaria – em especial, em tempos de comunidades pluralistas/ relativistas – a disseminação do arbítrio (objecto de receio *grosso modo* omnipresente na comunidade, atenta a reiterada decisão dos seus representantes no sentido do *positivismo legalista democrático*. Receando o *vago*. Prevenindo o arbítrio que se funda em fórmulas legais elas próprias *vagas*, como seja a *consciência ético-jurídica da comunidade*. Pois sempre tal *consciência de todos* teria a medida que *cada um* decidisse atribuir-lhe. Sublinhe-se: a democracia é, precisamente, a rejeição de *uma pessoa*, *maxime*, o juiz, se ter por oráculo da comunidade. Cabe, sim, à comunidade, por si ou por representantes políticos seus, falar pela comunidade. E, se esses não forem fidedignos (o que é de prova *grosso modo* impossível), cabe lembrar que *mais afastados* estão da comunidade os que nem, por ela, são eleitos.

É certo que o que, na jurisdição, está *em jogo* não é *cada um* ditar normas para todos. Está, sim, em causa a norma para o caso. Mas, quando *cada um* pode ditar a norma para *cada caso*, então *cada um de todos os casos* passa a poder ser regulado

por normas diferentes da norma legal. Esvaziando a lei. Ou, adulterando a lei – passando, esta, a *mera proposta de critério de resolução do caso*, a ser sancionada ou recusada por cada juiz. Que deixaria de estar *sujeito-a*, para passar a ser o *guarda do legislador*. O legislador seria (*rectius*, estaria vulnerável a ser), *grosso modo*, entidade inútil.

**8.º** Do mesmo modo, esta *ausência de apport* normativo [da fórmula *Estado de direito*] *encaixa* nas palavras do art. 203.º, bem como na reiterada, reflectida e inequívoca rejeição, a propósito do art. 203.º, do [*vago*] *Direito além da lei*. Em nome da segurança jurídica, da democracia, e da salvaguarda ante o arbítrio e o totalitarismo – como insistentemente afirmado, e vertido em resultados de votações.

De resto, o disposto no art. 203.º faz parte do regime da separação e interdependência contemplado no próprio art. 2.º. Pelo que o *Estado de direito democrático* também se densifica pela *exclusiva sujeição à lei* do art. 203.º – que é a exclusiva sujeição à *legalidade democrática* consagrada no art. 3.º.

**9.º** Clarifique-se: admita-se que *Estado de direito democrático* tem um *apport* normativo (como o tem o *Estado de Direito*, na Constituição alemã – atento o disposto no seu art. 20.º/3), e, consequentemente, *nada encaixa*:

**(i)** haveria normas não reconducíveis, democraticamente, à comunidade – as criadas, por ponderação de *valores e princípios*, pelo tribunal, por cada juiz, por cada intérprete, por cada um de todos. Solução que não se coaduna com o adjectivo *democrático*. É certo que a democracia é compatível com *criação jurídica* judicial, com *Direito dos juízes e dos juristas*, com *Direito translegal*. Bastaria que a comunidade, na Constituição de 1976 (ou em revisão constitucional, condicionada pelos limites materiais de revisão – art. 288.º/m)) o tivesse estabelecido. Por outras palavras, a legitimação jurídico-constitucional seria legitimação democrática. Pelo que, insiste-se, não seria necessário, para a criação de normas judiciais (isto é, para a consagração do já designado judicialismo ou jurisprudencialismo), ter-se, por exemplo, *juízes eleitos*.

O que acontece é que a Constituição não o diz. Diz, sim, o contrário. Rejeita o [vago] Direito *tout court*: num trecho, optou pela exclusividade da *sujeição à lei*,

noutro, optou pela *legalidade democrática*; e noutro, pelo *direito democrático*. E os trabalhos parlamentares, por décadas, são inequívocos. Em suma: consagra-se a legalidade e não uma [vaga] juridicidade.

**(ii)** tal solução não *encaixaria* com a conjunção "e" no art. 2.º – que aponta para a finitude do elenco ali referido como esgotando a normatividade aglutinada na fórmula "Estado de direito democrático".

**(iii)** a solução não *encaixa*, ainda, com a *separação* entre o órgão que tem o *poder de julgar* e o órgão que tem o *poder de criar* o critério do julgamento. Pois, historicamente, a rejeição do Príncipe-legislador-e-julgador, a rejeição da Assembleia-legisladora-e-julgadora, significa a rejeição do tribunal-julgador-e-legislador-do-individual-e-concreto. Repete-se: o facto de a decisão do tribunal valer apenas para o *caso* não nega a concentração do *poder-de-julgar* e *poder-de-legislar*. Pois, como atrás dito, se cada um de todos os casos *pode ser* tratado por critério criado pelo tribunal, então, cada norma legal (naturalmente intrasistemicamente válida) é apenas uma *proposta de norma* a ser sancionada à luz da *normatividade positivada por cada juiz*.

E assinala-se: este último *desencaixe* (trazido por um *Estado de Direito* com *apport* normativo) *sempre seria* aparente. Pois o critério da prevalência da norma *especial* resolveria o *desencaixe*, dando prevalência ao disposto no art. 203.º, relativamente ao disposto no art. 2.º – precisamente por este referir-se ao Estado, e aquele a, especificamente, um órgão do Estado – o tribunal.

**(iv)** em suma: se *Estado de Direito* tivesse o referido *apport* normativo, positivado pelo tribunal, perante cada caso, a partir dos [vagos] *valores e princípios*, mediante a invocação da *consciência ético-jurídica da comunidade*, então, frustrar-se-ia a separação do poder judicial, a certeza jurídica, e a própria vinculação à Constituição. Pois caberia a cada juiz escolher entre normas *positivadas* pelos Constituintes, ou parlamentares em sede de Revisão, e as normas por si *positivadas – já que* todas (as normas plasmadas no texto constitucional e as normas de génese judicial) surgiriam não hierarquizadas, deixando-se ao juiz a indicação da norma prevalecente.

O *apport*, enfim, faria perigar os conteúdos mínimos de "Estado de direito democrático*"*.

**(v)** Como se verificará, muitas outras incongruências esta opção acarreta. Mas por serem especialmente *visíveis* a propósito do confronto, não do disposto no art. 2.º com outras disposições, mas, sim, a propósito do confronto do disposto no art. 203.º com outras disposições, remete-se para páginas seguintes.

**10.º** Confirma-se, pois, que o *Estado de direito democrático*, consagrado no art. 2.º, tem a inequívoca utilidade de *fórmula linguística curta* que permite aglutinar vários e fundantes regimes jurídicos – precisamente os acima referidos (1.º a 4.º).

**11.º** Conclui-se da *interpretação conjugada* dos artigos 2.º, 3.º e 203.º: o disposto nos artigos 2.º e 3.º confirma o positivismo legalista pontificado no art. 203.º. Ou seja, que o tribunal, o intérprete apenas pode aplicar norma *presente no texto legal* (sem prejuízo das lacunas – ainda *parte da lei*, conforme já atrás dito) E não normas de outras fontes; e não *potenciais-normas* (*não positivadas*), meramente objecto de *alusão linguística* no texto legal, mediante conceitos *axiologicamente vagos*, carecidos de ponderação, carecidos da tomada de opção por um de entre vários interesses conflituantes. Conceitos esses profusamente exemplificados nos esclarecedores debates parlamentares. E de que o primeiro exemplo é o conceito *Direito tout court* (presente no reiteradamente refutado *acrescento ao art. 203.º*).

**12.º** Sobre a ausência do *apport* normativo de *Estado de direito democrático*, atente-se nas elucidativas intervenções de *Jorge Miranda* e de *Vital Moreira* em declarações de voto, aquando da consagração da fórmula "Estado de direito democrático" – já de seguida transcritas. Em jeito de breve contextualização destas declarações: estava em causa a proposta de introdução de *Estado de direito/ Estado de Direito democrático* (já desaparecidos obstáculos a tal qualificação – como seja a existência do Conselho da Revolução, órgão que foi extinto precisamente nesta revisão, de 1982), bem como a substituição da fórmula "criação de condições para o exercício democrático do poder pelas classes trabalhadoras" pela fórmula "realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia parti-

cipativa". Assinala-se, ainda, que muito se discutiu acerca da manutenção, ou eliminação, da fórmula "transição para o socialismo" (fórmula que veio a ser mantida).

> *[...]*
>
> *O Sr.* ***Jorge Miranda*** *(ASDI): – Sr. Presidente, Srs. Deputados: O sentido das nossas votações sobre as propostas respeitantes ao artigo 2.º é o seguinte:*
>
> *1.º Respeitamos fielmente os compromissos que assumimos no âmbito da FRS;*
>
> *2.º Por socialismo entendemos, em interpretação jurídica estrita, não qualquer ideologia exterior ou programa partidário, mas sim o nome, apenas o nome, que demos ao conceito globalizante dos objectivos de democracia económica, social e cultural e de democracia participativa constantes da Constituição. Não há outro socialismos (sic) no artigo 2.º senão o que resulta dos demais preceitos constitucionais.*
>
> *3.º [...];*
>
> *4.º Finalmente, regozijamo-nos, sobretudo depois das vicissitudes de 1975, com a inserção no articulado na referência ao Estado de direito, ao Estado de direito democrático, enquanto quadro de princípios e valores jurídicos fundamentais da ordem jurídica portuguesa.*
>
> *[...]*
>
> *O Sr.* ***Vital Moreira*** *(PCP): – [...].*
>
> *Votámos a favor da expressão «Estado de direito democrático», tal como já o havíamos feito em 1976 na votação do preâmbulo da Constituição, tratando-se como se trata não de um abstrato e «seco» «Estado de direito», mas qualificadamente democrático e que inclue, ao mesmo título, a componente dos direitos fundamentais, a componente da organização democrática do poder político e a componente da direcção socialista.*
>
> *Votámos contra a proposta da FRS relativamente à parte final, tal como votámos contra*

*todas as alterações que eliminaram a expressão «poder democrático dos trabalhadores» por não a termos visto, sequer, suficientemente justificada.*

*Votámos, finalmente, contra todas as propostas da AD, porque elas implicavam a descaracterização total do artigo, o seu empobrecimento radical e a eliminação da referência à transição para o socialismo.*

*Não queremos terminar sem nos regozijarmos pela manutenção da explítica referência socialista, neste pórtico do articulado constitucional, que aqui assume um valor autónomo, não se limitando a ser a conglobação ou a aglutinação de conteúdos de outros artigos, mas que assume um valor de per si, de caracterização e de interpretação de todo o texto constitucional.* [42]

**13.º** Sobre estas declarações: aquando da aprovação daquelas 2 alterações, outros oradores, os dos maiores partidos – PS e PSD –, enfatizaram significados ideológico-políticos de socialismo resultantes das alterações; *Jorge Miranda* e *Vital Moreira*, por seu lado, cuidaram, sim, de imputar, ao texto aprovado, significados jurídicos, evidenciando o que nele encontravam de *vazios* jurídicos, ou *conteúdos* jurídicos:

**(i)** *Jorge Miranda* (pela ASDI, com 4 deputados) afirma a ausência de *apport* normativo em "socialismo", e afirma a presença de *apport* normativo em "Estado de direito democrático". Recorda-se: através dessa expressão, entraria, na ordem jurídica portuguesa, um conjunto de "princípios e valores", e, assim, *o tal Direito translegal*, a tal abertura sistémica a recordar a solução no Direito alemão, mercê do disposto no art. 20.º/3 da Constituição alemã.

Concomitantemente, nessa mesma revisão de 1982, esses "princípios e valores" referidos por *Jorge Miranda*, eram recusados, quer com a expressão (densificadora

---

[42] *In Diário da Assembleia da República (DAR)* I Série, n.º 129, de 29 de Julho de 1982, pp. 5457 e 5459.

do *Estado de direito democrático*) "legalidade democrática" no art. 3.º/2, quer com a expressão "apenas sujeitos à lei", no art. 203.º. Quer com a expressão "democrático" que, como atrás ficou evidenciado, densifica, *materializa* o *Estado de Direito*.

**(ii)** *Vital Moreira* (PCP, com os seus 39 deputados), *simetricamente*, aponta para a ausência de *apport* normativo em "Estado de direito democrático" (ao recusar a concepção *abstracta, aberta* de *Estado de direito*), e afirma o *apport* normativo em "socialismo".

Ora, a concomitante, reflectida e inequívoca opção pelo positivismo legalista democrático ("legalidade democrática" no art. 3.º/2, "apenas sujeitos à lei", no art. 203.º) que, de resto, veio a ser reiteradamente declarado, sempre que a Assembleia tratou do tema (desde 1975 até hoje), dão razão a *Vital Moreira* e não a *Jorge Miranda*. Assinala-se, *en passant*, que, quanto ao carácter normativo *vazio* na referência ao "socialismo" terá sido, pelo contrário, *Jorge Miranda* (e não *Vital Moreira*) a ter razão. Ou seja, quer *Estado de direito democrático*, quer *socialismo* revelam-se, cada um, como meros *nomes* (palavra elucidativa esta usada por *Jorge Miranda*): apenas *nome* de regimes jurídicos consagrados, *aqui e ali* na Constituição.

O que se acaba de dizer acerca da inequívoca vontade, declarada em texto constitucional, da comunidade – a vontade de recusa de *apport* normativo em *Estado de direito democrático* – não é posto em causa pelo triunfo da antípode tese doutrinal, na Academia (e entre os juristas que dela saem, sejam juízes, advogados, conservadores, notários, funcionários públicos, quadros empresariais, detentores de poder político): a tese do *apport* normativo em "Estado de direito democrático", ou seja, da admissão da translegalidade, de uma juridicidade translegal. Triunfo que é evidenciado, em especial, na prática dos tribunais, *maxime* o Tribunal Constitucional (cujos magistrados, atento o exemplo emblemático da jurisprudência do princípio da confiança, *ínsito ao Estado de Direito*, seguem mais a Lição da Doutrina do que a *vontade e decisão* da comunidade plasmada no texto constitucional). Num divórcio entre, por um lado, o Direito radicado na comunidade, e, por outro lado, o Direito translegal, principialista, o Direito da nomogénese e metodonomia gizadas pelo destinatário da lei, o *Direito-dos-juízes*.

**14.º** Assinala-se, ainda, que não foi consagrado o Estado de Direito *tout court*, ainda que o Conselho da Revolução fosse extinto nessa Revisão – o que evidencia que a recusa do Estado de Direito, em 1975/76, estava centrada, não na consagração do Conselho da Revolução, em 1976 (pois, se assim fosse, desaparecido este, seria aquele contemplado). A recusa fundava-se, sim, na conotação, logo feita por *Pedro Roseta*, de *Estado de Direito* cm princípios e valores jurídicos não escritos. Admissíveis, precisamente, pela vagueza de *Direito*, carecida da densificação judicial (o que passaria, também aqui, pela definição de *fontes e método*).

**15.º** Conclusão: a Constituição ao consagrar o *Estado de direito democrático* confirma o positivismo legalista correspondente ao *sentido primeiro* do art. 203.º.

## §90 (O disposto no art. 203.º e a separação e interdependência de poderes consagradas nos artigos 2.º e 111.º da CRP)

Passa-se agora, à interpretação conjugada dos artigos 203.º e da fórmula legal "separação e interdependência dos poderes" (já aludida a propósito da fórmula "Estado de direito democrático").

Diz-nos o art. 110.º/2 que a *formação, a composição, a competência e o funcionamento dos órgãos de soberania são os definidos na Constituição*. Cabe, pois, à Constituição (como já dito a propósito do art. 2.º), *aqui e ali*, regular estas matérias, estabelecer *os termos* em que *os poderes*, referidos no art. 2.º, estão *separados* pelos vários órgãos, e estabelecer os termos em que são *interdependentes*, enfatizando, no art. 111.º/1, que os órgãos têm o dever de observar o regime constitucional da separação e interdependência.

Ora, desse regime faz parte o disposto no art. 203.º, *in fine*. Aqui, ao regular a jurisdição, manifesta relevância na distinção entre legislar e julgar. De facto, atento o sentido primário de *os tribunais apenas estão sujeitos à lei*, a separação e interdependência ganha *densidade*. Se a distinção entre poder executivo e poder legislativo é ténue (atenta a confluência da função administrativa e da função legislativa no órgão governo), a distinção entre legislativo e judicial é crucial. Sob pena da fácil

instrumentalização dos poderes à *perseguição de inimigos pessoais* e à *beneficiação de amigos*, quem *julga* não pode ser *autor dos critérios do julgamento*: preocupação nuclear na génese da separação dos poderes. Ora, a norma evidenciada no art. 203.º garante-o. Relembrando o capítulo XI-VI do *De l'Esprit des lois*, de *Montesquieu*, o *juiz-boca-da-lei* não é, por definição, o *juiz-mente-criadora da lei*. Este, sim, concentraria o poder da nomogénese e o do julgamento.

O que se acaba de dizer não se confunde, como se constatará, com *exegeses literalistas primárias*. Apenas se diz que o juiz está limitado pelos sentidos literais possíveis das palavras da lei. Pois outros sentidos são, por definição, *sentidos* fora das palavras da lei, *sentidos* alheios ao legislador.

Cabe, ainda, a propósito do regime da separação e interdependência dos poderes, explicitar:

**1.º** *Estar sujeito à lei* não é *estar sujeito aos significantes do texto legal*. Estes são, como já atrás evidenciado, meros sinais gráficos, desenhos em que se pode reconhecer letras, palavras, frases. Seria descabido falar em *obediência* ou *subordinação* ou *sujeição* a desenhos, a sinais gráficos. A sujeição existe, sim, quanto ao significado desses *desenhos*, ou seja, quanto ao pensamento que aquele que *fez os desenhos* verteu nesses *desenhos*, nesses sinais gráficos, ou seja, quanto às normas que o legislador pensou, decidiu e verteu no texto, para lograr a *comunicação do seu pensamento à* comunidade destinatária da lei.

Enfim, voltando ao art. 203.º, cujo *sentido primeiro* tem vindo a ser sucessivamente testado e confirmado: o tribunal está *apenas sujeito* à *norma pensada, decidida, pelo legislador, e vertida, presente, positivada no texto legal*. Consagra-se, pois, no disposto no art. 203.º, densificando, de resto, o disposto nos artigos 110.º/2 e 111.º/1, a fronteira entre legislativo e judicial; e, do mesmo passo, densifica-se o *Estado de direito democrático* no art. 2.º (que, expressamente, incorpora o regime da separação e interdependência de poderes).

De resto, se a *sujeição* do tribunal não se referisse ao significado lá vertido pelo legislador, mas, sim, aos [já atrás] ditos sinais gráficos encarados como *continentes* à espera do *conteúdo* normativo ali depositado pelo tribunal, pelo intérprete, então

**(i)** não haveria separação entre poder de legislar e poder de julgar: haveria, sim, separação entre a *tarefa* do legislador de *desenhar sinais gráficos* e a *tarefa* do julgador (o tribunal, cada indivíduo) de criar os correspondentes significados, ou seja, de criar a *norma*, e aplicá-la ao caso;

**(ii)** não haveria *Estado de direito democrático radicado na comunidade*: haveria, sim, Estado de tantos Direitos quantos os juízes em que tais Direitos radicassem.

Cabe, ainda, assinalar que o quanto se acaba de dizer, acerca do disposto nos artigos 203.º, 2.º, 110.º/2 e 111.º/1, traduz-se, enfim, na consagração do subjectivismo historicista. Ao tema se voltará no final do Livro 2.º e no Livro 3.º designadamente, quanto à relação entre *subjectivismo-historicista* e *texto legal*, e entre *subjectivismo-historicista* e *trabalhos preparatórios*).

**2.º** Passa-se à segunda explicitação concitada pela interpretação conjugada dos artigos 203.º, 110.º/2 e 111.º/1: o que está vedado ao tribunal, pelo disposto no art. 203.º não é [só] a criação de normas gerais e abstractas com força obrigatória geral. O que está vedado é [também] a criação de normas gerais e abstractas *esgotadas*, *consumidas* no caso concreto. Clarifique-se: poder-se-ia proibir o tribunal de *fazer* normas individuais e concretas (*grosso modo*, preceitos equitativos) para o caso. Ora, sendo certo que o tribunal está proibido de o fazer (pois *apenas está sujeito à lei* – sem prejuízo do que adiante se diz sobre a *equidade estipulada* no âmbito do negócio, ou, admitida no âmbito de normas legais dispositivas aplicadas ao negócio), também está, o tribunal, proibido de *fazer* normas gerais e abstractas ainda que restringidas ao *caso* (a lembrar a solução constante do art. 10.º/3 do CCiv). Recorda-se que, sucessivamente, o Parlamento recusou "o Direito" (expressão conotada com normas gerais e abstractas – e não com equidade) a propósito da função jurisdicional: a função de dizer-o-Direito (cf. dispõe o art. 202.º) em, precisamente, cada caso concreto.

Assim, não se diga que a separação de poderes só seria posta em causa se o tribunal decidisse com força obrigatória geral, com eficácia transcendente ao caso. Insiste-se: a separação dos poderes de legislar (da nomogénese, *i.e.*, da criação do critério de julgamento) e de julgar é negada, ainda que o tribunal crie *Direito apenas*

*para o caso* (seja por *valorações e ponderações equitativas*, seja por *valorações e ponderações de justiça geral e abstracta*).

Aliás (e como brevemente dito a propósito do Estado de direito democrático), se o tribunal pudesse criar norma (seja de justiça geral e abstracta seja de equidade) para o caso (mormente, invocando as tais fórmulas, presentes no texto legal, axiologicamente vagas – a começar por aquela que seria porta de entrada a muitas normatividades, caso tivesse sido consagrada no art. 203.º – ou seja, a fórmula *Direito*), então os tribunais teriam o *poder* (decidindo-se, cada tribunal, por exercê-lo ou não) de assim resolver todos os casos contemplados em cada uma de todas as normas legais… inutilizando *lei e legislador*. Sublinha-se: nem a Constituição seria o limite a essa criação normativa, pois a norma assim criada, pelo tribunal, poderia densificar valores constitucionais, tendo valor de norma constitucional. Preocupação esta insistentemente patenteada entre os parlamentares. E não se diga que essas *normas constitucionais de génese judicial* se circunscreveriam ao *praeter legem*. Pois essa limitação não estaria consagrada; além de que bastaria que a previsão normativa não coincidisse com a de uma norma constitucional expressa para se estar perante *norma não contrária*, mas, sim, norma… *praeter legem* (inobservando-se, pois, a [verdadeira] norma constitucional; com as consequências em sede de fiscalização concreta da conformidade com a Constituição).

**3.º** Cabe, pois, explicitar o que tem estado *omnipresente*: a *criação normativa* (seja pelo legislador, seja pelo tribunal, seja por cada indivíduo) não começa na criação normativa *ex nihilo*. Nem começa no atendimento a fontes não contempladas (como seja o costume, a própria jurisprudência judicial, ou a *natureza das coisas* reveladora do Direito natural). Começa, sim, na densificação, na positivação de *conceitos axiologicamente vagos* (*i.e.*, os conceitos indeterminados normativos), como *Direito* (*sem mais*), *justiça*, ou, entre muitos outros, e como de seguida se verificará, *dignidade da pessoa humana*. Conceitos que são caracterizados por *porem* o tribunal, perante o caso, a responder à pergunta: *qual o interesse que deve aqui ser prevalecente à luz da justiça/ dos princípios do sistema/ da consciência jurídica da comunidade/ da ideia de Direito*… Ou seja, a *mera inclusão* dessas fórmulas axiologica-

mente vagas não é Direito positivo. É, sim, limite à criação, limite à opção-a-fazer entre *normas possíveis*, é, sim, alusão a mera *norma potencial* (cuja positivação se traduz no referido *judicialismo* ou *jurisprudencialismo).*

De resto, esses conceitos (por exemplo, *dignidade da pessoa humana*, no art. 1.º) que, como se tem vindo, aqui e ali, a afirmar, se dirigem ao legislador (e, como se explicitará, apenas ao legislador), consubstanciariam, caso se dirigissem ao julgador, o *mesmo limite* constitucional para legislador e para julgador. Aí, poderiam, ambos, ainda que com limites – os mesmos limites – criar Direito. Com a particularidade de cada juiz formular a norma para cada caso concreto, sem o distanciamento do legislador ao legislar, movido (tendencialmente) por considerações de justiça geral e abstracta.

O que se tem vindo a dizer evidencia o carácter eufemístico que teria uma afirmação como a de que o tribunal é um [*mero*] *intérprete*, é um [*mero*] *aplicador*, é um [*mero*] *descobridor*, é a [*mera*] *boca que pronuncia as palavras do… Direito*, ou outras expressões semelhantes, quando se está perante o tribunal que *preenche conceitos axiologicamente vagos*, que pondera interesses contrapostos, valores vários, princípios jurídicos (estejam ou não estejam aludidos no texto legal). Essas operações são, sim, de *opção* (ainda que balizadas – tal como acontece com o legislador), são, sim, operações de positivação de fórmulas que apontam para *normas em potência*.

Insiste-se: se legislar não é ponderar interesses, princípios, valores, então legislar nada é; e se é essa ponderação, então ao tribunal está vedada a ponderação, cerne da acção de legislar. Se o tribunal ponderasse interesses, princípios, valores estaria a criar Direito, estaria a *usurpar* a acção reservada ao legislador, que é dizer: estaria a *usurpar* acção reservada à comunidade.

### §91 (Do positivismo legalista e do disposto no art. 202.º)

A conjugação do *sentido primeiro* do art. 203.º com o disposto no art. 202.º também evidencia harmonia.

O art. 202.º (acerca do qual *José Luís Nunes* refutou a Lição de *Castanheira Neves* – refutação esta tida presente na discussão sobre o art. 203.º) apresenta a função dos tribunais como a função de *dizer-o-Direito*, para, assim, proporcionar justiça. A expressão *ancestral e clássica* "administração da justiça" é locução, merecendo entrada em dicionário como se de uma palavra se tratasse, e aí se diz que significa "aplicar as leis, exercer o poder judiciário" (cf. o *Morais*, 10.ª ed., e o Dicionário da Academia das Ciências). Significa, pois, sanar de forma justa conflitos de interesses (incluindo a defesa *desse especial interesse* que é o da salvaguarda da *legalidade democrática*, mediante a recusa da aplicação de norma intrasistemicamente inválida, designadamente por violação da Constituição).

Por outro lado, o art. 203.º apresenta o [único] critério para chegar ao *Direito-a-dizer*: a *lei a que o tribunal está sujeito*. De resto, logo no art. 202.º, o critério *lei* aflora na identificação do ordenamento a defender (a "legalidade democrática", e não, por exemplo, uma fórmula como *reprimir a violação da juridicidade*), aflorando, ainda, ao ser apresentada como fundamento da tutela dos direitos e interesses (com o "legalmente").

Insiste-se: a função dos tribunais é em *sujeição* à lei, *dizer o Direito* proporcionando a justiça que põe fim ao litígio. E não criar Direito; nem *criar a justiça*. Se "administração da justiça" significasse *criar*, significasse *definir originariamente* o justo (e não proporcionar o justo no caso, à luz da norma jurídica que é a positivada na lei), então legislador e lei seriam inúteis. Tudo o que fizessem seria apenas proposta de norma jurídica, cabendo ao juiz, perante o caso concreto, decidir acerca de tal norma da Constituição, ou de lei da Assembleia da República, ou de portaria ser *justa* e, assim, resolvente do caso. Pois a justiça (nem já o [também vago] Direito) seria o critério. Além de que nada restaria da *separação de poderes* legislativo e judicial. Tal como inútil seria o disposto no art. 203.º. Pelo contrário, tudo *encaixa*, e todas as locuções e institutos têm o seu lugar, se administração significar o que inclusive dicionários de língua portuguesa dizem significar.

Acrescenta-se: se "administração da justiça" significasse criação de justiça, também surpreendente seria tal significado atendendo a que não raro, na orgânica deste

ou daquele Governo português, surge uma Secretaria de Estado da Administração da Justiça. Ora, tal Secretaria, manifestamente, não tem atribuições nomogenéticas.

Em suma: o art. 202.º diz que o tribunal dirime litígios; o art. 203.º diz com que critério o faz. Assim, as várias normas mantêm a sua utilidade.

### §92 (Do disposto no art. 203.º e outras disposições constitucionais)

Passa-se a breve referência à interpretação conjugada do art. 203.º com várias outras disposições constitucionais. Procurando a confirmação ou infirmação do *sentido primeiro*, ou seja, do positivismo legalista democrático.

**1.º** O recrutamento dos juízes (no seguimento do art. 215.º da CRP) é, *grosso modo*, feito por apreciação curricular e por mérito técnico-científico. E não por critérios democráticos. Inclusive o recrutamento dos juízes do Tribunal Constitucional (art. 222.º da CRP), ao exigir a formação jurídica. Tribunal este que é tribunal como os demais, atento o art. 209.º da CRP, ainda que merecedor de especialidades de regime (como as consagradas nesse mesmo art. 209.º da CRP). O que se justifica por o juiz ser o *aplicador da lei*-critério-da-resolução-de-conflitos, e não o seu *criador*. Assim, a competência é aferida pelos seus conhecimentos jurídicos. Pelo contrário, os titulares dos restantes órgãos de soberania *criam o Direito da comunidade* – por exemplo, a Assembleia da República aprova o decreto para valer como lei; o Presidente da República contribui para a existência do novo regime jurídico, com a promulgação; e o mesmo se diga do Governo que intervém com a referenda. Assim, é natural que o seu *recrutamento* espelhe, não conhecimentos técnicos, mérito científico, mas, espelhe, sim, as necessidades, as convicções, as vontades da comunidade: sendo, pois, democraticamente eleitos (resultando, o Governo, do *arranjo parlamentar democraticamente ditado*).

**2.º** A inamovibilidade dos juízes (art. 217.º da CRP). Em contraposição à limitação temporal dos mandatos e à regra da renovação (art. 118.º da CRP): cabe à comunidade, por exemplo, avaliar a governação, ao fim do mandato parlamentar de 4 anos, e decidir o seu voto em cada acto eleitoral, à luz das *opções com discriciona-*

*riedade política* tomadas nesse mandato. Por exemplo, o deputado é responsável pelo que fez ao longo de 4 anos. E por tal vai ser politicamente, eleitoralmente avaliado, e substituído ou mantido.

**3.º** O estatuto de irresponsabilidade dos juízes (no seguimento do disposto no art. 216.º/2 da CRP) evidencia o estatuto que *Montesquieu*, elucidativamente, caracterizou como *boca que pronuncia as palavras da lei*: os critérios das decisões dos juízes não são *criados* pelos juízes, *não são imputáveis* aos juízes. As decisões são tomadas no âmbito da sua função de *dizer o Direito*, e não de *fazer o Direito*. Regime a lembrar o estatuto do mensageiro que, por mais odiosa que fosse a mensagem por si transportada ao inimigo, não podia ser por este punido.

Pelo contrário, quem *opta*, quem, com discricionariedade político-legislativa, *cria Direito* responde – conforme dispõe o art. 117.º da CRP.

**4.º** *Tendencial* carácter público dos trabalhos de assembleias-órgãos de soberania (art. 116.º da CRP). O mesmo não se justificando para tribunais colectivos – precisamente porque o momento da formação da *decisão* é um momento de aplicação de conhecimentos técnico-científicos, e não uma sindicável formação e manifestação de vontade em representação da comunidade.

**5.º** Também o tempo à disposição de cada órgão para desempenhar as funções respectivas reflectem a diferença entre criar e aplicar: quando está em causa criar direito, não há (*por regra*) prazos (sem prejuízo de prazos para certas etapas, como seja o prazo para promulgação de uma lei); já quando o que está em causa é *apenas* aplicar, há prazos, e que, por vezes são curtos. Sirva de exemplo os prazos curtos legalmente cominados ao Tribunal Constitucional para que decida acerca da desconformidade ou não desconformidade de uma lei com a Constituição. Diferenças estas que não causam surpresa se ao Tribunal Constitucional couber apenas trabalhar com normas positivadas na lei, e não com princípios-vector a ponderar (cf., o disposto no art. 203.º e, como se evidenciará, no art. 204.º).

**6.º** A medida das competências legislativas do Governo (*cf.* art. 201.º/1 da CRP) reflecte a necessidade de pronta e eficaz resposta legal a anseios da comunidade: não houvesse regime de eficácia e rapidez legislativa – como acontecia, por exemplo,

em tempos de prevalência do costume – e outras soluções teriam de ser encontradas perante anseios e necessidades colectivas prementes (eventualmente em sede da delimitação de poderes jurisdicionais).

**7.º** Também as normas sobre competências legislativas, e sobre outros pressupostos de validade de lei (por exemplo, prazos e maiorias) *encaixam* com o positivismo legalista democrático, *maxime*, com a recusa de ponderações principialistas judiciais: surpreendente seria que, por exemplo, o Governo não pudesse legislar sobre as matérias listadas nos artigos 164.º e 165.º, da CRP, e um tribunal o pudesse, ou também a título de mero exemplo, a Assembleia da República não pudesse rever a Constituição (excepto nos apertados termos dos artigos 284.º, 286.º e 288.º, da CRP), e pudesse um tribunal, em sede de ponderação de princípios, em densificação de conceitos axiologicamente abertos, presentes na Constituição, fazê-lo.

**8.º** Do ponto de vista material-orgânico-formal (seja quanto a um regulamento autárquico aprovado pela Assembleia Municipal, seja quanto a uma lei da Assembleia da República) a criação do Direito está sujeita a um regime que cria as condições para que a lei corresponda a anseios, necessidades, convicções, vontades da comunidade. Tome-se, como exemplo, um decreto-lei:

**(i)** um imenso aparelho administrativo fornece dados estatísticos e outros levantamentos da realidade social, quer acerca do *capítulo* da vida social implicado na lei em elaboração, quer em outros *capítulos* com esse ligados; **(ii)** do mesmo modo tem, o Governo, acesso ao exacto conhecimento das finanças públicas (pelas frequentes repercussões económico-financeiras de uma medida legislativa), bem como à fundamentada prognose da vida social, económica e financeira; **(iii)** os contactos com a União Europeia e Estados vários que, em tempos de globalização, dão, por sua vez, conhecimentos necessários (frequentemente sigilosos ou melindrosos) **(iv)** o contraditório, *facilmente ao alcance do Governo*, quando se mostra conveniente chamar e auscultar as várias entidades da *sociedade civil* que actuam na área objecto do diploma em elaboração; **(v)** o auxílio de técnicos juristas na redacção do articulado do diploma; **(vi)** o auxílio de juristas, em gabinetes ministeriais para ajuizar da validade/invalidade material-orgânica-formal de cada norma vertida no texto do diploma em

projecto; **(vii)** o contraditório (forçoso) consubstanciado na necessária co-responsabilidade político-legislativa por um decreto-lei (com a promulgação do Presidente da República), bem como pela possibilidade de a Assembleia da República apreciar o diploma, nos termos do art. 169.º da CRP; a possibilidade de o diploma vir a ser sindicado, quanto a inconstitucionalidades, pelo Tribunal Constitucional. Condições estas que, aqui, apenas ilustram tudo quanto, no âmbito da legística material e formal, há a observar. Acrescenta-se: também conveniente à boa lei é a [tendencial] ausência do caso concreto, na medida em que mais provavelmente se contempla soluções concordantes com o elenco das *normas de igualação* estabelecidas no art. 13.º/2 da CRP.

Finalmente: basta atentar nas [pertinentes] discussões vivas, informadas, longas, acerca, por vezes, da introdução de 1, 2, ou 3 palavras (sirva de exemplo, o próprio art. 203.º, com as "e ao Direito"), na Assembleia, para evidenciar o *desencaixe* da prerrogativa de 1 juiz, ou em conferência de alguns juízes, no silêncio do seu gabinete (com incipiente contraditório, sem sindicância por outros órgãos…), poder introduzir as tais 1, 2, 3 palavras, criar normas, ao abrigo de fórmulas axiologicamente vagas. E *tudo*, na presença de um caso (especialmente concitador da *jurisprudência do sentimento*). *É que*, se tal acrescento judicial *desta ou daquela* palavra fosse proposto no seio de quem representa a comunidade, plausíveis seriam as tais muitas e longas discussões. Eventualmente culminando na recusa da inovação… E *tudo* se evidencia como *gravemente desencaixado*, quando, sem o exigentíssimo processo de Revisão Constitucional, cada juiz pudesse… criar normas constitucionais.

Insiste-se: muito diferente é a feitura da sentença ou do acórdão pelo tribunal: além das formalidades processuais tendentes à apresentação do conflito e apuramento dos factos, o momento da aplicação do Direito, que põe fim ao conflito, é momento sem concurso da máquina administrativa, sem (ou com residual) contraditório, sem os conhecimentos (os públicos e os sigilosos) tidos pelo governante, etc….

Enfim, a *decisão* judicial é tomada em termos manifestamente simplificados. Precisamente por o juiz *não estar a criar* a solução normativa – não trabalhar com o justo/ injusto, não valorar, não ponderar a realidade social, não optar em termos axio-

lógicos por um dos interesses em conflito. Estar, sim, a declarar o que, à luz da lei, é o prevalecente. Em suma, estas diferenças de regime encaixam no positivismo legalista democrático; não encaixam em translegalismos.

Termina-se: e se, *mesmo com* o referido regime propiciador de boas leis, a *obra* do legislador merecer reparos?

Responde-se: necessário é comparar esse *perigo de más leis* com a probabilidade de ocorrer más decisões por parte de quem *nem sequer* tem essas condições propiciadoras de boa solução. Plausível é que a referida falta de condições de boa *legiferação judicial* conduzisse a erros: erros que não consistem em 1 norma alternativa a certa norma legal. Mas, sim, em tantas normas quantos os juízes que, perante cada caso, e a cada momento decidissem à luz de soluções translegais, *maxime*, ponderando princípios.

Acresce que essa *comparação, essa ponderação de perigos* já foi feita. E foi feita pela comunidade. Repetidamente feita. Precisamente, a propósito dos fundantes artigos 203.º, 3.º/2 e 2.º. Ou seja, o Parlamento, à luz dos trabalhos preparatórios e dos trabalhos confirmatórios, teve plena consciência de que o positivismo legalista não era o ideal. Acontece que, ponderando vantagens e desvantagens deste regime com a alternativa *translegalismo*, optou – e com ele, foi a comunidade a optar – pelo positivismo legalista. Em jeito de *mal menor*, ou como quem sabe que *o óptimo é inimigo do bom*. Basta lembrar as sucessivas referências elogiosas, *de iure constituendo* à Lição de *Castanheira Neves*.

Insiste-se: pudesse, o tribunal, ponderar valores/ interesses, decidir o caso, e decidir, *inclusive*, da validade de normas legais à luz de *normas constitucionais judiciais*, e o *desencaixe* seria grande: o *tribunal* (não-eleito, decisor sem contraditório, menos preparado para ponderar a vida social, e jurídica e politicamente-irresponsável) seria o *guarda* do legislador acima caracterizado.

Conclusão: se o disposto no art. 203.º é o positivismo legalista democrático, *tudo encaixa*. Se, pelo contrário, o juiz decide de forma translegalista, *maxime*, por normas resultantes da ponderação de valores e princípios (vindos quer de dentro, quer de

fora da lei), positivando, criando normas, então aventa-se incongruências na Constituição.

### §93 (*Cont.*: das disposições constitucionais alusivas a princípios e valores[43])

Recorde-se as diferenças de fórmulas usadas (e já atrás aludidas): no art. 203.º tem-se o "apenas sujeitos à lei". Pelo contrário, a competência legislativa de cada órgão com competência para tal não é estabelecida por referência a *sujeição*. Esses órgãos estão, sim, *subordinados* nos termos da norma geral que é a do art. 3.º/3. Quem *cria* tem limites; tem a liberdade de, com balizas, optar, escolher a medida e os termos em que a vida social é juridicizada[44]. Há, nesse *espaço balizado*, a discricionariedade político-legislativa. Pelo contrário, a Constituição não fixa limites, a quem, *em sujeição* apenas *aplica a lei*. Precisamente porque *não chega a haver* espaço de opção, de criação. Diz-se, sim, o que unicamente se pode (e deve) fazer: diz-se o "apenas estão sujeitos à lei". Insiste-se: limites pressupõem liberdade. Onde esta não existe, não há que balizar, não há que limitar. Tivesse, o juiz, o poder de ponderar princípios, e não encaixariam, em tal regime, as palavras, "sujeitos", "lei" e "apenas" (como atrás dito), presentes no art. 203.º. Pelo contrário, o disposto na Constituição não é contrariado pela hipótese positivista legalista democrática.

Assinala-se que (e como adiante se retomará a propósito do regime estabelecido no art. 204.º) a relevância dos princípios-vector e dos valores constitucionalmente consagrados, com função de *limite ao legislador* é *política*. E não jurídica. O que se acaba de dizer justifica referência ao problema suscitado: atendendo a que apenas são dirigidos ao legislador, e não ao juiz, cabe perguntar: quem *guarda o legislador*?,

---

[43] Incontornável é o texto de *António Cortês, "Jurisprudência…".* Em especial, p. 162, 278, 279, 361-365. Assinala-se que *AntónioCortez* não faz referência ao art. 203.º. Tem, no entanto, presente o disposto no art. 20.º/3 da Constituição alemã.

[44] Elucidativas as palavras de *Antunes Varela* ao sublinhar a diferença entre *inferir normas a partir de princípios* e *criar normas com limites.* Na "Comunicação à Assembleia Nacional", no dia 26 de Novembro de 1966, "Do projecto ao Código Civil", p. 29, a propósito do disposto no art. 10.º/ 3 do CCiv.

quem assegura o cumprimento, pelo legislador, desses limites principiais, dessas fórmulas axiologicamente abertas?

Responde-se, desde já: a comunidade, em cada acto eleitoral, *vigia*, *guarda* o legislador. Pois é ela a titular da soberania. O legislador apenas em seu nome cria o Direito. Tal como o Presidente da República o pode fazer em sede de dissolução da Assembleia ou de demissão do Governo (respectivamente, conforme o disposto nos artigos 133.º/e) e g) da CRP), ou a Assembleia da República o pode fazer perante o legislador- Governo (cf. o disposto no art. 163.º/e) conjugado com o disposto no art. 195.º/1f), da CRP).

Certo é que o Tribunal, *maxime*, o Tribunal Constitucional não é o guarda do legislador (quanto a desconformidades de normas legais relativamente a princípios-vector; pois, naturalmente, é o guarda do legislador quanto à desconformidade da norma legal relativamente a normas constitucionais – sublinhe-se: verdadeiras normas, ou seja, normas jurídicas positivadas na Constituição). Por outras palavras: o Tribunal *vigia* o *legislador do instável* com os *olhos* do *legislador do estável*. Fosse o Tribunal Constitucional o guarda do legislador, à luz de normas judiciais, decorrentes de ponderações principiais, e impor-se-ia pergunta semelhante: quem asseguraria a sujeição desse tribunal à Constituição? A resposta é a de que o Tribunal não teria guarda (atento o disposto no art. 222.º da CRP). Tal solução traduzir-se-ia no seguinte: órgão eleito (ao menos nos casos das assembleias legislativas) seria vigiado por um não eleito que, por sua vez, não é vigiado. Oposta à solução da responsabilidade política: órgão eleito é vigiado pela comunidade dos eleitores, e por outros órgãos de legitimidade democrática (que, por sua vez, são vigiados pela comunidade).

Neste capítulo cabe, apenas, evidenciar que o positivismo legalista *encaixa* na Constituição *como um todo*. E, nestas últimas linhas, que se coaduna com a solução de os princípios e valores se dirigirem apenas ao legislador não ser contrariada alhures, pela Constituição.

Resta evidenciar que a solução se coaduna com o disposto no art. 204.º. O que será feito adiante, depois de coligidos mais elementos acerca da recusa do principialismo.

## **Capítulo 7.º-** As conjunturas histórica e actual, e a teleologia referentes ao disposto no art. 203.º confirmam o *positivismo legalista democrático*.

### §94 (Retoma dos trabalhos preparatórios)

O levantamento da conjuntura histórica aquando da feitura do art. 203.º, da conjuntura actual (a de hoje, momento de *aplicação*) e da teleologia é feito, *grosso modo*, atentando em trabalhos do próprio legislador (com o seu selo). Só quem cria Direito conhece, bem e totalmente, os *motivos a montante* (a *occasio*), e os *motivos a jusante* (a teleologia) de certa norma. De resto, motivos que, com frequência, são parcialmente inconfessáveis.

Assim, se há acesso fidedigno a tais *dados interpretativas*, é através de trabalhos preparatórios (afirmação esta que será retomada no Livro 3.º).

Ora, à luz dos trabalhos preparatórios que têm sido recordados, pouco há a dizer, *de tão* explícitos quanto ao significado das fórmulas dos artigos 203.º, 2.º e 3.º. Mas acrescem factos e intenções fundantes do novo regime saído de 1974-1976 que, igualmente, determinaram o positivismo legalista. Factos e intenções que só com patente incongruência conduziriam a regime diferente. Passa-se a recordá-los:

**1.º (O vector democrático)** A Revolução de 1974 é feita (no que à comunidade concerne) para instaurar a democracia em Portugal. Recorde-se, logo nos primeiros dias, com a Proclamação do MFA, no dia 25 de Abril de 1974, e com o Programa do Movimento das Forças Armadas Portuguesas, ao falarem em *eleições e liberdade*. E a Lei n.º 3/74, de 14 de Maio, ao estabelecer que haveria lugar a uma Assembleia Constituinte eleita por sufrágio universal, directo e secreto.

Chegados à Constituinte, eleita nesses termos (pela Lei eleitoral aprovada pelo Decreto-Lei 621-A/74, de 15 de Novembro), a democracia *de tipo ocidental*, do *one*

*man, one vote*, é a tese que domina os debates e aquela que vem a ser instituída na Constituição.

Na 2.ª metade do Século XX, a opção pela democracia, em especial, no seguimento de uma sempre traumatizante Revolução, significa inequívoca recusa de oráculos da comunidade que não os *representantes por elas eleitos*. Realça-se: *oráculo* quanto à orientação das condutas na vida social – desde formalidades de uma compra e venda ao regime do casamento, desde as taxas dos impostos ao serviço militar, desde o regime dos licenciamentos económicos ao regime laboral… É quanto à regulação, à ordenação da comunidade que a comunidade quer decidir por si ou por quem a represente.

*Claro* que a democracia é compatível com *delegações nomogenéticas*. Pode acontecer o legislador delegar, por exemplo, em juristas. Como aconteceu ao longo da História, com *Acúrcio*, com *Bártolo*, com a *communis opinio*.

A opção pela democracia significa recusa do *Rei cuja vontade é por ele imputada aos seus súbditos*, significa recusa do governante não eleito (*rectius*, não eleito por sufrágio directo, secreto e universal, em regime de liberdade de expressão e de comunicação social livre e de liberdade de constituição de partidos políticos) *que fale pela Pátria*.

Chega-se à democracia depois da falência de legitimidades *tradicionais* (como a monárquica – propiciadas pela *indiferença* por parte da maioria da comunidade, maioria *sem opinião* sobre a sua própria governação); depois do falhanço da legitimidade fundada na setecentista razão; do falhanço da legitimidade *carismática* (de má memória no século XX). Falhanços que conduziram, naturalmente, ao triunfo da alternativa *vontade*, onde as vontades são igualadas no seu valor, restando o critério do número de vontades /número de votos. É este o contexto que perpassa nas intervenções dos constituintes.

Ora, neste contexto, *estranho* seria que, no seguimento da Revolução de Abril, se instituísse *aristocracias* determinadas pelo berço, pela razão, pelo saber, pela competência profissional atestada, pelo dinheiro, pela força. Aristocracias que ditassem normas, que ditassem o Direito – ainda que [só] para cada caso (conforme já

atrás explicitado). Natural seria, sim, que o criador do Direito fosse a comunidade, o legislador por si eleito. Ora, a opção por tribunais-boca-da-palavra-do-legislador é coerente.

Insiste-se: em democracia, natural é que o legislador (eleito) crie, e o tribunal (de juiz recrutado em função da sua competência técnico-científica jurídica) aplique. E aplicar é aplicar *normas feitas*. E não normas *por fazer*, e não *normas-a-criar* com a liberdade balizada por vagos limites axiológicos – os mesmos que são dirigidos ao legislador.

Por outras palavras: *natural* é que os tribunais não valorem a realidade, não ponderem princípios e interesses, não juridicizem factos, realidades na vida social.

O que se acaba de dizer justifica – explicita-se – a exclusão de fontes como o costume – tema que mereceu apenas duas referências nos trabalhos dos parlamentares, pois a sua principal preocupação era impedir *criação judicial de normas*, na resolução dos casos, mediante considerações axiológico-principialistas, *a coberto* de *espaços* potencialmente normativos como sejam as fórmulas *valor*, *princípio*, *justiça*, e, naturalmente, a coberto da primeira das fórmulas vagas: o *Direito* (recusada nos artigos 3.º/2 e 203.º. E, ainda, recusada no seio da fórmula *Estado de Direito*, pois esta usa *Direito tout court*). Cabe, a propósito, explicitar que a qualificação de uma *prática social reiterada* como *costume* implica que o tribunal actue como *oráculo* da comunidade ao imputar, a esta, uma *convicção*, uma vontade juridicizadora da referida prática. O mesmo acontece com a *consciência ético-jurídica da comunidade*: também aqui o tribunal actuaria como *oráculo* da comunidade, ao imputar-lhe uma determinada *consciência jurídica*.

E, ainda, o mesmo se diga dos *usos* – também, aqui, se verifica a *criação jurídica* consistente na valoração da realidade social, e *selecção, nesta*, de certa realidade juridicizada. Cabe explicitar que há um *salto* nomogenético entre a factualidade do uso e a norma que dele se *infere*. Sem prejuízo do que adiante se diz sobre os poderes do tribunal de conhecer *usos*, no âmbito do negócio jurídico (*usos* estes que são, assim, acolhidos entre as fontes – conforme se evidenciará ao tratar do *negócio*, nos regimes excepcionais de nomogénese).

Insiste-se: natural é que após a Revolução de Abril de 1974, o tribunal não possa *trabalhar* com valores numa *perspectiva axiológica*, nem possa *trabalhar* com valores numa *perspectiva sociológica*. Ou seja, não pode responder à pergunta "O que é o justo?", nem pode responder à pergunta "O que é o justo segundo a comunidade?". Recorde-se, aliás, os trabalhos preparatórios em que se ponderou e recusou que os *conceitos indeterminados* fossem preenchidos *sociologicamente*, à luz da *consciência jurídica da comunidade*. É certo que o tribunal, no seu dia-a-dia, *trabalha* com factos, com a realidade, mas limita-se a *reconhecer* na *realidade* o que de jurídico a lei, em norma plasmada no texto, juridiciza *nessa realidade*. O trabalho que o tribunal tem perante a *realidade*, não é *valorar tornando jurídico o a-jurídico*, é, sim, repete-se, *reconhecer, nela, o já nela juridicizado*.

Cabe ao legislador olhar a plúrima, imensa, *caótica* realidade social e, valorando-a, seleccionar, nela, as parcelas de *realidade* que juridiciza; e cabe ao tribunal reconhecer nos *factos* o que, neles, foi (de forma geral e abstracta) legalmente juridicizado.

Finalmente, e evidenciando mais uma expressão equívoca: dizer que o tribunal *valora a realidade* é dizer que o tribunal *reconhece o jurídico na realidade*, e não que *cria o jurídico*. Admitir, pelo contrário, que o tribunal identifica a *consciência jurídica da comunidade*, que o tribunal densifica a dita *consciência*, é [ainda que eufemisticamente] admitir que o tribunal positiva, juridiciza, cria Direito. O que lhe está vedado.

Em suma, o *positivismo legalista democrático* corresponde, precisamente, a este regime – *natural* naquela conjuntura histórica. Bem como na actual conjuntura que continua a ser a da democracia – da democracia do *one man one vote*.

Ainda:

**2.º (O vector *receio ante a vagueza*)** Nas intervenções fundamentadoras da exclusividade da *democrática lei*, e da rejeição do *Direito translegal*, é enfatizada a *vagueza* de conceitos como *Direito*, atendendo a que nada se estaria a dizer acerca do *onde está ele, como se conhece ele*. A *vagueza* de *Direito* (sem mais) traduz-se na

*vagueza* quanto à determinação das fontes e do método, quanto aos limites do Direito, quanto à identificação de certa norma como jurídica.

O que se disse evidencia que, sendo qualquer conceito axiologicamente vago tido como um conceito *perigoso*, especialmente *perigoso* é o conceito *Direito*. Pois, aí, o juiz *é que diria o que é e o que não é norma*.

Os *conceitos vagos* foram considerados *perigosos*, pelos constituintes e pelos parlamentares em revisões constitucionais, por neles se acoitar o arbítrio de cada um, em especial do tribunal. O que é patente em intervenções como as de *José Luís Nunes*, *Vital Moreira*, *José Magalhães*. Trata-se de homens que anteviram como *natural*, em democracia, o pluralismo ideológico, religioso, moral, ético, de costumes, o pluralismo no seio da família, da escola, da empresa, do Estado. Pois, naturalmente, na igualação das vontades medra a convicção, de cada um, acerca da justeza do código de conduta por si gizado ou por si *preferido*. Ou seja, os constituintes, atentos os trabalhos preparatórios, e os parlamentares que se lhes seguiram, recusaram a *vagueza de Direito*, antevendo uma sociedade suficientemente pluralista/ relativista para que fosse vital preservar a *lei*, democraticamente legitimada, enquanto o critério a que cada um admitiria submeter-se, enquanto [imprescindível] *máximo denominador comum* normativo na comunidade.

Insiste-se: o fio condutor da fundamentação da recusa da translegalidade é a *vagueza* e a sua vulnerabilidade ao *arbítrio*, em tempos de *pluralismo /relativismo.* Elucidativo do que se diz é a paráfrase de *José Luís Nunes* de o Direito ser "uma coisa demasiado séria para ser deixada só aos juízes" (nos trabalhos preparatórios sobre o art. 203.º, em 1982).

Conclusão: os tribunais ficaram arredados do preenchimento de tais conceitos vagos.

**3.º (Em especial, o argumentário fundado no Direito na Alemanha nazi. Breve nota comparatística)** Além do vector *democracia* e do vector *receio da* vagueza em tempos pluralistas/ relativistas, outro vector é patente na *conjuntura comunitária* em que decorreram os trabalhos da Constituinte sobre estas matérias: o exemplo da Alemanha nazi: com o seu principialismo, a *vagueza* de *jusnaturalismos*

instrumentalizados ao ideário nazi é argumento impressivo no sentido de se vedar aos tribunais, aos juristas, aos intérpretes trabalhar com tais categorias. E nem o inegável prestígio da [criativa e principialista] ciência jurídica alemã apaziguou os receios dos constituintes, quanto a receber a solução alemã do art. 20.º/3 da sua Constituição de 1949. Certo é que os constituintes e, mais tarde, os deputados à Assembleia da República desvalorizaram Doutrina e Lei alemãs. Semelhante atitude – rara, mas não sendo, tal refutação pela Constituinte portuguesa, caso único – tiveram deputados italianos nos trabalhos preparatórios da Constituição italiana, 1946/47, enfatizando a ligação entre juristas alemães e o regime nazi (como se recorda em Apêndice).

Assinala-se que a Constituinte tinha presente elementos comparatísticos: basta recordar as referências a constituições de Estados europeus, a propósito da discussão sobre o Estado de Direito (*tout court*). Por exemplo, *Jorge Miranda versus Vital Moreira* (§89).

4.º **(Conjuntura actual. Ou: da reiteração da opção positivista legalista)** Passa-se ao elemento interpretativo que é a conjuntura actual (já aludida atrás): ao longo destas décadas, por 3 vezes, a Assembleia da República foi chamada a decidir, em sede de Revisão constitucional, entre positivismo legalista democrático e translegalidade. Ora, ao longo destas décadas, verifica-se que a Assembleia, reiteradamente, refuta a translegalidade. Em 1982, em 1989 e em 1997. Indiciando reconhecer um crescendo relativista como justificação.

**5.º (Breve referência teleológica)** Finalmente: a *teleologia* tem vindo a ser tratada juntamente com o levantamento *conjuntural* da Constituinte e das Revisões Constitucionais: tal como acontece com frequência, tratar do *porquê?* é tratar do concitado *para quê?*: *pretende-se*, com o disposto no art. 203.º, evitar que o *vago* seja preenchido por considerações axiológicas/ principialistas, pelo tribunal, por cada jurista, por cada intérprete, por cada indivíduo.

**6.º Em suma**: estes elementos interpretativos confirmam o positivismo legalista democrático.

## **Capítulo 8.º-** O regime da *dignidade da pessoa humana* como paradigmática confirmação do *positivismo legalista democrático.*

### §95 (Acerca dos textos que se passa a transcrever)

Passa-se a transcrever trabalhos parlamentares de 1976, de 1982, de 1989 e de 1997, em que se propôs que *a dignidade da pessoa humana/ dignidade e inviolabilidade da pessoa humana* fosse conceito densificável, positivável pelo tribunal (além de, naturalmente, densificável, positivável pelo legislador). A propósito da criação de direitos fundamentais. Como se constata, em todas as ocasiões em que a hipótese foi ponderada, a decisão da comunidade representada pelos parlamentares é de a *dignidade da pessoa humana* dirigir-se *apenas ao legislador*. Por outras palavras, a *dignidade da pessoa humana* não se dirige ao tribunal.

Trata-se daquele que é tido, pacificamente, na Doutrina, como o primeiro dos valores/ princípios do Direito português (o que, assinala-se, não reflecte a igualação com a *vontade popular* no art. 1.º da Constituição). E com este valor/princípio se passa a ilustrar o que se tem vindo a testar: o sentido primeiro de "apenas sujeitos à lei": ou seja, o regime em que o tribunal desempenha a sua função jurisdicional aplicando *normas legalmente positivadas* vertidas na lei, presentes no texto legal (e não, nomeadamente, *normas em potência*, apenas aludidas em conceitos axiologicamente abertos).

Trata-se de trabalhos preparatórios que raramente são tidos presente (no que será reflexo da directriz dominante objectivista actualista.

Ainda antes da transcrição: assinala-se que se trata (como se fez em transcrições anteriores) de intervenções sobre propostas *levadas a votação*. E não apenas de *ditos avulsos* não apreciados em votação pela Assembleia. Feita a transcrição, far-se-á, apenas, as explicitações imprescindíveis. Pois muitas das explicitações feitas, após

transcrições ao longo dos capítulos anteriores, têm, *grosso modo*, pleno cabimento quanto às transcrições que seguem.

Insiste-se: a história do disposto neste n.º 1 do art. 16.º não concerne a *mais um* número de *mais um* artigo no seio da Constituição, sobre alguma matéria *de pormenor*. Trata-se, sim, da constitucionalmente fundante matéria com que a Constituição abre: o art. 1.º da Lei Fundamental com a caracterização basilar da Comunidade política que Portugal é.

Ainda uma advertência: tal como *noutros passos*, as transcrições que seguem são longas. A sua autoria (a comunidade através dos seus representantes democraticamente determinados), a sua clareza e assertividade justificam as transcrições longas. Censurável seria que a sua revelação fosse truncada, por dispensáveis e secundários *comentários*. Trata-se da *fonte* a falar, a falar com clareza. Trata-se de mais uma *fonte historiograficamente primária*.

### §96 (Transcrições dos trabalhos de 1976 [45])

> *O Sr.* ***Presidente*** *[Henrique de Barros]:- Vai ler-se uma proposta que está na Mesa.*
>
> *O Sr.* ***Secretário****: - É uma proposta de aditamento do Grupo Parlamentar do PPD, assinada pelo Deputado Costa Andrade. É a seguinte:*
>
> *Propomos que no artigo 5.º, n.º 1, se acrescente «e da inviolabilidade da pessoa humana».*
>
> *[Com esse acrescento, o artigo 5.º/1 teria a seguinte redacção:*
>
> *"1- Os direitos, liberdades e garantias consagrados nesta Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional e da inviolabilidade da pessoa humana."]*

[45] *In Diário da Assembleia Constituinte*, n.º 35, de 22 de Agosto de 1975, pp. 941 a 945.

*Pelo Grupo de Deputados do PPD, Costa Andrade.*

*Entretanto, tinha já chegado, do Grupo de Deputados do Partido Comunista Português, uma proposta de eliminação do n.º 2 do artigo 5.º*

*Portanto, há uma proposta de aditamento da expressão «e da inviolabilidade da pessoa humana». Há outra proposta de aditamento ao n.º 2 do Grupo Parlamentar do CDS, subscrita pelo Sr. Deputado Freitas do Amaral, de aditamento da seguinte expressão: «cujo texto em português é publicado em anexo a esta Constituição e dela faz parte integrante».*

*Vão tirar-se fotocópias destas propostas, que serão oportunamente entregues.*

*[...]*

*O Sr.* ***Presidente****: - Está em apreciação. Alguém deseja usar da palavra?*

*Tem a palavra o Sr. Deputado Costa Andrade.*

*O Sr.* ***Costa Andrade*** *(PPD): - Sr. Presidente, Srs. Deputados: Algumas considerações para justificar essa nossa proposta que chegou a fazer vencimento nas primeiras sessões de trabalho da Comissão respectiva.*

*1) Esta Assembleia já afirmou, ao aprovar o artigo 1.º, que visa construir uma sociedade sem classes, mas sem ser à custa do holocausto da dignidade da pessoa humana.*

*E se temos de nos louvar e aplaudir com todos os que aplaudem este artigo - aplausos até efusivamente exteriorizados, e foi até a maioria desta Câmara -, há agora em sede de tratamento dos direitos, liberdades e garantias criar os mecanismos necessários para tal objecto: o respeito pela dignidade da pessoa humana. Para além de imperiosas linhas de ética, de autenticidade ou não, com que se aprovam textos constitucionais, são razões de coerência que tal nos impõem.*

*Parece óbvio que a partir daqui e a partir do momento em que todos estamos interessados em respeitar a dignidade da pessoa humana, as opções que se nos põem são de carácter técnico-jurídico, à luz de critérios de eficiência ou de eficácia em relação à protecção da dignidade da pessoa humana.*

*[…]*

*O* ***Orador [Vital Moreira]*** *: - [...]Do que se trata, pura e simplesmente, no artigo que está em apreciação e para o qual o PPD propõe um aditamento é de saber quais são as fontes jurídicas dos direitos, liberdades e garantias. Indica-se, e bem, que essas fontes são, além da Constituição, a lei e o direito internacional. Introduzir no elenco destas fontes de direito a dignidade da pessoa humana é introduzir um elemento estrutural e qualitativamente distinto a que se poderia chamar fontes materiais de direito, por exemplo, mas que então ficaria nitidamente insuficiente porque teríamos de juntar a luta histórica dos povos ao longo dos séculos, que essa, sim, foi a parte principal e verdadeira da conquista de direitos, liberdades e garantias e, nomeadamente, as lutas das classes trabalhadoras nos séculos mais recentes.*

*Quero dizer, portanto, que, pelo nosso lado, entendemos não ser de aceitar tal aditamento, especialmente porque não se pode aditar um elenco que esgote todas as fontes possíveis de direitos, liberdades e garantias, ou seja, o direito internacional, a Constituição e a lei, para lhe juntar um elemento que pertence a uma outra família qualitativamente distinta. E não se pode aceitar o aditamento, pela simples razão de que não se podem aditar numa mesma enumeração coisas de qualidades completamente distintas.*

*(O orador não reviu)*

*O Sr.* ***Presidente****: – Continua em apreciação.*

*O Deputado Mota Pinto pediu a palavra?*

*O Sr.* ***Mota Pinto*** *(PPD):- Sr. Presidente, Srs. Deputados: É para chamar a atenção para a importância do aditamento apresentado pelo meu colega Costa Andrade. Não creio que possa constituir argumento suficientemente importante contra a inclusão a circunstância formal de o n.º 1 do artigo 5.º falar das leis, das regras aplicáveis de direito internacional e da inviolabilidade da pessoa. A inviolabilidade da pessoa humana não é um texto, mas um valor e um imperativo. É um valor do qual emana o direito e o respeito pelos aspectos globais e totais da personalidade. E isto tem um grande interesse prático, tem um grande alcance útil. Não nos podemos esquecer que o legislador concreto anda em atraso relativamente aos atentados que a evolução da técnica, que a imaginação dos homens podem proporcionar a aspectos da personalidade. Basta lembrar o que sucede, por exemplo, com os atentados que começaram a surgir com a lesão da chamada intimidade da vida privada. O uso dos gravadores para registar conversações que as pessoas legitimamente entendem que devem pertencer à sua esfera de reserva, a revelação indiscreta, mais ou menos morbidamente cultivada, de aspectos da vida das pessoas que infringem o seu direito de estar só, o seu direito a uma esfera de vida pessoal onde não haja intromissões, tudo isto, mesmo que não viole a honra, que não viole aspectos da identidade moral, viola, com certeza, um aspecto apreciável da personalidade, esse direito que cada um tem a uma esfera de reserva, a uma esfera de resguardo. Historicamente, durante muitos anos, atentados deste tipo estavam total-mente desprovidos de sanção ou de prevenção eficaz por, no catálogo dos direitos sancionados, não haver uma expressa previsão da defesa da intimidade da vida privada.*

*Uma voz: - Muito bem!*

*O **Orador**: - Pois, na evolução social e técnica podem surgir sempre novas facetas de lesão da personalidade, novas facetas que afectam a inviolabilidade da pessoa humana e que não constam formalmente nem de nenhuma lei nem de nenhuma regra aplicada de direito internacional, mas que são dignas de ser reprimidas ou prevenidas com fundamento neste valor global que é o direito ao respeito que globalmente merece a pessoa humana, que é a inviolabilidade da personalidade humana.*

*O Sr. **Presidente**: - Tem a palavra o Sr. Deputado Vital Moreira.*

*O Sr. **Vital Moreira**: - Mais uma vez para chamar a atenção dos Srs. Deputados para o facto de o Deputado Mota Pinto ter mais uma vez ladeado o problema, porque não se trata, efectivamente, de negar que esses atentados à vida privada que citou devem ser objecto de proibição.*

*Isso apenas prova que a Constituição ou a lei devem proibir isso. De outro modo, o que se está é, de facto, a confundir duas realidades completamente diferentes. Uma, os valores - para utilizar uma linguagem cara aos Deputados do PPD -, os valores que devem ser objecto de protecção, e outra, os instrumentos de protecção desses valores, e esses instrumentos são o direito e as fontes de direito que estão aqui todas indicadas: a Constituição, as regras internacionais, o direito e a lei. De outro modo, se não se entender que esta é a única interpretação possível deste artigo, o que estaremos é a atribuir a quem quer que seja, advogado ou juiz, que se erija em legislador a definir, efectivamente, quais são esses direitos, essas liberdades, essas garantias.*

*A argumentação desenvolvida pelos dois Deputados do PPD prova, e muito bem - nunca ninguém pôs isso em causa, nem eu, nem certamente ninguém aqui nesta Assembleia -, que esses*

*atentados, por exemplo à intimidade da vida privada, devem ser proibidos pela Constituição ou pela lei, e isso mesmo deve ser feito pela Constituição e pela lei.*

*(O orador não reviu.)*

*O Sr.* ***Presidente****: - Tem a palavra o Sr. Deputado Costa Andrade para uma segunda intervenção.*

*O Sr.* ***Costa Andrade*** *(PPD): - É só para dizer, Sr. Presidente e Srs. Deputados, mais uma vez, que o Sr. Deputado que acaba de falar não percebeu o cerne do problema. Não se trata de proibir na Constituição ou na lei os ataques à reserva da intimidade da vida privada. A proibição desses ataques vai ser prevista e está prevista no nosso texto. Do que se trata aqui é de ter o realismo e a consciência serena da nossa capacidade limitada de previsão, e prever e tutelar, amplamente e a partir de já, a personalidade. Portanto, não vemos como, falando-se tanto em amplas liberdades, se queira fugir à tutela da mais ampla e do direito fundamental desta matéria. Foi, de resto, em homenagem a esta cláusula, que é um sistema aberto da defesa da personalidade, que, por exemplo, nos países onde estas questões ganharam mais sensibilidade se começou a proibir os ataques à reserva da intimidade e outros ataques, em nomes desta cláusula. Claro que agora que já se autonomizou esse aspecto, já não há necessidade de recorrer à cláusula para proteger a reserva sobre a intimidade da vida privada. O que está em causa é a possibilidade da evolução e o progresso técnico, e até a pressão do poder político inventar - e não estamos livres disso - novas formas de pressão. Nós, os que trabalhámos na Comissão, tivemos a consciência disso, procurámos ser o mais actualizados possível contra esse perigo. E até, por sugestão do Partido Socialista, se incluiu, por exemplo, a tutela contra a informática. É um*

*aspecto novo. Podíamos não o ter previsto, felizmente que a nossa capacidade de previsão já aí chega, mas não estamos livres de amanhã surgir outro perigo qualquer.*

*É em nome da tutela da inviolabilidade dessa pessoa humana, em nome, ao fim e ao cabo, da tutela da dignidade da pessoa humana, que provamos no n.º 1, que aprovamos esta proposta.*

*(O orador não reviu.)*

*O Sr.* ***Presidente****: - Continua em apreciação. Tem a palavra o Sr. Deputado Barbosa de Melo.*

*O Sr.* ***Barbosa e Melo*** *(PPD): - Sr. Presidente, Srs. Deputados: O problema que está aqui em discussão é, em meu modo de ver, apenas o seguinte:*

*Vamos fazer uma declaração dos direitos fundamentais do homem na sociedade portuguesa, fechada ao saber que hoje temos, ou vamos deixá-la aberta à evolução da nossa experiência colectiva. Dizer que serão respeitadas as liberdades e os direitos consignados na Constituição, nas leis e nas regras de direito internacional, não chega para quem queira deixar em aberto o sistema de protecção para a totalidade da pessoa humana, essa que há-de ser a história a fazê-la e refazê-la em cada momento. O problema liga-se à inserção em declarações destas, de cláusulas gerais (e isto é uma cláusula geral), cláusulas que pressupõem - e é neste pressuposto que a nossa proposta é feita - por parte do Poder Judicial uma capacidade de criação, de invenção a cada momento de meios correctos, de meios adequados para proteger esse valor permanente para nós, e gostamos muito da palavra, esse valor permanente que é a pessoa humana.*

*Tenho dito.*

*(O orador não reviu.)*

*O Sr.* ***Presidente****: - Tem a palavra o Sr. Deputado Freitas do Amaral.*

*O Sr.* ***Freitas do Amaral*** *(CDS): - Sr. Presidente: Queria justificar muito sucintamente as razões pelas quais o Grupo Parlamentar do CDS entende dar a sua concordância à proposta de aditamento apresentada pelo Grupo Parlamentar do PPD e tendente a consignar na Constituição, como fonte dos direitos fundamentais do homem, também uma referência à inviolabilidade da pessoa humana. A redacção proposta pela Comissão inspira-se numa concepção estatista dos direitos fundamentais, segundo a qual é da lei que resultam, por outorga, esses direitos fundamentais. Para nós, porém, tem mais valor uma concepção personalista pela qual os direitos fundamentais não resultam da lei, são apenas por ela reconhecidos como inerentes a própria natureza da pessoa humana. Segundo esta outra concepção, os direitos fundamentais são anteriores à lei, quer à lei interna, quer à lei internacional, porque o homem é anterior ao cidadão. Queria também dizer que não nos impressiona o argumento técnico invocado pelo Sr. Deputado Vital Moreira, porque não se trata de intercalar aqui uma referência às fontes donde emanam os direitos fundamentais, um elemento da natureza diversa. Trata-se apenas de acentuar um elemento da mesma natureza, pois todos sabemos que além das leis internas e do direito internacional, são também fontes de direitos os princípios gerais do direito. E o princípio da inviolabilidade da pessoa humana deve ser considerado um princípio geral do direito.*

*[...]*

*Vamos proceder à votação da proposta de aditamento.*

*Submetida à votação, foi rejeitada, com 78 votos a favor e os restantes contra.*

**§97 (Transcrições dos trabalhos parlamentares – confirmatórios – aquando da Revisão de 1982 [46])**

*O Sr. **Costa Andrade** (PSD):- Sr. Presidente, Srs. Deputados: Não vou pronunciar-me quanto à inclusão da expressão "[...] e com a Convenção Universal dos Direitos do Homem", pois louvo-me nas razões acabadas de expor petos meus colegas da AD. Todavia, permite-me chamar a atenção para o problema que ainda não foi focado, ou seja a inclusão no n.° 1 do inciso "[...] ou decorrentes da inviolabilidade da pessoa humana".*

*Este inciso já foi discutido aquando da constituinte, mas na altura não estavam criadas as condições de calma e de suficiente reflexão, por exemplo para se discutir esta questão. Penso que havia toda a vantagem, e sobretudo os direitos, liberdades e garantias muito poderiam ganhar, se incluíssemos este inciso na nossa Constituição. Reconheço de boa vontade que grande parte do seu conteúdo útil - e não se pensa que se ganha ou se perde alguma coisa no plano dos direitos do homem, não é isso o que está em causa - está no n.° 1 do artigo 26.° quando diz: "A integridade moral e física dos cidadãos é inviolável." Neste caso, a integridade moral cobre fundamentalmente o conteúdo útil inciso.*

*De todo o modo, o que está em causa no n.° 1 do artigo 16.° é a afirmação da tipicidade, não de numerus clausus, do princípio da abertura dos direitos fundamentais do homem. Os direitos fundamentais são os da Constituição, os das leis e os decorrentes da inviolabilidade da pessoa humana. É, pois, reconhecer a pessoa humana como matriz dinâmica, criadora de direitos. A todo o momento, as concepções sobre o homem estão em*

[46] *Diário da Assembleia da República, II Série, Suplemento ao* n.º 108, de 15/7/1981, pp. 3332-(105) a (110).

*permanente mutação e a todo o momento estamos a desenvolver direitos a partir de um novo repensar da pessoa humana. A fórmula pode ser esta ou outra.*

*De resto, a consagração deste inciso teria alguma utilidade prática. Recordo um caso que agora se coloca em Portugal onde um inciso como este nos poderia ajudar muito a resolvê-lo: é o caso das experiências médicas. Como sabemos, há muitos países, a França, por exemplo, que proíbem inteiramente as chamadas experiências terapêuticas, isto é, as experiências feitas sobre pessoas sãs destinadas apenas a testar novos medicamentos. Entre nós, a situação é extremamente difícil. Na Alemanha, as experiências são admitidas desde que os ganhos científicos esperáveis sejam superiores aos riscos. Isto porque se diz que a inviolabilidade da pessoa humana não permite a degradação da pessoa humana à simples condição de objecto. Por isso, devem as experiências ser de modo tal que os ganhos esperados sejam superiores aos riscos, por força do princípio da inviolabilidade da pessoa humana que não deve ser degradada à situação de puro objecto.*

*Não sei quais são as razões - ainda não as ouvi - dos demais partidos, tanto da FRS como do PCP, para se oporem a este preceito. Penso que não será no plano ideológico ou nos dos princípios que nos oporemos a tal preceito. Penso que serão talvez razões de ordem técnica. Acho que só tínhamos a ganhar com a inclusão desse inciso. No fundo era dizer que, além dos direitos consignados na Constituição, havia mais. Reconhecíamos assim a pessoa humana como fonte criadora de direitos que a todo o momento estão a retirar-se.*

*Ultimamente retirou-se do princípio de presunção de inocência a ideia da celeridade processual. Entendeu-se que era necessário que o processo andasse depressa. VV. Exas. podem dizer*

*que este inciso é inútil - e em parte é-o - mas isto é a prova de que todo este número do artigo é inútil. Dizer que estes direitos não excluem os outros que estão nas leis ou nos tratados, é evidente que tem um carácter emblemático aqui à porta dos direitos fundamentais.*

*O Sr.* ***Presidente*** *[Borges de Carvalho (PPM)]: - Para uma intervenção, tem a palavra o Sr. Deputado Nunes de Almeida.*

*O Sr.* ***Nunes de Almeida*** *(PS): - Sr. Presidente, Srs. Deputados: Começando pela questão levantada pelo Sr. Deputado Costa Andrade, devo dizer que percebo perfeitamente as intenções de alargamento de direitos fundamentais invocadas pelo Sr. Deputado Costa Andrade. Todavia, há um certo número de disposições em que esse alargamento de direitos fundamentais pode traduzir-se, através de certo tipo de interpretações, na restrição ou diminuição de outros direitos.*

*O Sr. Deputado* ***Costa Andrade*** *sabe muito melhor do que eu que a consagração de um novo direito fundamental implica, como qualquer direito, por via das colisões de direitos, restrições ou limitações a outros direitos. É um facto que, suponho, é reconhecido por todos. Por isso, cada vez que se consagra um novo direito fundamental estamos a consagrar esse direito e portanto a alargar o catálogo dos direitos fundamentais, mas também estamos - temos que ter noção disso - a, eventualmente, admitir limitações ou restrições a outros direitos.*

*Por isso, toda e qualquer disposição que implique um certo carácter vago, impreciso ou susceptível de interpretações muito diferenciadas em matéria de direitos fundamentais tem riscos. O alargamento neste artigo de direitos fundamentais aos decorrentes da inviolabilidade da pessoa humana poderia ser extraordinariamente favorável se a interpretação que fosse dada a este preceito*

*fosse - se me permitem a afirmação - a interpretação que eu daria à inviolabilidade da pessoa humana. Só que todos conhecemos que, com base em disposições deste tipo, muitas vezes aparecem interpretações de tipo muito forçado. E o receio que temos é o de que a consagrar-se um preceito como este se introduza mais confusão do que precisão e que daqui possa se vir a decorrer a interpretações feitas pelos tribunais ou até pelos órgãos de aplicação de direito não tanto num alargamento de direitos fundamentais, mas, com base numa certa concepção do que seja a inviolabilidade da pessoa humana, em eventuais limitações e restrições a outros direitos fundamentais considerados incompatíveis em determinadas circunstâncias com aqueles que se entenderiam serem decorrentes da inviolabilidade da pessoa humana.*

*Não se pode negar que tal seja perfeitamente possível e é com base nesta imprecisão e nos perigos que podem decorrer de interpretações deste preceito que nos opomos à sua inclusão, muito embora não tenhamos uma concepção fechada sobre os direitos fundamentais. Só que deve haver uma preocupação no sentido de não se alargar, através de interpretações dos órgãos de aplicação de direito, a possibilidade de em vez de se alargar, restringir outros direitos.*

*[...]*

*Todos os direitos que decorrem da protecção da vida privada são direitos em que não se pensavam, até à descoberta das teleobjectivas e das técnicas de penetração nas comunicações telefónicas.*

*No entanto, sob o ponto de vista jurídico, não faço questão. Como mais bonito, sob o ponto de vista estético, continuarei a defendê-lo. Não acredito que as razões jurídicas que o Sr. Deputado Nunes de Almeida apresentou, que aliás são razões*

*válidas e pertinentes, mas não neste artigo, essas devem fazer-se ao artigo 26.°*

*O Sr.* ***Presidente*** *[Borges de Carvalho (PPM)]: - Para uma intervenção, tem a palavra o Sr. Deputado Jorge Miranda.*

*O Sr.* ***Jorge Miranda*** *(ASDI): - Sr. Presidente, Srs. Deputados: Pessoalmente tenho uma grande simpatia pela referência constante da proposta da Aliança Democrática acerca da inviolabilidade da pessoa humana.*

*Julgo que essa referência no sentido que lhe dá o Sr. Deputado Costa Andrade tem razão de ser e poderia ser consagrada.*

*No entanto, gostaria de chamar a atenção para algumas questões.*

*A primeira é que aquilo que ela traz consigo já hoje se encontra na Constituição, desde logo quando o artigo 1.° funda a República Portuguesa - República Portuguesa não no sentido de regime político ou de forma de governo, mas de comunidade política portuguesa- na dignidade da pessoa humana. O primeiro fundamento da nossa comunidade política é a dignidade da pessoa humana. Naturalmente que dessa dignidade da pessoa humana há-de decorrer o princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais. A referência aqui da inviolabilidade da pessoa humana não acrescentaria rigorosamente nada àquilo que já hoje se pode depreender do artigo 1.° da Constituição. E também nada acrescentaria à fórmula ainda mais eloquente e precisa do artigo 1.° da Declaração Universal dos Direitos do Homem em que se diz: "Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos, dotados de razão e de consciência devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade." Através do artigo 1.° da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que é ele próprio, mercê do n.° 2 do artigo 16.°, direito constitucional português, já se alcança*

*aquilo que a Aliança Democrática pretende, tal como o Partido Popular Democrático em 1975 pretendeu alcançar.*

*Em contrapartida haveria os riscos que o Sr. Deputado Luís Nunes de Almeida assinalou. E o problema que esta Comissão tem de ponderar é de saber se para alcançar algo que já hoje é evidente no direito constitucional português se deverão correr esses riscos. Julgo que há outro problema que ainda não foi aqui aflorado, que é uma questão não de direito constitucional, mas que é sobretudo de direito civil, e que é o problema da tutela da personalidade: saber se há ou não na ordem jurídica portuguesa um direito geral de protecção da personalidade. Mas quanto a isso deixemos alguma coisa para a lei civil. Procuremos modificar, reformular e aprofundar a lei civil e contentemo-nos com a Constituição que temos.*

*Pela minha parte, portanto, não seria de maneira alguma contra a inclusão do inciso pretendido pela Aliança Democrática. Pelo contrário, mas sinto os riscos que foram apontados e nesta matéria julgo que, apesar de tudo, não deveremos correr riscos.*

*[...]*

*O Sr. Veiga de Oliveira (PCP):-*

*[...]*

*Em relação à inclusão da inviolabilidade da pessoa humana, também isso foi debatido na subcomissão e a argumentação, embora possa repetir-se, foi já aqui largamente explanada.*

*Em nosso entender também esta inclusão, além de desnecessária na parte em que ela pode ser de alguma forma interpretada cingidamente, introduz, por ser uma forma imprecisa, a possibilidade de interpretações que não seriam concordantes com aquilo que desejamos e com aquilo que hoje a Constituição consagra. Não se compara o que se diz no artigo 1.°, em que se funda*

*tudo na dignidade da pessoa humana, com esta forma imprecisa e muito menos o que se diz no artigo 26.° Não entendemos a argumentação do Sr. Deputado Costa Andrade, porque ele pretende que o artigo 26.° diz o mesmo e, porventura, di-lo de uma forma mais imprecisa. Quanto a nós não. Achamos que a expressão integridade moral e física dos cidadãos é inviolável, e é uma expressão particularmente feliz e precisa. E mais, o próprio n.° 2 do artigo 26.° adianta alguma coisa no sentido da interpretação que se dá ao n.° l, quando fala em tortura, etc., etc., como formas inaceitáveis que a Constituição proíbe.*

*Daí que se não possa dizer "já que nada se acrescenta também não se tira", porque não só não se acrescenta como se introduzem riscos de interpretação que não estão neste momento nem no antigo 1.° nem no artigo 26.° Isto é, aquilo que de útil haveria está no artigo 1.° e no artigo 26.° Só que está nesses artigos sem riscos e aqui, como todos, já reconheceram e suponho que também o Sr. Deputado Costa Andrade, podiam-se de facto introduzir riscos dada a possibilidade de interpretação do conceito mal definido que cá se punha.*

*[...]*

*O Sr. Luís Nunes de Almeida (PS):-*

*[...]*

*Eu não disse que a inclusão do n.° 1 sobre a inviolabilidade da pessoa humana implicava a criação de um novo direito. Se fosse isso, se tivesse essa concepção não tinha qualquer receio. O que disse foi exactamente aquilo que o Sr. Deputado afirmou. Isto é, daqui podem resultar, por via interpretativa, uma multitude de direitos que não sabemos o que são nem se podemos entender efectivamente que eles são direitos fundamentais. Podem criar-se por via interpretativa direitos ou alterar o estatuto de direitos já existentes ou dar-*

*lhes um conteúdo diverso daquele que eles hoje têm na nossa Constituição sem termos nenhum controle sobre isso, a não ser apenas por via interpretativa.*

*Ao contrário do que o Sr. Deputado possa supor não tenho nenhum receio do artigo 26.° em comparação com o artigo 16.° E porquê? Porque na interpretação que o Sr. Deputado dá do artigo 26.º resulta já tudo quanto quer retirar do artigo 16.° Mas como não estou em oposição com aquilo que o Sr. Deputado quer tirar não tenho receio do artigo 26.°, donde resultam de facto esses princípios e a possibilidade de se protegerem determinados valores que são a sua preocupação. Do que tenho receio é que se vá mais longe do que isso e se desvirtue o próprio alcance do preceito. Isso não pode resultar, a meu ver, do artigo 26.°, onde se refere especificamente a integridade moral e física das pessoas. Mas pode resultar da inviolabilidade da pessoa humana em abstracto, da qual podem resultar interpretações sobre o que seja esta inviolabilidade ou da necessidade da realização integral da pessoa humana e de tudo o que pode estar por detrás disso ou que pode vir a decorrer de interpretações desse tipo, que já não têm que ver directamente com o problema da integridade moral e física, mas com outro tipo de interpretações não já personalistas, se quiser, mas do tipo transpersonalista e é isso que me causa efectivamente bastantes dificuldades.*

*[…]*

*O Sr. Almeida Santos (PS):-*

*[…]*

*Quanto à referência a direitos decorrentes da inviolabilidade da pessoa humana eu abundo nas considerações do meu camarada Luís Nunes de Almeida e do Sr. Deputado Jorge Miranda, porque na verdade estamos em matéria de direitos e não de princípios. Se estivéssemos a definir princípios, pode talvez pudéssemos recorrer a formas tão*

*abstractas, embora tão povilantes, como esta. Mas estamos a tratar de direitos e reparem que ao lado dos direitos fundamentais consagrados na Constituição, o que é claríssimo, e dos direitos fundamentais constantes da lei, o que também é claríssimo, e dos direitos fundamentais constantes de regras aplicáveis de direitos internacionais, o que é igualmente claro, saltamos para "ou decorrentes da inviolabilidade da pessoa humana". Que é isto de um direito decorrente da inviolabilidade da pessoa humana? É tudo e não é nada. Sabemos muito bem que horrores têm sido retirados da defesa de posições estritamente personalistas. Penso que o próprio nazismo recorreu a isto em certo momento. Tenhamos cautela!*

*Penso, portanto, que tratando-se não da definição de princípios abstractos, como no artigo 1.°, onde está muito bem caracterizada a dignidade da pessoa humana e a defesa desses valores, mas de direitos a juntar a outros tão característicos e tão precisos como os anteriores, os decorrentes em abstracto da inviolabilidade da pessoa humana, sinceramente que me parece uma fonte de risco e cada um tirará de lá o que quiser. É um saco donde cada um tirará o que quiser, mesmo a negação de alguns direitos da pessoa humana.*

*Por outro lado, também não estou inteiramente de acordo, embora isso seja raro, com o Sr. Deputado Costa Andrade, pois em matéria de interpretação jurídica secundo normalmente as suas posições. Mas a verdade é que não acho que o que está no artigo 26.° seja a mesma corsa ou seja equivalente. O que é a integridade física dos cidadãos? Pois sei o que é: é ninguém me beliscar, por exemplo.*

*Risos.*

*A integridade moral também sei: ninguém toque cá nos meus princípios morais, na minha honrazinha e tal.*

Referir as votações em todos estes §§

**§98 (Transcrições dos trabalhos parlamentares – confirmatórios – aquando da Revisão de 1989 [47])**

*O Sr.* ***Adriano Moreira*** *(CDS): – Dizer que se acrescenta alguma coisa talvez seja ambicioso do ponto de vista filosófico.*

*Aquilo que sabemos é que o conceito de dignidade e inviolabilidade da pessoa humana não tem interpretação uniforme, mas de acordo com as concepções culturais vigentes em cada época e em cada povo. Por consequência, supomos ser esta uma fórmula que pode corresponder a valores que são fundamentais na vida portuguesa. Na nossa concepção, essa expressão tem uma definição possível e própria, que, por sua vez, não contraria que alguém tenha outras concepções que lhe dêem outro conteúdo.*

*É evidente que, quando a propomos, é com o conteúdo que lhe damos na interpretação que sustentamos, supondo que ela admite o preenchimento com outras concepções, se essa for a variação das forças politicas dentro do país. É essa a nossa ideia.*

*O Sr.* ***Sottomayor Cardia*** *(PS): – Sendo assim, afigura-se-nos que este aditamento tem um alcance indeterminado e impreciso.*

*O Sr.* ***Adriano Moreira*** *(CDS): – Para quem estiver mal informado sobre a concepção da democracia cristã e a inviolabilidade e dignidade da pessoa humana assim será; mas quem estiver bem*

[47] *In Diário da Assembleia da República,* II Série n.º 6-RC, de 11 de Abril de 1988, pp. 96 a 101.

*informado tem um sentido exacto, preciso, delimitado e perfeitamente conhecido. O que pode haver é uma diferença de concepção sobre isso.*

*Como lhe disse, esta fórmula é para nós um conceito valorativo, podendo, no entanto, para uma outra formação, ser um conceito normativo a preencher como o entender essa mesma formação. É isso, justamente, que permite a variação de orientações de acordo com cada força politica que o Governo assumir, mas é evidente que para nós tem um conteúdo preciso.*

*[…]*

*O Sr. António Vitorino (PS): –*

*[…]*

*Já tivemos, como disse o Sr. Deputado Costa Andrade, vários debates sobre esta matéria e é difícil trazer argumentos novos à colação. O problema, que já anteriormente ficou por definir e que vai ficar novamente por definir, é o de se saber se com a consagração dos princípios da dignidade e da inviolabilidade da pessoa humana como fonte de definição de novos direitos fundamentais não estaremos a abrir uma porta de grande imprecisão à consagração de novos direitos que implicam forçosamente a restrição de outros direitos fundamentais ou, pelo menos, podem comportar colisão com esses outros direitos.*

*[…]*

*O segundo ponto que gostaria de referir é o seguinte: como princípio enformador do texto constitucional, reconhecer que a República é baseada na dignidade da pessoa humana faz sentido e é, em meu entender, insusceptível de divergências interpretativas, porque os afloramentos, em termos de direitos e liberdades da dignidade da pessoa humana, estão contidos, adiante, nos artigos 24.º e seguintes da Constituição, designadamente no capítulo dos direitos, liberdades e garantias de natureza pessoal. E aí até se encontra a*

*consagração explicita da inviolabilidade das pessoas como direito fundamental. Agora, o problema de consagrar como fonte de direito a dignidade e inviolabilidade da pessoa humana é que passa a haver uma porta aberta para serem criados novos direitos fundamentais com essa fundamentação, o que viabiliza e legitima leituras personalistas da Constituição – como aquela que, naturalmente, o Sr. Deputado Adriano Moreira fará e é timbre da democracia cristã –, mas também pode vir a ser invocada como legitimando leituras que poderíamos rotular de transpersonalistas da Constituição – e, eventualmente aí até nem o CDS pretende chegar.*

*Assim, a única nota que gostaria de deixar é a de que me parece que a introdução destes conceitos, em vez de caracterizar com maior rigor os direitos fundamentais que a Constituição consagra ou, no mínimo, consente, introduz a final um alto grau de incerteza, que, em última instância, pode resultar no aparecimento de colisões de direitos ou até de restrição de direitos fundamentais já consagrados na Constituição.*

*[...]*

*O Sr.* ***Presidente [Rui Machete]****: – Srs. Deputados, gostaria de referir muito suscitamento o seguinte: Quando o Sr. Deputado Jorge Lacão faz referência à expressão «regras aplicáveis de direito internacional», constante do texto actual, dizendo que é restritiva a menção apenas das convenções internacionais, penso que tem razão apenas na aparência, porquanto, se se olhar para as fontes de direito internacional, se verificará, obviamente, que elas são o costume e os princípios fundamentais – isto para além das normas convencionais. Quando, justamente, se consigna a ideia da dignidade e inviolabilidade da pessoa humana, esse princípio é, na minha perspectiva, mais abrangente do que quaisquer normas costumeiras. Por essa via*

*recupera-se – e muito mais – o que eventualmente se perderia pela omissão ou restrição apenas às normas convencionais, não se referindo, consequentemente, os costumes e os princípios gerais.*

*Por outro lado, julgo não estarmos a braços com uma questão fundamental, pois penso que nesta matéria se tendo vindo, pouco a pouco, a estabilizar interpretações em termos constitucionais que nos dão uma certa tranquilidade quanto à maneira como essa hermenêutica se esta a realizar. Todavia, devo dizer que quem conhece – e VV. Ex.as conhecem bem – o que tem sido a problemática dos direitos fundamentais, designadamente na lei fundamental de Bona, que, como VV. Ex.as sabem, serviu de inspiração a esta parte da nossa Constituição, facilmente se aperceberá de que tem havido duas grandes preocupações: A primeira é a de estabelecer o relacionamento dos direitos fundamentais com valores que são o seu núcleo essencial, mesmo que as teorias interpretem, de algum modo, em divergência essa conexão; a segunda é a de que esse sistema seja um sistema aberto, isto é, um sistema que, ao contrário do que foi referido pelo Sr. Deputado António Vitorino, não tenha a preocupação de ser nominativo ou tipificado, como o seria no direito penal. É, portanto, justamente para acentuar esse aspecto que, retomando uma proposta anterior formulada pelo PSD e que se reputa válida, se quis manter essa ideia da inviolabilidade da pessoa humana, que – repito – tem como precedente augusto a lei fundamental de Bona.*

*[...]*

*A Sr.ª* ***Maria da Assunção Esteves*** *(PSD): – As afirmações do Sr. Presidente prejudicam de certo modo algumas das que eu iria fazer, mas, mesmo assim, creio que é de reflectir ainda sobre aquilo que se pretende no artigo 16.º e sobre se queremos*

*ou não manter na revisão a pretensão que esse artigo já em si encerra. De facto, esse preceito pretende criar potencialidades expansivas para abranger outros direitos fundamentais e consagrar a ideia do numerus apertus dos direitos fundamentais, subtraindo-os ao espartilho da mera positivação ou da mera formalização constitucional. Nesse sentido, a questão que se coloca é a de saber se queremos ou não manter essa intenção de subtracção a uma formalização excessiva não consagrada no artigo 16.º e, em caso afirmativo, se queremos ou não tornar mais clara essa intenção.*

*Foi no sentido de a tornar mais clara que o PSD propôs o acrescento da expressão «ou decorrentes da inviolabilidade da pessoa humana». Ao fazer-se este aditamento, está-se, de certo modo, a abrir a perspectiva de uma visão mais material dos direitos fundamentais, isto é, a evitar os rigores restritivos da excessiva formalização constitucional, criando-se aqui uma espécie de ingrediente material que é fundamental em matéria de compreensão dos direitos fundamentais.*

*Quanto à questão que foi colocada pelo Sr. Deputado António Vitorino no sentido de se saber se esta leitura não será uma leitura passível de várias colorações, ou seja, se ela permite leituras transpersonalistas ou personalistas dos direitos fundamentais, devo dizer que, segundo penso, o que aqui está consagrado na ideia de inviolabilidade é uma ideia universalista do homem, ideia essa que radica já no iluminismo e me parece resistir a leituras diferentes e contingentes da dimensão e do número de direitos humanos que a Constituição pretende salvaguardar.*

*[...]*

*O Sr.* ***Presidente****: – Sr. Deputado, todos os conceitos revestem obviamente um certo grau de indeterminação. Aliás, estou a reportar-me àquilo que conheço um pouco melhor, que é o que tem sido*

*a interpretação dada não apenas pela dogmática, mas também pelas jurisprudências dos Tribunais Constitucionais Alemão e Italiano nesta matéria, que, de resto, arrancam de experiências similares e dentro de um conjunto cultural em que também nos integramos. Além disso, a ideia que possuo é a de que tal orientação tem sido positiva.*

*No entanto, como as questões estão já dilucidadas, não se justifica estarmos neste momento a gastar mais tempo com esse aspecto. Aliás, percebeu-se sobretudo o sentido quer da intenção dos que propugnam a alteração, quer das razões que levam os que se opõem a entender preferível manter o texto actual do n.º 1 do artigo 16.º.*

*[…]*

*O Sr.* ***José Magalhães*** *(PCP): – […]*

*Na verdade, quando se joga na incertificação do conteúdo deste artigo e se joga na «criação» ou na «abertura», como criticamente se disse já de uma forma muito correcta, está-se a abrir portas que abrem não se sabe rigorosamente para onde, mas que podem originar fenómenos dificílimos de exprimir, de articular, de compatibilizar, e facultar a invocação de outros direitos, fazendo gerar necessidades de conjugação de regimes, de definição de tudo aquilo que se situa na área da restrição ou compatibilização, que é, aliás, do máximo melindre constitucional. Não se está assim a contribuir para o reforço da ordem constitucional dos direitos fundamentais. Pelo contrário, está-se a contribuir seguramente para o reforço da barganha em torno da restrição de direitos fundamentais ou a forçar as mais difíceis operações de compatibilização tornadas assim necessárias para que vivam em comunidade todos os direitos fundamentais, na medida e na proporção em que eles devam reciprocamente articular-se para que todo coexistam.*

*Esta tendência existe abertamente na bancada do PSD. Que ela venha escurada na reflexão importada da RFA é particularmente pitoresco, uma vez que sabemos que um dos esforços da Assembleia Constituinte se traduziu em edificar uma ordem constitucional dos direitos fundamentais que fosse nesse ponto original e não repetisse nem decalcasse aquilo que foram as aventuras das dialéticas, das colisões e das restrições de direitos na ordem constitucional dos direitos fundamentais da lei fundamental de Bona.*

*[…]*

*Estamos, pois, em absoluto desacordo em que essa cobertura seja dada. Portanto, opomo-nos à difusão ou à conversão em coisa difusa daquilo que não é difuso, mas sim formal no bom sentido. A forma não é obrigatoriamente uma coisa má e reveste com certeza o carácter de uma defesa, designadamente na parte processual dos direitos fundamentais. Vigora em Portugal um conceito abrangente e rico de formalização, que não é um espartilho, mas sim uma garantia; é uma couraça no bom sentido e não no aspecto mesquinhamente limitativo. Daí que desses espartilhos gostemos francamente.*

*[…]*

[48]*A Sr.ª* ***Assunção Esteves*** *(PSD): –*

*[…]*

*Entendemos que a ideia de «invilabilidade» é uma referência que tem a ver com o facto de ela própria enformar todo o núcleo de direitos fundamentais e tem uma conotação directa com o sentido pré-constitucional e meta-constitucional dos direitos fundamentais. Esta referência, em princípio, tinha a ver com uma certa ideia apriorística da própria pessoa humana e daquilo que constitui o*

[48] *In Diário da Assembleia da República*, V Legislatura 2.ª Sessão Legislativa (1988-1989), I Série, n.º 64, de 15 de Abril de 1989, pp. 2205-2206 e 2209-2210.

*cerne dos mesmos direitos, mas esta ideia não foi bem recebida na comissão.*

*Na altura, esquecemo-nos de referir o que agora irei abordar sucintamente e que é o seguinte: Não é sem razão que o ressuscitar de certos princípios jurídico-materiais em matéria de direitos fundamentais tem lugar na Alemanha nos finais do anos 40, depois do trauma que o excessivo formalismo nazi criou em matéria de protecção de direitos, e que estas referências jurídico-materiais renasceram agora mesmo nos autores positivistas, que entendem que a mínima referência a momentos materiais do direito é importante para a consideração da sua validade e, sobretudo, para a consideração da sua qualidade de direito justo.*

*Tentando prevenir a sensibilidade dos que refutam esses momentos jurídico-materiais no Direito com um certo terror do sentido de uma ordem de valores objectiva, chamo a atenção para o facto de o entendimento do sentido da «inviolabilidade da pessoa humana» também pode ser feito numa acepção não material mas meramente formal de justificação do discurso democrática. Diria que a ideia de «inviolabilidade» é uma ideia fundamental para que se possa falar de participação de todos, não coagida, no discurso universal, que é a democracia.*

*O Sr.* ***Pedro Roseta*** *(PSD): – Muito bem!*

*A* ***Oradora****: – Isto é, se quisermos fugir do medo de um sentido objectivamente material que possa ser carreado para esta noção, podemos entendê-la numa acepção apenas formal de núcleo essencial de justificação do discurso democrático.*

*Chamo também a atenção dos Srs. Deputados para o facto de o inciso que propunhamos acrescentar, e que não foi aceite na comissão, ter também um efeito fundamental em matéria de acção do poder político e da sua incidência nos direitos das pessoas. É que ele evita*

*quaisquer leituras utilitaristas que possam fazer pensar que, ainda partindo de uma ideia-base de respeito dos direitos, uma noção mais transcendente de bem comum possa sacrificar aqui ou ali direitos concretos de pessoas concretas. O inciso «inviolabilidade da pessoa humana» afasta o sentido utilitarista e antidireitos que qualquer política de qualquer poder e em quaisquer circunstâncias possa vir a adoptar.*

*É no sentido não só de desdramatizar o sentido material como de mostrar os efeitos práticos que esta noção tem na leitura dos direitos fundamentais e da sua confrontação com o poder que chamo a atenção dos Srs. Deputados de todas as bancadas para reconsiderarem a potencialidade de introdução deste inciso no artigo 16.º*

*[...]*

*O Sr.* ***José Luís Ramos*** *(PSD): –*

*[...]*

*Aliás, este acrescentamento não pode ser contrário aquilo que todos – e julgo que também o Sr. Deputado José Magalhães – podem interpretar em sede de princípios gerais da Constituição, nomeadamente em relação ao seu princípio máximo, que é o princípio da dignidade da pessoa humana.*

*[...]*

**§99 (Transcrições dos trabalhos parlamentares – confirmatórios – aquando da Revisão de 1997 [49])**

*[...]*

*O Sr.* ***Presidente [Vital Moreira]****: - Não havendo mais inscrições, passamos então ao artigo 16.º da Constituição.*

---

[49] *In Diário da Assembleia da República, II Série–RC* n.º 17, de 5/9/1996, pp. 408 a 412

*Em relação a este preceito, o PSD apresentou uma proposta de alteração ao n.º 1. Actualmente, pode ler-se no n.º 1 o seguinte: "Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional". E a proposta do PSD acrescenta, na parte final do citado preceito: "(...) ou decorrentes da dignidade e da inviolabilidade da pessoa humana".*

*Para fazer a apresentação da proposta de alteração, tem a palavra o Sr. Deputado Luís Marques Guedes.*

*O Sr.* ***Luís Marques Guedes*** *(PSD): - Sr. Presidente, Srs. Deputados: A proposta do PSD deve ser analisada em conjunto com uma alteração que propomos, mais à frente, de aditamento de um novo artigo à Constituição, o artigo 25.º-A.*

*No fundo, esta proposta de alteração tem a ver com a necessidade de se prever sempre o respeito e a inviolabilidade da pessoa humana. De facto, no actual texto deste n.º 1 do artigo 16.º, ao definir-se o âmbito e sentido dos direitos fundamentais, pode ler-se que os direitos fundamentais expressamente consagrados na Constituição "(...) não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis ao direito internacional".*

*Ora, temos assistido, fruto da evolução das tecnologias, por vezes a ritmos dificilmente acompanháveis por nós, humanos, à abertura de novos campos onde, não poucas vezes, essa própria dignidade e inviolabilidade da pessoa humana, que deve ser garantida, é posta em causa. Há variadíssimos exemplos disso, nomeadamente nos anos mais recentes. Por essa razão, o PSD propõe o aditamento de um novo artigo (o artigo 25.º-A), relacionado com a consagração constitucional deste novo campo de direitos que têm de ser salvaguardados e que exigem uma resposta a uma*

*nova realidade a que todos assistimos, a par e passo.*

*Nesse sentido, parece-nos que quando se define, no artigo 16.º, o âmbito e sentido dos direitos fundamentais, vale a pena acrescentar, porque nenhum de nós pode ter a pretensão de ser exaustivo nesta matéria - aliás, já o legislador constituinte do texto actualmente em vigor teve esse cuidado, ao dizer que os direitos fundamentais consagrados nesta Constituição não excluem quaisquer outros constantes "(...) das leis e das regras aplicáveis no direito internacional" -, uma ideia genérica, salvaguardando, no fundo, aquilo que está em causa nesta matéria, ou seja, a dignidade e a inviolabilidade da pessoa humana. Este é o sentido útil desta norma ou é assim que o sentido útil desta norma, no entender do PSD, ficará salvaguardado de uma forma mais conseguida.*

*O Sr.* ***Presidente****: - Srs. Deputados, está aberta a discussão relativa à proposta de alteração ao n.º 1 do artigo 16.º, apresentada pelo PSD.*

*Para uma intervenção, tem a palavra o Sr. Deputado José Magalhães.*

*O Sr.* ***José Magalhães*** *(PS): - Sr. Presidente, Srs. Deputados: O n.º 1 do artigo 16.º é, sem dúvida, uma disposição de grande importância na definição da malha jurídico-constitucional de protecção de direitos fundamentais, uma vez que é um espaço de liberdade e de articulação do quadro normativo constitucional com todos os outros espaços de garantia de direitos fundamentais. Nesse sentido, "abre" a Constituição e garante algo que é fundamental: a Constituição, não é um espaço fechado mas, sim, interligado com outros espaços. Mas esses espaços têm uma característica, porque a Constituição foi precisa ao remeter para instrumentos normativos definidos e sobre os quais as regras constitucionais são, elas próprias, claras: refere-se aos direitos fundamentais constantes das*

*leis, estabelecendo assim um patamar de articulação entre direitos constitucionais e legais, e das regras aplicáveis de direito internacional.*

*Ora, coisa bem diferente e instrumento e realidade distinta é a alusão à dignidade ou inviolabilidade da pessoa humana, em geral.*

*Vejamos: quanto ao que seja a lei e os direitos fundamentais que a mesma define, nenhuma incerteza se coloca, porque as leis os definirá, nos termos e condições nela constantes, com a configuração e a arquitectura que deva ser acolhida ou aplicável; quanto ao direito internacional, qualquer que seja o seu regime e a sua configuração específica, também temos meios constitucionais de apurar os modos de revelação e de formação de direito internacional vinculativo e configurador de situações jurídicas subjectivas e de verdadeiros e próprios direitos fundamentais, como tais protectores dos cidadãos, das pessoas.*

*Tem natureza totalmente diferente a alusão à dignidade ou à inviolabilidade da pessoa humana invocada em abstracto, quase diria a se, sem recepção e vazamento em fonte normativa certa, concreta, espessa, densa e invocável, oponível ou criadora daquilo a que chamaríamos direitos fundamentais "extra-catálogo" ou extra-Constituição. Com isto, nasceria um espaço de incerteza, com contornos que, francamente, não sou capaz de definir - e suponho que ninguém é capaz de o fazer!*

*A alusão a esta fonte informe e imprecisa de direitos não oferece nenhum critério, nenhum princípio para uma definição ou densificação de contornos, a não ser que aquilo que se pretenda é o que decorre já do artigo 1.º da Constituição.*

*Com efeito, o artigo 1,º ao aludir à dignidade da pessoa humana como uma das características e um dos pilares da República portuguesa, tem algumas implicações, para as quais*

*temos, aliás, modos de revelação e de definição de consequências jurídico-práticas para a esfera jurídico-individual. Se aquilo que se pretende é apelar ao mesmo, isso já consta do artigo 1.º e de outros artigos da Constituição, mas se o que se pretende é criar uma espécie de superfonte, informe e de contornos imprecisos e insondáveis, está por provar que tal não possa ter consequências perversas, porventura originadoras de espaços de confusão, e até, em alguns casos, de perturbação da protecção de determinados direitos de cidadãos, ou de conflitos com outros direitos - sérios conflitos de direitos, com dificuldades de compatibilização bastante difíceis de ultrapassar com êxito.*

*O Sr.* ***Presidente****: - Tem a palavra o Sr. Deputado Luís Sá.*

*O Sr.* ***Luís Sá*** *(PCP): - Sr. Presidente, Srs. Deputados: Em primeiro lugar, creio que há que louvar a persistência do PSD, que já apresentou esta proposta por ocasião das revisões da Constituição em 1982, 1989 e em 1994. Mas há que sublinhar, na sequência da verificação da posição de outros partidos sobre esta matéria, que foi reconhecido que com esta consagração ou sem ela a dignidade da pessoa humana é um critério fundamental para, por um lado, aferir do sentido de alcance dos direitos fundamentais na Constituição mas, por outro lado, que a Constituição contém um "catálogo" aberto nesta matéria, o que significa que, como todos reconheceremos, princípios como o que consta do artigo 1.º, que diz que a República portuguesa baseia-se na dignidade da pessoa humana, são inequivocamente fonte de novos direitos e, inclusivamente, um princípio aplicável na resolução de novos problemas como aqueles que vários partidos querem enfrentar quando propõem o enriquecimento do "catálogo" concreto de direitos fundamentais neste plano.*

*Portanto, a partir do momento em que há um "catálogo" aberto de direitos, na medida em que este "catálogo" é aberto, não apenas em função de outros direitos que a lei consagre, de outros direitos que decorram do direito internacional, mas também de princípios que constam da Constituição, nós não vemos razões decisivas para acrescentar nem vemos que benefícios concretos resultariam nesta matéria.*

*Ainda há pouco, colocava-se a questão de saber que benefícios concretos resultariam de uma proposta e pensamos que, neste momento, há que devolver a pergunta, independentemente de outras considerações que, eventualmente, viriam ao caso.*

*O Sr.* ***Presidente****: - Tem a palavra o Sr. Deputado Barbosa de Melo.*

*O Sr.* ***Barbosa de Melo*** *(PSD): - Sr. Presidente, Srs. Deputados: Esta questão é uma daquelas recorrências de todos os processos de revisão da nossa Constituição: o Partido Social Democrata sempre propõe a introdução desta norma aqui e sempre vê derrotado o seu ponto de vista.*

*O problema que se coloca tem uma origem histórica, que remonta a 1975, porque, como VV. Ex.*[as] *saberão, na acta final da Conferência de Helsínquia, a dignidade humana aparece como referente imediato para novos direitos fundamentais. Ora, é na linha dessa abertura antropológica a direitos fundamentais novos que o PSD, logo de princípio, teve a pretensão de ver figurar este aspecto na Constituição.*

*O problema que reside por trás de tudo isto é o de saber como se positiva a dignidade humana. VV. Ex.*[as] *dizem que são as leis,...*

*O Sr.* ***Presidente****: - E as convenções internacionais! E o direito internacional geral!*

*O Sr.* ***José Magalhães*** *(PS): - E o Direito Internacional Público! Eventualmente, o próprio costume!*

*O Sr.* ***Barbosa de Melo*** *(PSD): - Exacto! E se for o costume interno? E se forem os comportamentos fácticos internos? E se forem as sentenças dos tribunais internos, a jurisprudência?*

*Há miríades de formas de positivação do direito. Hoje, todos sabemos disso e não vale a pena estar aqui a "chover no molhado". As formas de positivação do direito estão muito para além da lei e da convenção, passam por n tipos de acção social em que, digamos, pode coalhar-se uma ideia jurídica que há-de valer depois como critério de decisão normativo.*

*A ideia da dignidade humana, introduzida assim, como critério de referência para a formulação de novos direitos de decisão pública que hão-de ser positivados através de várias formas, nomeadamente as sentenças, sobretudo a jurisprudência interna, retira da mão dos detentores do poder político saber quem é que tem acesso à revelação do direito. São só os Deputados, os titulares do poder político, ou é também a comunidade jurídica no seu conjunto?*

*No fundo, a ideia que está aqui é a de que estamos perante dois tipos de mentalidade jurídica: a positivação tradicional do legalismo, que é a de VV. Ex.*$^{as}$ *- permitam-me este "baptismo" tão fácil -, e uma positivação aberta, um sistema aberto, onde são possíveis várias formas de positivação do direito. Eis a questão...*

*O Sr.* ***José Magalhães*** *(PS): - E o "alegalismo"!*

*O Sr.* ***Barbosa de Melo*** *(PSD): - Exactamente!*

*Eis outras dimensões da ordem jurídica.*

*O Sr.* ***José Magalhães*** *(PS): - E o direito natural!*

*O Sr.* ***Barbosa de Melo*** *(PSD): - Também o direito natural, obviamente!*

*Aliás, está aqui em causa uma ideia que transcende o poder político positivado através de formas de práticas sociais, repito. E o precedente é a acta final da Conferência de Helsínquia de 1975.*

*O Sr.* ***Luís Sá*** *(PCP): - A acta final da Conferência de Helsínquia está coberta pela referência ao direito internacional.*

*O Sr.* ***Presidente****: - Tem a palavra o Sr. Deputado Alberto Martins.*

*O Sr.* ***Alberto Martins*** *(PS): - A nossa ideia é precisamente a de que os direitos fundamentais têm uma fonte, que é a constituinte, quer seja de forma directa, que é a Constituição, quer seja por remissão e incorporação das normas do direito internacional e convencional. Por isso, aderimos a uma ideia de um "catálogo" concretizado, aberto. Aliás, a própria Constituição o abre pela via do direito internacional e até pelos direitos análogos...*

*O Sr.* ***Guilherme Silva*** *(PSD): - Mas mais redutor, apesar de tudo.*

*O Sr.* ***Alberto Martins*** *(PS): - No entanto, consideramos que há que estabelecer uma destrinça clara entre direitos concretos, sancionáveis, oponíveis, com titulares, e princípios.*

*Estamos de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana. Aliás, na nossa proposta relativa ao artigo 26.º consagramos a ideia de que a lei garantirá a dignidade pessoal, a identidade genética e a integridade do ser humano - os objectivos que os senhores pretendem salva-guardar estão salvaguardados na nossa iniciativa legislativa. Mas, enquanto fonte geradora de direitos fundamentais, pensamos que tem de haver um valor que consideramos fundamental que é o da segurança jurídica. É que a remissão para uma invocação de princípio, que é justa, que é a dignidade da pessoa humana, tratada de certa forma, até na alusão que foi feita ao costume jurídico ou parajurídico, poderia levar a que a*

*consolidação dos pareceres de eventuais comissões de ética, com a valoração que muitas vezes têm nalguns domínios, pudesse vir a ser aceite como fonte que, ao pretender ser uma fonte de abertura ao direito, era de fechamento de alguns direitos fundamentais e que poderiam até pôr em causa a dignidade da pessoa humana. Seria um risco muito grande, seria uma abertura quase sem princípios porque o cientismo, o fazer tudo o que pode ser feito na evocação de valores ditos como superiores, pode constituir, no limite, a negação absoluta desses valores. Portanto, a segurança da positividade dos direitos parece-nos um caminho mais consistente e seguro, até em termos de uma ideia mais propositiva, futurante e aberta.*

*[...]*

*O Sr.* ***Presidente****: - Srs. Deputados, de acordo com a ordem de inscrições, é a minha vez de intervir.*

*Em primeiro lugar, devo dizer que a cláusula do n.º 1 do artigo 16.º é uma cláusula de abertura de direitos fundamentais praeter constitutionem, na observância da Constituição...*

*O Sr.* ***Guilherme Silva*** *(PSD): - Porque a própria Constituição o diz!*

*O Sr.* ***Presidente****: - Nem a lei nem as regras de direito internacional podem criar direitos fundamentais contra a Constituição, é praeter constitutionem. Mas o problema não é esse. O problema é o de saber se além das convenções internacionais e da lei, o juiz ou a administração podem invocar directamente, a partir da dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais mesmo contra a lei. Eu entendo que não e, por isso,...*

*O Sr.* ***Barbosa de Melo*** *(PSD): - Mesmo para além da lei!*

*O Sr.* ***Presidente****: - Não, não! A partir do momento em que invoquem um direito fundamental directamente a partir da dignidade da pessoa*

*humana, por efeito da Constituição, podem invocá-lo contra a lei.*

*O Sr.* ***Barbosa de Melo*** *(PSD): - E praeter legem?*

*O Sr.* ***Presidente****: - A mesma coisa!*

*O que eu entendo é que o juiz, o aplicador do direito, não pode ser ao mesmo tempo formador e criador do direito em matéria de direitos fundamentais, porque isso pode pôr em causa interesses públicos fundamentais.*

*Basta-me ver as posições, por exemplo, da Comissão de Ética para as Ciências da Vida, para verificar o que pode ser uma invocação directa da dignidade da pessoa humana nas mãos do julgador para, pura e simplesmente, considerar todo e qualquer interesse público como insusceptível de ser contraposto a uma interpretação conservadora ou reaccionária da dignidade da pessoa humana. Por exemplo, nenhum transplante de órgão que atentasse contra o parecer subjectivo do julgador poderia ser invocado sob o ponto de vista do interesse público. É esta discrição do aplicador, seja juiz seja administrador, que, a meu ver, é intolerável em termos de direitos fundamentais.*

*O que está aqui em causa é saber quem é que tem legitimidade de positivar direitos a partir da dignidade da pessoa humana. Ora, entendo que não é o aplicador, que está sujeito à Constituição e à lei. É que a admitir isso, as normas constitucionais, segundo as quais o juiz não está sujeito a outra coisa senão à Constituição e à lei, invertiam-se pura e simplesmente, isto é, o juiz poderia passar a invocar a dignidade da pessoa humana para se sobrepor à lei e, se calhar, também à própria Constituição. É que a partir do momento em que haja dois direitos fundamentais contrapostos tem de fazer-se um balanço entre eles. Portanto, bastaria o julgador invocar um direito fundamental que entendesse derivar da dignidade da pessoa humana*

*para, imediatamente, estar habilitado a reduzir, comprimir, quiçá aniquilar, outro direito, esse expresso na Constituição. Essa prática e essa possibilidade é que, a meu ver, não nos habilitam a aprovar uma norma como a que o PSD pretende.*

*Prescindo de vos apresentar, Srs. Deputados, uma colectânea das reflexões da Comissão Nacional de Ética para verem até que ponto pode ir, em termos de pura discrição, o subjectivismo na interpretação do que é a dignidade da pessoa humana, do que podem valer os verdadeiros valores positivados na Constituição face à interpretação subjectivista, o que uma mentalidade retrógrada e reaccionária pode fazer a partir da dignidade da pessoa humana. Basta referir o que isto daria, por exemplo, a favor das teses antiabortistas, para além daquilo que os que defendem a inconstitucionalidade do aborto já retiram do actual texto da Constituição - a meu ver sem qualquer legitimidade, como, aliás, declarei quando tive de decidir isso como juíz do Tribunal Constitucional -, teriam agora mais um argumento, não despiciendo, para invocarem a favor dessa tese. Portanto, pela minha parte, penso que esta proposta não deve merecer o nosso apoio.*

*O princípio da dignidade da pessoa humana é, obviamente, uma referência incontornável em matéria de direitos fundamentais, mas é uma referência como princípio de interpretação, como princípio que compele o legislador, desde logo o legislador constituinte, o legislador ordinário, as convenções internacionais, que, aliás, são muitas, que apelam para a dignidade da pessoa humana para, daí, positivarem direitos. Agora, que isso seja gerador directo para o aplicador, recuso-me a aceitar isso.*

*Portanto, o Sr. Deputado Barbosa de Melo tem razão quando diz que a questão é exactamente a de saber quem é que positiva os direitos*

*fundamentais decorrentes da dignidade da pessoa humana. É, de facto, essa a questão fundamental.*

*O Sr.* ***Barbosa de Melo*** *(PSD): - Ganhou, mais uma vez, o legalismo!*

*O Sr.* ***Presidente****: - Não! Se eu apelo para o direito internacional comum, não só para a lei. Em todo o caso, apelo é para uma autoridade democraticamente legitimada e não para o subjectivismo do juiz. Qual é a legitimação de um juiz ou de um aplicador administrativo? Qual é a sua legitimidade para contrapor a sua concepção da dignidade da pessoa humana aos valores constitucionais, tal como transpostos pelo legislador democraticamente instituído?*

*O Sr.* ***Barbosa de Melo*** *(PSD): - Para mim, é evidente que, ao raciocionar assim, o Sr. Deputado está a excluir do seu campo de observação o momento institucional das coisas.*

*Se um juiz de 1.ª instância diz uma coisa, se uma comissão algures diz uma coisa, há toda uma série de aproximações, de controlos, de recursos, etc., e essa estabilização normativa à margem do poder político mas com base noutro poder, no poder do direito, pode formular coisas que o jurista pode argumentativamente considerar como correctas para poder decidir depois. É esta a minha atitude.*

*Portanto, digo que triunfou uma perspectiva legalista, bem argumentada como sempre. Triunfou esta perspectiva, como sempre tem acontecido, mas a outra visão das coisas fica de pé.*

*O Sr.* ***Presidente****: - Tem a palavra o Sr. Deputado Strecht Ribeiro.*

*O Sr.* ***Strecht Ribeiro*** *(PS): - No fundo, não vou repetir o que já foi dito nesta última intervenção e que aprovo integralmente.*

*O Sr.* ***Guilherme Silva*** *(PSD): - A última intervenção foi a do Sr. Deputado Barbosa de Melo!*

*Risos.*

*O Sr.* ***Strecht Ribeiro*** *(PS): - Não! Essa foi um comentário. Refiro-me à intervenção do Sr. Presidente, Deputado Vital Moreira.*

*Aliás, não sou um jusnaturalista e, portanto, estou arredado claramente do comentário do Deputado Barbosa de Melo.*

*Apenas quero fazer dois comentários simples.*

*A defesa do texto actual e o rebater da posição avançada é simples. É que mil vezes as limitações, se é que diz que há, de um poder democrático, do poder sufragado, do que as do arbítrio eventual, do juízo de quem não é sufragado. Portanto, se já não tenho dúvidas, para não dizer que tenho certezas, sobre a questão do poder judicial e a forma como ele seria alterado com a introdução desta proposta de alteração do PSD, deixaria de ter qualquer dúvida no sentido de não aceitar o que propõem e de rebatê-lo integralmente.*

*A verdade é que não dou a ninguém o direito de constituir-se simultaneamente em legislador, sem estar democraticamente avalizado para o efeito, e em julgador. Acho até que alguma limitação teremos de considerar em relação ao poder judicial para evitar alguma distorção democrática por via jurisprudencial.*

*Sou advogado e tenho a noção exacta de que a realidade exposta na intervenção do Deputado Vital Moreira não é um discurso, é uma realidade que há que travar. Portanto, não tenho dúvidas em estar de acordo com as intervenções que, claramente, rejeitam a alteração proposta pelo PSD, ainda que conhecendo os seus bons propósitos personalistas.*

**§100 (Poucas e breves explicitações)**

**1.º** Esta recusa de *dignidade da pessoa humana* como conceito jurídico dirigido ao tribunal, ao intérprete, é mero corolário da posição do tribunal como estando *sujeito a*, no art. 203.º, e é consentâneo com *lei* (no art. 203.º) como lei positiva, lei positivada, norma [já] positivada e plasmada no texto legal; tal como se coaduna com a recusa do Direito *tout court* em Estado de Direito, no art. 2.º, bem como com a recusa do Direito *tout court*, no art. 3.º/2; *encaixa*, ainda, nos restantes regimes atrás confrontados com o *positivismo legalista democrático* que tem vindo a ser aventado e testado. E *encaixa* em todos os trabalhos preparatórios; e em todos os restantes *dados interpretativos* atrás apresentados. Insiste-se: estes trabalhos ilustram a distinção entre, por um lado, norma legal /efectiva/ positiva, e, por outro lado, norma potencial, principialmente aludida. Tal como ilustra, mais uma vez, o carácter retórico das referências a *material* contraposto a *formal* – evidenciando o quanto de etéreo, de vago, de pouco material é a *materialidade* no discurso acerca do Direito.

**3.º** Os conceitos axiologicamente vagos (que confrontariam o tribunal, órgão jurisdicional, com a pergunta "qual a solução justa?", "qual a solução boa?") não se dirigem ao tribunal. Dirigem-se ao legislador. Este, com liberdade, opta, cria a norma e verte-a em texto; o tribunal recebe o texto, interpreta-o e *chega à norma pensada, decidida*. O que está a montante da norma, *rectius*, consumpto na norma (valorações e ponderações principiais feitas pelo legislador) é alheio ao tribunal, ao intérprete. Recebe o *testemunho*, numa corrida de 3x400m estafetas, sem poder correr o troço anterior percorrido pelo legislador (podendo, de resto, seguir-se, ao troço do tribunal, o troço da estafeta-força policial – a quem também não cabe percorrer o troço anterior que culminou na sentença). O tribunal trabalha, sim, com o Direito cuja fonte é a lei (incluindo, naturalmente, a Constituição). Naturalmente, sem prejuízo (como se tem vindo a dizer), de *todo o demais Direito* admitido pela Constituição: seja o Direito consubstanciado no *apport* normativo de preceitos negociais, seja o criado nos termos dos artigos 19.º ou 284.º/4 – ao tema se voltará a propósito dos *regimes-excepção da fonte do Direito*.

**4.º** Explicita-se que a rejeição do preenchimento judicial dos *conceitos axiologicamente vagos*, aqui ilustrados com a *dignidade da pessoa humana*, não é posta em

causa pelo art. 1.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), ao falar, este, em "dignidade" (e, rigorosamente, não em *dignidade da pessoa humana*). Ou seja, não se diga que os tribunais podem *trabalhar* com *dignidade da pessoa humana*, atenta a recepção material e formal da Declaração, para os fins estabelecidos na Constituição. Pois:

**(i)** a *dignidade, aí, não é a dignidade da pessoa humana* que foi ponderada como fonte de novos direitos, ou seja, como conceito cuja densificação, pelo intérprete, se traduziria em novos direitos. Ora, é esta densificação pelo tribunal que foi discutida e rejeitada pela Constituinte e pela Assembleia em Revisão. A *dignidade* no art. 1.º da DUDH está, sim, associada à igualdade. Evidenciando semelhança com o disposto no art. 13.º da CRP: ou seja, não se trata de *fonte de novos direitos*, mas, sim, de explicitação do âmbito dos destinatários dos direitos: consagrando que a dignidade é igual, pelo que as normas constitutivas desses direitos não podem ser discriminatoriamente aplicadas. Repete-se: não se trata, na própria DUDH, de dignidade como fonte; pelo que não seria, ela, importada com função diferente da função que tinha na origem. Insiste-se: nada nesse art. 1.º indica que a *dignidade* é fonte de novos direitos. Pelo que, ainda que não estivesse associada à igualdade e ao âmbito da aplicação das normas constitutivas dos direitos, seria conceito a densificar pela comunidade internacional, como a dignidade da pessoa humana no art. 1.º da CRP é densificável pelo legislador português;

**(ii)** ainda que a Declaração Universal dos Direitos do Homem consagrasse a *dignidade da pessoa humana* (e não a *dignidade igual* entre os homens) como conceito densificável pelos tribunais, naturalmente que tal *carácter densificável* seria afastada pela correspondente reiterada rejeição pelo Parlamento português. Ou seja: a remissão para a Declaração Universal dos Direitos do Homem significa que serve para *interpretar* e *integrar* disposições constitucionais. E não *serve* para *revogar* regimes decididos pelo legislador constituinte português; não sendo, a *interpretação*, nem a *integração*, operações nomogenéticas. Distinção essa – entre *criação do Direito* e as *operações metodológicas interpretação e integração* – que tem estado omnipresente neste Livro 2.º e que será retomada no Livro 3.º.

Em suma, essa remissão não poderá servir para contrariar o reiterado sentido de voto do Parlamento de exclusão da *dignidade da pessoa humana* no art. 16.º. Sendo, esta exclusão, semelhante – apenas *grosso modo* – a ter-se consignado, no próprio artigo da lei (o art. 16.º), logo aquando dos trabalhos da Assembleia Constituinte, que *a dignidade da pessoa humana não é densificável pelo tribunal* (sendo-o, sim, repete-se, apenas pelo legislador). *Acontece que* tal redução a escrito consubstanciaria censurável técnica legislativa. Repete-se: tal exclusão foi decidida. A propósito do art. 16.º; e também pelo disposto no art. 203.º.

**5.º** Se o tribunal, se cada tribunal, em cada caso, pudesse descortinar direitos fundamentais, ou seja, criar normas jurídicas constitucionais constitutivas de direitos [subjectivos] fundamentais, a partir da *dignidade da pessoa humana*, então cada norma do ordenamento jurídico correria o perigo de ser adulterada. Pois se cada norma orienta a acção humana, e se uma norma constitutiva de direitos é, implicitamente, ou preceptiva ou proibitiva (ou ambas) para terceiros, e (repete-se) tendo presente que tal norma seria sistemicamente cimeira, e com o regime plasmado no art. 18.º, então qualquer norma ordinária de conduta dependeria da sua conformidade com essa novel norma constitucional judicial. Ora, não há *dados* que apontem para ter sido pretendida esta tão grande relevância da dignidade da pessoa humana – dados que sempre teriam de apontar para o inequívoco afastamento do regime regra consagrado no art. 203.º (pelo que aquele teria carácter de regime excepcional).

**6.º** E insiste-se: explicitou-se a refutação da dignidade da pessoa humana como princípio dirigido ao julgador. E é ele o [doutrinalmente] primeiro dos princípios. O primeiro dos "princípios fundamentais". Mais: "princípio fundamental" "consignado" (impressiva palavra usada no art. 204.º). A confirmar o regime disposto nos artigos 203.º, 3.º/2 e 2.º, de exclusão da ponderação principialista judicial. Trate-se deste princípio, trate-se de outros – como a segurança, a confiança, a igualdade (como tratamento igual do que é igual e diferente do que é diferente), a proporcionalidade, a igualdade proporcional.

**7.º** Repete-se trecho do relato da intervenção de *Strecht Ribeiro*: ela evidencia a ponte entre a recusa reiterada da dignidade da pessoa humana e sua vagueza, a separação dos poderes, a democracia e a sujeição dos tribunais apenas à lei:

> *"A verdade é que não dou a ninguém o direito de constituir-se simultaneamente em legislador, sem estar democraticamente avalizado para o efeito, e em julgador. Acho até que alguma limitação teremos de considerar em relação ao poder judicial para evitar alguma distorção democrática por via jurisprudencial.*
>
> *Sou advogado e tenho a noção exacta de que a realidade exposta na intervenção do Deputado Vital Moreira não é um discurso, é uma realidade que há que travar. Portanto, não tenho dúvidas em estar de acordo com as intervenções que, claramente, rejeitam a alteração proposta pelo PSD, ainda que conhecendo os seus bons propósitos personalistas."*

# **Capítulo 9.º-** Conclusão. Explicitações. Corolários.

## **Secção 1.ª-** Conclusão: o Direito português é positivista legalista democrático.

### §101 (Confirmação do *sentido primeiro*: o Direito português é positivista legalista)

Ao longo destes capítulos, o *sentido primeiro* do art. 203.º foi sendo sujeito a exame. Verifica-se que as palavras do art. 203.º (ou seja, os significados que nelas foram vertidos pela comunidade, através do legislador), o seu enquadramento constitucional, a conjuntura histórica, a conjuntura presente, a teleologia (atendendo a trabalhos parlamentares respeitantes quer ao elemento interpretando-texto, quer aos

elementos interpretativos extraliterais) – tendo-se, ainda, ilustrado a tese testanda, com o *primeiro* dos conceitos axiologicamente vagos (a *dignidade da pessoa humana*) – confirmam, o sentido primeiro: o Direito português é positivista legalista, ou seja, os tribunais estão apenas sujeitos às normas [efectivas, *i.e.*, já positivadas] presentes no texto legal.

Explicita-se: a ponderação de valores e princípios está excluída do caminho, a percorrer pelo tribunal, entre o caso e a sentença. Ao tribunal não cabe positivar normas. Ainda que no âmbito da densificação de conceitos consagrados na própria lei, *maxime*, presentes no texto constitucional: precisamente, o que aconteceu com "Direito" *tout court*: recusou-se que a própria Constituição (e não *uma qualquer* lei ordinária) consagrasse *Direito além da lei*, quer no art. 203.º, quer no art. 3.º/2, quer no art. 2.º. E sempre de forma consciente, esclarecida, reiterada.

Acrescenta-se: se o art. 203.º não existisse, a conclusão seria a mesma: pois bastaria o *Estado de Direito Democrático + legalidade democrática*, para que, na ausência de *dados legais* em sentido contrário, a solução fosse a do *positivismo legalista democrático*. Por outras palavras: a translegalidade não se bastaria com a revogação do art. 203.º – necessário seria a consagração da translegalidade com fórmula igual ou semelhante à do art. 20.º/3 da Constituição Alemã de 1949, ou à do art. 4.º da Constituição Política portuguesa, de 1933.

### §102 (Da presença *consumpta* dos princípios-vector na norma legal)

Explicita-se: naturalmente, valores, princípios – consubstanciadores de postulados, mormente filosóficos – estão presentes no discurso do legislador. Mas, por estarem consumptos, não são tidos em conta pelo juiz. Admitir a relevância de tais princípios seria dar relevância aos ingredientes culinários a partir de um *bolo pronto a comer*/ de uma norma pronta a aplicar. E, através deles, o juiz, deixaria de aplicar a norma pronta a aplicar, e, pelo contrário, criaria tantas normas quantas as variações de *pesos dos ingredientes* e variações na *técnica da sua combinação* possibilitassem.

Insiste-se: a norma traz consumpta certa ponderação principialista. Outra combinação principialista traria outra norma. Norma essa até aí não existente, e cuja criação seria acto do tribunal. Insiste-se: não se invoque o facto de tal norma não ser criação do juiz, por resultar da combinação/ ponderação de princípios presentes nas normas legais. Dizê-lo seria esquecer que *uma lista dos ingredientes* não é igual a *certa receita* que contempla esses ingredientes. A determinação do peso dos ingredientes e a forma da sua combinação são actos de discricionariedade política, actos *não sujeitos-a*, actos presentes no cerne da função legislativa. E mais ampla, ainda, seria a liberdade nomogenética do juiz se ao juiz fosse dado o poder de trabalhar não com uma lista de ingredientes *consignados* na receita (a lei), mas com uma lista de ingredientes tidos, pelo juiz, como *implícitos* na receita; e ainda maior liberdade teria o juiz se pudesse trabalhar com a lista dos *ingredientes característicos* (já sem a restrição da receita) do Direito português (à maneira de um *Direito natural* da comunidade que é o Portugal projectado no passado e no futuro); e máxima liberdade teria se pudesse trabalhar não com lista de ingredientes, mas, sim, com *lista de meros nutrientes*.

Repete-se o que atrás ficou dito: se legislar não é ponderar princípios (com limites – os da Constituição – então legislar nada é. E se legislar é *isso*, então não cabe ao tribunal fazer o que cabe a outrem, atenta a separação dos poderes).

### §103 (Âmbito do positivismo legalista democrático)

A conclusão apresentada refere-se ao regime-regra. Regimes excepcionais existem. Todos eles constitucionalmente listados. De resto, como se explicitará, não pode, a lei infra-constitucional delegar nomogénese no tribunal.

Adiante esses regimes excepcionais serão brevemente referidos. Sem prejuízo de, neste momento de conclusão, se sublinhar que, no âmbito excepcional há vastas matérias em que a ponderação principialista é possível (por exemplo, no campo das normas supletivas aplicáveis a negócios jurídicos).

Assim, no âmbito-regra, o positivismo legalista abrange:

(i) todas as normas independentemente da sua função sistémica: sejam normas de conduta, sejam normas *instrumentais* a estas, como normas sobre fontes do Direito, sobre método, normas-definições legais. De resto, quanto às normas sobre fontes e método, são precisamente estas as que constam das disposições constitucionais que se tem vindo a interpretar;

(ii) todas as normas, independentemente dos ramos do Direito: seja Direito constitucional, seja Direito fiscal, seja Direito civil;

(iii) todas as normas, independentemente de regularem matérias socialmente consideradas comezinhas (como seja a composição de produtos de higiene – Decreto-Lei 189/2008, de 24 de Setembro –, seja matéria plena de considerações ontológicas ou éticas).

## **Secção 2.ª-** Explicitações conceptuais e fixação terminológica

### §104 (Explicitações conceptuais e terminológicas)

Apurada a conclusão, apurados os regimes em causa, justifica-se, neste momento, evidenciar alguns *conceitos* e fixar *terminologia* (num *terreno minado* de equívocos que em muito dificultam a comunicação – como, *aqui e ali*, se tem verificado).

É à luz da lei e à luz dos trabalhos parlamentares (que sejam conclusivos), é, enfim, à luz do *regime* que tem vindo a ser aventado que os conceitos que se passa a apresentar são construídos. Sob pena de discursos tão conceptualista quanto solipsista, de conceitos sem referência no mundo dos regimes jurídicos. Sem o *objecto externo* que (no Direito português, hoje) é o *texto* (sem prejuízo, como adiante se evidenciará, da pré-compreensão) não há, de resto, ciência jurídica, não há, de resto, sindicabilidade de normas e de conceitos. Quer os legais; quer os *meta-conceitos jurídicos* (com vantagens pedagógicas), ou seja, os conceitos que aglutinam conceitos legais ou soluções legais.

### §105 (Conceito indeterminado normativo)

Chama-se *conceito indeterminado normativo* à *fórmula axiologicamente vaga* (ou repositórios de normas não positivas, como seja normas de moral), profusamente exemplificadas nos trabalhos parlamentares (desde *Direito* a *dignidade da pessoa humana*), e que têm a *particularidade de regime* (justificativa da sua autonomização conceptual) de não serem passíveis de preenchimento axiológico pelo juiz. Assinala-se, que como se evidenciará no Livro 3.º, pode coexistir no *conceito indeterminado normativo* uma *parcela determinada* (pela qual os conceitos indeterminados normativos se distinguem entre si: por exemplo, boa fé *versus* bons costumes).

Quando presentes na Constituição, balizando a acção do legislador, o seu preenchimento cabe ao legislador, sem sindicabilidade judicial (*maxime*, pelo Tribunal Constitucional). É o que acontece com a *dignidade da pessoa humana*. Quando presentes em legislação infra-constitucional, de que é paradigma a *boa fé* no art. 334.º do CCiv (significativamente feito sob a vigência da não-legalista *Constituição de 33*), são, com a democrática e legalista *Constituição de 76*, necessariamente *adaptados* (sendo inconstitucionais quando não conformáveis) à exclusão da *ponderação principialista judicial.* Designadamente são *aproveitáveis* mercê da sua recondução ao regime da detecção/integração de lacunas acima referido; ou seja, tais *conceitos* são *espaços* não de *ponderação principialista judicial*, mas, sim, de *expressa admissibilidade de lacunas*. Remete-se para o Livro 3.º.

### §106 (A polissemia de princípio: o princípio-norma e o princípio-vector)

Entre essas fórmulas estão princípios. Trata-se de palavra polissémica. O seu 1.º sentido é o de norma geral ou comum, norma de âmbito de aplicação *muito amplo*, *norma importante*, *norma estruturante*, normas que, tendencialmente, têm raízes histórico-comparadas impressivas e cuja designação através da palavra "princípios"

pode reflectir conveniências retóricas (mormente a reivindicação [meramente] doutrinária de valor hierárquico superior ao da generalidade das normas). É o caso do *princípio* da responsabilidade civil vertido no art. 483.º/1 do CCiv., ou de "princípio" em muitos outros artigos de diplomas legais. Como seja, desse mesmo código, os artigos 457.º, 473.º, 562.º, 601.º, 762.º, 772.º, 804.º, 1414.º, 1935.º ou 2188.º; e de muitas normas na Constituição (algumas expressamente designadas como "princípios"). Por exemplo, o fundante princípio da constitucionalidade, atenta a norma no art. 3.º/3, ou as [taxativamente elencadas] *normas de igualação* do art. 13.º/2 (que, pelo peso histórico-político, são de forma retoricamente impressiva, aglutinadas na fórmula *Princípio da igualdade* – designação esta que convida, aliás, a *dar o salto* entre estas *verdadeiras normas* e a fórmula-não-normativa que é a fórmula *tratar de forma igual o que é igual e de forma diferente o que é diferente*. Salto esse que se traduz num aumento do poder do juiz, em violação da Constituição. Conforme já adiante retomado).

Em suma: trata-se de *vulgares* normas com (na própria lei ou na Doutrina) a *invulgar* designação *princípios*.

No entanto, *princípio* tem outra acepção. Secundária, mas de grande relevo – aqui convocada, designadamente a propósito dos *conceitos indeterminados normativos* – a de *princípio-vector* (ou, ao longo do texto, apenas "princípio"). Passa-se, ao longo das linhas que seguem, a evidenciá-la, pois, quer no discurso jurídico, quer no discurso comum não é a acepção vulgarmente autonomizada. Esta polissemia propiciará equívocos muito relevantes em sede da definição dos poderes dos tribunais, e, assim, da resolução do caso (como enfatizado por *Vital Moreira*, na conferência referida logo nas *páginas de entrada*).

### §107 (*Cont.*: conceitos indeterminados e princípios)

Muitos dos *conceitos indeterminados normativos* (como seja *dignidade da pessoa humana*) são, simultaneamente, *princípios-vector* – usados pelos parlamentares de forma conotada com *directrizes*, *vectores* que, *per se*, são normativamente *vazios*,

mas que, somados a outros *vectores*, conduzem, *consubstanciam* cada *norma jurídica existente*. Por exemplo, *dignidade da pessoa humana* ponderada com *vontade popular* resultará nas normas legais que (com esses limites) o legislador decida criar. Os trabalhos preparatórios referentes ao art. 16.º e à *dignidade da pessoa humana* são elucidativos acerca deste carácter *vectorial*, desta acepção de *princípio*.

Assinala-se que se pode encontrar, na lei, o uso de fórmulas linguísticas que são *princípios-vector* e que não são *conceitos indeterminados normativos*. Tal como se pode encontrar conceitos indeterminados normativos que não são princípios vector (por significarem *catálogos de normas já feitas* mas não plasmadas, positivadas em texto legal). Ou seja: o conjunto dos *conceitos indeterminados normativos* e o dos princípios são representados por círculos secantes.

Assinala-se que o *conceito indeterminado normativo* pode representar, ainda, um *conjunto de princípios-vector* (por exemplo, característicos de um ramo do Direito), o conjunto das normas que resultarem da ponderação desses princípios (designadamente, no âmbito de certo instituto que acolhe esse conceito: por exemplo, o instituto *abuso do direito* relativamente ao conceito *boa fé*). Remete-se para o Livro 3.º. Também *igualdade* na formulação [meramente doutrinária] de *tratar de forma igual o que é igual e de forma diferente o que é diferente*: esse *tratamento* consubstancia, precisamente, a ponderação de todos os *princípios-vector* de que resultam as normas que estabelecem o *tratamento* em causa. Ou seja, esses *tratamentos* consubstanciam juridicização da realidade social, ora aglutinando (*igualando* parcelas nesta), ora *distinguindo* parcelas nesta. Trata-se, pois, de fórmula dirigida ao legislador a quem cabe a juridicização, ou seja, a criação do Direito. Não se confundindo com o disposto no art. 13.º/2 que, como atrás dito, é um conjunto de normas jurídicas.

Assim, e continuando estas ilustrações, a *dignidade da pessoa humana* é fórmula duplamente vaga – é conceito indeterminado normativo e princípio vector carecido de ponderação com outros vectores.

### §108 (Cont.: *princípio* como *nome*)

*Princípio* é também usado na acepção de *nome* de regime. É o que acontece com a *separação e a interdependência de poderes* (e com *Estado de direito democrático*). Como atrás elucidado.

### §109 (Valor, princípio e norma. A ponderação de princípios *versus* o conflitos de normas)

Cabe aqui evidenciar a diferença entre *valores* (cujo significado pode ser, de resto, exemplificado, também pela polissémica *dignidade da pessoa humana*), *princípios e normas*. Diferença que relativamente a *norma*, é evidenciada nos debates parlamentares sobre a *dignidade da pessoa humana* (logo a começar pela primeira intervenção de *Vital Moreira*, no §§96 e ss.). Recorrendo, aqui, a *ilustração, alegoria culinária,* a relação entre essas 3 realidades assemelha-se à relação entre 3 realidades da culinária: (i) o conjunto dos *nutrientes* necessários à vida de um homem – as proteínas, os lípidos, os glícidos, as vitaminas, os sais minerais…; (ii) o conjunto dos *ingredientes* característicos da cozinha portuguesa – azeite, bacalhau, ovos, borrego, leite, farinha, açúcar, coentros; (iii) o conjunto dos pratos confeccionados – bacalhau à lagareiro, ensopado de borrego, leite-creme.

Ora, os *valores são bens*, são os *nutrientes* necessários ao homem; os *princípios* são os *vectores*, são os *ingredientes* que, *per se*, não são ingeríveis (não se come farinha), mas cuja ponderação, cuja combinação resulta em *pratos* cozinhados já ingeríveis, ou seja, nas *normas* já aplicáveis pelo tribunal na resolução de conflitos. Quanto a estas – as *normas (ou seja, os "pratos já confeccionados")* – dedica-se grande parte do Livro 3.º. No entanto, desde já se adianta: *norma* é o significado de um trecho legal, é o significado do texto (sem prejuízo da eventual necessidade de complementação deste com *esse outro suporte do pensamento* do legislador que é os *trabalhos preparatórios* – o que ocorre, precisamente, com a lacuna). Podendo ocorrer que esse significado seja definição legal de uma realidade jurídica (por exemplo, a noção de *coisa acessória*, no art. 210.º/2, do Código Civil), ou *norma de conduta instrumental* (como sejam, as normas sobre competência legislativa da Assembleia da República)

ou *norma de conduta que resolve litígios na vida social* (aquelas a que mais se associa as *normas jurídicas* – aquelas que dizem, *grosso modo*, o que se *pode fazer*, *não se pode fazer* e *tem de fazer*). Certo é que cada norma (da dita *definição legal* à dita *norma de conduta*, tenha ou não previsão e estatuição, e estejam cada uma destas ou ambas explícitas ou implícitas), desde que sistemicamente válida, representa, corporiza o *sistema direccionado* a um caso concreto, ou a um problema jurídico. Como já adiante mais de perto evidenciado – a propósito da caracterização do sistema jurídico português actual.

Em suma: para que o homem tenha os necessários *nutrientes*, selecciona-se, combina-se, entre si *ingredientes*, construindo o *prato ingerível*. Semelhantemente: para proporcionar os valores, selecciona-se (para cada norma) os princípios (ou seja, os interesses abstractamente considerados), pondera-se, combina-se, em certas quantidades esses *princípios* seleccionados, e assim se cria a *norma* a aplicar pelo tribunal.

Naturalmente, pode acontecer *conflitos de normas* (seja pelo tempo, seja pelo espaço, seja pela matéria, seja pela hierarquia), a exigir operações de resolução desses conflitos seja em sede de interpretação (remete-se para o Livro 3.º, a propósito da interpretação conjugada e da interpretação sistemática), seja a jusante da interpretação (por exemplo, em sede do controlo da legalidade à luz de normas sistemicamente subordinantes, como sejam normas constitucionais relativamente a normas de um decreto-lei). Mas, estas operações de *compatibilização de normas*, de resolução de conflitos não se confundem com a o*peração de ponderação de princípios* (a desde o início designada ponderação principialista): nesta última pondera-se o que *per se* não resolva casos; ali, compatibiliza-se, o que *per se* resolve casos, sem prejuízo de [além desses casos resolvidos pela norma *per se*] casos haver que têm a particularidade de concitar mais do que uma norma. Ainda em vista à clarificação do que se acaba de dizer: quando se diz que a norma per se resolve, não se nega que em cada norma está presente o sistema (ao jeito da presença do *ADN* em cada célula). *O que acontece* é que, aparentemente, o caso-problema enquadra-se em duas ou mais normas, não

coincidentes na resposta dada ao caso-problema – o que consubstancia o dito conflito (cuja solução, adianta-se, é *tão sistémica, quanto não principialista*).

A relevância da distinção entre as 3 realidades foi assinalada – os valores e princípios são os *materiais* com que o *legislador* faz a lei; as normas são os *materiais* com que o *tribunal* dirime o litígio (efectivo ou potencial). Distinção que, assim, é "qualitativa" (para usar palavra de *Vital Moreira*, na Constituinte, ao distinguir normas e valores como seja o valor *dignidade da pessoa humana*).

Esta diferença evidencia a inconveniência de aglutinar numa expressão – *normas* – quer os *princípios* (*i.e., recorda-se, os princípios-vector*), quer as *normas* (acima ilustradas). Aglutinação essa que convida a que se admita que o tribunal (que, naturalmente, pode trabalhar com normas) trabalhe com princípios-vector.

Aglutinação essa que é pertinente em sistemas de translegalidade, de *Direito jurisprudencialista*, de Direito dos juristas, de Direito além da lei – o que aventa-se não ser o caso do Direito português, à luz de quantos *dados* têm vindo a ser colhidos e de, sobre esses *dados*, quantas *explicitações* têm vindo a ser feitas.

No Direito português, tal aglutinação, sem correspondência nos regimes jurídicos, propicia equívocos na matéria fundante da nomogénese, e, assim, em todo o edifício jurídico (incluindo as mais comezinhas e recônditas das normas jurídicas). Potenciando o equívoco (que começam logo no discurso legal ao usar *princípio* na acepção de *norma geral* – por exemplo, no art. 483.º do CCiv.). Que nesta (e em muitas outras matérias) é ciclópico. Sirva de exemplo, a classificação (enfatizada, na Doutrina portuguesa, por *Gomes Canotilho*, no seu "Direito Constitucional e Teoria da Constituição", 3.ª ed., p. 1085 e ss.; contrária, como diz o Professor, à "teoria da metodologia jurídica tradicional") do género *normas* nas espécies *regras* e *princípios*. Aglutinação que, reflexo da inegável autoridade do Mestre de Coimbra, é marcante na Doutrina portuguesa (sem prejuízo das diferenças que, sobre o tema, evidencia o discurso de *Vital Moreira constituinte*, e o discurso de *Vital Moreira jurista*, na conferência logo de entrada referida).

Ao longo deste texto, repete-se, a acepção mais frequente de *princípio* é *princípio-vector;* para os princípios que são normas fala-se preferencialmente de *norma*.

Remete-se a propósito para as explicitações respeitantes ao disposto no art. 204.º, da CRP.

Caracterizada a *norma* na medida necessária ao seu confronto com o valor e o princípio, remete-se para as páginas seguintes a retoma da polissemia de *norma jurídica*, depois de colhidos dados, em sede de caracterização do sistema jurídico. Pois estes elucidam as restantes várias acepções de *norma*.

### §110 (A norma carecida de ponderação como norma [meramente] potencial)

Pode designar-se por *norma potencial* a norma que, como evidenciado ao longo dos capítulos antecedentes, resultará da livre valoração e ponderação principialista, no âmbito de preenchimento de conceitos indeterminados normativos meramente aludidos no texto legal. Valoração e ponderação que, atento o regime apurado, são feitas exclusivamente pelo legislador. A norma que delas resulta consubstancia, pois, a densificação, a *positivação* (a *actuação*) da *potencial norma*. *Até lá* não há norma. Há apenas uma fórmula axiologicamente vaga.

Insiste-se: ao tribunal está vedado *trabalhar* com princípios-vector: quer estejam, quer não estejam, estes, explicitados em texto legal; quer estejam, quer não estejam consumptos em norma legal (sendo, na hipótese de estar consumpto, induzidos, conforme admitido pela *Doutrina dominante* – nomeadamente, no âmbito da invocada analogia *iuris*, seja pelo disposto no n.º 2, seja pelo disposto no n.º 3 do art. 10.º/3 do CCiv.); e quer se trate de princípios *ao serviço* de valores/interesses fundantes, quer se trate de princípios veiculadores de *interesses comezinhos*; quer se *trabalhe* com eles no preenchimento de um *conceito indeterminado normativo*, quer, autonomamente, fora deste; quer, tal *conceito indeterminado normativo*, esteja, quer não esteja, consagrado em certo instituto legal (por exemplo, *abuso do Direito*, no art. 334.º do CCiv.). Tudo, repete-se, sem prejuízo de ponderações axiológico-principialistas, nos regimes excepcionais, por quem não é legislador – como seja o tribunal, no âmbito do art. 282.º/4 ou no âmbito do negócio jurídico.

Norma potencial é, assim, usada em contraposição a norma (*tout court*), norma efectiva.

### §111 (O positivismo legalista democrático. Breve referência à equivocidade na linguagem jus-doutrinal)

A caracterização do Direito português actual (abstraindo dos confinados regimes excepcionais constitucionalmente consagrados) terá perdido clareza, em mais um paradigmático caso de polissemia, de equívoco que marcam a linguagem no mundo do Direito. Trata-se de uma acepção ampla de positivismo que abrange o positivismo incluso, inclusivo, principialista, ou seja, que abrange as normas judiciais, as normas potenciais, decorrentes de ponderações principialistas judiciais. Ora, estas não estão *postas* (como logo no início do Livro 1.º foi explicitado); sendo certo que *positivismo jurídico* está conotado com o Direito *posto* diante do juiz, então este alargamento de *positivismo* passa a abranger o que é criado pelo juiz (e não o que está posto diante de si, *maxime*, em forma de texto legal sensitivamente apreensível). Alargamento esse, aglutinação essa que pode dificultar estabelecer a fronteira entre julgar e legislar, pode convidar a aglutinar normas legais e normas judiciais, normas democráticas e normas não democráticas, normas em observância da separação dos poderes e normas que a não observam. Dificultando, ainda, a clássica distinção entre positivismo e jusnaturalismo – atendendo a que se tenderá a ser positivista legalista, fazendo-se, no seio deste, a distinção entre Direito legal e Direito por ponderação axiológico-principialistas. Dificultando, em suma, pela acima referida ciclópica equivocidade no mundo do Direito, o conhecimento, a comunicação, de regimes jurídicos, ou seja, o diálogo e a ciência do Direito.

Assim, ainda que não se abandone a expressão *positivismo legalista democrático* como fórmula que condensa o Direito português actual (no seu regime geral), explicita-se, atento o referido *equívoco*, que se trata de positivismo não inclusivo, não principialista; ou, por outras palavras, que se trata de positivismo legalista exegético.

Ainda: certo que esta acepção de *positivismo legalista democrático* não se confunde com positivismos legalistas de 1.ª geração, ilustrados com o positivismo de *oitocentos*, após o Código de 1804. Assim, críticas dirigidas ao positivismo de oitocentos, no seguimento do *Code Napoleon*, são presumivelmente improcedentes relativamente ao positivismo aqui constatado. Este não é preferência, opção de certo Autor, de certos autores ou de uma Doutrina geralmente considerada, nem opção de um legislador autocrático, aristocrático; por outras palavras, não é *Direito oracular de juiz* – em que este se arrogue oráculo do legislador (invocando o *espírito* de algum texto) ou se arrogue oráculo da comunidade (prescindindo da mediação pelo legislador).

É, sim, opção, participada, ponderada, reiteradamente tida por parte do legislador democraticamente legitimado – o que *é dizer* uma *democrática opção da comunidade política.*

## **Secção 3.ª-** Explicitações referentes à indelegabilidade da nomogénese/ imodificabilidade da competência jurisdicional.

### §112 (Da indelegabilidade da nomogénese/ imodificabilidade da competência jurisdicional)

No seguimento dos §§ anteriores, e atento o que se tem vindo a dizer, ao longo destes capítulos, a presença de *conceitos indeterminados normativos*, e de princípios, em normas criadas por acto infra-constitucional (por exemplo, lei ordinária), dirigidas ao julgador, atribuindo a este o poder de as positivar, de as ponderar violaria a Constituição. Essas normas violariam o disposto no art. 110.º/2 conjugado com o disposto no art. 203.º. Pois a competência do *órgão de soberania tribunal*, para criar Direito, estaria a ser definida em lei infra-constitucional, e não na [devida] Constituição. Do mesmo modo, também a competência dos órgãos legiferantes (como seja a

Assembleia da República) estaria a ser simetricamente alterada: deixariam de criar *o Direito* a que o Tribunal estaria sujeito, para criar *um Direito* que os tribunais poderiam afastar, privilegiando os critérios normativos criados pelo Tribunal. Servindo, o disposto no art. 110.º/2 para enfatizar a conformação constitucional da competência dos tribunais e do legislador. Sem prejuízo de a igual resultado se chegar por invocação do disposto no art. 203.º, atendendo ao "apenas" sujeitos ". *É que* se a lei ordinária delega a positivação/densificação da fórmula *Direito* no tribunal, então a lei estaria a pôr o tribunal em posição diferente da posição de *apenas sujeito-a*. Contrariamente ao estabelecido na Constituição.

Seria, ainda, invocável o disposto no art. 111.º/2, também conjugado com o disposto no art. 203.º: não pode o legislador delegar a sua competência nomogenética no órgão tribunal. Necessário seria que a Constituição admitisse tal delegação. O que não acontece. Explicita-se, a propósito de "lei" no fim do art. 111.º/2, que não basta que a lei ordinária o permita. Pois *sempre* seria necessário que a Constituição previsse tal faculdade, no âmbito da competência do órgão delegante, para que essa delegação por lei ordinária fosse possível (regimes estes que, assim, têm carácter excepcional, não cabendo aqui estudá-los).

Além da invalidade dessa hipotética norma delegante da nomogénese, as *normas* (ou seja, o critério da decisão da sentença) feitas no âmbito da *delegação* cuja inadmissibilidade se acaba de explicitar seriam também inválidas – nos termos do art. 3.º/3.

Ainda: também inválida, e com o mesmo fundamento, é a norma criada ao abrigo de lei infra-constitucional que atribua, ao tribunal, poderes para apurar normas a partir de *fontes que não a lei* (como o costume ou a jurisprudência). Bem como norma criada ao abrigo de lei infra-constitucional que atribua, ao Tribunal, *poderes* desconformes com o regime metodológico constitucionalmente consagrado (e já à frente, neste capítulo, compilado), presente na exclusiva *sujeição, do tribunal, à norma do legislador*.

Finalmente, além da invalidade das normas assim criadas, também inválidas seriam as *sentenças* (acto do Estado, também sujeito ao disposto no art. 3.º/3) que

aplicasse a *norma judicial* ao caso (atento o disposto no art. 277.º), ou seja, que aplicasse *norma invalidamente criada pelo tribunal*, em violação do regime de exclusivismo nomogenético do legislador –explicitado ao longo deste Livro 2.º.

Assinala-se que não é aqui tratado o regime [a jusante] do *conhecimento*, pelo Tribunal Constitucional, da desconformidade, com a Constituição, desse *Direito translegal*, dessas *normas criadas pelo tribunal*.

Sublinha-se que normas sobre fontes do Direito, em lei ordinária, como seja o disposto no art. 1.º do CCiv., cessam a sua vigência, por caducidade, na medida da sua inconstitucionalidade superveniente (atento o disposto no art. 290.º/2 da CRP, conjugado com as normas acima referidas).

## **Secção 4.ª-** Explicitações referentes a "princípios", no art. 204.º da CRP.

### §113 (Explicitações referentes ao disposto no art. 204.º da CRP)

**1.º** O disposto no art. 204.º é corolário do disposto no art. 203.º. Este, ao falar em lei, fala em qualquer acto, de entidade com competência política, intencionalmente criador do Direito. Incluindo a Constituição. O que significa que o Tribunal está sujeito a todas as normas legais (constitucionais incluídas) concitadas pelo caso/problema. Já nos §§ seguintes será evidenciada a dimensão sistémica da *lei*, *rectius*, da *norma legal* a que o Tribunal está sujeito.

Assim, pelo disposto no art. 203.º, o tribunal está sujeito [também] à lei constitucional, mas não se esclarece, aí, o que acontece em caso de contradição entre uma norma legal infra-constitucional e uma norma constitucional. Recorde-se que o disposto no art. 123.º da Constituição Política, de 1933, estabeleceu um regime restritivo da possibilidade de o tribunal desaplicar a norma inconstitucional. Justificava-se, *pois*, esclarecer. Ora, o regime decidido, precisamente no art. 204.º, foi o da *desapli-*

*cação*, sem reservas (rejeitando-se, assim, o regime da Constituição de 1933), da norma constitucional.

**2.º** Assinala-se que os *princípios* na fórmula "princípios nela consignados" é palavra polissémica – como já atrás evidenciado. Neste texto, está usada na acepção vulgar de princípios-norma (*maxime*, [certas] normas jurídicas gerais. *Rectius*, normas gerais, por contraposição a especiais, ou normas comuns, por contraposição a normas excepcionais); e *consignados*, expressos, como tal, no texto constitucional.

Na falta de elementos interpretativos conclusivos, o elemento interpretando que é a palavra usada na lei – neste caso, *princípio* – tem o significado mais vulgar. Ou seja, o significado *princípio-norma*, de [certas] normas gerais, como atrás explicitado. Significado que é de uso jus-doutrinal vulgar (quando são referidas normas gerais ou comuns), e, inclusive, de uso legal vulgar – como já referido, cabendo lembrar o disposto nos artigos 483.º; e de uso vulgar entre leigos (com o "em princípio…". De significado diferente, tem-se o "por questão de princípio", conotado, no uso vulgar, com certo *valor*, com certo *princípio-vector*).

**3.º** O *acrescento* "princípios", relativamente a "o disposto na Constituição" (expressão esta conotada com *normas*), justifica-se, pois atendendo ao uso, em muitos artigos da Constituição, da palavra "princípios" (por exemplo, logo nos primeiros artigos) poder-se-ia aventar ter-se, aí, ditames que não normas. Ora, o acrescento esclarece: a designação de uma norma como princípio não nega o seu carácter de *norma*.

De resto, a contraposição com o "disposto na Constituição" é inconclusiva. Provaria demais: seja princípio-vector, seja *princípio-norma*, sempre seria necessário estarem "consignados"; pelo que, uns e outros, sempre estariam *dispostos na Constituição*; e, assim, já contemplados nessa parte final do art. 204.º.

**4.º** Acresce que só se pode *infringir* normas. Não se *infringe* um princípio-directriz, um princípio-vector. Este é *material* com que se constrói a norma. *Per se* não é norma. Os próprios constituintes tinham-no bem presente, ao recusar o princípio da *dignidade da pessoa humana* como fonte de direitos. Como disse *Vital Moreira* (já atrás reproduzido): tratava-se de realidade diferente da realidade *lei*, tratava-se

de, sim, de um *valor*. Que, a ser consagrado, teria de ser consagrado ao lado de outros valores (indiciando, precisamente, a necessidade de *ponderação*).

Insiste-se, quanto ao uso da expressão "material com que se constrói": cada norma constitucional tem consumptos *alguns* dos princípios-vector. Não todos. Apenas os convocados, pelo legislador, a propósito de cada *matéria por si juridicizada*, na feitura de cada norma. O que significa que, rigorosamente, um princípio, antes de *consumpto* numa norma jurídica, *nem material de construção normativa é*. Pois pode não ser *seleccionado* para a norma, pode não ser convocado para a feitura da norma. É, sim, *potencial material-de-construção-parcela* para (com outras *parcelas*, com outros *constituintes*) consubstanciar-se em normas. O que evidencia que, relativamente ao princípio, não há que falar em *infracção*. *Infringe-se* o que obriga a x ou o que proíbe x. E não uma *potencial parcela* de uma *potencial norma*. Pelo contrário, se é *norma constitucional efectiva*, naturalmente pode, dela, conhecer o tribunal, e, à sua luz, não-aplicar a norma que a contraria. Conclui-se: o uso da palavra "infrinjam" confirma *o sentido primeiro de princípios: princípios que são normas.*

**5.º** Se o Tribunal pudesse afastar a norma que *infringe* um princípio-vector, *per se* considerado, tudo poderia ser desaplicado (remete-se para o que foi dito no § 44). O que traria vazio normativo, pois o disposto no art. 204.º circunscreve a sua eficácia à *desaplicação*, à *cassação* da norma. Ora, não podendo, o tribunal, trabalhar com princípios para *construir* norma alternativa, desaplicaria uma, sem aplicar outra.

O que se traduziria no seguinte: o tribunal teria a liberdade de trabalhar com um princípio-vector de patamar constitucional, avaliando uma norma criada por lei infra-constitucional; mas, já não teria competência (atento o disposto no art. 203.º) para trabalhar com um princípio de patamar infra-constitucional para chegar à solução do caso que teria entre mãos. Solução que surpreenderia (por permitir trabalhar com princípios constitucionais, sem permitir trabalhar com princípios infra-constitucionais).

**6.º** Se *princípio* significasse *princípio-vector*, naturalmente, admitir-se-ia trabalhar com o acervo nuclear de princípios em *Estado de Direito*. Ora, esse acervo foi, como atrás relatado, específica e expressamente recusado pelo Parlamento. Sublinha-

se: a recusa desse acervo já resultaria da recusa de *Direito* quer no art. 203, quer no art. 3.º/2. Acresceu, no entanto, recorda-se, a específica recusa desse acervo, aquando da *troca* de *Estado de Direito* por "Estado de direito democrático".

Tal como aconteceu com a *dignidade da pessoa humana*: ainda que tenha sido recusada enquanto *fonte de direitos*, foi enfatizada, nos trabalhos preparatórios quer a sua qualidade de valor (a exigir ponderação com outros), quer o perigo que traria para todo o sistema jurídico, atenta a sua relevância nas restantes disposições constitucionais e, nas normas infra-constitucionais.

**7.º** Se o Tribunal pode criar, principialmente, normas constitucionais, como resolver o problema que é o conflito de normas constitucionais principialmente apuradas pelo Tribunal, e normas constitucionais já existentes? Se não há hierarquia entre esses dois tipos de normas, cabe ao Tribunal hierarquizá-las? Ultrapassando normas constitucionais do Parlamento? Problema enfatizado pelos Parlamentares (a propósito da *dignidade da pessoa humana*) e cuja solução ficaria por encontrar na Constituição.

**8.º** Finalmente: o art. 203.º estabelece que o tribunal apenas está sujeito a norma positivada no texto legal (e não *potencialmente positivada*, ou seja, *norma* efectiva, e não *norma possível*, de conteúdo *a fixar*). Sublinha-se: diz-nos que o tribunal está sujeito às normas *efectivas* legais. Apenas a estas, não podendo criar outras (seja, a criação, no âmbito infra-constitucional, seja no âmbito constitucional).

O que se verifica pela letra do artigo ("lei", "sujeitos", "apenas"), pelos preceitos constitucionais atrás conjugadamente interpretados, pela conjuntura histórica, pela conjuntura actual, pela teleologia, cabendo sublinhar o carácter inequívoco de trabalhos preparatórios, bem como a reiteração de tal solução ao longo de décadas, e, finalmente, com a ilustrativa exclusão da *dignidade da pessoa humana* como princípio judicial relevante.

Por seu lado, o art. 204.º vem restringir as normas legais que aplica. Não se trata de texto legal que altere o campo de aplicação do disposto no art. 203.º. Ou seja, não põe em causa a sujeição, não põe em causa a posição do juiz de *não opção* consagrada no art. 203.º. É certo que apresenta um texto polissémico, mas cujo primeiro sentido é preci-

samente o aqui indicado. E não há esclarecimentos em trabalhos preparatórios, nem em outros elementos. Ora, estando apurado que o disposto no art. 203.º significa que os tribunais estão *sujeitos a*, e resultando da conjugação de ambos os textos a confirmação daquele que para mais é o sentido primeiro de *princípio* (ou seja, princípio norma) no art. 204.º, então está apurado o sentido do texto legal que é o art.º 204.º. Ou seja, "*princípios*" é *princípios-norma*.

**9.º** Sendo certo que não há *telepatia entre os representantes da comunidade e cada membro da comunidade,* e ainda que se admita que qualquer dos 2 significados de "princípios" é *possível*, cabe explicitar: não se colhe na [mera] *possibilidade de significação* a dilucidação da polissemia. Pois *possíveis* são ambos. Restaria, precisamente, comparar os dados que depõem a favor de um com os dados que depõem a favor do outro. E, silenciando preferências axiológico-normativas do intérprete, concluir pelo significado definitivo.

**10.º** Ainda sobre o art. 204.º: os princípios-norma ali referidos são os *consignados*, os que são *sinalizados*, os princípios-norma com carácter *expresso* no texto. Assim, o Tribunal não pode, deles, induzir, nem deduzir, princípios ou normas. A palavra *consignados* restringe. Assinala-se que, entre as palavras que apontam para a necessidade de uma realidade estar presente nas próprias palavras de um texto, *consignar* é a que *mais* aponta para tal. Associada a *solenidade,* a *formalidade*. Com esse inequívoco significado está, também, aliás, a palavra usada no art. 216.º da CRP.

Cabe, ainda, repetir (agora, quanto a *consignar*) que, ao regular esta matéria, a Constituição está a regular, *simetricamente*, a democrática discricionariedade político-legislativa do Estado. Matéria que requer excepções inequivocamente delimitadas; se se alarga os critérios de sindicância pelo tribunal, estreita-se discricionariedade legislativa.

Finalmente, salienta-se que, não se tratando de palavras com significado técnico-científico, atende-se ao significado que têm na linguagem natural (e não técnica). Como se retomará no Livro 3.º. O que confirma o sentido de princípios *consignados* como princípios-norma (*grosso modo*, normas gerais) *explicitados*. Cabe aqui recordar o que se disse sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional. Quanto, por

exemplo, aos Acórdãos com fundamento no princípio da confiança: consubstanciam uma *dupla* desconformidade com a Constituição: trata-se de *princípio-vector*, e não está *consignado*.

**11.º** É devido dar conhecimento da intervenção de um deputado que considerou que "consignados" não se restringe a *explícitos*, a *expressos*: o Deputado e Professor *Mota Pinto* (a propósito do então art. 33.º):

> *"**O Sr. Mota Pinto** (INDEP.): - Sr. Presidente: Era para pedir um esclarecimento à Comissão, que se destina a proporcionar a explicitação do pensamento que está na base do n.º 1 do artigo 33.º. Aí se diz que «são inconstitucionais as normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados». A primeira vista, poderá parecer que há aqui esta dicotomia - o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados - que significará ser supérflua a última parte, mas eu entendo que (e desejava ser esclarecido a este respeito) com isto se pretende significar que podem ser inconstitucionais não só as normas que violem frontalmente disposições expressas na Constituição como ainda normas que violem regras ou princípios que, embora não explicitados expressamente, estão subjacentes, fornecem a base de um ou vários processos constitucionais. Creio que isto é assim. Em todo o caso, o meu pedido de esclarecimento destina-se a possibilitar a explicitação do sentido de alcance deste n.º 1 do artigo 33.º"*[50]

**12.º** Finalmente: o significado apontado de "princípios" no art. 204.º coincide com essa mesma palavra nos artigos 277.º e 290.º. Artigos cuja interpretação não é aqui privilegiada.

---

[50] DAC 116, de 10 de Março de 1976, pág. 3831.

## **Secção 5.ª-** Explicitações referentes ao regime dos *direitos, liberdades e garantias* como regime normativo e não como regime principialista.

### §114 (Dos direitos, liberdades e garantias, à luz da Hipótese)

**1.º** Os *direitos, liberdades e garantias* estão reunidos no Título II da Parte I da Constituição. Trata-se de situações jurídicas constituídas por normas jurídicas. Explicita-se: não se trata de princípios, não se trata de meros princípios-vector a serem ponderados na resolução de cada caso. O que justifica, de resto, que o art. 18.º/1 fale em "vinculam": tal como acontece com a palavra "infrinjam", no art. 204.º, são as *normas*, e não os princípios-vector, que "vinculam", *para mais*, sendo directamente aplicáveis (às entidades públicas e privadas). O seu carácter normativo, e não principial, é, ainda, apontado pelos trabalhos preparatórios sobre a *dignidade da pessoa humana*: aí se recusa a dignidade da pessoa humana, precisamente pela sua vagueza axiológica, sendo, ela, contraposta à *clareza* dos direitos, liberdades e garantias (*v.g.* a intervenção de *Almeida Santos* nos trabalhos de 1982).

Afasta-se, pois, a sua aplicação mediante juízos de ponderação axiológica.

**2.º** Explicita-se que nos casos de colisão de *direitos, liberdades e garantias* entre si, *rectius*, de conflitos das correspondentes normas permissivas, a solução radica na própria Constituição, por critérios plasmados em normas (sirva de exemplo o disposto no art. 19.º/6, ao apontar para hierarquização de direitos). E não por considerações principialistas. Estas têm carácter excepcional atenta a exclusiva sujeição, dos tribunais, à lei. Fossem possíveis as ponderações principialistas, e a Constituição di-lo-ia (como acontece com os excepcionais regimes da nomogénese não legalista, adiante aflorados, e exemplificados com os princípios presentes no art. 282.º/4).

Finalmente: surpreendente seria que se tivesse excluído a *dignidade da pessoa humana* como fonte de direitos, em função de a correspondente densificação judicial poder traduzir-se em restrição de *direitos liberdades e garantias* já consagrados pelo próprio legislador constituinte, e admitir-se, *agora,* que ponderações principialistas, axiológicas judiciais (à luz da dignidade da pessoa humana?, à luz de outros princípios?) conduzissem ao mesmo resultado: hierarquização de direitos, liberdades e garantias, com as correspondentes restrições de uns relativamente a outros direitos consagrados pelo próprio legislador constituinte.

Conclui-se: conflitos de normas constitutivas de direitos, liberdades e garantias são resolvidos por normas, por critérios lógicos (e, assim, ainda reconduzidos ao legislador constituinte) – e não por critérios axiológico-principialistas gizados por juízes.

**3.º** Sobre o disposto no art. 17.º: o legislador impediu a *dignidade da pessoa humana* de gerar, evidenciar *direitos liberdades e garantias*. Impediu, *tout court*. Fossem análogos, ou não, a outros. De resto, fácil seria que tais direitos fossem análogos, pois, como enfatizado nos trabalhos preparatórios, a dignidade da pessoa humana era o princípio-matriz consumpto em muitos dos *direitos liberdades e garantias*.

Em suma, a analogia referida pelo art. 17.º não é analogia estabelecida pelo juiz. Tal como não cabe ao juiz inferir direitos da *dignidade da pessoa humana*. É, sim, analogia estabelecida pelo legislador (de fonte interna ou de fonte externa). Evitando que a formal ausência do elenco no Título II servisse de objecção àquela qualificação. Recorda-se que o legislador foi especialmente cuidadoso na delimitação dos *direitos liberdades e garantias*, ao circunscrevê-los a uma certa *divisão* do texto constitucional. O que revela especial receio perante alargamentos do conjunto: receio que reflecte as particularidades de regime dos *direitos, liberdade e garantias*. Regime aqui e ali consagrado na Constituição – cabendo destacar o disposto nos artigos 18.º, 19.º, 21.º, 288.º/d), e que é patentemente diferente, *de iure constituto*, do regime dos restantes direitos fundamentais nela consagrados.

Insiste-se: o regime constitucional dos *direitos liberdades e garantias* é exclusivo de *direitos liberdades e garantias* como tal qualificados, com nome ou sem nome, no Título II, ou fora deste, *mas análogos segundo o legislador*, com poderes constituintes.

**4.º** Cabe referência ao disposto no art. 18.º/3: aí se trata de leis restritivas. Apresentando regime que condiciona a sua conformidade material com a Constituição. Explicita-se: trata-se de regime dirigido ao legislador e ao tribunal, pois este pode, nos termos gerais, sindicar a validade de tal lei. Como sempre que acontece uma lei *infringir* uma norma constitucional. Neste caso, por exemplo declarando a inconstitucionalidade de norma retroactiva, ou de norma não geral e abstracta. Mas já o controlo axiológico-principialista está vedado. Recorda-se: o regime geral é o do art. 203.º; ora, na falta de regime excepcional (como o revelado no art. 282.º/4), o tribunal só pode sindicar uma lei à luz da própria Constituição, sendo, aí, o tribunal, a *boca que pronuncia as palavras* do legislador constitucional (e não o juiz que, sem fundamento constitucional, cria a *norma-não-positivada* pelo legislador constitucional) para controlar o democrático, e constitucionalmente habilitado, legislador. Em suma: pode o tribunal sindicar o legislador, invocando norma feita pelo próprio legislador (a Constituição); mas não invocando norma judicial.

Remete-se, a propósito, para o que foi dito, acima, neste parágrafo, quanto à exclusão da ponderação principialista judicial em sede de conflito de normas permissivas constitutivas de *direitos liberdades e garantias*. Admitir que o tribunal avalie axiológico-principialmente a lei ordinária traduzir-se-ia, mais uma vez, no poder de o tribunal decidir, por critérios seus (e não por aplicação de norma constitucional, nos termos gerais), acerca da medida em que certa lei pode restringir um d*ireito, liberdade e garantia* constitucionalmente consagrado.

## **Secção 6.ª-** Explicitações referentes ao regime jurídico-constitucional do método jurídico.

### §115 (Acepções de *método jurídico*)

Passa-se a listar (sem prejuízo de retomas no Livro 3.º) as normas constitucionalmente estabelecidas sobre o método jurídico.

Começa-se por delimitar *método jurídico*. Várias acepções existem. Como seja o método seguido na legística, por parte do legislador e o método seguido pelo juiz, na resolução de caso.

Privilegia-se, aqui, este.

Como já dito, "método jurídico" (ou: metodologia ou metodonomia, colhendo, o significante, na Lição de Pinto Bronze, e significando, na Hipótese, as *normas [legais] sobre o caminho das fontes até às normas*) é usado com o significado de "caminho da fonte do Direito até ao Direito". "Caminho" que é regulado por normas presentes no sistema jurídico. Normas estas aqui objecto de estudo. Sendo a 1.ª delas a revelada no art. 203.º.

Também neste âmbito, várias são as acepções:

(i) *Método*, na acepção restrita (a acepção mais frequente ao longo do texto): método do apuramento do *significado definitivo* dos textos legais; ou seja, o método de apuramento daquela que é, rigorosamente, uma *proto-norma* (a sujeitar às operações referidas de seguida em (ii); ainda por outras palavras: trata-se, afinal, do método de interpretação/ detecção/ integração (que, por metonímia, é o método jurídico);

(ii) Método enquanto a totalidade das operações entre o caso e a decisão: abrange as referidas em (i), e, ainda, as várias operações *a jusante* daquele significado definitivo, ou seja, daquela *proto-norma* (assim tida como *facto* já estabelecido), e, por outro lado, *a montante* da aplicação ao caso, ou seja, a montante da qualificação desse *significado definitivo* como sendo [uma válida e aplicável ao caso] norma jurídica – a norma já de seguida caracterizada e designada por *norma sistémica*. Operações essas como sejam o exame da validade orgânico-formal-material da *tal* proto-norma (mediante o confronto desta com as normas legais, *maxime*, constitucionais, subordinantes daquela), e a resolução de [outros] conflitos de normas: sejam referentes à vigência, ao âmbito material (atentas relações de especialidade/ excepcionalida-

de entre normas) ou ao âmbito espácio-temporal. Assinala-se que todas estas normas sobre *conflitos* podem intervir no âmbito do próprio *método em sentido restrito*, esclarecendo textos legais para chegar à proto-norma (basta ter presente a unidade do sistema consagrada no art. 9.º do CCiv., e a interpretação *conforme à Constituição* – remete-se para o Livro 3.º). Por outras palavras, tais normas têm relevância quer em sede de fixação do *significado definitivo* do texto, quer, depois de fixado este, na conclusão acerca da norma resolvente do caso-problema (designadamente da sua validade à luz da Constituição).

Acrescenta-se: consoante a acepção de *método*, assim o conceito lacuna: ou a *norma lacunar* apresentada logo de início (como resultado do método em sentido restrito), ou a *norma lacunar sistémica* (já após exame à sua validade, resolvidos problemas de conflitos entre normas, designadamente pela prevalência da norma especial). Ao longo do texto, privilegia-se a 1.ª acepção.

### §116 (Do *subjectivismo historicista*; a *exegese* como seu corolário. Da admissibilidade de lacunas)

O carácter subjectivista-historicista da interpretação é corolário da *sujeição à lei*, no art. 203.º (pois o juiz não estaria *sujeito a* norma que fosse por ele próprio inserida em significantes vazios feitos pelo legislador). Também como corolário da democracia e da separação dos poderes (como dito a propósito da conjugação do *positivismo legalista democrático* com a *separação dos poderes*). O que significa que *conteúdos normativos* fora dos textos legais manifestamente não foram pensados pelo legislador; tal como significados resultantes de evoluções semânticas não foram pelo legislador pensados. O que se acaba de dizer não exclui que pensado um *género*, pensadas estejam as *espécies* ainda que não existentes à data da lei (por exemplo, pensado, em 1966, com o Código Civil, o *género coisa*, pensada está a espécie *modem*, surgido anos depois – exemplo tratado no §167, do texto-tese de mestrado, referido no final do Livro 1.º; problema semelhante é, à data, o das *mães hospedeiras* – §172 desse mesmo texto).

Assim, o subjectivismo começa por ser *exegese historicista* (e, como adiante, no Livro 3.º, se evidenciará, só *em 2.ª linha*, é relevância de trabalhos preparatórios. Para lá se remete): cabimento da norma no texto da lei. Precisamente, por *lei* significar, no art. 203.º, norma criada e revelada no texto. Recorda-se: todo este Livro 2.º centra-se na resposta à pergunta *unde ius*?.

Está, assim, constitucionalmente consagrada a exegese (seja dos textos publicados, seja dos textos preparatórios, pois também estes revelam pensamento jus-normativo do legislador).

Justifica-se esclarecimento: como já dito, normas há que são apuradas por uma *peculiar exegese*, *rectius*, por um peculiar *objecto* da exegese: o objecto que não é apenas o *texto publicado* da lei, mas, sim, a soma desse texto com os correspondentes *trabalhos preparatórios*. Trata-se do campo das lacunas, das normas lacunares: normas que são feitas pelo legislador, que constam dos textos que têm o cunho do legislador: o texto publicado, com a particularidade de requerer, este, a conjugação com os respectivos trabalhos preparatórios.

Esta recondução da lacuna ao legislador explica a referência, na Constituição, à possibilidade da sua existência, referindo-se-lhes, no art. 112.º/5 (ao falar em integração), sem indício de as ter por *problemáticas*, por *contraditórias* ante o disposto no art. 203.º, ante a *sujeição apenas à lei*. Precisamente, por a lacuna não ser vista como realidade externa ao texto, alheia ao legislador, consubstanciadora de *opções*, de *criações* jus-normativas pelo juiz. A lacuna aparece, ainda, como realidade interna à lei, ainda com a marca do legislador, pois é, afinal, norma revelada em textos totalmente radicados no legislador (seja o texto publicado, sejam os trabalhos preparatórios). Assinala-se que a Constituinte não tratou, especificamente, da lacuna, suas modalidades, sua detecção e integração. Acontece que os termos em que refutou o Direito, o axiologicamente vago evidencia excluir intervenções judiciais precisamente marcadas pelo *axiologicamente vago*, ainda que consagrado em lei ordinária (como acontecia com os *princípios de Direito natural* do art. 16.º do Código de Seabra, que terá sido objecto de estudo de muitos dos que estavam na Assembleia, quer do *espírito do sistema com limite*, no art. 10.º/3 do Código de 66. Salienta-se que ao

recusar consagrar o *axiologicamente vago* ("Direito" nos artigos 203.º e 3.º/2; "Estado de Direito" *tout court* no art. 2.º; "dignidade da pessoa humana" como conceito operável pelo tribunal) na própria Constituição, recusou-se o *axiologicamente vago* em lei infra-constitucional. Muito diferente já seria a lacuna associada à [mera] analogia (admitida quer no Código de Seabra, quer no Código de 66). Adiante (Livro 3.º) se retomará os limites do campo das *normas lacunares*.

De resto, ainda que não estivesse contemplada na referência a "lei" no art. 203.º (e assim concitasse a *sujeição* do tribunal), a lacuna (aludida, repete-se, no art. 112.º/5) não seria *espaço* de *criação normativa judicial*, de valoração/ponderação principialista pelo tribunal, pelo intérprete. Pois a Constituição não lhe consagra qualquer regime especial, *rectius*, excepcional de nomogénese judicial. Pelo que cairia no regime geral que tem vindo a ser apresentado. Remete-se para o Livro 3.º: aí se retomará que a lacuna não é espaço de criação normativa judicial.

### §117 (*Cont.*: do balizamento exegético. Da eleição do *significado definitivo* no seio da moldura semântica: remissão para o Livro 3.º)*

É certo que existem dificuldades em estabelecer a fronteira do significado de cada palavra da lei, a fronteira entre o *intraconceptual* e o *extraconceptual*. Mas os limites existem. Se não existissem, a comunicação entre legislador e juiz, a comunicação entre professor e aluno, a comunicação entre cientista do Direito e jurista, a comunicação, aliás, entre quaisquer 2 homens seria impossível. E o mundo não seria como é (com muito que é fruto da conjugação de esforços humanos, e, assim, reflexo da comunicação).

O legislador conhece essas dificuldades (como bem ficou evidenciado, nos debates parlamentares, precisamente acerca de fórmulas linguisticamente vagas); o legislador sabe que o intérprete parte para a lei com muito de seu (o que adiante será retomado a propósito da pré-compreensão), pelo que o resultado pode não coincidir com o pensado pelo legislador (basta recordar a intervenção de *Miguel Galvão Teles*, no Plenário da Assembleia, nos trabalhos de 1989, sobre o art. 203.º).

Ora, cabe ao intérprete, por dever seu perante o legislador democrático, por escrúpulo intelectual, por rigor científico (e por *caridade hermenêutica* a que adiante se aludirá)

pretender encontrar e encontrar esses limites. Assim resistindo a tentações de por teorizações, nomeadamente acerca do mundo, da palavra, da pré-compreensão, acabar por dar razão a *Loki* (e à sua esperteza, pois pela dúvida acerca do exacto início da parte do corpo que é a *cabeça* evitou a sua decapitação). Por outras palavras: teorizações que redundem na constatação de que, não sendo possível chegar ao significado perfeito, mais vale que o intérprete use a palavra como *mote* para chegar ao justo; tratar-se-ia de aplicação à metodologia jurídica do *perdido por 100, perdido por 1000*.

Exemplifica-se os limites do campo semântico da palavra com os limites de uma passadeira para transeuntes: *A.*, automobilista, atropela *B.* (vindo este a morrer) quando este inicia o atravessamento da rua a 10 cm. de uma passadeira. Será aplicável a A. a coima prevista no art. 103.º/4 do Código da Estrada, aprovado pelo Decreto-Lei 114/94, de 3 de Maio?

Responda-se: a coima não lhe é aplicável.

Dir-se-á que, atenta a *materialidade das coisas*, o facto é equiparável, é análogo ao atravessamento na passadeira.

Responda-se: algum limiar há de aplicação da coima. A diferença consiste em o limiar ser o risco da passadeira ou *algures* antes deste.

Dir-se-á insistindo na solução à luz da *materialidade das coisas*, que esta não impede a certeza. Sendo conciliável com certezas – por exemplo, a certeza de que a 20 metros do risco não é aplicável a coima.

Responda-se: a diferença entre as duas respostas não respeita à certeza tida quanto à inaplicabilidade da coima se o peão atravessa a 20 metros… A diferença é a da certeza que só a resposta apresentada em primeiro lugar proporciona, quanto à aplicação da coima, quando a atravessa a 10 cm. Além de só esta ter o selo da legitimidade do legislador, evidenciando a obediência ao disposto no art. 203.º da CRP. Em resumo: a resposta do objector não prescinde de um limite. Prescinde, sim, de um limite certo e legítimo. Ou seja: troca-se um limite certo e legítimo, por um limite incerto e arbitrário.

Dir-se-á que tal solução é *farisaica*.

Responda-se, começando por assinalar a eficácia tópica da objecção, sublinha-se que se é ela "farisaica", conclui-se que "farisaico" é o *não arbítrio*; que fariseu é o que não cede à tentação de atenuar a conotação negativa do "limite" com *outro limite* que de diferente apenas tem *incerteza* e *carácter arbitrário*. Além de que, algures, entre os 20cm e os 20 metros há um limite que, relativamente ao *cm imediatamente acima*, tornará o *julgador humano, substancialista e justo* num – também ele – *fariseu*.

Ou exemplos colhidos da norma angular do Direito português que é a do art. 203.ª: "apenas" não se lê "nomeadamente"; "sujeitos" não se lê "atentos"; "lei" não se lê "justiça"

### §118 (Da unicidade de sentido)

A Constituição consagra, ainda, a unicidade do sentido dos textos legais – pois admitir mais que 1 sentido é admitir a *escolha*, por parte de quem *não pode escolher*, de quem está, sim, *sujeito a*: o tribunal; o que se acaba de dizer não significa que seja fácil apurar esse sentido único. Significa, sim, que é devido interpretar porfiando o sentido único. Ou seja, o sentido que tenha cabimento nos textos e que consubstancie a observância das normas sobre método. Quer estas aqui apresentadas, quer as que constam de lei ordinária, e que, explicitando e densificando estas, serão estudadas no Livro 3.º. Observância esta que propiciará o tal *sentido único*.

Assinala-se, a propósito: ainda que o juiz, perante certo caso, *não consiga* alcançar o sentido almejado (como o próprio pode reconhecer depois da sentença), basta tê-lo como *alvo* para que o afastamento (relativamente ao *alvo*) seja menor do que se o alvo não fosse tão preciso. Por outras palavras: metas *dificilmente* alcançáveis sempre terão a justificação de instigar aos esforços para ou acertar ou, não acertando, ficar próximo.

### §119 (Da aplicação do Direito ao caso: da falta de *apport* normativo na aplicação. Da subsunção)

**1.º** Finalmente, a metodonomia constitucional exclui *apport* normativo em sede de aplicação da lei. Por outras palavras: as *notas de juridicidade* presentes no *caso* coincidem com as realidades que, em formulação geral e abstracta, foram juridicizadas na norma legal; a *restante realidade* (por exemplo, a cor dos olhos do homicida) no caso não é *realidade jurídica.* Assim, a *aplicação* não tem autonomia ante a interpretação/ integração na presença de um caso; o caso *apenas polariza* o trabalho, do jurista, de interpretar e detectar/ integrar a lei. *Caso* e *textos legais* são os 2 *eixos* paralelos entre os quais se desenvolve, não uma actividade criativa do jurídico, mas, sim, a mera correspondente *espiral* hermenêutica (levada a cabo pelo

sujeito); *espiral* essa que, juntamente com *outras espirais*, conduz ao levantamento exaustivo, no *caso em bruto*, das realidades jurídicas (ou seja, factos jurídicos e efeitos jurídicos, sendo, estes últimos, *grosso modo*, a constituição / modificação / extinção de situações jurídicas) que, nesse *caso em bruto*, *foram* juridicizadas, e que são, agora, evidenciadas na sentença.

Cabe *ilustrar* as referidas "outras espirais": a *espiral* que liga os textos legais aos correspondentes *sentidos primeiros pensados pelo intérprete* (o que é exemplificado pelo exame, ao longo do Livro 2.º, do *significado primeiro* do art. 203.º); a *espiral* que liga os textos legais publicados aos trabalhos preparatórios (ilustrado também em capítulo anteriores); ou a *espiral* que liga todos estes textos interpretandos aos elementos interpretativos (como sejam a *occasio legis* ou a teleologia); a *espiral* entre cada uma destas espirais (*colhendo e sindicando* informação proporcionada por cada espiral), à luz da informação proporcionada pelas restantes.

*Tudo* instrumentalizado a apurar a totalidade das realidades jurídicas presentes no caso e ali vertidas, sob a forma geral e abstracta, pelo legislador.

**2.º** O tema justifica insistência, em especial pela polissemia de asserções como seja "o Direito só existe no caso"). Tenta-se, pois, clarificar.

O disposto no art. 203.º regula a aplicação do Direito ao caso concreto (pois trata da actividade jurisdicional, caracterizada nos termos do art. 202.º). O que nos diz é que, na solução do conflito, no tratamento do caso, o Tribunal apenas aplica a norma legal. De que adiantaria consagrar a exclusiva sujeição, do Tribunal, à lei, se, perante cada caso concreto, o Tribunal criasse, atentas as particularidades do caso, "micro-realidade-jurídicas" não contempladas na juridicização feita, em termos gerais e abstractos, pelo legislador? Se o Tribunal o pudesse fazer perante 1 caso, então a solução de cada um de todos os casos poderia ser ditada por juridicizações judiciais e correspondentes adaptações em sede de apuramento dos efeitos. Aí, manifestamente, *o Tribunal não estaria sujeito à lei*: por outras palavras: o legislador tem o monopólio da juridicização: quer da selecção das realidades fácticas juridicizadas no caso (em *cada caso de todos os casos* aglutinados na fórmula geral e abstracta que é a da lei), quer da sua valoração e correspondente fixação dos efeitos. Repete-se: o trabalho específico do legislador não começa na definição de *efeitos jurídicos* por valoração de realidades humanas, mas, sim, na selecção, nestas, dos *factos* juridica-

mente relevantes. Por outras palavras, ainda (e parafraseando): *o que não está na lei não está no mundo*, não está no caso.

Assim, a realidade jurídica no caso coincide com a realidade jurídica que, mercê de aglutinações operadas pelo legislador, está plasmada no discurso geral e abstracto da lei. Pelo que a aplicação da norma é feita não mediante *subsunção* do individual no geral, mas, sim, surpreendendo a *identidade* entre caso (*naturalmente*, na medida da prova) e norma. O caso é apenas realidade polarizadora do trabalho do jurista; concita lei, as incontornáveis pré-compreensões e as espirais hermenêuticas acima aludidas. No final do *caminho* entre o *caso-em-bruto* e a *lei*, há identidade entre esta, a norma legal, e o *caso-já-tratado.*

*Claro* que o caso é feito de pessoas e factos concretos, mas, nestes, apenas é relevante o que de relevante neles foi criado pela lei. Trata-se *como que* da criação, pelo regime jurídico consagrado pelo art. 203.º – de um mundo jurídico legal *específico* ante o mundo sensitivo. Tal como outros mundos *específicos* existem (basta ter presente o mundo da química – feito de realidades atómicas e não de entes sensitivamente apreensíveis). A esta especificidade da realidade jurídica se regressará nesta secção.

**3.º** Sobre o conhecimento da norma: a *pré-existência da norma legal para o caso* não se confunde com o seu *conhecimento antes do caso. P*or outras palavras: sem prejuízo de regimes excepcionais, a existência da norma é anterior ao caso, ainda que o conhecimento da norma seja posterior, pois é concitado pelo caso. Mas não por o caso ser constitutivo da juridicidade, ser criador do Direito. Apenas por o *caso* desencadear o conhecimento do que já antes do caso existe. As particularidades deste podem, devidamente examinadas, concitar conexões sistémicas não anteriormente aventadas, e, assim, norma diferente daquela que, por *automatismos subsuntivos perfunctórios*, parecia, no início da caminhada para a resolução do caso, ser a ajustada. Em suma: ainda que *fora do caso* exista o Direito, só *no caso* existe a *certeza* acerca de qual a norma que se lhe aplica, pois cabe encarar cada caso como [potencialmente] diferente de tudo quanto antes ocorreu. Tal como num arco-íris: quando a luz branca (o sistema jurídico) incide sobre as gotas de água (os casos), as gotas de água são *necessárias* para que a luz com as suas cores (as normas) sejam vistas (ou seja, *conhecidas*); mas não são necessárias para que as cores *existam* – em nada se confundindo *as*

*gotas com as cores*. Ou seja: o caso não tem *apport* normativo, não traz normatividade, tal como a gota de água não traz a luz – apenas a evidencia em toda a sua paleta de cores.

## **Secção 7.ª-** Explicitações referentes ao *Direito*: sistema jurídico; norma sistémica; acepção de *Direito*; especificidades da realidade e da linguagem jurídicas.

### §120 (Do sistema jurídico)*

A *lei* referida no art. 203.º é a *totalidade* das normas legais (intrasistemicamente válidas – ou seja, válidas, por exemplo, à luz da Constituição) concitadas pelo caso.

É, essa totalidade, o 1.º indício do carácter sistémico do Direito português: trata-se de um *sistema*. *Sistema* de normas legais. *Exclusivamente* de normas legais. Dele não fazem parte *valores e princípios* – como ao longo destes capítulos se evidenciou. E é *sistema* pois nele encontramos:

- normas legais que regulam a *feitura de normas legais*. A *primeira* dessas normas sobre a nomogénese é, precisamente, a revelada no art. 203.º. Além do disposto no art. 203.º, muitas outras normas, no sistema, tratam da *feitura de normas* – todas as que fixam a caracterização orgânico-formal-material de cada norma;

- a dimensão sistémica evidencia-se, ainda, por haver uma metodonomia com assento constitucional, precisamente centrada também no art. 203.º (já atrás referida), bem como com assento em lei ordinária (como se exporá no Livro 3.º);

- realça-se (ainda que não privilegiada neste texto) normas sobre a aplicação da lei no *tempo* e no *espaço*;

- normas *conformadoras de realidades jurídicas* contempladas em cada norma (já adiante exemplificadas, a propósito de uma *morfologia jurídica*, com o que se diz sobre o objecto de estudo de, por exemplo, uma teoria geral do Direito civil).

Trata-se, pois, de um conjunto de elementos interdependentes e auto-conformado. A lembrar o sistema linguístico. Exemplifica-se:

- Aí, no sistema linguístico, temos a *frase*, como unidade de sentido, como elemento que evidencia a função *comunicar*, deixando na *sombra* tudo o que a *viabiliza*, tudo o que a *consubstancia*: regras quanto aos signos admissíveis no sistema, regras gramaticais sintácticas, regras gramaticais morfológicas, regras com a função de dicionário… – aqui, temos a norma jurídica;

- aí, temos as regras sobre os elementos admissíveis no sistema linguístico – aqui, as normas sobre a fonte do Direito;

- aí, temos regras gramaticais de *sintaxe* – aqui temos a estrutura normativa constituída pela *previsão* (e o *seu facto*) e estatuição (e, nesta, os tipos de eficácia jurídica: constitutiva, modificativa e extintiva [de situações jurídicas]);

- aí, temos as categorias gramaticais *morfológicas* (substantivos, verbos, advérbios, adjectivos… ora desempenhando a função sintática de sujeito, ora desempenhando a função de predicado, ora…) – aqui temos as já referidas *conformadas realidades jurídicas elementares:* pessoa jurídica, situação jurídica (ou seja, *grosso modo*, o poder-fazer, o ter-de-fazer o não-poder-fazer), coisa, facto, negócio jurídico (com a sua legalmente conformada *vontade negocial* - que vai ao ponto de existir ainda que, patentemente, não exista uma *vontade* – atento o disposto no art. 244.º do Código Civil); enfim, uma *morfologia jurídica*, usualmente presente, na sistematização de uma lei, em "disposições gerais" de que é paradigma a "Parte Geral" do Código Civil vigente – podendo desempenhar, essas realidades, qualquer das funções sintácticas, ou seja, ocorrendo ora na previsão, ora na estatuição; com a manifesta conveniência de evitar repetições – imagine-se *o que seria* se, em cada norma, o legislador tivesse de *conformar* o correspondente destinatário, repetindo *a cada passo* todo o regime geral das pessoas singulares e das pessoas colectivas…; Do mesmo modo, cada frase não tem de explicitar, em si, o significado de cada palavra presente na frase…

- aí, temos as regras com função de *dicionário/glossário* – aqui, temos as definições legais, as definições (também doutrinalmente explicitadas) de palavras presentes no discurso legal;

- aí, temos os *referentes* no mundo, correspondentes aos significados da linguagem comum – aqui temos uma realidade *especificamente jurídica*, bem evidenciada com o disposto no art. 414.º do Código do Processo Civil: ainda que, no mundo-não-jurídico, certo facto tenha ocorrido, a falta da correspondente prova nega, juridicamente, a realidade desse facto. Sobre esta realidade específica remete-se para §§ adiante, nesta secção.

- aí, temos regras sobre *interpretação textual* – aqui, temos regras sobre *interpretação da lei*;

– aí, temos sobreposição de signos e regras linguísticas (por exemplo, pela evolução da língua no tempo), propiciadores de equívocos, e métodos de resolução – aqui temos conflitos entre normas (pela hierarquia, pelo tempo, pelo espaço, pela matéria) e normas que os resolvem.

Sendo, explicite-se, quer a *frase*, quer a *norma*, o *fecho-da-abóbada* dos correspondentes sistemas.

O Direito é, pois, um *conjunto* de normas portadoras do sistema. *Normas sistémicas.* No seio de cada *norma sistémica*, os *elementos*, do sistema atrás ilustrados, colhidos nas fontes, esgotam a realidade juridicizada no caso. Cada norma sistémica é, assim, como que o *arranjo das fontes* concitado pelas *particularidades (legalmente) juridicizadas do caso concreto*. Surgindo, essas parcelas colhidas, nas fontes, à maneira de peças de Lego: encaixam-se e desencaixam-se, formando normas (de *material* inteiramente legal) modeladas pelo caso. "Norma" nesta acepção de *sistema orientado ao caso/problema* lembra o conceito de "modelo de decisão" – aproximação aqui feita pela clareza proporcionada, ainda que não se use "modelo de decisão" atendendo à sua conotação com *materiais translegais na sua confecção.* Norma sistémica esta que pode ser, ou não ser, uma norma de conduta (na acima referida acepção restrita desta expressão, isto é, norma que constitui, modifica ou extingue uma situação jurídica). A norma sistémica resolve, sim, um problema (e o problema pode não ser a orientação de uma conduta, ainda que nesta se reflicta).

Do sistema jurídico presente na norma sistémica destaca-se a omnipresença dos regimes que têm vindo a ser estudados: os regimes da fonte e do método. Cada norma sistémica é como que uma *norma-célula* portadora do *ADN* do organismo (ou seja: do *sistema*) de que faz parte, sendo, aqui, o *ADN*, os regimes da fonte e do método.

Por fim, nesta caracterização da norma sistémica: ainda que a norma sistémica tenha formulação curta (tal como uma frase o pode ser), leva consumpto o sistema legal. Trata-se de norma que pontifica todo o sistema. A medida da formulação da norma é a medida concitada pela elucidação, do interlocutor, quanto ao caso-problema. Como que uma *ponta de iceberg*. Em que a parte submersa é o sistema consumpto na norma; e a parte emersa – nuns casos, maior, noutros, menor – é a formulação da norma sistémica.

A norma jurídica traz, assim, consumpto o sistema e, como atrás dito, também traz consumptos os princípios e valores que, a montante, o legislador ponderou.

### §121 (Do *fechamento* do sistema jurídico)

Como mera explicitação do *positivismo legalista democrático*, que tem vindo a ser evidenciado, o sistema é fechado (pelo fechamento trazido pelo *apenas* "sujeitos à lei" do art. 203.º). *Para lá do* jurídico, delimitado pelo disposto no art. 203.º, tem-se a *a-juridicidade*. Ou seja, repetindo: *o que não está na lei não está no mundo*. Ao tribunal cabe constatar essa a-juridicidade, por aplicação da norma delimitadora do jurídico que é a do art. 203.º. Explicita-se: não há, aí, *denegação da justiça*: esta verifica-se onde, *havendo norma*, não é ela aplicada pelo tribunal. Como nos diz o art. 3.º/2 do Estatuto dos Magistrados Judiciais, ao exigir que "caso deva ser juridicamente regulado"). Disposição adiante retomada. Porém, desde já se assinala que muitas matérias, não contempladas, *de perto*, em normas, cairão não nesse espaço de *não-Direito*, mas, sim, em normas permissivas (*v.g.*, as muito abrangentes normas sobre direitos de personalidade, em especial o disposto nos artigos 25.º e 26.º da CRP e 70.º/1 do CCiv.), pois não são – essas normas gerais – afastadas por normas que seriam, quanto a essas, especiais.

### §122 (Acepção privilegiada de *Direito*)

No seguimento da apresentação da dimensão sistémica do Direito, evidencia-se, agora, a acepção de *Direito*, ao longo do texto privilegiada: *conjunto das normas positivo-legais sistémi-*

*cas* (bem como de normas segundo regimes excepcionais constitucionalmente consagrados) *a que o tribunal está sujeito no desempenho da sua função jurisdicional.*

Excluídas estão, pois, disposições (como os princípios-vector), ainda que com formulação imperativa, dirigidas apenas a órgão que não o *tribunal-órgão jurisdicional* (*v.g.*, o Presidente da República, órgão legiferante, ou órgão administrativo).

### §123 (Ainda sobre a norma sistémica; da profusa polissemia de *norma*)

A *norma sistémica* acima caracterizada é a *norma jurídica* tida em atenção ao longo do texto. Mas outras acepções de *norma jurídica* existem:

Pode-se, consoante o contexto, usar "norma jurídica" como *parcela* da *norma sistémica* (por exemplo, uma norma *instrumental*); ou como norma que, rigorosamente, é mera *norma aparente* – exemplificada, esta última, pela *norma* que consiste no significado de certos textos legais inválido (*v.g.*, por inconstitucionalidade) –, ou a *norma* revogada, ou a norma-significado-mera-etapa (e não *significado definitivo*) no caminho metodológico (a *proto-norma*).

Assinala-se, finalmente, que "norma" pode abranger quer a norma geral e abstracta, quer a norma individual e concreta (podendo referir-se, esta última, por *preceito* – *v. g.*, o preceito contratual).

### §124 (O sistema e a especificidade da realidade jurídica)*

As várias componentes evidenciadas do *sistema* bem como o seu fechamento redundam numa *realidade específica* (distinta da *realidade quotidiana* do homem, da realidade naturalística, do mundo sensível que o rodeia) trazida pela *específica intencionalidade* do legislador – fazer o necessário para evitar e resolver conflitos, e potenciar a colaboração dos homens em sociedade. Ora aglutinando pessoas e factos, ora distinguindo-os (*i. e.*, *compondo* os iguais e os diferentes a que se alude com o "princípio de igualdade", ou seja, gizando as categorias gerais e abstractas presentes

na norma). Pode-se, pois, dizer que esse sistema constitui e refere uma realidade própria. Também recorrendo a um trecho da dita tese de mestrado, essa especificidade da realidade sistémica do Direito é lapidarmente explicitada pelos *Antigos*: "*Res iudicata facit de album nigrum; aequalat quadrata rotundis; (...) et falsum in verum… mutat*" (*a sentença faz do branco, negro; do quadrado, redondo, e do falso, verdade*).

Exemplifica-se:

- *António* pensa e planeia, cuidadosamente, a forma de matar Bernardo. Mas não passa à execução. Em termos psicológicos e naturalísticos, o facto existe. Para o Direito, não existe qualquer facto.

- António mata, por ciúmes, Berta. Em Tribunal não se consegue provar esse assassínio ocorrido. Para o Direito, António não praticou qualquer homicídio.

- António consegue provar em tribunal, com meios de prova falsos, factos não ocorridos: que Bernardo recebeu 100,00€ como empréstimo de António, e que não lhos restituiu.

Para o Direito, Bernardo praticou um acto ilícito civil, sendo condenado a restituir os 100,00€ (por aplicação do disposto no art. 1142.º) e a indemnizar António por danos (por aplicação do disposto no art. 798.º).

– António obriga-se para com Bernardo a dar-lhe 1% dos lucros caso este consiga vender mercadorias no valor de 100,00€. Este só não o consegue, por sabotagem de António (com isso visando furtar-se a dar o referido prémio).

Em termos *naturalísticos*, não se verificou o facto da venda no valor de 100,00€.

Para o Direito, Bernardo conseguiu atingir o referido valor de vendas (cf. o disposto no art. 275.º do CCiv.).

– António agride, em 2015, o Presidente da República Cavaco Silva.

Em termos *naturalísticos* há uma agressão de um homem a outro.

Para o Direito não se trata de uma agressão cometida por um homem a outro, mas sim de uma ofensa corporal ao Presidente da República, cuja pena máxima é de 15 anos (art. 327.º, n.º 1 do Código Penal – diferente da pena máxima para o crime

de ofensas corporais sobre *um homem* – 10 anos, conforme os artigos 143.º e 144.º do Código Penal).

– António nasceu às 14 horas do dia 1 de Janeiro de 1982. Discute-se em tribunal o momento em que António fez 18 anos.

Ele completou-os às 14 horas do dia 1 de Janeiro de 2000.

Para o Direito completou-os às 24 horas do dia 1 de Janeiro de 2000 (atentos os artigos 279.º, alínea c), e 296.º, ambos do CCiv).

– Em termos *naturalísticos*, dir-se-á que um conjunto de homens elabora, aprova e confirma um texto designado por *lei*.

O Direito faz desses homens titulares de órgãos de soberania, investe-os na qualidade de representantes políticos da comunidade munidos de legitimidade para criar normas jurídicas, estabelecendo o procedimento da sua feitura – iniciativa legislativa, discussão e aprovação na Assembleia da República (art. 171.º da CRP), promulgação pelo Presidente da República (art. 139.º da CRP) e referenda pelo Primeiro-Ministro (art. 143.º da CRP).

## §125 (*Cont.*: explicitações)*

Atendendo, nomeadamente, aos exemplos, explicite-se, quanto à mencionada realidade específica do Direito:

**1.º** Aí, encontramos, *em primeiro lugar*, a *liberdade* do Homem. Tida esta como *inequívoca* (e estando pressuposta nos regimes da responsabilidade civil, criminal, disciplinar, contra-ordenacional). Abstraindo de todas as dúvidas teológicas, ontológicas, antropológicas, éticas.

**2.º** Aí encontramos realidades como a pessoa singular, a pessoa colectiva, a situação jurídica activa, o direito real, o direito de crédito, a coisa, a prestação, o negócio jurídico. E não o *indivíduo António*, ou *aquela cadeira* ou o *contrato de compra por António*

*daquela cadeira de Bernardo*. Temos aqui, ainda, a *generalidade, a abstracção, o carácter categorial*… [51].

Assinala-se que em cada *categoria* cabem não apenas todas as realidades singulares (eventualmente) pensadas pelo legislador ao preparar a lei, mas, sim, todas as que existem, e todas as que venham a existir, em que se verifique os *traços* juridicamente relevantes dessa categoria. Recorda-se o que já atrás foi dito: *coisa* a que se refere o art. 1305.º abrange o *modem* de um computador, ainda que tal não existisse em 1966, data do Código Civil. Pois no *modem* estão presentes as características de *coisa*. Aí, a lei não tem por referente uma determinada *coisa*, ou um determinado conjunto de *coisas* – tem sim por referente a especificamente jurídica *coisa*. "Feroz", a que se refere o art. 1321.º, abrange raças caninas *ferozes* geneticamente manipuladas após 1966.

**3.º** Nesta realidade jurídica encontra-se, inclusive, uma diferenciada contagem do tempo.

**4.º** Aproveite-se os exemplos para explicitar que a específica conformação jurídica não se revela apenas no mundo dos efeitos jurídicos – também no mundo dos factos jurídicos. Pelo que, tal como a ciência médica não começa na terapêutica – mas, sim, no diagnóstico –, a ciência jurídica não começa no conhecimento dos efeitos jurídicos, mas, sim, no dos factos jurídicos – estes, como aqueles, têm a marca da especificidade jurídica. Por outras palavras: o carácter normativo, o carácter de dever ser manifesta-se quer no mundo dos factos, quer no mundo dos efeitos jurídicos, *rectius*, no mundo abrangido pelo sistema jurídico.

---

[51] Assinale-se, a propósito, que tais expressões denunciam, *ainda*, uma perspectiva *naturalística*. Pois só quem tem presente o *individual* – cada homem, cada objecto, cada facto… – tem o discurso jurídico como não apontando para a *realidade jurídica* enquanto *realidade a se*, mas, sim, para a *realidade jurídica* como a aglutinação de *realidades individuais*. Por outras palavras, falar em *generalidade* da norma jurídica já será uma *concessão* ao *não especificamente jurídico* – ainda que se trate de fórmula que elucidativamente aponta, precisamente, para a especificidade do jurídico. À sua sombra, temos por exemplo a categoria "aquele que…" no art. 483.º, a categoria "outrem", no mesmo artigo, temos a categoria "proprietário", manifestamente inexistente no *naturalístico*… (atentemos em *proprietário*: nessa categoria jurídica não encontramos *cada pessoa concreta*, com a sua específica fisionomia, *estatura*, *côr dos olhos*, *ascendentes familiares*, *convicções religiosas*… – apenas a qualidade específica que consiste em lhe estar *afecta*, em termos não *palpáveis*, nos termos do *direito de propriedade*, uma *coisa*).

Insiste-se: atento o fechamento do sistema e atenta a exclusividade da lei como fonte do Direito a que o juiz está sujeito, a realidade jurídica tem a especificidade da realidade legalmente constituída; o Direito molda as suas realidades. *Inclusive, molda-se* no seu ADN que é a nomogénese e a metodonomia ("ADN" pois são esses os regimes omnipresentes nas normas jurídicas). Exemplo do que se acaba de dizer (e a retomar no Livro 3.º) e especialmente relevante no tema *lacuna*, é a noção que o Direito molda de *analogia*. Analogia é, como mais adiante se explicitará, teleologia.

### §126 (*Cont.*: da relação entre, por um lado, o mundo jurídico e, por outro, o mundo do *quotidiano*, do *sensível*, do *naturalístico*)*

Registe-se que outras *realidades específicas* existem. Sirva de exemplo a realidade química cuja especificidade é a constituição da matéria.

De facto, na realidade química, não há *a mesa, a cadeira*… mas, sim, elementos e compostos químicos.

E, sublinhe-se: não é a realidade química *menos verdadeira* que a naturalística. De resto, o químico considerará tão ilusória a *cadeira*, quanto o leigo considerará irreal a constituição atómica da cadeira. E, eventualmente, o filósofo (homem da ontologia) duvidará de ambas as realidades.

Saliente-se ainda o *fechamento* de cada realidade à outra: não sendo possível *tradução* entre a realidade jurídica e a realidade naturalística ou outras – tal como não é traduzível *a cadeira* pelos correspondentes *elementos químicos* componentes.

Quer ao jurista, quer ao químico, resta (no âmbito em que cada um actua enquanto tal) uma realidade *específica* e *intangível* pela linguagem natural; restando ao primeiro a *linguagem jurídica*, ao segundo a *linguagem química*, e a ambos, a *alegórica* (falando, o químico, do átomo como pequenas *bolas* girando à volta de um conjunto concentrado de outras *bolas*; falando, o jurista, do direito de propriedade como um *elástico invisível* que liga o quadro pendurado na parede ao seu *dono*).

Finalmente: assinale-se que a referida específica realidade jurídica *pode* coincidir com a realidade naturalística, ou com realidade cientificamente conotada (por

exemplo, recebendo o legislador conceitos científicos químicos ao regular os níveis de poluição atmosférica).

Assim, a propósito da aplicação do Direito ao caso, o estabelecimento de ligações entre o mundo sensível e o mundo jurídico revela-se tarefa desnecessária e contraproducente (pela não preservação da especificidade do jurídico; contraproducente, designadamente, pela tentação de o juiz, no caso, juridicizar realidades não jurídicas (isto é realidades do mundo do quotidiano, do mundo sensitivamente apreensível) em realidades jurídicas. O que consiste em *juridicizar*, em desconformidade com o fechamento da juridicidade operado pelo disposto no art. 203.º.

### §127 (O sistema e a equivocidade da linguagem jurídica)*

Atento o que ficou dito, cabe, agora, explicitar que a linguagem jurídica é equívoca (mais uma característica do *sistema jurídico*).

É que sendo, a realidade jurídica, *específica*, e sendo ela transmitida por significantes associados a significados já sedimentados na linguagem natural, do dia-a-dia, fácil será acontecer que um leigo, ao ler um texto jurídico, esteja convicto de que, com correcção, o está a interpretar.

É certo que palavras há cujos significados coincidem nas *duas linguagens*. Mas tal pode não se verificar. E, ainda que se verifique, é após aturado exame às palavras.

O texto jurídico surge, assim, como um texto com palavras convidativas ao erro, textos com *false friends*. O mesmo ocorrendo quando, por exemplo, ao estudar inglês, se se depara, sem os necessários esclarecimentos, com *constipation*, *push*, *china*…

No Direito, sirva de exemplos da equivocidade acima apresentada: *direitos, liberdades e garantias*, *direito ao trabalho* no art. 58.º/1 da CRP, *Ministro da República* no art. 230.º da CRP; *eficácia retroactiva* no art. 12.º/1, *mútuo* no art. 1142.º, *dezoito anos* no art. 122.º, *tradição* no art. 947.º/2, *repetição* no art. 403.º/1, *alimentos* no art. 2009.º, *coacção física* no art. 246.º, *objecto negocial* no art. 280.º, *contrato bilateral* no art. 801.º/ 2, *frutos* no art. 2177.º, *direito de representação* no art.

2138.º…; ou expressões dificilmente inteligíveis fora do discurso jurídico, como *posse de estado* no art. 1831.º/1. De resto, ao longo da exposição da Hipótese, muitos são os exemplos de polissemias propiciadoras de equívocos, inclusive no seio dos próprios cultores da ciência do Direito. "Equívocos" que, por sua vez, propiciam *erros de regime.* Basta lembrar o que atrás se disse sobre a polissemia de "princípio".

Cabe recordar, a propósito da equivocidade na linguagem jurídica, a defesa da preservação do [já de si residual] carácter *esotérico* da linguagem legal, na Lição de *Mestres e Legisladores* como *Manuel de Andrade*, *Pires de Lima*, *Antunes Varela*, quando, a propósito da discussão sobre o estilo de linguagem do Código Civil – se acessível ao leigo, se acessível ao jurista – foi decido adoptar este último estilo [52]. Insiste-se: a especificidade (de resto, incipiente, pois muitos são os *false friends*) da linguagem jurídica não é capricho de jurista, mas, sim, reflexo da especificidade da realidade jurídica.

Ainda sobre o carácter iniciático: tem este a medida das realidades jurídicas. Nem menos (pois o Direito seria desvirtuado) nem mais (pois dificultaria a aprendizagem e o diálogo).

Do mesmo modo, as explicitações acerca dos regimes jurídicos, a construção de meta-conceitos (de função pedagógica), inclusive as dúvidas suscitadas no apuramento dos regimes têm a medida do Direito existente. É este que marca o discurso doutrinal: muda aquele, muda este. Sob pena de conceptualismo, ou seja, de ter o conceito auto-justificado, sem raiz nas fontes do Direito. Ao tema se voltará já nos §§ seguintes. Ilustra-se com matéria metodológica: a *tradicional* querela dos métodos subjectivismo/ objectivismo: tendo sido pertinente à luz do Direito português sob a vigência da Código de Seabra, será pertinente à luz do Direito português de hoje, com a separação dos poderes, com democracia, com o disposto no art. 203.º, manter, nos mesmos termos, o problema?

Tudo quanto se acaba de dizer, nestes parágrafos, evidencia o *carácter sistémico*, próprio do mundo do jurídico. Traços a que se voltará no Livro 3.º.

---

[52] *Vaz Serra*, "A revisão do Código Civil…", pp. 37-38.

**§128 (Do sistema e a Justiça)**

Ainda como corolário da sistematicidade do Direito: pôr em causa uma norma legal é pôr em causa todo o sistema nela consumpto. Nomeadamente, os *regimes ADN*. E ao pôr em causa, ao fragilizar estes, fragilizadas ficam as restantes normas que destes comungam gerando incerteza transversal. Assim não basta a *injustiça* de certa norma *per se* considerada. O juízo é, necessariamente, de balanço; refere-se à norma sistemicamente considerada.

Pôr em causa, *rectius*, desaplicar, refutar certa norma jurídica resolvente de certo conflito é refutar, implicitamente, o ADN nela presente, esses 2 regimes; tal como a criação de uma normal pelo tribunal, é, ainda, criação das correspondentes nomogénese e metodonomia. Isto é: criar, judicialmente, a mais comezinha das normas de conduta é criar todo o correspondente *edifício jurídico* que [supostamente] a suporta e complementa.

## **Secção 8.ª-** Corolários juscientíficos: das fontes historiograficamente primárias; da pré-compreensão e sua polissemia.

**§129 (Condições do discurso jus-científico)**

Os regimes apresentados, *de iure constituto*, são mera *explicitação do significado dos [comunitário-democráticos] textos legais*. Estes são o *objecto de estudo jus-científico, o objecto* que o jurista tem diante de si para chegar à normatividade pensada pela comunidade. Ora, precisamente, por serem *explicitação de um objecto exterior* a quem escreve, estes regimes não são *criação*, nem reflectem *preferências de iure constituendo* de quem os apresenta.

O que se acaba de dizer aponta, como condições do discurso jus-científico, para o centramento nas *fontes historiograficamente primárias* e para os *alertas* a que a consciencialização da *pré-compreensão* convida. Nos termos já de seguida apresentados.

### §130 (Das fontes historiograficamente primárias)

O discurso jus-científico é tão *explicitação dos textos legais* quanto o trabalho do jurista esteja *centrado* nas *fontes primárias* (expressão aqui usada na acepção historiográfica) do pensamento jus-normativo da comunidade (sendo *fontes secundárias*, os textos doutrinais que, por sua vez, versam sobre *fontes primárias*). *Rectius*, centrado nas fontes *comunitariamente qualificadas* como primárias. Que, no caso do Direito português actual, são os *textos legais*, incluindo, entre estes, relativamente ao tema, os *trabalhos parlamentares constitucionais*, de 1975 a 1997, e os *trabalhos de feitura do Código Civil*, de 1944 a 1966.

### §131 (*Da pré-compreensão* e sua polissemia)

A expressão *pré-compreensão* (aqui usada como sinónimo de pré-entendimento) significa que o *sujeito* parte para o *objecto a conhecer* não como *folha em branco em que o objecto desenhar-se-ia a si próprio*, mas, sim, como folha com muitos *riscos e desenhos* que se fundem com o objecto. Tantos *riscos e desenhos*, quantos conhecimentos, recordações, expectativas, vontades, crenças do jurista. A esta realidade, a estas dificuldades para a boa interpretação da lei, refere-se *Vaz Serra*, Professor e Ministro da Justiça, no seu discurso de 1940:

> *"É, pois, imprescindível que a solução adoptada seja objectivamente rigorosa, só assim podendo aspirar à adesão dos outros juízes e, portanto, à constituição de uma jurisprudência uniforme.*

> *Não basta que ao sentimento jurídico do julgador apareça como boa, desde logo ou depois duma investigação sumária, determinada solução.*
>
> *É certo que muitas vezes o jurista, em presença da hipótese, «sente» imediatamente a solução, tem a «intuição» de que deve ser resolvida de certa maneira, e, reflectindo devidamente sobre ela, conclue que o seu sentimento jurídico o não tinha enganado.*
>
> *«Esta descoberta intuitiva de direito resulta da intervenção inconsciente de todos os conhecimentos e experiências do jurista, não só em relação ao conteúdo da lei, mas também ao alcance e significação dos interesses da vida que na espécie se encontram»; por isso, será tanto mais fácil quanto mais afinado estiver, por aqueles conhecimentos e experiências, o espírito do julgador.*
>
> *Mas, por mais bem formado que esteja o espírito do juiz, a decisão do sentimento jurídico é sempre um fenómeno inconsciente que carece de ser confirmado pela reflexão, sem o que todos os erros são possíveis.*
>
> *De outro modo, seria o simples arbítrio dos juízes elevado a fonte das decisões e a anarquia da jurisprudência."*

Ora, no seio da pré-compreensão destrinça-se realidades várias que correspondem a outras tantas possíveis acepções da expressão. Se tal polissemia não é evidenciada, instalar-se-ão equívocos, conotando-se certa acepção da expressão com atributos de outra acepção; por outras palavras: por polissemia e por plausíveis pré-compreensões referentes à *pré-compreensão,* a reflexão sobre a pré-compreensão conduzirá [ironicamente] a más-compreensões. Que podem, em sede da comunicação entre legislador e juiz, conduzir à adulteração do Direito português actual.

Distinga-se, pois:

**1.º** Estruturas e categorias cognitivas e conhecimentos, pré-existentes, inevitáveis, incontornáveis, irrevisíveis, insindicáveis, que viabilizam o acto de comunicar. Por exem-

plo, os princípios da identidade e da não contradição, ou o reconhecimento das *letras* como parte do código linguístico e não como meros desenhos. Designe-se por *pré-compreensão textual (ou semântica, ou lógica)*.

**2.º** Conhecimentos pré-existentes revisíveis; o que o destinatário sabe (em especial, os significados das palavras usadas) mas que pode ser infirmado à luz do texto interpretando, em especial, se, a interpretação for norteada pela presunção de ser verdadeiro o pensamento do interlocutor (*i.e.*, por um *princípio da caridade*), actuando, o leitor, como aperfeiçoador (e não apoucador) do texto, só assim se aproveitando o que a todos interessa: o acerto jus-científico. Designe-se por *proto-compreensão textual (ou semântica ou lógica)*.

**3.º** Estruturas e categorias axiológicas / éticas/ morais pré-existentes, inevitáveis, incontornáveis, irrevisíveis, insindicáveis, que viabilizam o acto de valorar. Por exemplo, as categorias de bem /mal, correcto/ incorrecto, justo/ injusto (sem cuidar do concreto preenchimento dessas categorias). Designe-se por *pré-compreensão axiológica (ou deôntica)*.

**4.º** Valorações de factos, em termos revisíveis, feitas pelo destinatário, e que, perante valorações feitas por outrem, podem (seguindo a mesma directriz *princípio da caridade*, pela qual, aqui, se presume que o texto é justo) ser abandonadas ou, pelo menos, silenciadas. São, afinal, as preferências de cada sujeito acerca da solução justa de cada caso. Designe-se por *proto-compreensão axiológica (ou deôntica)*;

Usar apenas 1 expressão – *pré-compreensão* – para estas variadas realidades propicia a inconveniente conotação das *proto-compreensões* textual e axiológica com a inevitabilidade das *pré-compreensões* textual e axiológica. Tomando-se como [forçosamente] legitimado por irrevisível o que é, sim, revisível, o que é devido rever. Em especial, atribuindo os caracteres da *pré-compreensão* textual à *proto-compreensão* axiológica, acerca do justo/ injusto perante cada caso a resolver.

Por tais equívocos, a teorização da *pré-compreensão* passa, ironicamente, de *factor desfavorável* a mal-entendidos, a *factor favorável* a mal-entendidos, a solipsismos, ao arbítrio.

Em suma: o discurso jus-científico é tão explicitação dos textos legais quanto a incontornável pré-compreensão do texto (bem como a pré-compreensão axiológica) o permita. Mas,

destes, que são incontornáveis, não se cuide. Cuide-se, sim, do que está ao alcance do homem. Ou seja, disponibilize-se, o jurista, para

- sindicar a sua proto-compreensão textual, testando o significado do texto legal interpretando, aventado antes de percorrido todo o *normativamente regulado caminho jus-metodológico*;

- silenciar a sua proto-compreensão axiológica, testando as suas "certezas" acerca da justa ponderação e hierarquização de interesses, princípios, valores concitados por um caso.

Tudo sem prejuízo de poder acontecer que o resultado *final*, *definitivo* da interpretação do texto coincida com a proto-compreensão acerca do texto e com a proto-compreensão acerca da justiça na resolução do caso.

Em suma: o conhecimento científico do Direito pede não a impossível *suspensão*, pelo jurista, da sua inevitável *pré-compreensão* do texto, nem o silenciamento das categorias da pré-compreensão axiológica perante o caso, mas, sim, a possível e devida suspensão da proto-compreensão textual e o possível e devido silenciamento da proto-compreensão axiológica.

> Sendo certo que a impossibilidade de suspender/silenciar as pré-compreensões não é pretexto para não suspender/ silenciar o que pode sê-lo, ou seja, não é pretexto para que o jurista afirme que é Direito o que, reconhecidamente pelo próprio jurista, não cabe nos textos legais. Por outras palavras: não seja a impossibilidade do perfeito um motivo para a não minoração do imperfeito. Insiste-se: a cientificidade do conhecimento do Direito tem a medida do humanamente possível, compatível com as subjectividades expurgáveis. Será o menos imperfeito e mais sindicável dos conhecimentos humanos. Mas é humano.

"Suspensão" e "silenciamento" estes que dependem, em muito, da Academia e seu modelo de formação jurídica. Modelo este que pode proporcionar o *treino* nesta atitude jus-científica de *suspensões de proto-compreensões textuais* e de *silenciamentos de proto-compreensões axiológicas*. O que aqui se recorda no seguimento da importância atribuída, por *Vaz Serra*, a propósito da pré-compreensão, à *formação do jurista*.

## §132 (Ainda duas explicitações referentes à pré-compreensão)

**1.º** Feita a destrinça, do conjunto *pré-compreensão textual + pré-compreensão axiológica* se pode dizer: de inevitável (e imprescindível) que é, mostra-se inútil (além de contraproducente) enfatizá-lo. É o *prato da balança* que não é *parte da balança* mas que por ser imprescindível à *pesagem*, é anulado mediante a *calibragem* da balança *a zeros*, anulando o *peso do prato*. De incontornável que é foi anulado. E dele nem se fala. Consciencializá-lo pode, de resto, propiciar a adulteração da balança. Salienta-se: inclusive sem desonestidade – apenas, afinal, por *proto-compreensões* acerca do conceito *pré-compreensão*.

**2.º** Um outro patamar da *proto-compreensão textual* e da proto-compreensão axiológica existe, influente nos aqui referidos. Trata-se de um patamar a montante: o do formando jurista relativamente aos textos do seu Mestre. Se é certo que problemas de comunicação podem existir entre legislador e juiz, também tais problemas (ditados pelas proto-compreensões de um formando) podem existir perante textos jus-doutrinais. Se polissémicos e complexos (sem prejuízo do incontornável iniciatismo, ao falar-se das *coisas do Direito* – remete-se para o que foi dito acerca da especificidade da linguagem jurídica), mais as *proto-compreensões* podem dificultar a correcta apreensão da mensagem do Mestre; o que, por sua vez, pode, mais tarde, reflectir-se no juiz que resolve o caso.

Em suma: no caso do jurista há estes dois patamares de potenciais dificuldades para alcançar o que, com clareza lapidar, ficou dito por um Mestre como *Vaz Serra*.

## **Secção 9.ª-** Corolários juscientíficos: da plasticidade do jurista; da jus-cientificidade.

### §133 (Do trabalho do jurista)

Cabe ao jurista *procurar* os textos legais (tarefa já de si difícil, atenta a profusão destes) e os trabalhos preparatórios, atender aos *dados interpretativos*, percorrer as várias espirais hermenêuticas, explorar o potencial semântico e lógico de cada palavra dos textos. Cabe-lhe

*trabalho de filigrana*, em tudo dirigido ao conhecimento do *pensamento normativo demonstravelmente radicado na comunidade* (e à sua explicitação no caso); a *cada passo*, trabalho *iniciático* que se depara com *peculiares realidades juridicamente conformadas*, e com *linguagem legal equívoca* (em que significantes se revelam *false friends*). Sempre *alerta* quanto à diferença entre proto-compreensões e significado definitivo. Ora, se, a tudo quanto se acaba de dizer, se somar a devida *suspensão/ silenciamento*, no jurista, das suas *primeiras impressões* sobre o texto e das suas *preferências* axiológico-normativas, evidente fica que o trabalho do jurista em nada merece o apoucamento de ser tido como *normal leitura* de *normais textos* para *normais problemas*. Aliás – insiste-se – basta haver *suspensão /silenciamento* de preferências para que não se confunda o *juiz-boca-da-lei* com o leigo-leitor da lei, ou com um *juiz-autómato*.

### §134 (Do arbítrio e do apologético)

Se (pelo contrário) o jurista tomasse como definitivas as suas *proto-compreensões*, sem apoio nas *fontes primárias*, então, o seu discurso seria *não jus-científico*; o jurista estaria a fundir as perspectivas *de iure constituto* e *de iure constituendo*. Acrescentaria discursos seus aos discursos indiferenciados do leigo nas coisas do Direito. Aí, o jurista passaria a falar do justo (em que não teve específica formação ontológico-antropológico-ético-histórico-sociológica) e não do jurídico (em que terá tido específica formação). E assim aconteceria, ainda que tais *soluções* se apoiassem em autorizadas *fontes secundárias*; ou em *fontes primárias, se descontextualizadas ou se seleccionadas à luz de critério e preferências do próprio jurista* (e não da jus-cientificidade); e ainda que fossem apresentadas não como normas *contra-legem*, mas, sim, como [eufemísticos] *desenvolvimentos da lei*, designadamente mercê do acrescento judicial de alguma *nota jurídica* à previsão ou à estatuição ("desenvolvimentos" que, por não se confinarem ao sistema jurídico fechado acima caracterizado, consubstanciariam normas excluídas pelo sistema legal, isto é, [afinal] normas *contra-legem*).

Tais *soluções*, por um lado, não lograriam constituir-se em normatividade alternativa à legal (mercê da falta de legitimidade nomogenética do juiz); por outro lado, redundariam em desautorização da lei; ou seja, desconstruiriam os regimes nomogenéticos e metodológicos

sem lograr construir regimes alternativos. Assim, por estes dois factos, essas soluções consubstanciariam factor propiciador do arbítrio judicial. E *tudo* seria potenciado, se tais soluções ilustrassem o ensino na Academia, pois seria o arbítrio a moldar juízes (ou seja: os juízes teriam retido, da Academia, não as *tais soluções translegais, recebidas como normas*, mas, sim, a desautorização da lei e o consequente convite ao arbítrio).

*Tudo* sem prejuízo da pertinência da defesa dessas soluções, no estanque e assumido plano do *apologético, de iure constituendo*. Bem como, sem prejuízo da excelência destas.

### §135 (Do diálogo: o diálogo jus-científico e o perigo do solipsismo jus-doutrinal)

Precisamente, por estes *textos legais* serem o *objecto de estudo* comum aos juristas que cultivam o Direito português actual, permitem e concitam, eles, o diálogo jus-científico. Servindo de *pauta aferidora* da *improcedência* ou da *não-improcedência* do discurso jus-científico sobre certa norma, consoante esteja, esta, *menos próxima* ou *mais próxima* do pensamento normativo da comunidade revelado nos textos, isto é, *menos próxima* ou *mais próxima* do Direito. Faltasse *objecto de estudo* comum, e o diálogo, a revisibilidade do discurso, a detecção de improcedências, a ciência do Direito ficariam prejudicados. Aí, mercê da possibilidade de cada jurista ter o seu próprio *regime de fonte e método*, cada jurista seria, potencialmente, *obreiro de um sistema jurídico solipsístico* (desde tais normas até aos institutos jurídicos referentes a cada *comezinha* matéria da vida social). Naturalmente, sem prejuízo de contornar tais solipsismos, procedendo-se à sindicância desses discursos – mas *já* à luz de critérios não jus-científicos. Como seriam os critérios da mera erudição, da excelência político-legislativa. Insiste-se: aí, o *jurista* não estaria a observar a vontade da comunidade, propiciaria o domínio do arbítrio, e impediria, ou empobreceria, a ciência do Direito. Aí, pouco espaço haveria para *conversar acerca do Direito*: só se poderia *falar de Direito* na presença de um *caso concreto*, pois (como dito), só perante o *caso concreto* se conseguiria criar a *norma judicial*. Por outras palavras: o *caso* não seria ocasião para *conhecer a norma* (ainda que, como dito, *dificilmente cognoscível* antes do caso), mas, sim, ocasião para *criar a norma* (*inexistente* antes do caso). Inclusive, na presença do *caso*, o diálogo seria difícil: pois plausível seria que

cada jurista, perante o *caso*, invocasse a sua ponderação de interesses, princípios, valores: tão *sua* quanto intangível, tão sua quanto fechado ao diálogo.

A propósito, cabe, neste passo, corrigir o dito de que *cada juiz seria obreiro de um sistema*: pois, na medida em que o próprio juiz poderia mudar de opinião quanto às *normas judiciais* a aplicar a casos entre si semelhantes, ocorridos em momentos diferentes, cada juiz seria, mais do que obreiro de *1 sistema jurídico seu*, obreiro de *tantos sistemas seus*, ao longo do tempo, quantos os que decidisse criar perante casos semelhantes. A lembrar a prerrogativa do legislador de, atentas as realidades sociais de cada momento, *rectius*, a valoração que, delas, o legislador faz, criar, hoje, um sistema jurídico, para, amanhã, revogar este e criar outro. Em suma: *cada juiz poderia ter a cada momento um seu sistema*.

### §136 (Da *plasticidade* do jurista e da Academia: o discurso jus-científico *versus o* discurso jus-normativo)

Mude-se a lei (em especial, o art. 203.º da CRP, consagrando, por exemplo, a já referida solução alemã do art. 20.º/3, ou retomando a solução do art. 4.º da Constituição do Estado Novo – ou, revolucionando todo o sistema, acolhendo o modelo jurisprudencial anglo-saxónico), e caberá ao *juiz*, e, assim, ao *jurista*, desapaixonadamente (ou seja, *silenciando* preferências suas), por *serviço à comunidade e por serviço à ciência*, mudar, correspondentemente, o seu discurso. Naturalmente, sempre sem prejuízo de eventuais *discursos de iure constituendo – estanques* como acima dito – proferidos pelo *homem* que o *jurista* também é.

Esta *plasticidade da função do jurista* pode, *inclusive*, consistir na passagem do *jurista-cientista-do-Direito* que estuda, conhece e explicita o Direito, ao *jurista-criador-do-Direito* que, trabalhando sobre a vida social, destaca, conhece, valora, pondera, hierarquiza interesses/ princípios/ valores contrapostos, criando, enfim, normas. Passaria, assim, o *discurso do jurista*, de *discurso jus-científico* a *discurso jus-normativo* (já que não há – ou não é comunitariamente reconhecida como tal – uma *ciência do justo*. Que seria a do legislador. Este é tido como aquele que, com discricionariedade política, e não pelo conhecimento, opta, decide a norma). Para tal, bastaria que a comunidade *delegasse nomogénese* no jurista, *maxime*, no juiz (*v.g.*, admitindo as ditas *normas judiciais*).

Ilustra-se: passar-se-ia do *jurista-David* (na comunidade que é o Portugal de hoje) para o *jurista-Hércules* (o *Pretor*, a quem o sistema de fontes do Direito romano atribuía tarefas que, hoje, o sistema de fontes do Direito português mais atribui ao legislador que ao juiz). Sem lugar a apoucamento de qualquer dos dois modelos.

Podendo, inclusive, misturar-se os modelos, consoante, por exemplo, as matérias, ou os tribunais. Resultando modelos sem *pureza lógica* (que, de resto, é o sistema do Direito português actual, à vista do que adiante se explicitará quanto a *regimes excepcionais nomogenéticos translegais*). Decisiva, em suma, é a vontade da comunidade.

Cabendo, correspondentemente, falar na plasticidade da Academia: consoante as funções que são atribuídas ao juiz, assim o modelo de formação do jurista. Plasticidade cuja falta estiolaria a Academia, na medida em que os seus cânones se fechassem à comunidade e ao discurso jus-normativo [demonstravelmente] nesta radicado; ou seja, na medida em que a Academia criasse, no seu seio, os seus próprios objectos de estudo, e, inclusive, os constituísse, por sua vez, em objectos de labor seu, cultivando a glosa à glosa, o comentário ao comentário. No esquecimento dos textos legais como comuns a todos, como condição do *conversar sobre o Direito*, do cultivo e florescimento da ciência do Direito.

## §137 (Da jus-cientificidade e da contingência espácio-temporal)

A propósito da modificabilidade da lei, explicita-se: a cientificidade no conhecimento, pelo juiz, do Direito é compatível com a delimitação espácio-temporal do Direito-objecto desse conhecimento. De resto, *natural* é que o Direito seja, espácio-temporalmente, radicado numa comunidade. Ou seja: a improcedência/não improcedência do discurso jus-científico afere-se à luz das premissas (dos *dados* que, cientificamente, se lhe impõem) e das correspondentes conclusões. A modificação das premissas (pela modificação dos textos legais) não afecta o discurso científico do juiz, produzido à luz das anteriores premissas. Tal como um tratado de botânica sobre certa espécie vegetal não deixa de ser discurso científico após a extinção dessa espécie. Ainda que esse tratado de botânica perca ou veja diminuída a sua utilidade.

Em suma, a contingência espácio-temporal do *objecto de conhecimento*, bem como a da *utilidade social* do conhecimento desse objecto não contagiam o *discurso científico* que

sobre esse objecto versa. Mas, ainda que contagiasse, ainda que, em suma, fosse impossível a ciência do contingente, certo é que não caberia, ao juiz, criar – idealizando, hipostasiando, purificando a realidade jurídica contingente – um *objecto de estudo não contingente*, para, esquecendo os contingentes textos legais da comunidade de que faz parte e a que serve como juiz, ter o prazer intelectual de se considerar cultor de uma ciência [de objecto, afinal, nem contingente, nem perene – apenas, eventualmente, *quimérico*].

### §138 (Sobre o discurso acerca da ciência)

A propósito da teorização, pelos juristas, da pré-compreensão, e da reflexão acerca da ciência do Direito – e além dos alertas, acima recordados de *Vaz Serra* e de *Miguel Galvão Teles* – cabe lembrar as palavras de *Gustav Radbruch*, na sua *Introdução à Ciência do Direito* (pág. 249): "Así como los hombres que suelen atormentarse, observándose excesivamente a sí mismos, están enfermos la mayor parte de las veces, así también las Ciencias que tienen que ocuparse demasiado com la teoría sobre su proprio método, suelen ser ciencias enfermas. La Ciencia sana y el hombre sano no suelen saber mucho sobre sí mismos."

### §139 (Conclusão)

Terminadas estas considerações no seguimento da Hipótese referentes ao regime geral da nomogénese e seus corolários metodonómicos, passa-se aos regimes excepcionais da nomogénese (sem cuidar dos corolários metodonómicos que já em si implicam, ainda que se lhes faça breve referência, no final do Livro 3.º).

## **Título 3.º** Regimes-excepção da fonte do Direito (como sejam os actos jurígenas, *v.g.*, o negócio jurídico; e o acórdão cf. ao disposto no art. 282.º/4, da CRP) – brevíssimas referências.

### §140 (Regimes excepcionais de nomogénese)

O regime geral da nomogénese (com os correspondentes corolários metodonómicos, a retomar no Livro 3.º) está apresentado. Há, no entanto, outros regimes. Regimes *todos eles* constitucionalmente consagrados e com carácter *excepcional* relativamente ao regime exposto – atento o categórico "apenas sujeitos à lei". Não podendo a lei *infra*-constitucional estabelecer outros. Pois, recorda-se, alteraria os termos em que a Constituição conformou competências e funcionamento dos órgãos de soberania – artigos 110.º/2 e 111.º/1. Estes regimes excepcionais consagram actos que não são qualificáveis como lei, ou cuja qualificação como lei é duvidosa, mas que incorporam *critérios de decisão jurisdicional*, constitucionalmente consagrados perante casos concretos e, portanto, afastam o critério contido no art. 203.º - pois a eles os tribunais estão igualmente subordinados (atenta a *igual força* de umas e outras normas constitucionais – seja a do art. 203.º, sejam as que seguem).

Passa-se a apresentar, sucintamente, estes *conjuntos normativos* admitidos por tais *normas constitucionais excepcionais*, sublinhando que além das normas legais e das normas que decorrem de *regimes excepcionais constitucionalmente tipificados*, não há outras normas, não há outros critérios de decisão jurisdicional.

### §141 (O negócio jurídico como fonte do Direito constitucionalmente consagrada: *capacidade civil* como *capacidade negocial civil*, rectius, como *liberdade negocial*)

A Constituição, no seu art. 36.º/3 (de 1976), e no seu art. 26.º/1 (de 1982), consagra a *capacidade civil* como *direito, liberdade e garantia*. Trata-se de expressão cujo significado fica evidenciado à luz do Código de Seabra, em que muitos – ou todos – os deputados-juristas da Assembleia constituinte foram formados. Ora, o Código de Seabra abre com a Parte I cuja epígrafe é precisamente "Capacidade civil". No âmbito desta, o Código trata da personalidade jurídica (usando, de resto, uma acepção de capacidade jurídica sinónima de personalidade jurídica): susceptibilidade de encabeçar direitos e obrigações. Dir-se-á, hoje, *situações jurídicas*, ou relações jurídicas ou direitos e vinculações (expressões *grosso modo* coincidentes).

Ao regular a capacidade civil, o Código trata, adiante, da *capacidade /incapacidade de exercício* (presença ou ausência de *aptidão* para actuar pessoal e livremente – ou seja, por si e sem necessidade de autorização de outrem – conjuntos, maiores ou menores, de *direitos e obrigações*).

Olhe-se, mais de perto, estes *direitos e obrigações.* O Código diz, no art. 98.º, que o menor não pode *exercer direitos*, e que, por acto ou contrato seus, não pode constituir obrigações; diz, no art. 314.º, que o demente, por ser incapaz de governar a sua pessoa e bens, não pode exercer direitos; diz, no art. 337.º, que o surdo-mudo, que não seja capaz de reger os seus bens, é posto sob tutela; diz, no art. 340.º, que o pródigo, que seja incapaz de administrar os seus bens, pode ser interditado dessa administração; diz, no art. 1193.º, que a mulher casada não tem capacidade para adquirir ou alienar bens ou contrair obrigações.

Verifica-se com as expressões usadas (constituição de obrigações, governo de pessoas e bens, o reger os bens, a administração de bens, a aquisição ou alienação de bens) que a preocupação do legislador não era um qualquer exercício de direitos. O que preocupava o legislador era o acto pelo qual a pessoa governa, rege, administra o seu património (ou a sua pessoa – por exemplo, com o casamento), produzindo efeitos jurídicos, ou seja, grosso modo, constituindo, modificando ou extinguindo situações jurídicas. Por outras palavras, o legislador preocupa-se, sim, com o acto que é o contrato, o negócio jurídico. De fora da primacial preocupação (ou reservados para outra acepção de "capacidade civil", ou tratados em outra sede – como acontecia

com o acto constitutivo da obrigação de indemnizar, atento o disposto no art. 2379.º do Código de Seabra) ficam outros actos (que também são de exercício de direitos): o menor que exerce o direito de propriedade, de que é titular, sobre a moradia, quando saltita pelos seus corredores; o demente ao vestir as roupas de que é proprietário; o surdo-mudo ao lavar o carro de que é proprietário; o pródigo ao fazer truques com o baralho de cartas de que é proprietário; a mulher ao reger a vida do dia-a-dia em família).

Em suma: a preocupação é com a aptidão para celebrar o *negócio*:

(i) consubstancie, este, um direito de que se é titular: o proprietário do carro, por ter, no seio do direito subjectivo de que é titular, a *capacidade negocial* (ou faculdade) para vender, vende-o;

(ii), ou consubstancie, o negócio, a capacidade negocial *fora do conteúdo de um direito subjectivo*, ou mera *liberdade contratual*: a pessoa que, interessada em ter um carro, compra-o.

A preocupação do legislador é com a *capacidade negocial*. O que, de resto, se reflecte nas Lições sobre o Direito civil de então [53]. A *capacidade* era tratada, *grosso modo*, como *capacidade negocial* (aptidão para, por si, celebrar contratos, negócios). E como *capacidade negocial civil.* Que, então, como hoje, abrange, na falta de regime especial, a *aptidão* para a generalidade dos negócios praticados por uma pessoa jurídica. Ou seja, *capacidade civil* significa *liberdade contratual, rectius, liberdade de celebrar negócios.* E repete-se: esteja, ou não esteja, esta, no seio de um direito subjectivo.

Finalmente, cabe explicitar: essa *capacidade civil*, essa *liberdade negocial* não é uma aptidão alheada da lei, pré-legal; é, sim, uma aptidão que traz consumpto todo

---

[53] Lições de Mestres como Dias Ferreira, *Código Civil Português anotado* (quanto aos artigos 1.º, 98.º, 314.º, 337.º, 340.º); Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil* (quanto aos artigos 1.º, 98.º, 314.º, 337.º, 340.º, 1193.º); Manuel de Andrade, *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, vol I, 29 e ss., II, p 69 e ss; Cabral Moncada, Lições de Direito Civil, p. 249, 253, 304 e ss., Paulo Cunha, *Teoria Geral do Direito Civil* (apontamentos de estudantes, com publicação autorizada pelo Professor), p. 25 e ss., Galvão Teles, *Dos contratos em geral*, p. 239 e ss.; Dias Marques, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol I, 31 e ss. e 106 e ss., vol II, p. 33 e ss.; Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Português anotado* (quanto aos artigos 1.º, 98.º, 314.º, 337.º, 340.º e 1193.º).

Cabe, ainda, destacar Mota Pinto: continuando a Lição de Manuel de Andrade, o Professor, deputado constituinte, evidencia, na sua *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 161 e 296 e ss., já sob a vigência do Código Civil de 66, o relevo da capacidade jurídica como "capacidade negocial" (cf., em especial, a sua p. 161).

um regime legal – o regime geral dos negócios e, quando é o caso, o regime especial do respectivo negócio típico.

É certo que quanto se acaba de dizer corresponde ao Código de Seabra (presumivelmente marcante, em termos conceptuais e terminológicos, entre muitos dos que, juristas, faziam a nova Constituição). Mas não há diferenças relevantes trazidas pelos regimes do Código de 66. Certamente trouxe apuro terminológico (por exemplo, com a diferença entre personalidade jurídica e capacidade jurídica); diminuiu a incapacidade da mulher casada (tenha-se presente o disposto nos artigos 1678.º e 1686.º). Mas o foco continuou a ser o acto negocial e não o acto não negocial: tenha-se presente o somatório dos actos contemplados nos artigos 125.º e 127.º: tratam, sempre, de *negócios* dos menores. Ainda que uns, anuláveis, e outros, válidos. E o mesmo se diga para as categorias dos interditos e dos inabilitados: seja pelos mesmos artigos 125.º e 127.º (ora pela remissão ditada pelo art. 139.º, ora pela dupla remissão ditadas pelos artigos 156.º e 139.º), seja por a lei continuar a falar em *governar pessoas e bens*, *reger património* (cf. artigos 138.º/1 e 152.º, ou o disposto no art. 125.º ao tratar dos negócios).

Em suma, nada vem alterar o significado da expressão usada pelos constituintes ("capacidade civil"), vindo da Doutrina sob a vigência do Código de Seabra.

Voltando à Constituição de 76: o conceito acolhido, em 1976, no art. 36.º é, pois, o conceito *capacidade negocial civil*. Aqui, quanto à mulher casada: pondo fim às *incapacidades negociais* da mulher casada, estabelecidas, no Código Civil de 66, consagrando, com valor de norma constitucional, a sua *capacidade civil*, a sua *liberdade negocial*. Outro significado, de resto, não é compaginável com a enfatizada preocupação igualitária dos cônjuges, após a Revolução de 1974. De que, aliás, foi corolário grande parte da profunda reforma do Código Civil, operada pelo Decreto-Lei 496/77, de 25 de Novembro.

É esta *capacidade negocial civil* que é *recebida* pela Constituição, seja em 1976, no art. 36.º, seja, logo em 1982, com a 1.ª revisão constitucional, no art. 26.º/1, onde se encontra a mesma expressão: "capacidade civil". Assim, com a *capacidade civil*, a

Constituição estabeleceu o espaço da liberdade negocial (ou autonomia negocial), em que as pessoas regem os seus particulares interesses, comprando, casando, testando; com a capacidade civil, a Constituição recebe o instituto gizado pela lei ordinária (a cada momento, desde que, naturalmente, não contrarie normas constitucionais), com tudo o que caracteriza esse *instituto* de auto-regulamentação de interesses, ou seja, a liberdade de muitos dos interesses das pessoas serem, por elas mesmas, tratados. Ainda por outras palavras: ter *capacidade negocial civil*, é ter a capacidade para (respeitadas as normas imperativas – também designáveis injuntivas) *nomogénese*, para definir espaços de *poder fazer*, de *ter de fazer*, de *não poder fazer*, definir normas individuais e concretas, que são um inegável *apport* jus-normativo relativamente à lei. Normas que, por serem individuais e concretas, são aqui designadas, preferencialmente, por *preceitos negociais* (seguindo Lição de *Inocêncio Galvão Teles*); *liberdade nomogenética* essa que, pelo mesmo motivo, é, preferencialmente, referida por *liberdade jurígena*.

Assinala-se que o que se acaba de dizer não significa que cada norma de, por exemplo, Direito civil, sobre negócio, seja aqui constitucionalizada (o que impediria alterações, por lei ordinária, do regime do negócio). Significa, apenas que a liberdade negocial como regra e não como excepção está consagrada na Constituição. Ao serviço de múltiplos outros direitos (como sejam o direito à *vida*, à *integridade física*, ao *desenvolvimento da personalidade*). Sem prejuízo de haver excepções (de resto logo admitidas na própria lei ordinária, na sua sede primeira – o art. 405.º/1, do CCiv, logo no seu início). Seja em lei ordinária, seja na própria Constituição. *Certo é que*, na ausência de excepção, cai-se na regra, com a tutela que a Constituição confere à "capacidade civil".

Assim, o tribunal, perante conflito entre, por exemplo, as partes num contrato, busca, em *primeiro lugar*, o critério de solução nos preceitos negociais. E não na lei. Insiste-se: o negócio não é um acto desencadeador de efeitos legalmente pré-estabelecidos. O que está no contrato é uma *novidade normativa*. Assinala-se: ainda que os efeitos constem de normas legais, por exemplo, as reveladas nos artigos 874.º

e seguintes. *Acontece que*, aqui, a caracterização legal do contrato visa delimitar o campo de aplicação de normas injuntivas e dispositivas destinadas ao contrato de compra e venda (e não a outro. Pelo que necessária é a dita delimitação feita mediante essa caracterização). Explicita-se: não existisse o art. 874.º, e os mesmos efeitos poderiam ser criados por um contrato, atento o disposto no art. 26.º/1 da CRP, de que o disposto no art. 405.º do CCiv é norma densificadora.

Trata-se, pois, da liberdade de os contraentes (sem prejuízo de negócios unilaterais) celebrarem um contrato, e, assim, criarem preceitos para si. E explicita-se: sendo o Direito tido na acepção de conjunto de normas resolventes de conflitos de interesses, aplicáveis pelo tribunal enquanto órgão jurisdicional, então o negócio é, ao lado da lei, uma fonte do Direito (como já de seguida se retomará).

No seio da legal conformação da constitucionalmente acolhida *liberdade negocial*, encontra-se, ainda, a faculdade de os contraentes *delegarem em terceiros* a determinação dos preceitos negociais; e podem, ainda, *remeter a definição de situações jurídicas negociais para critérios* abertos, indeterminados, meramente principialistas, como seja a justiça, a boa fé, a equidade, o equilíbrio, ou os usos (*rectius*, as *normas* inferidas dos usos). E tais *delegações/ remissões* podem ocorrer, quer mediante estipulações negociais, quer mediante *normas legais dispositivas* (sejam *supletivas*, sejam *interpretativas* da declaração negocial): sirva de exemplo de *norma dispositiva com delegação* o disposto no art. 883.º do CCiv.

Em suma: é, designadamente, este *instituto*, com estes *traços*, que é recebido em *capacidade civil* no art. 26.º/1 da CRP. O que significa que a Constituição aceita que o juiz, *aqui sim*, possa proceder a ponderações principialistas, densificando preceitos negociais eles mesmos axiologicamente abertos, ou remissivos para fórmulas legais axiologicamente abertas, ou por aplicação de normas dispositivas (ainda radicadas no negócio, como se passa a explicitar).

### §142 (*Cont.*: explicitações: breve delimitação da *nomogénese negocial*)

Sobre a delimitação dos efeitos *ex voluntate*, ou seja, dos efeitos negociais, ou seja, dos preceitos negociais de fonte negocial, acima caracterizados, cabem as seguintes explicitações:

**1.º** A nomogénese negocial começa por traduzir-se em preceito que não implica qualquer ponderação principialista judicial. Por exemplo, *A.* tem de entregar a *B.* 10.000,00€ por compra de um rebanho de ovelhas de *B.*

Aqui, é certo que o juiz vai aplicar uma norma que não legal. Pois vai aplicar o preceito. Nesta medida há translegalidade. Mas não há translegalidade principialista judicial. Tudo o que o preceito (como o acima apresentado como mero exemplo) tem de ponderação de interesses das partes está consumpto no preceito.

**2.º** No entanto, por vezes, o preceito é *axiologicamente vago*, por conceitos próprios, por remissão para conceitos como a boa fé, ou por remissão para critérios de justiça (ou outros) do juiz. Em todos estes casos, o juiz pode proceder a *ponderações principialistas*.

**3.º** Por vezes, a norma legal dispositiva (por exemplo: o disposto nas artigos 772.º e seguintes, 773.º e seguintes, 883.º, do CCiv.), seja interpretativa, seja supletiva, é aplicada, vindo em auxílio dos contraentes, tratando matérias não tratadas no clausulado (seja, este, oral, seja escrito. "Clausulado" que está para os preceitos, como o articulado está para as normas legais).

É certo que o preceito decorrente da actuação da norma dispositiva não está plasmado no clausulado, mas, na medida que tal norma só se aplica se não houver vontade negocial contrária, trata-se de preceito ainda imputado aos contraentes. Recorda-se, a propósito, a especificidade da realidade jurídica. Aqui, patente. Sirva de ilustração o disposto no art. 244.º, em que patentemente (e de forma reconhecida pela própria lei) não há vontade negocial e em que a lei considera que há negócio. Com a correspondente juridicamente conformada vontade. Ou o disposto no art. 923.º/2, conjugado com o silêncio, em que a ausência de declaração de vontade negocial vale declaração de vontade negocial (haja ou não haja esta). Do mesmo modo, vem o legislador, com a norma dispositiva, dizer: haja ou não haja vontade

negocial, a ausência de declaração contrária à norma dispositiva vale declaração de vontade negocial.

Explicita-se que não se trata, aqui, de mero acto desencadeador de efeitos. Ilustra-se o que se acaba de dizer: celebrado um contrato de arrendamento urbano para habitação, as correspondentes normas legais injuntivas actuam, haja ou não haja vontade negocial a elas dirigida; pelo contrário, a norma dispositiva só se aplica se não houver vontade que a afaste. O que significa que esta é relevante (ainda que negativamente relevante).

**4.º** Quanto às normas imperativas (que, neste campo, são excepcionais atenta a regra da liberdade jurígena) concitadas pela celebração de um negócio, aplica-se o *regime geral*. Trata-se do espaço de heteronomia, e não da *autonomia* contemplada na *capacidade civil*. Relativamente a essas normas, o negócio é mero acto desencadeador de efeitos *ex lege*. *Aqui*, aplicar o *regime geral* significa que o tribunal está *sujeito às normas legais* (ou seja, normas já positivadas). Por exemplo, cabe ao tribunal declarar a nulidade da cláusula contratual geral absolutamente proibida, inserida em contrato singular, por aplicação conjugada do disposto nos artigos 12.º e 18.º/a) da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais (Decreto-Lei 446/85, de 25 de Outubro). Mas, por observância do mesmo regime geral, *já* está vedado ao tribunal sindicar o negócio à luz dos "valores fundamentais do Direito" (art. 16.º/a) da mesma lei [54]).

Insiste-se: é, pois, nos termos do regime geral (o positivismo legalista democrático, nos termos aventados ao longo do título anterior) que o tribunal sindica a validade de um negócio jurídico. Quanto, *grosso modo*, (i) às partes negociais (por exemplo, sua capacidade, sua legitimidade), (ii) à factualidade negocial (por exemplo, *boa* formação da vontade negocial, *boa* – incluindo a devida forma – exteriorização dessa vontade, e fusão de vontades, no caso de negócio bilateral), e (iii) aos preceitos negociais (*bom* conteúdo – o que pressupõe a devida interpretação da declaração negocial – e *bom* objecto negocial).

---

[54] Sem prejuízo do *aproveitamento* desta disposição legal em sede de integração de lacunas – conforme Livro 3.º, §§ 193 ess..

O tribunal, no exame da validade do negócio, aplica as normas que balizam o campo da liberdade jurígena (as normas injuntivas que conformam o negócio válido); mas não sindica os preceitos negociais em tudo o que implique ponderações axiológico-principiais. Excepto, repete-se, no campo em que a própria [juridicamente conformada] vontade negocial (directamente, ou por inclusão de conceitos indeterminados como *equidade*, ou por norma legal dispositiva) delega em *ponderações principiais judiciais.*

**5.º** O que fica dito privilegia, por conveniência discursiva, o negócio que é o contrato. Com as necessárias adaptações, alarga-se aos *negócios unilaterais* (designadamente atento o disposto no art. 457.º do CCiv.).

**6.º** Em suma: os tribunais estão sujeitos à lei. E, ainda, a título excepcional, a preceitos negociais. Incluindo preceitos negociais que consubstanciam valorações, ponderações principialistas judiciais, enfim, juridicizações judiciais.

### §143 (*Cont.*: explicitações: a tutela constitucional dos *direitos, liberdades e garantias*. A tutela reforçada da *liberdade contratual* perante outros *direitos, liberdades e garantias*)

Explicita-se que a consagração da liberdade negocial, no art. 26.º/1, da CPR, não prejudica sectoriais tutelas constitucionais da *liberdade negocial*, como seja a do disposto nos artigos 61.º, 62.º ou 26.º/1, via "desenvolvimento da personalidade". A "capacidade civil" do art. 26.º/1 consubstancia, sim, uma tutela abrangente da liberdade negocial (tão mais abrangente quanto menos restritiva for a concepção de *negócio* decorrente do correspondente regime legal), merecedora da tutela do regime geral dos *direitos, liberdades e garantias* (acima referido), e, ainda, da tutela reforçada de alguns *direitos, liberdades e garantias* – os presentes no art. 19.º/6 da CRP. "Tutela reforçada" inclusive perante *direitos, liberdades e garantias* excluídos dessa lista – como seja o *direito à não discriminação*, atento o disposto no art. 26.º/1, *in fine*, cujo alcance decorre da vinculação das entidades privadas, nos termos do art. 18.º/1, da

CRP. Recorda-se: da lista do art. 19.º/6 consta a *capacidade civil* mas não consta o *direito à não discriminação*.

### §144 (*Cont.*: explicitações: ainda a qualificação do negócio como fonte do Direito, acolhendo Lição de *Castanheira Neves*)

Há muito que *Castanheira Neves* [55] defende o carácter do negócio como fonte do Direito. Sublinhando que a negação de tal carácter é corolário de uma Doutrina estadualista, legalista, que só admite a norma jurídica como sendo heterónoma, geral e abstracta.

Segue-se a Lição do Professor. O negócio é fonte do Direito.

Ainda que a fundamentação seja diferente: o negócio é fonte do Direito (na acepção privilegiada e já acima explicitada), pois o Estado, na Constituição, o consagrou como fonte. Insiste-se: o Direito é o que a comunidade quer. Ora, a comunidade, através dos seus representantes quer que haja normas estaduais e normas não estaduais (como as do negócio); e quer que haja normas individuais e concretas (os preceitos negociais). Cabe, pois, em sede de conceptualização, reflectir esses regimes. Sem preocupações de pureza conceptual. *Rectius*: apenas com uma *pureza* norteadora: a da radicação da jus-normatividade na comunidade [de forma demonstrável, à luz das fontes historiograficamente primárias – que, no Portugal democrático de hoje, são os textos legais]. Se daí decorrerem *impurezas* conceptuais são, estas, não só possíveis, como cientificamente devidas. Exemplo: nas fontes, coexistindo fontes de normas gerais com fontes de normas individuais; no método, com o método-regra exegético e com métodos excepcionais de nomogénese judicial (como a acima referida perante preceitos negociais *delegantes* no tribunal).

[55] *Questão de facto…*, p. 328 e ss. (§14.º), em especial n. 4 (p. 331). Também em *Pólis*/Fontes do Direito, 1565 e ss.. Também em *Digesta…* vol 2.º, p. 80 e ss.

## §145 (Actos administrativos *jurígenas* – ou: com *apport* normativo)

No âmbito da actividade administrativa (seja por regulamento, seja por acto de eficácia individual e concreta, com ou sem carácter contratual), há espaços em que o acto, à semelhança do negócio jurídico, tem um *apport* normativo. Entre esses actos (não cuidando do regulamento e do contrato administrativo), há actos administrativos cujos efeitos são *normas individuais e concretas*, com o *apport* jus-normativo que *lembra* o negócio jurídico. Como que actos administrativos *jurígenas*: o espaço, delimitado pela lei, em que o acto, mais do que meramente *desencadeador de efeitos [previamente] legalmente estatuídos* (sendo a generalidade dos actos administrativos *meramente desencadeadores*), preenche, densifica *conceitos indeterminados normativos*, mediante ponderação principialista; bem como o espaço, também delimitado pela lei, de acto administrativo *discricionário*. Podendo designar essas normas por *preceitos administrativos* (por semelhança com os *preceitos negociais*). Estes espaços são admitidos, atento o disposto no art. 266.º da Constituição. São *corolário* da *proactividade*, da *criatividade*, da margem para *optar*, de soluções, no âmbito da actividade administrativa, em vista à satisfação de necessidades colectivas. Ora, também estes preceitos têm natureza jurídica, definem situações jurídicas, jurisdicionalmente tuteladas (cf. o disposto no art. 268.º/4, ao densificar o disposto no art. 202.º/2), ou seja, criam normas, critérios de decisão judicial. Explicita-se que, contrariamente ao que se passa com o campo da *autonomia, no seio da capacidade civil*, a Administração não pode *delegar* no tribunal a criação dessas normas (pois não se verifica a *delegabilidade* encontrada no seio da autonomia negocial constitucionalmente consagrada). Pelo que, os princípios elencados no art. 266.º dirigem-se, exclusivamente, à Administração. E não ao tribunal. O tribunal decidirá, sim, à luz desses *preceitos jurígenas administrativos* de *apport* normativo trazido por actos administrativos; sem prejuízo de sindicar a sua validade à luz das normas jurídicas (normas propriamente ditas, normas *já positivadas*) a que o acto administrativo está orgânico-formal-materialmente subordinado. Mas já não o sindica no que o preceito administrativo tem, em si, de ponderação de interesses, de princípios-vector (por exemplo, no âmbito de conceitos indeterminados normativos); ou seja, já não o sindica à luz de

ponderações principiais judiciais. A lembrar o preceito negocial: o tribunal controla a validade do negócio quanto, *grosso modo*, à equivalente tripartição *orgânico-formal-material*, isto é, quanto a partes negociais / factualidade negocial/ preceitos negociais; mas *já* o tribunal não pode sindicar a *ponderação de interesses consumpta no preceito negocial*.

Assinale-se que a actividade administrativa pode ser levada a cabo nestes termos, por entidades que desempenham, primacialmente, actividade não administrativa.

Termina-se estas telegráficas linhas, assinalando que cabem, aqui, as considerações sobre *terminologias preferenciais* feitas a propósito do *acto jurígena negocial/ preceito negocial.*

Acrescenta-se, suplementarmente: tal como o tribunal não está *apetrechado* para criar Direito (atento o regime explicitado a propósito da separação dos poderes), não está *apetrechado* para saber como bem prover às necessidades colectivas (ao contrário da *máquina administrativa* do Estado). Regime que se coaduna com a responsabilidade *política* de órgãos com competência administrativa – como seja o Governo. Pois, não só pelo seu desempenho político e legislativo é julgado ao fim de 4 anos (julgamento que é feito quanto à maioria parlamentar que suporta o Governo): também pelo seu desempenho administrativo (respondendo pela *globalidade* da sua actividade, também perante a Assembleia). Assinale-se que, a propósito da *carga principial* do art. 266.º, nem sempre deputados da Assembleia da República tiveram presente a distinção entre princípios-vector dirigidos à Administração (e discutidos a propósito do art. 266.º) e a exclusiva sujeição dos tribunais à lei (discutida a propósito dos artigos 203.º e 3.º/2) – como se atesta pelos trabalhos preparatórios do art. 266.º.

Finalmente: tal como acontece com o negócio, também estes actos são fonte do Direito.

### §146 (Acto *próximo* de lei – ou: acto *paralegal*)

*Próximos de "lei"*, atenta a noção ampla desta, mas autonomizados pela Constituição, há regimes excepcionais como o estabelecido no art. 282.º/4 e como o estabelecido na conjugação dos artigos 134.º/d), 138.º e 19.º, todos da Constituição. Também designáveis por *paralegais*.

Na primeira hipótese, tem-se um acto nomogenético praticado por tribunal, com *apport* normativo, com eficácia semelhante à de uma *lei criadora de normas gerais e abstractas*. No segundo caso, tem-se um acto nomogenético, do Presidente da República, também com eficácia semelhante à de uma lei.

Explicita-se que o tribunal está vinculado à normatividade trazida por esses actos, ou seja, servem, as normas por eles criadas, de critério de resolução jurisdicional; explicita-se, ainda, que o tribunal os pode sindicar à luz das normas constitucionais; mas já não os pode sindicar quanto à *boa* ou *má* ponderação principialista consumpta em qualquer desses dois actos – atento o regime geral da actividade dos tribunais que, aqui, não é posto em causa pela Constituição. Ou seja na falta de norma excepcional, o tribunal é regulado pelo regime geral positivista legalista democrático.

Exemplifica-se: a *proporcionalidade* referida no art. 19.º/4 dirige-se aos órgãos que intervêm na declaração do estado de sítio ou de emergência. Não se dirige ao tribunal. De resto, atento o que ficou dito ao longo dos capítulos do título anterior, a intervenção do tribunal seria, nesta matéria, marcadamente *sem cabimento*. Pois os três órgãos de soberania (Presidente da República, Assembleia da República e Governo – com o correspondente reforço de legitimidade democrática, ainda que o Governo a tenha indirectamente) intervêm em qualquer dessas declarações.

Tal como o tribunal não pode sindicar a ponderação principialista consumpta na *norma legal* (art. 204.º), também não o pode fazer quanto a tais ponderações na *declaração do estado de emergência ou do estado de sítio*, ou quanto a tais ponderações referentes à *declaração de inconstitucionalidade* acima referida.

Naturalmente, pode sindicar, à luz das normas constitucionais, a norma [propriamente dita, ou seja, já positivada] resultante dessa ponderação principialista consumpta em cada acto *para-legal*.

Cabe explicitar quanto ao acórdão contemplado no art. 282.º/4: não se trata de um *normal* acórdão de declaração de inconstitucionalidade: este é mero acto jurídico que desencadeia os efeitos jurídicos já fixados na lei, neste caso, na Constituição. O acórdão ali contemplado tem um *apport* normativo resultante da ponderação principialista feita pelo tribunal. Insiste-se: trata-se de criação jus-normativa. E, por ser criativa, tem os princípios-vector como limites (à semelhança dos limites da actividade criativa legislativa).

Finalmente: tal como acontece com os actos jurígenas (sejam negócios, sejam actos administrativos), também os actos para-legais são fonte do Direito.

# **Título 4.º** Para o conceito *lacuna*.

### §147 (Resenha dos elementos ao longo do Livro 2.º para o conceito *lacuna*)

Retomando o tema central do texto (a conceptualização de *lacuna da lei*), os elementos colhidos, ao longo deste Livro 2.º, para essa conceptualização são os seguintes:

(i) o Direito português, positivista legalista, admite lacunas no seu seio;

(ii) a lacuna está (sob pena de inconstitucionalidade) a montante do espaço do não-Direito (*i.e.*, está no espaço do Direito legal). Por outras palavras, a lacuna é [ainda] uma norma legal, enquanto norma que consubstancia ponderações principialistas feitas pelo legislador (e não pelo tribunal). O que justifica que a palavra "lei" acolha, *com naturalidade*, no seu seio, as lacunas – precisamente por não concitarem criação jus-normativa através de ponderação principialista.

Quanto à restante caracterização da lacuna, remete-se para o final do Livro 3.º, depois de recolhidos mais *dados* referentes à realidade *lacuna*.

**Livro 3.º-** (*Cont*. do Livro 2.º) Da delimitação do Direito português, em função do regime do método jurídico (*rectius*, das explicitações e densificações do regime do método jurídico apresentado no Livro 2.º).

**Título 1.º** Considerações preliminares: *maxime*, sobre os ponto-de-partida e ponto-de-chegada do *caminho* que é o método jurídico.

**§148 (Retoma do *método* como *caminho*)**

Já muito foi dito a propósito de *método jurídico*. Agora, com os elementos colhidos no Livro 2.º, ou seja, (i) já identificados o ponto-de-partida (o texto legal) e o ponto-de-chegada (a norma presente no texto legal), e, assim, (ii) já caracterizado o *método jurídico*, *a traço grosso* (com 4 notas: a subjectivista-historicista, pois procura-se a norma legitimamente pensada pelo legislador; a nota exegética, pois a norma tem de *estar presente* no texto legal; a nota da consagração da unicidade de sentido dos textos legais; e a nota da ausência de *apport* normativo no momento aplicativo), passa-se, pois, (iii) a caracterizar *a traço fino* esse mesmo *método*.

Como se verificará, pouco será acrescentado à metodonomia constitucionalmente consagrada. Trata-se, em grande medida, de meras explicitações. Pois muito estreita é, nesta matéria, a margem deixada ao legislador ordinário. Realça-se, desde já, nas opções metodológicas fixadas pelo legislador ordinário, matérias que são privilegiadas ao longo do Livro 3.º:

**1.º** O elenco (não taxativo atento o uso da palavra "sobretudo" no art. 9.º/1) dos elementos interpretativos auxiliares na interpretação do texto legal, e que permitem, nesses termos, a *liberdade* de o intérprete eleger, como *sentido definitivo*, não o sen-

tido primário das palavras, mas, sim, um sentido que pode ser recôndito, eventualmente o mais recôndito de todos os recenseados como sentidos da palavra interpretanda. E que *até* pode estar *expresso*, no texto legal, com imperfeição (nos termos do art. 9.º/2, *in fine*). Por outras palavras: não fosse essa a lista de *elementos interpretativos auxiliares* e outro seria o *sentido definitivo* (ainda que sempre fosse *sentido* dentro dos sentidos literais possíveis de cada palavra usada pelo legislador no texto por si feito para comunicar o seu pensamento jus-normativo). Assinale-se que o legislador poderia ter optado por uma *exegese literalista-primária de cada palavra descontextualizada*. Mas, não foi essa a opção do legislador. A exegese consagrada não é literalista; trata-se, sim, de um método *exegeticamente balizado*. E é sistemicamente contextualizada (como logo verificado à luz da função sindicante consagrada no art. 204.º da CRP). Tendo, aliás, *potencialidades* surpreendentes.

**2.º** Nessa margem estreita da *conformação metodonómica*, pelo legislador ordinário, tem-se, ainda, uma bifurcação da exegese: por um lado, a *exegese tout court*, ou em *sentido restrito*, em que a norma coincide com um dos sentidos das palavras da lei [publicada] – ainda que recôndito, e ainda que expresso com imperfeições; e, por outro lado, a *especial exegese* que desvela a norma lacunar: a analogia identificada com *teleologia*, em que a norma – observadas várias condições – assenta no texto legal, mas estando, este, *complementado* pelos respectivos trabalhos preparatórios. Abrangendo, assim, o caso omisso. Aqui também designada por exegese numa acepção ampla, pois a norma está, ainda assim, presente em textos [fidedignamente] reveladores do pensamento do legislador. Textos esses que são o texto legal e os trabalhos preparatórios (reveladores da teleologia da norma). Neste âmbito – o das lacunas – o impedimento de o tribunal proceder a ponderações principialistas mantém-se (sendo inconstitucional o disposto no art. 10.º/3 – como se evidenciará).

**3.º** Nesta brevíssima antecipação das tais *normas complementadoras* da metodonomia constitucionalmente consagrada, realça-se, finalmente, a opção legislativa pela inadmissibilidade da aplicação analógica das normas excepcionais. Solução esta que é, por sua vez, afastada, no âmbito da aplicação dos conceitos indeterminados como boa fé (*maxime*, nos artigos 227.º, 334.º, e 762.º/2, do Código Civil). Como se evi-

denciará, esta *condução* dos conceitos indeterminados normativos ao *instituto lacunas* é a medida do *aproveitamento* desses conceitos à luz da Constituição de 1976 (que veda o seu preenchimento principialista, designadamente ético-jurídico. Preenchimento que era admissível, sim, à luz do art. 4.º da Constituição de 33, vigente à data da feitura do Código Civil de 66).

### §149 (Insistindo no carácter *jus-constitutivo* da metodonomia. Da vinculatividade das normas legais sobre interpretação).

Seja o texto legal encarado como *mote poético* e o resultado será um; seja ele encarado como *texto de mensagem vinculativa*, e o resultado será outro. O que ilustra a pertinência de o legislador chamar a si a regulação jurídica da actividade interpretativa, pois a ausência de regulação da inevitável tarefa metodológica, *delega* (inevitavelmente) em cada um dos intérpretes, a definição da *receita metodológica*. E, assim, na correspondente medida, a própria conformação da jus-normatividade.

Naturalmente que há *espaço* incontornavelmente não-regulado – como seja o método de *interpretação* das *disposições legais que regulam o método de interpretação*. E de pouco vale ao legislador regular um específico método de interpretação das disposições legais sobre interpretação. Pois, aí, ficaria a faltar uma metodonomia para o conhecimento dessas específicas metodonomias instrumentais ao conhecimento das normas a validar num artigo como o art. 9.º. Sempre faltando, enfim, a montante, *alguma metodonomia*.

A este específico tema (bem como ao *lugar* onde procurar as *normas sobre método*) foram dedicados §§ no início do Livro 2.º. O que aí se disse sobre o método *anterior*, conducente à devida interpretação da Constituição vale quanto ao método *anterior* à interpretação das disposições legais que estabelecem o método geral da interpretação da lei (*grosso modo*, os artigos 8.º, 9.º, 10.º e 11.º do Código Civil, e os artigos 3.º e 4.º do Estatuto dos Magistrados Judiciais). Com uma particularidade: o *método de interpretação* destas disposições legais ordinárias já incorpora o regime metodonómico *surpreendido* no texto constitucional. Como não poderia deixar de ser, atenta a sujeição à lei, – aqui, à *lei constitucional ao regular quase exaustiva-*

*mente o método* –, no respeitante à interpretação de – *qualquer lei* –, aqui o Código Civil.

Cabe, ainda, deixar uma explicitação: o que se disse, em abono da procura da *vontade comunitária*, em tempo pós-Revolução de Abril de 74, é válido na interpretação de disposições de um Código dos anos 60, Código do Estado Novo, o vigente Código Varela (de 25 de Novembro, de 1966, sucessor do Código de Seabra, de 1867). Ainda que nascido no Estado Novo, é, como, de resto, o ordenamento jurídico em vigor à data de 25 de Abril de 1976, mantido, aquando da Revolução de 25 de Abril de 1974, atento o disposto no art. 290.º, da Constituição de 1976, na medida em que não seja contrário à Constituição ou aos princípios (*rectius*, princípios-norma) nela consignados.

Cabe, ainda, em jeito de brevíssima apresentação deste código (cuja história da sua feitura ainda se aguarda - quer por proveito da *História pela História*, quer da *História para a ciência jurídica*, ou seja, para o conhecimento do Direito português vigente): o Código de 66 é fruto do labor dos grandes Mestres de meados do século XX, prolongando-se, os trabalhos, de 1944 a 1966, e destacando-se, na sua feitura, *Vaz Serra*, *Manuel de Andrade* (que, ainda que tenha intervindo na conformação de poucos artigos, são, alguns destes, de primacial e transversal relevância – como sejam precisamente os artigos dedicados às fontes e ao método, ou seja, aos regimes-*ADN* do ordenamento jurídico), *Galvão Telles*, *Paulo Merêa*, *Pires de Lima* e *Antunes Varela*. A este último coube não só a coordenação e estímulo constante de quantos colaboravam na tarefa, como também (com a privilegiada colaboração de *Paulo Merêa* e de *Pires de Lima*) as revisões (formais e substanciais, das propostas que quase *in continuum* iam chegando ao Ministério da Justiça, sem prejuízo de ser habitual falar-se apenas nas quatro que culminaram nos textos conhecidos por 1.ª revisão, 2.ª revisão, projecto e texto do diploma publicado) de que resultou o Código Civil. Assim, por se ter reunido em *Antunes Varela* a qualidade do cientista e professor de Direito que levou a cabo as referidas tarefas, e a qualidade político-formal de Ministro da Justiça, primeiro responsável pela consecução da tarefa de feitura do Código Civil (tendo, aliás, sido encarregue, pelo Presidente do Conselho de Ministros, *Antó-*

*nio de Oliveira Salazar*, de apresentar o diploma, para ratificação, à Assembleia Nacional), justifica-se o destaque dado a *Antunes Varela*. Acrescenta-se: em comum a todos os contributos dos que intervieram na sua feitura, está uma concepção *não individualista* do homem e da sociedade, por oposição ao Código anterior. Concepção essa com que os preconizadores de um Estado Social, pós-Revolução de 1974, terão encontrado afinidades suficientes para a subsistência do código (não obstante alterações como a já referida de 1977).

Retomando: ainda que anterior à Constituição de 1976, o Código de 66 é objecto de interpretação à luz desta, precisamente por se manter, na medida em que com a Constituição se coadune.

Neste momento, cabe, ainda, alertar para o carácter jurídico-vinculante destas *normas sobre interpretação*. São normas legais. E não *motes poéticos* ou *motes científicos*. E, por serem legais, tão vinculativas quanto qualquer outra. Pois o disposto no art. 203.º não distingue entre graus de vinculatividade das normas legais; nem distingue consoante as funções que, no sistema, cada norma desempenha; nem distingue em função de ramos ou institutos. Inclusive, normas particularmente sedimentadas estão sujeitas ao regime da nomogénese apresentado. De resto, em sociedades pluralistas como a portuguesa (tão claramente reconhecido pelos parlamentares, logo aquando da discussão do legalismo *vs*. translegalismo), a mudança quase tudo atinge. Logo em 1944, a lista (constante do Preâmbulo do diploma que deu início aos trabalhos do novo Código) das matérias de Direito Civil que o legislador diagnosticava como carecidas de alteração, atento o ideário organicista, e não individualista, da Constituição de 1933, revela o que se acaba de dizer: *nada está a salvo*.

Termine-se: a falta de *consciencialização* do *caminho metodológico* necessário ao apuramento das normas jurídicas traduz-se na plausível violação da correspondente metodonomia legal (pois só *por coincidência* o caminho do intérprete coincidiria com o caminho legalmente gizado). E, assim, com tal violação metodonómica violar-se-ia o Direito. Pois este consubstancia, traz, consumpta, aquela. Podendo traduzir-se, a violação, em o intérprete considerar como *Direito*, por exemplo, o que não é

mais que um *sentido primeiro, preliminar* do trecho legal interpretando. Longe da norma a que se chega, findo todo o [árduo] trabalho interpretativo.

### §150 (Meros corolários linguísticos)

Como corolário linguístico de que (i) o Direito não é um dado, (ii) de que o dado é apenas o texto legal, tem-se, por exemplo, o dito "o disposto no art. *x*", em vez de "o art. *x*". Precisamente, por *o disposto* em *x* ser o *Direito vertido nas palavras interpretandas* (sempre com a devida contextualização sistémica, na medida correspondente à matéria em causa, e ao que, nela, está constituído em *problema jurídico*).

Tal como será de estranhar a equívoca afirmação "interpretação da norma *x*". Pois norma é, precisamente, o resultado da interpretação. Salvo se com "norma" se estiver a referir o *artigo x, o texto x* (com prejuízo pelo equívoco de referir o significante através do significado). Em suma, para o significado guarda-se *norma*, guarda-se, afinal, *Direito*; para o significante guarda-se *texto*, fórmula, *artigo*, *trecho*, *enunciado*…

## **Título 2.º** Regime-regra do método jurídico: a concatenação dos seguintes dois métodos: a *exegese subjectivista-historicista* (na interpretação da lei) e a *extensão teleológica subjectivista-historicista* (na detecção/integração de lacunas, e no preenchimento de conceitos indeterminados normativos).

### **Subtítulo 1.º-** Considerações preliminares: *maxime*, da sede legal

### §151 (Da sistematização)

Já antevistas as particularidades metodonómicas introduzidas pelo legislador ordinário, passa-se ao correspondente estudo.

A matéria consta deste Título 2.º, com 5 subtítulos, dos quais se destaca o 2.º, dedicado ao método de interpretação da lei (a já aludida exegese *tout court*), e o 3.º, dedicado ao método de detecção/ integração (também designável por apenas *integração*) das lacunas (a *aplicação analógica*, juridicamente identificada com a *extensão teleológica subjectivista-historicista* de uma norma). Este último método é o método para detectar/ integrar a lacuna, e também para *preencher conceitos indeterminados normativos*; e que, como se evidenciará, tem, igualmente, *carácter exegético* – com a particularidade de o objecto ser o texto legal conjugado com trabalhos preparatórios. Sendo certo que estes estão presentes na interpretação, a sua presença, aqui, traduz-se em apontar, como sentido definitivo, um sentido fora da moldura semântica das palavras do texto publicado.

Segue-se um brevíssimo Título 3.º, em que se aludirá a metodonomias especiais.

### §152 (Das condicionantes, *maxime*, do irrealismo na exposição do *regime jurídico do método*)

As páginas que seguem apresentam as normas que regulam o método de conhecimento do Direito. A matéria regulada – a actividade de interpretar a lei – inclui múltiplos factos e múltiplas operações interdependentes, reciprocamente influentes, mais sincrónicas que diacrónicas. A sua arrumação em normas e correspondente exposição será feita mediante *desfibramentos* e *segmentações* tão irrealistas quanto propiciadoras de clareza. A lembrar as instruções para condução de uma bicicleta pela primeira vez – é certo que é necessário sentar, olhar em frente, pôr as mãos no guiador e os pés nos pedais, mas, sob pena de cair, só resulta se tudo for feito em simultâneo. Voltando à interpretação da lei, ilustra-se o que se diz: quando se começa a interpretar, já necessário é muito saber (a pré-compreensão) sobre o que se inter-

preta (sob pena, designadamente, de um texto não ser mais do que *desenhos*); e, à medida que se interpreta, mais se conhece a matéria tratada. O que, por sua vez, concita outros trechos legais que, por sua vez, influem no primeiro (num exemplo de *espiral hermenêutica*); e, ao interpretar à luz de relatos do legislador, que existam, sobre o que o preocupou e levou a legislar, novos sentidos desta ou daquela palavra interpretanda podem surgir; e, se trabalhos preparatórios iluminam a lei, outros textos e factos podem, também, iluminar esses trabalhos; além de a norma resultante da interpretação de um texto legal poder revelar-se preterida por uma norma lacunar. Em suma, assim se ilustra várias *espirais hermenêuticas* a serem tidas em atenção, e já afloradas no Livro 2.º).

Continuando a evidenciar o irrealismo na exposição "linear" do método, assinala-se que o vulgar (e conforme à *economia no método jurídico*) é começar o trabalho interpretativo visando o *significado (ou: sentido) primeiro* das palavras de uma lei interpretanda (o que corresponde, como se verificará, ao disposto no art. 9.º/3). Vindo a testar este, tendo em consideração os demais sentidos possíveis (com o balizamento exegético). Ora, a exposição do método, ao longo das páginas seguintes, começa (em mais uma manifestação de irrealismo) pela etapa *recenseamento dos sentidos possíveis do texto interpretando* (na dúvida acerca de qual o decisivo).

Finalmente: se a interpretação é feita na *presença de um caso a resolver* (nomeadamente, de um conflito de interesses), será o *caso* a concitar as normas que o tratam; e estas, por sua vez, seleccionam o material jurídico presente no *caso*; e, na medida em que esse material vai sendo seleccionado, novas concitações normativas ocorrem. Em mais uma *espiral*.

Está, pois, exemplificado o (necessário) irrealismo da "linearidade" na exposição que segue.

### §153 ( Sede legal-âmbito de aplicação)

O regime geral (estando sempre presente – repete-se – que se trata, aqui, das normas complementadoras da metodonomia constitucional) do método de interpreta-

ção e de integração consta, além do *angular art. 203.º*, do Código Civil (artigos 8.º, 9.º, 10.º e 11.º) e do Estatuto dos Magistrados Judiciais (artigos 3.º e 4.º). Trata-se de disposições que, sobre a matéria em estudo, estão em vigor, e elucidam-se reciprocamente. Naturalmente nos campos de aplicação respectivos. Quanto ao âmbito de aplicação das disposições do Código: são de aplicação à interpretação e à integração de qualquer lei que não estabeleça regime diferente. Seja, esta, de patamar hierárquico normativo igual ou inferior ao de decreto-lei (pois o Código Civil é parte do Decreto-Lei n.º 47.344, de 25 de Novembro de 1966). No caso de a lei interpretanda situar-se em patamar hierárquico superior (podendo, um regime especial, constar da própria lei ou de lei que estabeleça regime especial para grupo de leis onde se inclua essa lei interpretanda), necessário é que a interpretação, *até concluir* por haver ou não haver regime interpretativo diferente, siga método gizado em termos semelhantes aos apresentados a propósito da interpretação da Constituição (sob pena de petição de princípio). De que o regime metodonómico presente no Código Civil é, *grosso modo*, mera explicitação (pelo que pode *auxiliar* na condução do intérprete nessa fase a montante).

E quanto a leis hierarquicamente inferiores ao decreto-lei: se, por interpretação à luz do regime geral, se verifica que, por exemplo, um regulamento administrativo inclui disposições sobre a sua própria interpretação (desde que *validamente*, atenta a sua vinculação à lei regulamentada), então esse regime afasta o regime geral.

Devido é que qualquer dos regimes seja conforme à Constituição.

Evidencie-se que o campo de aplicação é *geral*, transcendendo o das leis de Direito civil:

**1.º** Os artigos 9.º e 10.º falam em *lei*, e não em *lei civil*. Poderiam tê-lo feito. À semelhança da delimitação operada pela epígrafe da Parte I ("Da capacidade civil") e pela epígrafe do Título I do Livro Único dessa Parte ("Da capacidade civil, e da lei que a regula em geral") – ambas do Código de Seabra, onde, *aparentemente*, tudo se circunscreve à *capacidade civil*. Quanto ao art. 11.º do Código Civil vigente: ainda que não use a palavra *lei* (usada nos artigos 9.º e 10.º), estabelece uma excepção à regra do art. 10.º, pelo que o seu campo de aplicação é o mesmo.

**2.º** Esse mesmo significado amplo da palavra *lei* é explicitado nos trabalhos preparatórios (*Vaz Serra*, *Manuel de Andrade*, *Antunes Varela*, *Paulo Merêa* [56]).

**3.º** É certo que esses artigos não constam de uma lei autonomizada relativamente ao Código Civil, como era intenção inicial, mas a simplificada incorporação no Código (facilitando o estudo aos práticos), no Capítulo II, do Título II da Parte Geral, terá obedecido a conveniências de mera técnica legislativa. Certo é que nenhuma indicação foi deixada pelo legislador contra o significado primeiro da palavra *lei* como sendo *qualquer lei*.

Relativamente às disposições do Estatuto dos Magistrados Judiciais: o seu campo de aplicação é a magistratura dos tribunais comuns, tribunais de competência genérica. Sendo, estes, os tribunais que aplicam o Direito que não seja especialmente entregue a outros tribunais, trata-se de âmbito referente ao Direito comum. Acresce que para o Estatuto dos Magistrados Judiciais remetem quer o Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, quer a lei do Tribunal de Contas. O que torna o seu âmbito, *grosso modo*, transversal.

## §154 (Da complementaridade entre o Código Civil e o Estatuto dos Magistrados Judiciais)

Como ao longo do Livro 3.º será evidenciado, não há contradição, no seio do disposto sobre os temas ora estudados, entre estes dois diplomas. Ilustre-se: o Código Civil nada nos diz sobre detecção de lacunas. Ou seja, sobre as operações metodológicas implicadas na detecção de uma lacuna, *seguindo-se* a sua integração (r*ectius,* e como adiante se verá: a integração não se *segue* à detecção – *lacuna detectada é lacuna integrada*). Vem, por seu lado, o art. 3.º/2, *in fine*, do EMJ, proporcionar alguma luz sobre essa matéria.

---

[56] Cf. textos incluídos na Adenda: respectivamente : "*A revisão geral*…", pág. 15 (doc. n.º 6); "*Noções elementares*…", pág 26 (doc. n.º 7); "*Do projecto ao Código Civil*", pág. 18 (doc. n.º 23); manuscrito (doc. n.º 16).

E se se acaba de dar exemplo de elucidação do Código Civil pelo Estatuto dos Magistrados Judiciais, também aquele elucida este ao estabelecer que os *juízos legais* são juízos consubstanciados nas *razões justificativas de uma norma*.

### §155 (Transcrição de trabalhos preparatórios – remissão para a Adenda, em especial, os *mapas-epítomes*, em complemento, *pari passu*, deste Livro 3.º)

O Estatuto dos Magistrados Judiciais em vigor nasce, no que à matéria em estudo respeita, em 1944. Assim, procurar justificações, elucidações quanto ao texto em vigor conduz-nos aos trabalhos preparatórios de 1944 que, por sua vez, remetem para o texto emblemático e fulcral sobre *interpretação e integração* que é o discurso do Ministro Vaz Serra, de 1940. Salienta-se: *mais emblemático* relativamente ao *Direito português de hoje*, (com a positivista legalista Constituição de 1976), do que relativamente ao *Direito português* de então em que pontificava a Constituição de 1933 e o seu art. 4.º com a consagração da abertura do sistema jurídico ao Direito translegal e, inclusive, à moral).

Assinale-se que o Estatuto de 1944 operou ruptura com o anterior, o de 1928, onde o legislador estabelecia que a "independência da magistratura judicial consiste no direito […] de exercer livremente as respectivas funções, sem sujeição a outros ditames que não sejam os que as leis impõem e a consciência inspira". Sublinhe-se o desaparecimento, desde 1944, designadamente, do critério *ditames que a consciência inspire* (que, recorde-se, numa expressão semelhante, foi vivamente ponderada, e rejeitada, pelos Parlamentares italianos na preparação da constituição italiana. Tal como rejeitada, de seguida – 1948/49 – nos trabalhos preparatórios da Constituição Alemã, a então chamada Lei Fundamental de Bona – cf., Apêndice com referência comparatística).

E quanto aos trabalhos preparatórios do Código Civil: recua-se a 1944 – data do Decreto-Lei 33.908, de 4 de Setembro, em que o Governo tomou a decisão de iniciar trabalhos para a substituição do Código de Seabra, aprovado pela Carta de Lei de 1

de Julho de 1867. Trabalhos que terminaram a 25 de Novembro de 1966, com a publicação do Decreto-Lei 47.344, de que faz parte o Código em vigor.

Breve comparação entre o Código de 1867 e o de 1966, em especial nos seus artigos 16.º, do primeiro, e 9.º e 10.º, do segundo, evidenciam diferenças. Sublinhe-se a *limitação semântica* introduzida pelo art. 9.º/2, a consagração do *sentido presumido* (*cf.* o disposto no art. 9.º/3), a noção de *analogia* (*cf.* o disposto no art. 10.º/2) e o desaparecimento, com o Código de 1966, da referência ao *Direito natural* e às *circunstâncias do caso*. Diferenças suficientes para que a interpretação do Código vigente se centre nos trabalhos iniciados em 1944.

As várias etapas da feitura dos *artigos em causa* daqueles dois diplomas estão documentadas mediante trechos seleccionados, apresentados, em *mapa*, por ordem cronológica, na Adenda documental, com as versões dos articulados (sem exposições de motivos). Salienta-se que, nesta adenda, vários são os documentos inéditos; outros, não o sendo, aqui são incluídos pelo valor interpretativo que têm e por comodidade de leitura.

## **Subtítulo 2.º-** Do método da interpretação da lei: a exegese subjectivista-historicista.

### **Capítulo 1.º-** Considerações preliminares: *maxime*, o texto da lei e os trabalhos preparatórios como as únicas *fontes historiograficamente primárias* do pensamento do legislador.

**§156 (Considerações preliminares. Retoma do Livro 2.º. Equívocos acerca do subjectivismo e objectivismo, com breve referência à Lição de *Manuel de Andrade*)**

O Direito é, como explicitado no Livro 2.º, a propósito do regime constitucional da nomogénese, pensamento jus-normativo, pensado pelo legislador, vertido e presente no texto da lei. Assim, procurar o Direito no texto legal é procurar esse pensamento do legislador. Tem-se, pois, um método *subjectivista historicista* na interpretação da lei, significando "subjectivista", não o pensamento do sujeito-intérprete, mas, sim, o pensamento do sujeito-legislador, tendo, em primeira linha, para a ele aceder, o *texto legal*. Pelo que os *significados* são os significados das palavras *à data da feitura da lei*, pois outros, naturalmente, não foram, nem poderiam ter sido pensados. Tem-se, assim, a *nota historicista*. Assinala-se, a propósito, que as expressões "subjectivismo histórico" ou "subjectivismo historicista" são pleonásticas. Bastando falar em subjectivismo. Usar-se-á, no entanto, atenta a doutrinalmente sedimentada expressão *subjectivismo actualista*, qualquer das expressões (como sinónimas).

Foram, pois, afastados métodos alternativos que podem ser encontrados na Doutrina:

**1.º** Um *subjectivismo histórico extremado* alheado da lei, a designar por extremado ou por subjectivismo extralegal, em que se considera mais fidedigna a vontade do legislador presente em trabalhos preparatórios (como exposições de motivos, preâmbulos, notas do legislador) do que a vontade presente no texto legal. Pelo que o significado jus-normativo constante de trabalhos preparatórios prevalece sobre o significado do texto legal.

**2.º** Um subjectivismo actualista, em que se procura a vontade conjectural do legislador consistente na *projecção* da vontade real histórica, sobre as condições do tempo de aplicação da lei (e não da sua feitura).

**3.º** O objectivismo actualista (não tendo, hoje, defensores, o *cruzamento* objectivismo /historicismo), em que se interpreta o texto como se de *texto anónimo* se tratasse. Justifica-se, aqui – e adiante se retomará – evidenciar a polissemia de "objectivismo": nos anos 30 do século XX, por ocasião do estudo da matéria pelo incontornável Mestre de Coimbra *Manuel de Andrade*, este *anonimato* característico do objectivismo não esquecia o específico *carácter vinculativo da lei*. Ou seja, encarava-se a lei, abstraindo da vontade psicológica dos titulares dos órgãos que a haviam

feito, mas reconhecendo a vinculatividade do significado do texto, atenta a sua proveniência: o Estado-legislador. O que se traduzia em respeito pelas molduras semânticas das palavras usadas na lei. Ao longo do tempo, porém, o *anonimato* passou a abranger não só o homem-legislador que em concreto fez a lei, mas, também, o facto de provir de entidades cujo discurso é vinculativo. Pelo que, ao longo do tempo, a vinculatividade do texto, a confinação à *moldura* de cada palavra foi-se atenuando, passando a admitir-se significados assumidamente fora dessa moldura. E, como se verificará, o *objectivismo* passou da procura da *vontade da própria lei* (que, aliás, tenderia para… *literalismos*) para abranger cada *vontade de cada intérprete*, assumidamente além, ou assumidamente aquém dos sentidos literais possíveis das palavras da lei – recorda-se as doutrinalmente gizadas *interpretação extensiva* e *restritiva*). Assim, a palavra *objectivismo* passou, ironicamente, pois, a acolher… as *subjectividades dos intérpretes*. Adiante ensaiar-se-á explicação para esta *evolução* de sentido de *objectivismo*. Tem-se, aqui, mais um exemplo dos vulgares e gravemente embaraçantes equívocos na linguagem jurídica, *rectius*, na linguagem jus-doutrinária.

Insistindo em antecipações do que será aqui e ali evidenciado: no *subjectivismo* há que distinguir um *subjectivismo extremado radical, que* procura intenções em trabalhos preparatórios ainda que sem cabimento nas palavras do texto legal; e o *subjectivismo* propriamente dito (ou *subjectivismo moderado*): aqui dentro dos significados possíveis das palavras legais admite-se o auxílio dos trabalhos preparatórios; do mesmo modo, no *objectivismo*, há a distinguir: o *objectivismo propriamente dito* (ou objectivismo *tout court*), caracterizado pelo respeito às palavras do legislador, pelo confinamento às suas molduras semânticas (com a particularidade de não se admitir auxílio de trabalhos preparatórios); e o *objectivismo numa segunda acepção, actualmente dominante* (e que corresponde, rigorosamente, a um *pseudo-objectivismo*) em que a letra é apenas um dos elementos a ponderar, podendo o resultado ficar assumidamente fora da moldura literal, consubstanciando, assim, o acima referido *subjectivismo de intérprete*. Neste, o sentido porfiado é o *resultado* do *sentido das palavras da lei* caldeado (segundo critérios do próprio intérprete) com normatividade defendi-

da pelo intérprete (ainda que [retoricamente] imputado, pelo intérprete, a uma *vontade* – não exteriorizada – do legislador, *i.e.*, a uma *hipostasiada vontade legal*).

Tentando-se, ainda, a clareza nas páginas que seguem, aluda-se ao incontornável Mestre de Coimbra *Manuel de Andrade*: começa por ser [não um *pseudo-objectivista*, mas, sim] um *objectivista* (atenta a sua preocupação com a "função negativa" da letra da lei [57], com uma nota actualista; e termina sendo um subjectivista moderado (também com *nota actualista*). Atendendo, por um lado, ao respeito pela letra da lei (quer com a defesa da existência de um *vinculativo regime legal da interpretação* a separar as funções de julgar e de legislar, regime cujo primeiro projecto foi precisamente obra do Professor; quer com a exigência, no seu projecto de art. 9.º, de "reflexo verbal", *tolerável ainda que imperfeito*, da norma, nas palavras da lei); e, por outro lado, à atribuição de relevância legal aos trabalhos preparatórios, nesse seu projecto de articulado. *Certo é que* refuta o *subjectivismo extremado* e o [hoje doutrinalmente quase pacífico] acima designado (evitando o equívoco) *pseudo-objectivismo*.

Adiante será ilustrado a que se acaba de dizer (com textos do Professor).

Nas páginas que seguem cuida-se, aqui e ali, da hipótese de o Direito Português ser objectivista (nesta acepção em que se admite *sair* da letra da lei, ou seja, pseudo-objectivista). Pois o objectivismo (moderado) *acaba por ser* confinadamente exegético, e, assim, afinal, um… subjectivismo (pois a moldura semântica da palavra da lei é, por excelência, a moldura dos pensamentos possíveis vertidos no significante interpretando).

Sublinhe-se: o subjectivismo começa por ser observância do significado das palavras da lei (e não significado das palavras de trabalhos preparatórios). Ainda: o subjectivismo começa no balizamento exegético-legal, e não nos trabalhos preparatórios.

---

[57] No "*Ensaio*…", edição de 1978: págs. 28, com nota 3, e 29 (*alíneas a) e b)*); págs 64 e 65 (no texto: "De facto[…]" até "[…]segurança jurídica". As restantes directrizes metodológicas preconizadas pelo Professor estão, assim, confinadas ao que é dito sobre *molduras legais*. *V.*, também, "*Sobre a recente evolução*…", págs. 288-290 (pt 4); No "*Sentido e valor*…", pág. 274.

## §157 (O art. 9.º - Considerações preliminares: matérias retomadas ou antevistas)

Retomando o regime vigente, passa-se a evidenciar os termos em que o subjectivismo-historicista, constitucionalmente consagrado, está explicitado no art. 9.º do Código Civil:

**1.º** Logo no n.º 1, o legislador apresenta o objectivo da interpretação: "reconstituir" *o pensamento legislativo*.

É certo que, esperando encontrar a explicitação do subjectivismo-historicista, natural seria que o legislador tivesse usado a expressão "pensamento do legislador" para se referir à jus-normatividade jurídica pensada pelo legislador e por ele plasmada no texto legal. *Em vez* dele, temos a expressão ambígua "pensamento legislativo" – expressão que pode acolher o subjectivista *pensamento do legislador* bem como o objectivista *pensamento da lei*. E é conhecido que o legislador pretendeu, precisamente, remeter para a Doutrina a solução do problema metodológico [58]. Aliás, fruto de humildade científica de *Antunes Varela* que, ainda que com o poder de ministro, prefere remeter para os estudiosos do Direito a solução – não obstante a sua preferência pelo subjectivismo (como desenvolvidamente explana nas *Noções Fundamentais de Direito Civil*, que escreveu em co-autoria com *Pires de Lima* [59]).

Ora, é precisamente essa dilucidação perante a ambígua expressão *pensamento legislativo* que a Constituição de 1976 proporciona com o seu regime metodonómico (apresentado no final do Livro 2.º): interpretando o art. 9.º, e verificando-se 2 sentidos igualmente possíveis (e *até*, qualquer deles expressamente aludidos pelo legislador), prevalece o sentido que poupa o preceito ao perigo de inconstitucionalidade (atento o referido regime metodonómico de fonte constitucional). Assim, o sentido de *pensamento legislativo* é *pensamento do legislador*. Explicita-se: em 1966, o

---

[58] *Cf. Manuel de Andrade*, *Sobre a evolução*…, p. 291; *Antunes Varela*, *Discurso de apresentação do Projecto de Código Civil à Assembleia Nacional*.

[59] *Cf. Noções fundamentais de Direito civil*, Coimbra Editora, Coimbra, vol. I, 1973 (reimpressão da 6.º edição revista e ampliada), pp. 144 e seguintes, em especial, pp. 155-158.

legislador poderia ter optado pelo objectivismo, inclusive, na referida *segunda acepção*, como pseudo-objectivismo, em que, a partir da lei, o intérprete tem poder co-criador do Direito na medida da assumida possibilidade de transcender a moldura semântica das palavras da lei. E *até* optar por esse *objectivismo com nota actualista*. Precisamente por a Constituição de 1933 ser uma Constituição aberta à translegalidade, acolhendo no seu seio, *inclusive* a moral (conforme o disposto no seu art. 4.º). Mas, como sublinhado no Livro 2.º, em 1976, a comunidade optou pelo positivismo legalista democrático. Que invalidaria, nos termos do art. 290.º, qualquer objectivismo actualista.

**2.º** Assinale-se que ao lado dessa expressão ambígua, o Ministro deixou, no texto, menções várias que *acabam por* orientar o intérprete para o subjectivismo; deixou uma menção de refutação do *subjectivismo extremado*; e nenhuma que aponte para o *objectivismo na referida segunda acepção* (i.e., *pseudo-objectivismo*).

É o que se passa a evidenciar:

**i)** Falar em "reconstituir" em "reconstruir o pensamento legislativo" (art. 9.º/1) aponta para *constituir, no intérprete*, o pensamento já anteriormente *constituído na mente de outrem*. O objectivismo (na referida segunda acepção) pediria *constituir* e não "reconstituir".

Atente-se, a propósito, na chamada de atenção de *Miguel Galvão Teles*, dirigida ao Ministro *Antunes Varela*, sobre o uso dessa palavra [60].

*Antunes Varela* anotou esse documento, indício de ponderação do que nele se diz, e, não obstante a conotação de *reconstituir* com o subjectivismo, manteve a palavra.

**ii)** No n.º 3 do art. 9.º, usa-se "legislador", e não a *objectivista* palavra *lei*; e fala-se em "consagrou" [não se usando a *actualista* palavra *consagra*], fala-se em "soube" [não se usando a *actualista* palavra *sabe*] e fala-se em "seu pensamento", ou seja, *pensamento do legislador* (imediatamente antes referido).

[60] Documento inédito, presente na Adenda Documental.

Sobre o que se disse: ainda que, aparentemente, se trate de *minudências linguísticas*, trata-se de texto legal. E trata-se de texto redobradamente reflectido por reconhecidamente insignes Mestres do Direito. E, ainda que fossem *minudências*, assinale-se que simétricas *minudências* não existem a abonar o *objectivismo*. E quanto a *não minudências*: também as há a abonar o subjectivismo: basta ter presente a *separação dos poderes*, tratada no Livro 2.º.

Adiante se retomará o significado deste n.º 3.

**iii)** O regime do n.º 2 do art. 9.º (norma que é, *avant la lettre*, mero corolário do regime do art. 203.º, cabendo recordar o acima referido "o que não está na lei não está no mundo") consagra a refutação do *subjectivismo extremado* (acima caracterizado), ao exigir a presença, no texto da lei, do sentido pensado pelo legislador (o que equivale ao *objectivismo na referida primeira acepção* – que não é mais que o respeito pela letra da lei. O que equivale, repete-se, ao *subjectivismo não extremado*).

Conclui-se: o subjectivismo-historicista está plasmado no art. 9.º, explicitando-se, assim, *avant la lettre*, na vigente lei ordinária de 1966, o vigente o regime constitucional de 1976. Assim, o método de interpretação da lei é caminho do *significante* no texto legal (ponto de partida) até ao seu *significado* definitivo, ou seja, até à norma pensada pelo legislador *e* presente no texto legal. Rigorosamente, e como aqui e ali se diz, esse significado só é norma depois da concatenação dos métodos interpretação/integração e depois de tal sentido *passar* no exame das várias operações que caracterizam o método na acepção ampla, referido atrás no capítulo 9.º do Título 2.º do Livro 2.º (§115).

## §158 (*Guião* de leitura das páginas sobre interpretação)

Passa-se a apresentar os reflexos do regime metodonómico geral, constitucionalmente consagrado, nas disposições legais ordinárias que, mais detalhadamente, tratam a matéria. Acontece que – como se constatará – o regime que aqui se aventa está afastado da *Lição dominante*. O que justifica o presente parágrafo, prevenindo

perplexidades e equívocos quanto a sistematização, a terminologia e trechos que, aqui e ali, consubstanciam o afastamento daquela *Lição*.

Assim, e sem que *aqui* se antecipe regimes, cabe, telegraficamente, dizer o que segue.

**1.º** Começar-se-á (o que é feito já nos §§ seguintes) por retomar a pergunta "*onde procurar o Direito?*. Verifica-se que o *lugar do Direito* é os *textos legais e os trabalhos preparatórios*. São, pois, esses, os dois *modos de exteriorização* do pensamento jus-normativo do legislador.

**2.º** O pólo de toda a actividade interpretativa é o *texto* (que a "lei" do art. 203.º também é). Para ele confluem *elementos linguísticos* (*rectius*, liguístico-semânticos) que estão implícitos na referência que o legislador faz, no art. 9.º /1, aos seus próprios *textos*. E, por isso, não surgem – esses *elementos* – autonomizados na lei (art. 9.º): é o caso, por exemplo, de *dicionários, glossários* (*inclusive,* na *própria lei* e em *trabalhos preparatórios*), a própria Doutrina (em especial, a que influi na tarefa do legislador e que plausivelmente lhe molda os significados de palavras por ele usadas).

**3.º** No texto, confluem, ainda, *elementos não linguísticos*, como seja o *contexto social* tido em conta pelo legislador, ou a *intenção* do legislador ao fazer uma lei. São, estes últimos, *elementos auxiliares de interpretação* que são tradicionalmente designados *elementos interpretativos*: os também tradicionalmente designados elemento sistemático, elemento histórico, elemento teleológico, elemento lógico em sentido estrito. Evidenciar-se-á as especificidades nos correspondentes significados, determinadas pela pormenorizada regulamentação metodológica característica do Direito português, presente no Estatuto dos Magistrados Judiciais, desde 1944, e no Código Civil de 1966 (que, com os seus regimes exigem naturais alterações a conceptualizações anteriores a esses regimes).

Assim,

**(i)** o *texto legal* não será designado por *elemento interpretativo*. Ele é, repete-se, o pólo aglutinador de todas as operações metodológicas. É o elemento *interpretando* (podendo ser designado por elemento literal, textual, gramatical, lexical);

**(ii)** o elemento sistemático é designado preferencialmente por *unidade do sistema*, sublinhando que não se confunde com o *atendimento conjugado* de vários trechos legais conectados pelo *caso*, pelo problema. Estes últimos são, afinal, *partes do texto*, são, ainda, elemento "literal", são, em suma, o *elemento interpretando*. Por outras palavras (e obviamente): o texto, o elemento literal não é a palavra isoladamente considerada. Como adiante retomado a propósito do *carácter conjugado* da interpretação;

**(iii)** o elemento histórico, também designado por *occasio legis*, é preferencialmente designado da forma usada por *Freitas do Amaral* [61]: *conjuntura passada*, histórica ou coeva da lei. Tem a conveniência de estar *mais próximo* da correspondente *expressão legal*, ("circunstâncias…", no n.º 1 do art. 9.º), além de evidenciar a proximidade com o elemento (também impregnado de *considerações sociológicas*) já de seguida referido;

**(iv)** "as condições específicas do tempo em que [a lei] é aplicada" são designadas por *conjuntura presente*. Trata-se de elemento com difícil cabimento em qualquer das aludidas fórmulas tradicionais sedimentadas na Doutrina muito antes da feitura do Código Civil; é, afinal, o vector actualista *feito* elemento interpretativo;

**(v)** o elemento teleológico (também designado por *ratio legis*) é preferencialmente designado por *teleologia* ou "*razões justificativas*";

**(vi)** o elemento *lógico, em sentido estrito*, também designável por elemento racional em sentido estrito, é o *conjunto de argumentos* racionais /lógicos [omnipresentes] na interpretação, e *em destaque* assinalado na doutrinalmente designada *interpretação enunciativa*, e, aqui, designada *aperfeiçoadora* ou aperfeiçoada ou *melhorada* – sendo este último termo colhido da Lição de *Menezes Cordeiro* – (que consubstancia a aplicação do disposto no art. 9.º/2, *in fine*);

**(vii)** o elemento *lógico em sentido amplo*, ou racional em sentido amplo, ou elementos extraliterais, é o *conjunto destes elementos interpretativos*;

---

[61] "Da necessidade de revisão dos artigos 1.º a 13.º do Código Civil", *in Themis*, ano I (2000), n.º 1, pp. 9-20 (*maxime* 16).

**(vii)** o *espírito da lei* (por vezes, designado por *ratio legis*) é o *resultado definitivo* da interpretação da lei. É o que o legislador designa "*pensamento legislativo*". É, afinal, o *significado da lei*. Ou seja, a *norma jurídica*. *Rectius*, é o *significado definitivo* que, não sendo posto em causa por norma no âmbito da integração de lacunas (como adiante se evidenciará ao tratar de concatenação dos métodos de interpretação e de integração) e, cumulativamente, repete-se, passando os testes das operações metodológicas em sentido amplo (*maxime*, o teste da validade orgânico-formal-material), é, afinal, a *norma jurídica*.

**4.º** Explicita-se: os trabalhos preparatórios têm 2 funções: são suporte de elementos linguísticos quanto ao texto legal (ou seja, são *glossário do texto legal*, estando, assim, muito próximos deste), e, por outro lado, são suporte de elementos interpretativos.

**5.º** Fala-se em *dados interpretativos* (ou *materiais interpretativos*), expressão maximamente ampla, abrangendo

**(i)** o elemento interpretando: texto, com os referidos dicionários em que se destaca os trabalhos preparatórios com função de glossário. Naturalmente, numa acepção ampla de *elemento interpretando*, cabem os próprios trabalhos preparatórios, enquanto significantes com o selo do legislador – e, assim, a destacar, atenta a *exclusiva sujeição à lei*);

**(ii)** os elementos interpretativos;

**(iii)** e, ainda, as *normas sobre interpretação* (também designáveis por *directrizes* ou *critérios*) presentes nas várias referências legais aos elementos. Exemplifica-se esta ligação *elementos/directrizes*: a menção ao *texto* traduz-se na *directriz dever de procurar o pensamento jus-normativo do legislador* nele vertido; a menção à *unidade do sistema* traduz-se na directriz *procurar o significado que previne invalidades normativas*; a menção à *conjuntura passada* traduz-se em procurar o significado que mais de perto contempla as *realidades sociais* tidas em conta; e a menção à *conjuntura presente* traduz-se em procurar o significado que se coadune com *textos legais posteriores* que, entretanto, tenham juridicizado realidades sociais conexas com as da lei interpretanda (por outras palavras, o elemento *conjuntura presente* é a realidade

social actual, na autorizada visão do legislador, e não segundo considerações de sociólogo ou juiz); a menção *à teleologia* traduz-se em procurar o sentido que incorpore o *fim da norma* (sendo, este, o demonstravelmente tido em atenção pelo legislador – e não o aventado pelo juiz, ainda que pelo juiz imputado ao legislador).

Entre estas normas, destaca-se as já de seguida apresentadas:

**6.º** Normas, directrizes de prevalência de sentidos:

**(i)** as respeitantes especificamente aos *trabalhos preparatórios* (atenta a variabilidade destes – ao contrário do que se passa com o *texto legal*, publicado nos termos da lei. Exemplo: *valor do preâmbulo* de uma lei comparado com o *valor de um primeiro projecto*);

**(ii)** os respeitantes aos *elementos interpretativos não linguísticos* entre si – exemplo: valor da *unidade do sistema* comparado com o valor da *conjuntura passada*.

**(iii)** as directrizes no seio dos elementos linguísticos. Exemplo: valor de uma definição constante de um dicionário comparado com o de uma definição constante de trabalhos preparatórios, bem como comparado com uma definição constante do texto legal;

**(iv)** as directrizes respeitantes à relação entre, por um lado, os elementos interpretativos e, por outro lado, o texto (conforme dispõe o art. 9.º/2). Exemplo: valor do sentido apontado por todos os elementos interpretativos comparado com o valor do sentido dado por uma definição legal;

**(v)** as directrizes perante a hipótese de não haver (ou, havendo, não serem conclusivos) elementos interpretativos (havendo, naturalmente, o elemento interpretando que é o texto): conforme dispõe o art. 9.º/3.

**5.º** Na exposição que segue, está presente o *cruzamento*, por um lado, dos *dois únicos* [*demonstradamente*] *suportes do pensamento jus-normativo* (o texto – pólo aglutinador de tudo –, e os trabalhos preparatórios) com, por outro lado, os restantes materiais interpretativos (sejam linguísticos, sejam não linguísticos. Desse cruzamento resulta, designadamente, a sistematização que segue (centrada no texto legal [publicado], logo seguido dos trabalhos preparatórios do legislador).

**§159 (Apresentação do texto legal e dos trabalhos preparatórios como expressão do pensamento do legislador. A circunscrição da relevância dos *elementos interpretativos extraliterais* ao que sobre eles consta dos *trabalhos preparatórios*)**

A Constituição só admite jus-normatividade presente nos textos legais. Tendo pensado *x*, é, de resto, natural que o comunique através de textos (e não, pelo menos, hoje, através da palavra oral). O texto legal é, pois, o natural suporte [*subjectivista historicista*] ao serviço do legislador. Tão *natural* que tende a não ser conscencializado. Ou seja, tão natural que não se associa o texto ao pensamento do legislador; por outras palavras, tão natural, que acaba por se associar a *revelação do pensamento do legislador* a *recônditos* escritos seus – que seriam os trabalhos preparatórios. Adiante será retomada esta associação entre subjectivismo e trabalhos preparatórios.

Insiste-se: um pensamento pensado é intangível. É incognoscível. É social e juridicamente irrelevante. Sem exteriorização, o pensamento do legislador nada (social ou juridicamente) é. A lei não é lei meramente *mental*. Naturalmente, houvesse telepatias à escala comunitária, e tudo seria diferente. Elas não existem. A norma legal visa regular a vida em sociedade; a sua vocação (socialmente imprescindível) é ser conhecida (e observada) pela comunidade. Para tal, essa norma, esse pensamento é vertido num texto. E texto necessariamente publicado nos termos estabelecidos pela lei (nomeadamente, pela Lei 74/1998, de 11 de Novembro). Seja no Diário da República, seja no Jornal Oficial da União Europeia, seja em boletins municipais. Os textos assim publicados são o *elemento interpretando*. Tudo o mais que exista no âmbito do regime da interpretação é instrumental ao texto – centro de todo o trabalho do jurista.

Em suma: o método subjectivista-historicista tem como primacial ponto-de-partida o texto legal.

*Acontece que* os textos são, frequentemente, polissémicos. Resta, pois, saber *como* determinar, entre vários significados possíveis, o definitivo. Esse "*como*" é,

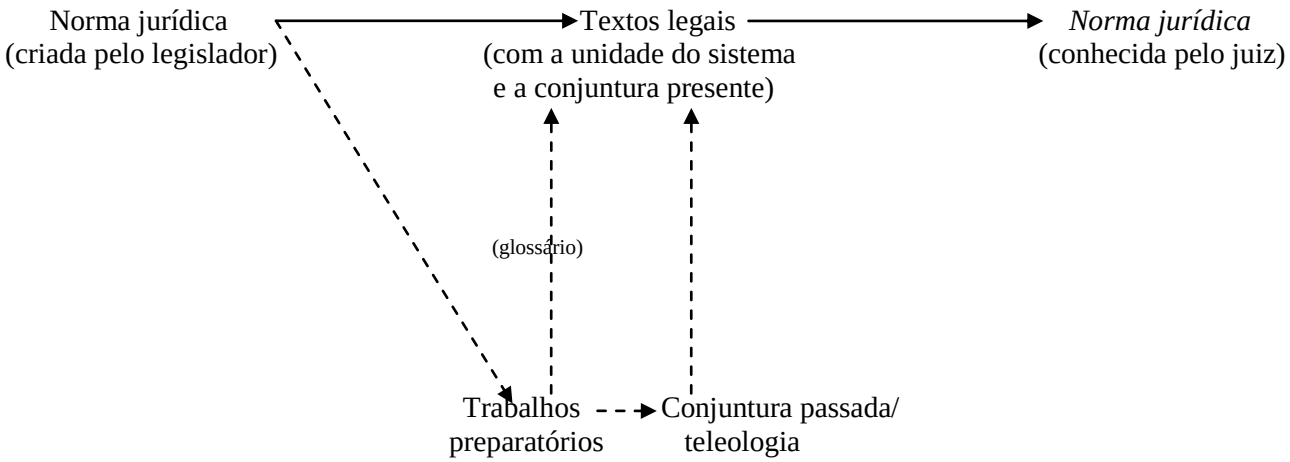
precisamente, uma das matérias metodonómicas que a Constituição não regulou. Recorde-se: não se está a falar de *fórmulas axiologicamente abertas* (conceitos indeterminados normativos) nem de *fórmulas linguísticas meramente vectoriais* (princípios). Pois essas não são dirigidas ao intérprete (e, se o são, estão feridas de inconstitucionalidade – sem prejuízo do aproveitamento, quanto a *conceitos indeterminados normativos*, adiante evidenciado no campo da *lacuna*, e também sem prejuízo da muito relevante função em sede do *negócio jurídico*, como atrás exposto, a propósito dos regimes nomogenéticos excepcionais – no final do Livro 2.º). Está-se, sim, aqui, a falar de palavras polissémicas e frases equívocas. Que concitam elementos além do texto. Elementos que, por sua vez, e na sua maioria, concitam a *segunda* forma de o legislador se expressar: os trabalhos preparatórios (não existindo outros elementos demonstradamente consubstanciadores do pensamento normativo do legislador). Cujo regime, como se evidenciará, é, mais uma vez, reflexo do regime nomogenético-metodonómico constitucional (apresentado no Livro 2.º). Esses *trabalhos* são textos (podendo ser autorizados relatos de intervenções orais) do legislador (ou de terceiros, por incumbência do legislador), reveladores das etapas percorridas até à feitura da lei interpretanda. Incluem projectos de articulados, exposições de motivos, actas de reuniões (do próprio órgão legiferante ou de terceiros), relatos de votações, declarações de voto, preâmbulos.

Passa-se a evidenciar que os *dados interpretativos* (que, *grosso modo*, servem para ultrapassar a equivocidade decorrente de polissemias) são necessariamente revelados por suportes com, demonstradamente, selo de legislador. Pela clareza propiciada, apresenta-se *ilustração gráfica* do que abreviadamente foi dito e do que se passa a dizer (com a identificação pág. 320-A).

Quanto ao estudo desses *dados* que permitem ultrapassar um equívoco:

**1.º** Começa-se pelos *glossários* com selo do próprio legislador, referentes ao discurso legal. E que constam do próprio texto legal: as chamadas definições legais. Verdadeiros dicionários com autoridade legal plena.

**2.º** Também os trabalhos preparatórios podem ter função de glossário. É esta, de resto, a primeira função dos trabalhos preparatórios (justificativos da sua admissão).


Norma jurídica
(criada pelo legislador)
Textos legais
(com a unidade do sistema
e a conjuntura presente)
*Norma jurídica*
(conhecida pelo juiz)
(glossário)
Trabalhos
preparatórios
Conjuntura passada/
teleologia

Trata-se de textos com função linguístico-semântica, ou seja, servindo de glossários à lei em preparação. Assim, pode, o legislador, deixar claro num *texto preparatório* que a palavra *x*, usada na lei, que admite, em abstracto, o sentido $x_1$ e $x_2$, é, ali, usada com o valor $x_1$. Se o legislador admite que o intérprete busque auxílio *num qualquer* dicionário comum (ou técnico-jurídico), ou em textos doutrinais anteriores à feitura da lei, elucidativos do significado de uma palavra ou trecho legal, também o legislador admite que o intérprete busque auxílio em textos… do próprio legislador. Dicionários, glossários com o cunho do próprio legislador. Insiste-se: o legislador, *naturalmente*, admite-o, pois, *desde o momento* em que o legislador usa palavras para comunicar a norma por ele criada, pressupõe que o intérprete, por conhecimentos próprios já adquiridos e por conhecimentos conseguidos no momento da interpretação (em dicionários ou outros meios, como dicionários, glossários colhidos na Doutrina anterior à lei interpretanda), *reconstitua*, na *mente própria*, o que foi *constituído* na *mente do legislador*. Está, pois, justificada a primeira das funções dos trabalhos preparatórios – a de glossário.

**3.º** Passa-se a justificar a *sede de estudo* de cada um dos elementos interpretativos: tal como o glossário do legislador pode constar do texto legal ou pode constar dos trabalhos preparatórios, também os elementos interpretativos (*grosso modo*, a unidade do sistema, a conjuntura passada, a conjuntura presente e a teleologia) podem ter qualquer desses 2 suportes. Passa-se a estudar estes elementos. Os que são revelados no texto da lei (ou *dominantemente* no texto da lei) serão estudados a propósito do texto legal; os outros são estudados a propósito dos trabalhos preparatórios (atenta, repete-se, a sua dupla função-de-glossário e função de suporte de elementos interpretativos). De assinalar, ainda que, rigorosamente, estes *dados*, estes elementos (eventualmente existentes) servem, não só para ultrapassar polissemias e equivocidades, como também (e antes dessa função dilucidadora), para *lembrar* o intérprete *desta ou daquela* acepção de cada palavra interpretanda. Ora, cabe perguntar o seguinte, quanto a cada um desses elementos listados no texto do art. 9.º/1 (distribuindo o seu estudo pelos capítulos seguintes – um dedicado ao texto, o outro, dedicado aos trabalhos preparatórios):

**(i)** Quanto à unidade do sistema: como se conhece o *sistema* e se alcança a sua *unidade*? O Livro 2.º já, em grande medida, respondeu: essa unidade não é axiológico-principialista. É, sim, sistémico-legal, os seja lógico-semântica. Trata-se de unidade entre textos legais, confrontando textos legais. E, nestes, encontra-se o necessário para alcançar a tal *unidade*. Assim se justifica que o elemento *unidade do sistema* seja estudado a propósito do *texto legal* (e não dos trabalhos preparatórios).

**(ii)** Quanto à conjuntura passada: como se conhece as circunstâncias sociais, culturais, económicas, políticas… relevantes aquando da feitura da lei? É o juiz quem, olhando às miríades de factos e situações fácticas coevas da feitura da lei, vai seleccionar aquelas que influenciaram (e em que medida?) no processo de análise social, de valoração, de ponderação, de decisão por parte do legislador? Responde-se: retomando as conclusões do Livro 2.º, e o que nele se disse especialmente sobre a diferença entre legislar e julgar, verifica-se que para uma lei podem ser apontados motivos que afinal são aparentes, motivos que, afinal, são erróneos… A motivação da lei está a montante da lei, está *consumpta* na lei. Conhecê-la implica olhar a realidade pelos olhos do legislador, ou seja, ser conhecedor [ou comunitariamente tido como tal] dos recursos e necessidades colectivas, das opções, renúncias, compromissos assumidos, das implicações que uma lei tem na imensidão da vida social (abrangendo, neste "social" o que directa ou indirectamente influi na vida do homem e da sociedade), além das implicações que tem na matéria por ela directamente regulada. Por outras palavras, não basta conhecer factos que, aos olhos do juiz que os conhece, foram, *plausivelmente*, tidos em atenção pelo legislador. As "circunstâncias" são as circunstâncias *efectivamente* relevantes no processo de decisão do legislador. Que só ele conhece. Assim, necessário é que tais circunstâncias sejam dadas a conhecer pelo legislador. Surgem, aqui, os trabalhos preparatórios: *textos do legislador* em que apresenta a *occasio* por ele tida em atenção. Se radicasse no juiz, equivaleria a admitir que este estaria a juridicizar, ou seja, a valorar, ponderar interesses (precisamente o que lhe está vedado), ponderar realidades sociais ao considerar essas conjecturadas como sendo as consumptas no texto legal (com a [indevida] relevância em sede interpretativa – de que aqui, precisamente, se trata).

Por outras palavras: o subjectivismo-historicista *impregna* este elemento interpretativo: são as circunstâncias da vida social, ao tempo da feitura da lei, *segundo o legislador* – e não segundo o juiz. Assim, este elemento será adiante estudado não a propósito do texto legal, mas, sim, dos trabalhos preparatórios (sem prejuízo de poder acontecer que o próprio texto legal aluda à conjuntura passada – numa técnica legislativa que seria merecedora de reparos).

**(iii)** Passando às *condições do tempo em que é aplicada a lei*, valem considerações semelhantes, adaptadas, às feitas a propósito das circunstâncias do tempo da feitura da lei. Sempre como corolário do regime constitucional evidenciado no Livro 2.º. Atendendo a que o juiz não pode valorar a realidade, ponderar princípios, não pode, ele, *eleger* (pois, como explicitado a propósito da aplicação da lei ao caso, *juridicizar começa por ser seleccionar realidade social*) os factos e situações fácticas que (ainda que *plausivelmente*) se reflictam na lei, no momento aplicativo. Aqui, o juiz estaria a atribuir relevância jurídica, à luz de valores e princípios normativos seus, *a este ou àquele facto*. Onde, então, procurar estas realidades actuais relevantes? Naturalmente, a *conjuntura presente* não é apurável à luz dos *trabalhos preparatórios da lei interpretanda*. Procura-se, sim, em outras leis e respectivos trabalhos preparatórios (posteriores à lei interpretanda, mais próximos do momento da aplicação da lei interpretanda) que evidenciem a relevância, *dada pelo legislador*, de realidades sociais mais recentes e que, por interpretação conjugada dos vários diplomas, se revelem também relevantes na lei interpretanda. Assim, a conjuntura presente poderia ser estudada, nas páginas que seguem, quer a propósito dos textos legais, quer a propósito dos trabalhos preparatórios (dessas leis posteriores à interpretanda). Será estudada a propósito do texto legal (pela centralidade deste).

**(iv)** Passando à *teleologia*, como elemento interpretativo auxiliar. Trata-se da iluminação do texto proporcionada pelo *objectivo social da norma* (referindo-se, com este, a implícita correspondente teleologia principialista, seja, esta, mais abrangente e impressiva, ou seja mais circunscrita e *comezinha*). Aqui, o que está em causa é, sim, a *situação social* (abrangendo qualquer situação-da-vida em que estão em jogo inte-

resses humanos) que se pretende alcançar ou que se pretende evitar com a norma criada.

Acrescenta-se: a teleologia ou elemento teleológico é um elemento não explicitado no art. 9.º/1. E, tendo presente que esta lista contempla aqueles que "sobretudo" auxiliam o juiz, então, este elemento é *elemento auxiliar secundário* (além dos *sobretudo* referidos). É certo que a conjuntura passada e a conjuntura presente podem apontar certa teleologia – o *porquê* de uma norma ilumina o *para quê* da norma. Mas, esse levantamento teleológico, a partir da *conjuntura passada* e da *conjuntura presente*, já está considerado nestes elementos. Agora, neste (iv) trata-se da *teleologia per se*.

Ora, quanto a este elemento, poucas sempre serão as precauções a tomar pelo juiz no apuramento do significado do texto legal, à sua luz. Senão, veja-se: se se *tem* um texto para interpretar – não *tendo*, ainda, por definição, a norma nele contida –, então não pode o juiz invocar, para chegar à norma, qualquer teleologia da norma (pois, repete-se, precisamente, ainda não se tem a *norma – quanto mais* ter a *razão-de-ser da norma*), salvo se essa teleologia estiver explicitada alhures – *mais uma vez*, nos trabalhos preparatórios. Insiste-se: qualquer teleologia inferida da *própria norma* é uma *teleologia gizada pelo juiz* e abusivamente por este imputada ao legislador feitor da norma que se procura conhecer. Acrescenta-se: se o legislador estabelecer, no próprio diploma, a razão-de-ser desta ou daquela norma ali plasmada, será essa teleologia atendível. Mas tal circunstância será tão rara quanto surpreendente a técnica legislativa nela consubstanciada. Assim, a teleologia ou consta dos *trabalhos preparatórios* ou não é atendível (por mais *plausível* que surja aos olhos do juiz). Insiste-se: não é atendível, quer por ser do juiz, e não do legislador, quer por ser indicada em petição de princípio (pois antes de conhecer a norma não se conhece o fim da norma; pelo que não pode, para chegar ao conhecimento da norma, invocar tal fim).

A terminar estas breves linhas sobre a teleologia: se a teleologia (assim apurada, ou seja, colhida nos trabalhos preparatórios) apontar para um dos vários sentidos literais possíveis das palavras da lei, será atendível no âmbito da *interpretação*. Se apon-

tar para um sentido que está além dos sentidos literais possíveis *já* será, esse sentido teleologicamente gizado, ponderado em sede da *integração de lacunas*.

### §160 (Em suma: relação entre o *texto* – elemento interpretando –, os *elementos interpretativos* e os *trabalhos preparatórios*)

Resumindo: o legislador pensa a norma. E verte-a no texto legal. Se, ao interpretar a lei, se verifica que *palavras do texto* não são unívocas, então há que buscar auxílio ou em outras *latitudes* do texto legal (tendo presente a *unidade do sistema* e a *conjuntura presente*), ou em outros textos com o selo do legislador – os trabalhos preparatórios. Estes podem dilucidar a polissemia *imediatamente* mediante a função de glossário, ou podem dilucidá-la dando a conhecer factos, situações fácticas e intenções, ou seja, os elementos interpretativos *conjuntura passada* e *teleologia* (demonstravelmente) tidos em atenção pelo legislador, no procedimento de feitura da lei, e que, assim, *mediatamente*, podem vir a apontar o *sentido definitivo* das palavras da lei. É certo que quer o glossário quer os elementos interpretativos podem constar da própria lei (ainda que, no que concerne à conjuntura passada e à teleologia, consubstanciasse técnica legislativa merecedora de reparos – o que justifica que, quanto a estes elementos, as referências tenham, em especial atenção, os trabalhos preparatórios).

Por outras palavras: os elementos interpretativos têm cariz subjectivista-historicista (seja por textos legais publicados, seja por trabalhos preparatórios).

Neste resumo, cabe explicitar que os trabalhos preparatórios não são, assim, um elemento interpretativo, com um *valor fixo*. São, sim, suporte do pensamento do legislador (somando-se ao *texto*, como *elemento interpretando*), com múltiplas funções e, como se verificará, com valor variável. Eis, pois, as *2 grandes funções* dos trabalhos preparatórios: de glossário e de revelação de [alguns dos] elementos interpretativos.

## **Capítulo 2.º-** O subjectivismo-historicista e o texto da lei.

### §161 (Enquadramento)

Acabadas de apresentar as únicas duas formas, os únicos dois suportes de exteriorização (imediata ou mediata) da vontade do legislador – texto e trabalhos preparatórios – passa-se a complementar o que já ficou dito sobre o *suporte texto*.

### §162 (A *primeira tarefa* do juiz: *recenseamento* da letra da lei, *i.e.*, dos *significados possíveis* de cada palavra no texto legal, à data da lei)

A *primeira tarefa* (recordando o quanto de *irrealista* vai num dito como "a primeira tarefa") do juiz é *recensear os significados possíveis* de cada palavra do texto legal.

Recenseamento que é feito por conhecimentos já tidos ou por conhecimentos buscados junto de terceiros, aquando da interpretação, atenta a linguagem especificamente jurídica ou a linguagem comum (sempre na cautela perante a hipótese de *false friends*), atendendo à Lição dos Mestres, à dos operadores do Direito, e, em especial, ao próprio legislador (quer em trabalhos preparatórios, quer em definições legais, sendo, estas, tão vinculativas quanto outras disposições legais, pois são glossário do legislador, evidenciando que a palavra é *significante e significado* – e não apenas *significante*); e, assinale-se, atendendo, ainda, aos elementos interpretativos auxiliares (que, além da função de superação de equivocidades do discurso legal, servem de *lembretes* de significados, no âmbito deste recenseamento semântico).

Em suma, e em linguagem telegráfica: olhe-se ao *glossário* do legislador (incluindo aqui os trabalhos preparatórios), ao *dicionário* jurídico e ao *dicionário* comum.

O que se acaba de dizer corresponde ao *elenco de significados* referido no art. 9.º/1 e 2 por "letra da lei".

### §163 (Da *insuficiência* da *letra da lei*)

Dispõe o art. 9.º/1, logo de entrada, que a interpretação circunscrita à *letra da lei* não é o método devido (pois não se *cinge* a esta). A letra da lei é insuficiente.

Necessário é (nomeadamente) ter, segundo o legislador de 66:

1.º um norte;

2.º um contexto;

3.º critérios para superar palavras e frases equívocas (quer primariamente equívocas, quer persistentemente equívocas);

4.º limites.

**1.º** O *norte* é o *pensamento do legislador* (conforme já evidenciado) que, por exemplo, permite afastar significados surgidos posteriormente à feitura da lei.

**2.º** O *contexto* é o *conjunto formado pelos "*textos legais*"* (conforme disposto no art. 9.º/1) a implicar o carácter *conjugado* do processo interpretativo.

**3.º** Os *critérios* de superação são, *sobretudo*, (i) os acima referidos (conforme disposto no art. 9.º/1), *unidade do sistema* a concitar o carácter sistémico do processo interpretativo, a *conjuntura passada* (apurada de forma subjectivista-historicista), a *conjuntura presente* (apurada à luz das leis posteriores à lei interpretanda – pelo que também de forma subjectivista), a *teleologia* (também apurada de forma subjectivista historicista); e (ii), para o caso de equivocidade *teimosamente* persistente, o sentido primeiro da palavra (conforme disposto no art. 9.º/3). Assinale-se, desde já, que há casos de equivocidade além de *persistente* – casos de equivocidade *inultrapassável*.

**4.º** O *limite* consubstancia-se no cabimento do *significado definitivo* na *letra da lei* (conforme disposto no art. 9.º/2).

Tem-se, pois (em suma, e em antecipação), que a interpretação é subjectivista historicista, conjugada, sistémica e exegeticamente balizada.

Em suma: o Direito português – a começar pela opção nomogenética/metodonómica da Constituição de 1976 – não consagrou uma *metodonomia literalista simplista*. Como se acabou de indiciar, e como mais detidamente se evidenciará nas páginas seguintes.

### §164 (Breve referência a *espécies de significados juridicamente relevantes*)

Entre os *possíveis significados* de cada palavra, há significados que são, em termos metodonómicos, diferenciadamente tratados. Passa-se ao levantamento dessas *espécies metodonomicamente relevantes de significado*, confrontando espécies, e apontando as respectivas particularidades.

**1.º** Palavras de significação *unívoca versus polissémica*, consoante corresponda, ao significante, 1, ou mais do que 1, significado. Caso seja unívoca (por interpretação que sempre tem, a montante, o atendimento a todas as *fontes de recenseamento* acima referidas – pois, caso contrário, a univocidade pode ser meramente aparente), dispensa-se, naturalmente, todas as operações de superação de ambiguidades (à luz dos vários elementos dispostos no art. 9.º/1), e de controlo do texto à luz do limite do art. 9.º/2.

**2.º** Trata-se de, por um lado, o *significado* (ou – termo mais vulgar – *conceito*) *indeterminado normativo* e o significado *principial-vectorial*, e, por outro lado, *outros significados*. As primeira e segunda espécies estão vedadas (pois concitam considerações principialistas, axiológicas) ao juiz – conforme opção jurídico-constitucional. Sem prejuízo do regime do *negócio jurídico*.

Assim, a sua consagração, nos textos legais, é meramente manualística (mero nome de regimes – por exemplo, "Estado de direito democrático" –, mera explicitação de material axiológico consumpto em certo regime). Enquanto norma dirigida ao tribunal, a norma que o inclui é inconstitucional, sem prejuízo do *aproveitamento* de conceitos indeterminados normativos (como a boa fé) no âmbito do instituto *lacunas*.

Salienta-se, assim, que, sem prejuízo da exclusão constitucional da *ponderação principialista*, bem como do preenchimento axiológico-principialista dos conceitos indeterminados normativos, há conceitos indeterminados normativos que podem ser *aproveitados*. Conceitos *plásticos*, permeáveis a concepções e funções que o legislador lhes venha a cominar. Se (tomando como paradigma a *boa fé* no Código de 66), na vigência da translegalista Constituição de 33, são consagrados como permeáveis a novas realidades sociais, a novas valorações, permeáveis estão a valorações sociais, consumptas em lei, sobre a sua própria função. Ou seja: a sua plasticidade abrange a alteração da sua própria função: com uma função translegalista em 66, passa a função *mais modesta* com a Constituição de 76. Assim, são relevantes em sede de integração de lacunas, como adiante evidenciado. Tal como podem ser *aproveitados* em sede de interpretação da lei: Exemplifica-se: se um conceito concita as categorias justo/ injusto, conveniente/ inconveniente, bom/ mau, mas, também (com relevância jurídica), as categorias lícito/ ilícito, então será aproveitado (exclusivamente) quanto a este último binómio (lícito/ ilícito).

Ainda sobre os conceitos indeterminados normativos, cabe assinalar que conceitos parcialmente *não indeterminados* e parcialmente *axiologicamente indeterminados* são conceitos indeterminados normativos. À maneira de uma soma aritmética em que, ao lado de muitas parcelas expressas em valores exactos, se junta a parcela "x" – o rigor daquelas outras parcelas fica prejudicado. Pois o resultado da soma depende do valor, por cada um, em cada caso, atribuído à variável "x". Sendo, aqui, "x" o resultado de ponderação principialistas.

Finalmente, acerca desta classificação, cabe explicitar que os *conceitos indeterminados fácticos* como seja "cheiros" ou "calor" (no art. 1346.º do CCiv.) não têm, ainda que exigindo mais trabalho ao juiz, particularidades metodológicas.

Ainda quanto a conceitos indeterminados fácticos: a indeterminação fáctica caracteriza, de resto (ainda que em medida muito variada), qualquer conceito… (inclusive, os mais determinados – quanto à fixação do seu exacto *alcance*, ou seja, quanto à zona cuja inclusão no conceito requer mais trabalho do intérprete). Recorde-

se o que foi dito quanto a balizamento semântico, na resenha metodonómica no final do Livro 2.º.

**3.º** *Significado primeiro* versus *significado definitivo*: o significado *definitivo* é o apurado no final das operações de interpretação, atentos todos os materiais interpretativos; o *primeiro*, ou seja o que *mais colado* está ao significante (seja técnico, seja comum), e que, por isso, é o *preferencial*, tem a particularidade de ser o *definitivo* nos casos de *equivocidade persistente* (ou seja, de equivocidade resistente ao auxílio dos elementos interpretativos) - conforme disposto no art. 9.º/3.

**4.º** O *significado primeiro* versus *significado mínimo (recôndito)*: o significado *primeiro* é o significado que, como dito, mais colado está ao significante; o *mínimo* é o significado *recôndito* da palavra. A propósito de *recôndito*: adiante se evidenciará que "mínimo" significa *qualitativamente mínimo* e não *quantitativamente mínimo*. A relevância específica do significado mínimo é a de consistir no *limite não ultrapassável* pelo significado *definitivo* (conforme disposto no art. 9.º/2).

**5.º** *Significado perfeito* versus *significado imperfeito*: o significado *perfeito* é o significado expresso de forma cabal e linguisticamente devida. O significado *imperfeito* é, pelo contrário, quer o significado contido em *fórmulas expressas no texto* (com a particularidade de apenas por inferência lógica, ser evidenciado), quer o significado *recôndito* de um significante, tendo, o legislador, à sua disposição, outro significante cujo *sentido primeiro* é o dito significado. A relevância do significado *imperfeito* é a de, juntamente com o significado *mínimo* (*rectius*, qualificando-se o *mínimo* como *podendo ser imperfeito*), consubstanciar a moldura dentro da qual se encontra o *sentido definitivo* (conforme disposto no art. 9.º/2).

Finalmente, explicita-se que, naturalmente, a qualificação de um conceito como sendo de uma destas várias espécies [meta-conceptuais] *já* resulta de trabalho interpretativo.

### §165 (*Conteúdo* do texto. Normas sobre elementos interpretativos)

Recenseados e classificados os significados, justifica-se este curto parágrafo para explicitar que o *significado*, ou seja, o *conteúdo*, a *mensagem*, o *pensamento* vertido no texto legal é, *grosso modo* ("*grosso modo*", pois, rigorosamente, são ainda necessárias as tais operações metodológicas a jusante da determinação do sentido definitivo – remete-se para o § sobre acepções de método, no Livro 2.º), a *norma jurídica* – expressão polissémica a retomar no próximo parágrafo.

Ora, pode-se encontrar, entre esses *conteúdos*, *pensamentos normativos*, normas com função de dicionário, bem como normas *conformadoras* de elementos interpretativos (e *até* de métodos de interpretação especiais) da própria lei interpretanda (numa já referida técnica legislativa a merecer reparos).

Destaque-se as definições legais: são tão vinculativas quanto outro texto legal. Salvo se, como pode acontecer com outro texto legal, o legislador a *desvalorizar*, qualificar como não vinculativas essas definições. Recorde-se: é lei. *Então*, a ela se está *sujeito*, conforme constitucionalmente estabelecido. Naturalmente, e como evidenciado no parágrafo seguinte, esse trecho legal será *interpretado conjugadamente* com outros. Podendo ocorrer que o trecho definidor seja complementado com outros trechos legais que evidenciam outras notas características do definido. O que é uma mera e natural manifestação do *estilo sincopado articulado*, caracterizador do discurso jus-normativo do legislador. Tenha-se presente o disposto no art. 203.º do CCiv: não impede que outras classificações sejam feitas, reflectindo diferenças de regime).

### §166 (Da *extensão* do elemento literal interpretando)

Continuando a explicitar a caracterização do *texto legal*, no âmbito do método de conhecimento do Direito, cabe evidenciar o relevo da expressão *texto legal* (em contraposição com a *letra da lei*), no art. 9.º/1. Retomando, de resto, o Livro 2.º, sobre o omnipresente pensamento jus-sistemático – que começa por ser atenção à globalidade dos textos legais).

Tal como a simples frase *O António foi à escola* traz consumpto o sistema linguístico que é a língua portuguesa, uma norma traz consumpto o sistema jurídico. Passa-se a explicitar:

**1.º** Se se escrever "*O OINOTNA foi à escola*" não se estaria a observar regras do sistema; tal como se se substituísse as letras por *caracteres chineses*; tal como se se escrevesse *Escola foi António o à*. Tal como não resultaria se, solipsisticamente, o falante emissor seguisse a seguinte regra "*escola*" significa "*avó*" – pois ninguém ficaria a saber que o *António foi à avó*.

Outros exemplos poderiam ser dados. Certo é que aquela frase incorporou um *mundo de regras* quanto a *signos admitidos*, de regras de *sintaxe*, de *morfologia*, de *semântica*.

Ora, passando ao Direito, se se olha ao tipo de norma mais emblemático do Direito – aquela que faz corresponder a um facto jurídico um efeito jurídico (*i.e.*, a constituição/ modificação/ transmissão/ extinção de uma situação jurídica, sendo esta, *grosso modo*, um poder-fazer ou um não-poder-fazer ou um ter-de-fazer) – tem-se uma *frase do Direito*. Que também incorpora um mundo de regras – as do sistema jurídico, como visto no Livro 2.º.

Quanto a outras acepções de *norma*, remete-se para os correspondentes §§120 e ss., no Livro 2.º. Neste momento, o que se acaba de recordar visa clarificar a relação entre norma e as particularidades *estilísticas* do texto interpretando. O que se faz de seguida.

**2.º** O *texto* é apresentado por *unidades linguísticas* – os *artigos* – cuja interpretação desvela a *norma* (em acepção muito ampla); podendo 1 artigo ter parte (como acontece com uma definição legal) de uma norma de conduta (com a sua previsão e a sua estatuição), ter uma norma de conduta ou ter várias normas de conduta.

**3.º** Feito este enquadramento, fácil é agora evidenciar a *extensão dos textos a interpretar*, *i.e.*, a medida do objecto da interpretação da lei – seja na ausência, seja na presença do caso (e seja, este, verdadeiro ou fictício, concreto ou típico): cabe ao destinatário do Direito interpretar as *leis* na medida do *problema suscitado*, ou, se existe interlocutor (dentro ou fora de um processo judicial), na medida do *problema* ou do *plausivelmente problematizável*. Essa interpretação versa sobre *todos os tre-*

*chos* (sejam da Constituição, sejam de um *obscuro* decreto-lei sobre os *ingredientes de produtos de higiene* (como o Decreto-Lei 189/2008, de 24 de Setembro), sejam de um regulamento da União Europeia, sejam de um regulamento autárquico) que tratem do problema. Dessa interpretação resulta a *norma* que resolve o problema – a norma que é, afinal, *o sistema direccionado ao problema x, ao caso y*. A norma sistémica.

Exemplo: se se pretende apurar a forma suficiente para a compra de um apartamento, encontra-se a seguinte norma: o contrato de compra e venda de um apartamento é válido se for celebrado por escritura pública ou documento particular autenticado. Correspondente ao sentido normativo resultante da interpretação conjugada dos artigos 875.º e 204.º, do Código Civil (não havendo necessidade de outras explicitações sistémicas). Trata-se do *carácter conjugado* da interpretação. O que, nestas páginas, é designado por *interpretação conjugada* (não obstante a *impropriedade* da expressão. Pois não há o tipo *interpretação conjugada*; há, sim, um *carácter conjugado* em qualquer *caminho interpretativo*).

Em suma: não se interpreta uma palavra, nem um número de um artigo, nem um artigo. Interpreta-se *potencialmente* todas as leis, e, *efectivamente*, as leis concitadas pelo problema. Por outras palavras: a *letra da lei*, referida no art. 9.º/1, é a *palavra* inserida na oração, no período, no parágrafo, no número, no artigo, na *totalidade dos textos legais* concitados pelo problema, pelo caso. Cada palavra é interpretada atento esse *contexto*.

### §167 (Da *interpretação conjugada* e da *unidade do sistema*)

A unidade do sistema é a ausência de contradições lógicas jus-normativas, no seio dos textos legais. E, por isso, é estudada a propósito do texto e não do outro *suporte* que é os trabalhos preparatórios. Certo é que a prevenção de contradições se faz de várias formas que não especificamente em sede interpretativa (ainda que nelas esteja, naturalmente, implicada a tarefa de interpretação): (i) com a *invalidade* da norma que contraria norma a que aquela está hierarquicamente subordinada (por

exemplo, norma de Decreto-Lei que infringe norma constitucional); (ii) com a *cessação de vigência* de uma norma por revogação, por caducidade (seja, ou não, esta, por entrada em vigor de norma hierarquicamente superior); (iii) com a *prevalência* de norma por resolução de conflito no espaço ou de conflito no tempo; (iv) com a *prevalência* de norma especial relativamente a norma geral (o que, a não acontecer, acarretaria uma contradição lógica).

Por outras palavras: essas "várias formas" consistem na aplicação de normas que elegem 1 norma entre várias em conflito (seja suscitado, o conflito, suscitado em abstracto, seja suscitado em concreto, a propósito de *colisão de direitos* – que é, rigorosamente, *conflito de normas legais*). Salienta-se: no conflito não está em causa *eleger 1 sentido de entre vários sentidos* de certo texto. Elege-se, sim, *1 norma entre várias normas já apuradas por método de interpretação /detecção/ integração*. Ainda tendo presente as várias acepções de método jurídico, salienta-se que esta *normativa eleição* de norma entre várias normas é operação no seio das várias operações metodológicas (das quais, aqui se privilegia a interpretação) conducentes à norma jurídica sistemicamente escorada (a *tal* norma jurídica propriamente dita, a norma-enquanto-sistema-orientado-ao-caso, a *norma sistémica*).

Ora, também o *método de interpretação da lei* pode proporcionar a *unidade do sistema*: sirva de exemplo: se a palavra *x* tem os sentidos $x_1$ e $x_2$, e se o sentido $x_1$ contraria norma constitucional, então, a *unidade do sistema* aponta a prevalência do sentido $x_2$.

Explicita-se, pois, que se usa *interpretação conjugada* para a interpretação que contempla vários textos legais, cujos sentidos se revelam complementares. Diferentemente, a interpretação que reflecte o elemento *unidade do sistema* pode ser designada *interpretação sistémica* ou *sistemática* (que, aliás, pressupõe a *interpretação conjugada* de textos legais).

Explicita-se que a interpretação sistémica se traduz na *interpretação conforme a normas* constantes de diplomas que o sistema qualifica como hierarquicamente superiores (designadamente por critérios orgânico-procedimentais) à norma interpretanda. Assim, por exemplo, fale-se em interpretação de um decreto-lei em conformidade

com a Constituição, ou em conformidade com as normas (abrangendo princípios-norma) de direito internacional geral ou comum, recebidas pelo disposto no art. 8.º/1, da CRP, ou em conformidade com uma convenção internacional, ou em conformidade com um regulamento da União Europeia, ou de uma portaria em conformidade com um decreto-lei.

### §168 (A *unidade do sistema* e o *espírito do sistema*)

Tendo sempre presente o regime jurídico-constitucional da nomogénese, explicitado no Livro 2.º, e tendo presente que ao juiz está vedada a dimensão axiológica / ponderação principialista consumpta na norma legal, cabe, agora, perante as disposições densificadoras desse regime, sublinhar que juízos acerca da *unidade axiológica* ou *unidade principialista* não têm lugar no trabalho do juiz.

O mesmo não acontecia em 1966, atenta a vigência da Constituição de 1933 que, com o disposto no seu art. 4.º, admitia Direito translegal. Assim, havia lugar para que uma lei ordinária consagrasse a solução constante do art. 10.º/3, em que o juiz é posto na posição de legislador, na feitura de uma norma geral e abstracta, ainda que inteiramente *consumida* no *caso entre-mãos*, e ainda que com o limite do *espírito do sistema*.

Como se verificará, o disposto no art. 10.º/3 é inconstitucional. É, aqui, referido, apenas por contribuir para a elucidação de "unidade do sistema". À *distância de umas poucas linhas*, entre o art. 9.º/1 e o art. 10.º/3, são usadas desde *Manuel de Andrade* até à versão *Projecto do Código Civil* a expressão "totalidade do sistema jurídico" [62] e, por outro lado, a expressão "espírito do sistema vigente". Ora, sendo "espírito do sistema" a "tábua de valores" referida por *Manuel de Andrade* [63], ou seja, o conjunto de valores e princípios caracterizadores do sistema jurídico português, então a diferenciada expressão *totalidade do sistema* (bem como a *unidade do siste-*

[62] Esta expressão veio, entre a 2.ª Revisão Ministerial e o Projecto de Código Civil, a ser substituída por unidade do sistema (*V.* Adenda documental, quadro sinóptico).

[63] *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*, Arménio Amado, Coimbra, 1978, 3.ª ed., p. 87.

*ma* que vingará na versão definitiva) terá outro significado – precisamente, *unidade lógica do sistema*. De resto, a Constituição, atenta a consagração do positivismo legalista, o arredamento do juiz de considerações axiológicas e principialistas (e atento, ainda, o disposto no art. 290.º da Constituição), impede que *unidade do sistema* signifique a unidade axiológica /principialista do Direito português. Por outras palavras: a expressão "unidade do sistema" é suficientemente iluminada pelo confronto com a expressão "espírito do sistema"; mas, ainda que não ficasse iluminada, ou seja, ainda que admitisse, como igualmente plausíveis, os significados *unidade lógica* e *unidade axiológica*, haveria lugar a *interpretação conforme* à Constituição, conduzindo à prevalência do significado *unidade lógica* (e não *unidade axiológica*) como correspondente à expressão "unidade do sistema". Sob pena de invalidade, por desconformidade com o disposto no art. 203.º da CRP.

### §169 (Explicitações – a retomar a propósito do disposto no art. 9.º/2)

Ainda acerca dos elementos *textos* e *unidade do sistema*: a *interpretação sistémica* não se confunde, naturalmente, com a *criação*, pelo juiz, *de sentidos conformes à Constituição*, nem se confunde com a atribuição, pelo juiz, de *prevalência de um sentido conforme à Constituição* que, à luz do conjunto das regras sobre interpretação, não é o prevalecente. Assim (e como meros exemplos):

**1.º** Exemplo: **(i)** se *x* admite, como significados possíveis $x_1$ e $x_2$; **(ii)** e quer $x_1$, quer $x_2$ são inconstitucionais; **(iii)** ainda que $x_3$, já fora da moldura literal, seja conforme com a Constituição; **(iv)** $x_3$ não é sequer atendível como sentido de *x*.

**2.º** Exemplo: **(i)** se *x* admite, como significados possíveis $x_1$ e $x_2$; **(ii)** se o legislador estabeleceu, no próprio texto legal, que *x* significa $x_1$; **(iii)** se $x_2$ está conforme à Constituição; **(iv)** ainda que $x_1$ seja inconstitucional, $x_1$ é o sentido prevalecente.

### §170 (A *interpretação conjugada* e a *conjuntura presente*, referida no art. 9.º/1, *in fine*. Explicitações referentes à relevância da *conjuntura presente*)

Complementando o que atrás ficou dito sobre a *conjuntura presente*: consiste, o recurso a esse elemento, em buscar auxílio interpretativo nos textos legais posteriores à data da publicação da lei em vigor, e que evidenciam as realidades da vida social tida em atenção desde então. Ora, se a palavra interpretanda tem os significados possíveis $x_1$, e $x_2$, e se as realidades sociais entretanto juridicizadas, *rectius*, as disposições legais mais recentes apontarem para $x_2$, cabe dar prevalência a $x_2$ (se as restantes directrizes metodológicas não apontarem no sentido $x_1$). O mesmo se diga quanto a trabalhos preparatórios das leis novas: se estes apontarem para $x_2$, será este, nesses mesmos termos, o sentido prevalecente.

Explicite-se que não cabem, aqui, *inovações semânticas da palavra x*. Ou seja, cada palavra da lei – repete-se – não é um *invólucro carecido de alma* dada pelo juiz. É a *alma dada pelo legislador* ao *significante*; e a este o legislador tem de recorrer para comunicar o seu pensamento jus-normativo. Assim, se, entre falantes, a palavra x *ganha*, após a publicação da lei, o significado $x_3$ (supondo que tal aquisição semântica existe e é demonstrável, por exemplo, por inclusão no léxico admitido pela Academia), $x_3$ não é sentido possível – pois este não foi pensado pelo legislador.

Assinale-se que a republicação do diploma é acto administrativo da Imprensa Nacional Casa da Moeda e não equivale a [consciente] uso de $x_3$ pelo legislador. Nesses casos (de republicação), o legislador profere juízo de legislador relativamente às alterações à lei. Só essa tem o valor de nova lei. As disposições cuja redacção se mantém são lei válida e eficaz com os correspondentes sentidos – desde o momento da *feitura* (que, *grosso modo*, coincide com a originária publicação – e não desde a republicação. Sem prejuízo de, no novo diploma, o legislador incluir *disposição revogatória* (só aparentemente *interpretativa*) em que estabelece que *x* passa a valer como $x_3$ (e, por só aparentemente estar a interpretar *x*, pois o s*entido é novo* – ainda que para significante velho –, $x_3$ não concita a aplicação do disposto no art. 13.º do Código Civil).

Cabe, ainda, lembrar o que foi dito, na caracterização da metodonomia com sede na Constituição, sobre o caso do *modem*: a exclusão de significados novos (referida acima) não se confunde com a exclusão de realidades novas (posteriores à lei interpretanda) subsumidas em certo significado pensado ("pensado" enquanto género), pelo legislador (o que acontece, frequentemente com a inclusão de artefactos técnicos recentes em significados velhos).

### §171 (Da conjuntura presente *específica*. Ainda o carácter subjectivista-historicista dos elementos interpretativos)

A primeira fórmula, no processo de feitura do Código Civil, é de *Manuel de Andrade*: "[…] projectando-o [o pensamento legislativo] nas condições do tempo actual […]". Com a 1.ª revisão ministerial, passou a explicitar-se que "condições do tempo actual" eram apenas as "específicas condições". Mais tarde (com o Projecto de *Miguel Galvão Teles*, sobre estes primeiros artigos), esta *nota actualista* passa a conviver com a *nota historicista* "circunstâncias em que a lei foi elaborada". Outra alteração (com influência de *Miguel Galvão Teles*) é a seguinte: substitui-se a fórmula *projectar o pensamento legislativo nas condições do tempo actual* por "reconstituir […] o pensamento legislativo tendo […] em conta […] as condições específicas de tempo em que é aplicada.*"* Todas estas minuciosas alterações restringem a *nota actualista*. No entanto, relevante, hoje, após a Constituição de 1976 e, atento o disposto no art. 290.º da CRP, é, entre os vários sentidos possíveis, atender ao sentido conforme à Constituição. E esse é o de a *conjuntura presente* circunscrever-se ao que dela revela a produção legislativa verificada entre a publicação da lei interpretanda e a sua aplicação. Ou seja: releva a conjuntura *segundo o legislador*.

Retomando a justificação para a impropriedade da *conjuntura passada*, da *conjuntura presente*, e da teleologia quando *conjecturadas pelo juiz*: tomando como exemplo a *occasio legis*: pode uma lei ser criada, verificando-se, na vida social duas ou três situações fácticas que, cada uma *per se*, bem a justificaria. E, no entanto, só

uma delas ter dado azo à lei. Ora, se o juiz trabalhasse com as outras, poderia ser conduzido a teleologias falsas (designadamente pela acima referida *petição de princípio*), e, assim, a repercussões erróneas em sede de apuramento do significado definitivo do texto legal. Ou poderia, ainda, acontecer que certa lei indicie determinada *occasio* quando, na verdade, a solução em causa foi *moeda de troca* no âmbito do processo legislativo, para que outra medida legal (no mesmo ou em diferente diploma) pudesse vingar (por exemplo, no âmbito da concertação social, com teleologias, por exemplo, mais próximas de interesses de grupos).

Em suma: os elementos interpretativos *preenchidos* aos olhos de cada juiz (o que consubstanciaria uma *conjuntura passada de cariz objectivista*, ou uma *teleologia objectivista*) não são atendíveis. E não o são, precisamente, pela consagração jurídico-constitucional do subjectivismo-historicista, bem como da exclusão da ponderação principialista judicial.

Finalmente, ainda um sublinhado: Sobre qualquer dos elementos referidos – conjuntura passada, *conjuntura presente* e *teleologia*, cabe assinalar os *patamares variados* de grau de abstracção/ concretude de valores/ princípios/ interesses a ponderar: a *occasio legis* pode ir desde a genérica fórmula *condições de vida dos portugueses* à *degradação do edificado nas zonas históricas dos centros urbanos mais procurados por turistas* – como justificação da mesma norma legal. Ora, interessa o que há de *específica justificação da norma*. O que implica especial dificuldade para um juiz. Assinale-se, a propósito, a introdução da palavra "específicas" na 1.ª revisão ministerial do art. 9.º/1 restringindo a fórmula de *Manuel de Andrade*. Sob pena, de todas as normas terem afinal a mesma teleologia de cariz social: *a melhoria das condições de vida dos portugueses*.

## **Capítulo 3.º-** O subjectivismo-historicista e os trabalhos preparatórios.

### §172 (Resumo. Ainda a autonomia do *subjectivismo-historicista* perante [eventuais] *trabalhos preparatórios*)

Justifica-se um apanhado do que se disse, ao longo do texto, sobre o subjectivismo-historicista e os trabalhos preparatórios. Retomas que se justificam pela plausível clareza proporcionada por pequenas variações na forma de se expor regimes (atendendo ao afastamento da Hipótese ante a Lição dominante).

**1.º** O subjectivismo-historicista está consagrado na Constituição. Atenta a Hipótese, a tradicional *querela de métodos* está, *de iure constituto*, resolvida.

**2.º** O subjectivismo-historicista reflecte a exclusiva *sujeição* do juiz à jus-normatividade (efectiva – e não meramente *potencial*) presente no texto legal. Assim, o pensamento é procurado no *texto legal*.

**3.º** Diferente é a questão da atendibilidade aos trabalhos preparatórios. O subjectivismo *basta-se* com a sujeição *ao texto.* Pelo que, como se evidenciará, subjectivismo (não subjectivismo extremo) e objectivismo (não pseudo-objectivismo) *grosso modo* coincidem. Precisamente pelo respeito ao texto legal publicado. Os trabalhos preparatórios são um *plus*.

Em suma: um sistema pode ser subjectivista-historicista (pois o texto legal é a forma por excelência de o legislador comunicar o pensamento) e não admitir os trabalhos preparatórios.

**4.º** No Direito português actual, os trabalhos preparatórios são admitidos. Retome-se:

**a)** se o legislador admite que o tribunal, que o juiz busque esclarecimentos em *meros dicionários* comuns de uma qualquer editora comercial, bem como os busque junto da Doutrina, então, naturalmente, admite que o juiz busque esclarecimentos em trabalhos preparatórios *com função de glossário* da lei interpretanda, com o *selo* do próprio legislador;

**b)** se o legislador admite **(i)** que se busque esclarecimentos em elementos interpretativos auxiliares, como, por exemplo, a *conjuntura passada*, não obstante a *conjuntura passada* não constar do próprio *texto legal*, **(ii)** e tendo ainda presente que os trabalhos preparatórios podem evidenciar (com a autoridade do próprio legislador)

essa *conjuntura*, então, admitir elementos interpretativos como a *conjuntura passada* é admitir o correspondente suporte documental mais fidedigno: os trabalhos preparatórios.

Passa-se a apresentar várias espécies de trabalhos preparatórios. Em comum, o facto de serem secundários perante o *texto legal*, pois não são, por definição, a versão última da vontade do legislador, a versão última do texto veículador da norma por ele criada.

O grau de proximidade com o fidedigno pensamento jus-normativo do legislador é o critério seguido na sua apresentação. Esse *grau de proximidade* quanto ao legislador e ao texto legal publicado pode variar, por exemplo, pela autoria, pela data, pelo *grau de elucidação* dos trabalhos preparatórios.

### §173 (Da autoria dos trabalhos preparatórios)

Os trabalhos preparatórios podem provir do próprio legislador: por exemplo, o preâmbulo de um decreto-lei, cuja feitura cabe ao Estado-legislador, pelo seu órgão governo; ou as actas de sessão da Assembleia Municipal em que se discute, no âmbito da feitura de um regulamento da autarquia que é o município. Ou provir de terceiros: por exemplo, académicos, magistrados, advogados a quem, isolada ou colegialmente, o legislador *encomendou* um estudo.

Naturalmente, segundo o critério ditado pelo subjectivismo-historicista (quanto mais próximo do legislador e da lei por si feita, maior o valor do trabalho preparatório), os primeiros prevalecem sobre os segundos.

### §174 (Da data dos trabalhos preparatórios)

Quanto ao momento de feitura dos trabalhos preparatórios em causa: naturalmente, os mais recentes trabalhos preparatórios estão mais próximos da vontade que

veio a ser lei. Por exemplo, ao longo dos 22 anos da feitura do Código Civil, muitas etapas foram percorridas a caminho da versão final legal. Tendencialmente, os mais recentes serão mais relevantes do que os menos recentes (no pressuposto de que uns e outros apontam para sentidos enquadráveis nas palavras da lei).

### §175 (Do suporte dos trabalhos preparatórios)

Os trabalhos preparatórios podem ser objecto de publicação oficial (por exemplo, os estudos de *Vaz Serra*, com vista ao novo Código Civil) ou não (por exemplo, correspondência inédita entre o *legislador* e *especialistas* na matéria objecto da regulação legal em preparação.

Seguindo o mesmo critério, os primeiros prevalecem sobre os segundos – designadamente, quando a publicação de uns e a não publicação de outros é operação do titular do poder político autor da lei, pois é o próprio que, ao publicar os primeiros, está a considerá-los mais elucidativos para os destinatários da lei, *maxime*, para a comunidade jurídica.

Assinale-se, a propósito: suponha-se que um juiz investiga o significado de uma lei, e encontra em alfarrabista, um fidedigno manuscrito inédito de jurista que havia influenciado (confessadamente) o autor material da lei portuguesa interpretanda. Plausivelmente, dará a conhecer o manuscrito, e será ponderada a argumentação aduzida, nele fundada. Se é atendível, no âmbito da investigação de um sentido legal, o recurso a um dicionário de alguma recôndita editora, também ele encontrado em alfarrabista, então, os trabalhos preparatórios como o dito manuscrito são atendíveis. E, do mesmo modo, atendível é a fidedigna correspondência inédita em que o legislador seja um dos correspondentes.

Desde que o material seja fidedigno, o carácter inédito ou recôndito, seja em ciência do Direito, seja em biologia, seja em astronomia, não são obstáculos à respectiva ponderação. A dificuldade ou o acaso no acesso a *dados* não os nega. E, perante *dados*, cabe estudá-los.

Necessário é que o sentido definitivo apontado caiba no texto legal. Acrescenta-se: casos haverá em que textos epistolares, ponderados todos os critérios aqui apresentados, prevalecem sobre textos publicados. Por exemplo, em atenção à data (mais próxima) e à autoria (o próprio legislador).

Finalmente, a propósito do que se acaba de dizer sobre manuscritos e correspondência: são conhecidas as dúvidas suscitadas pelo projectado art. 9.º/IV de *Manuel de Andrade* (autor dito *objectivista*, e que não deixou de atribuir valor a trabalhos preparatórios). Trata-se de texto que venceu os sucessivos exames que a Doutrina e o Governo lhe fizeram, tendo soçobrado na última etapa de feitura do Código Civil: a etapa entre o Projecto de 1966 e a versão de diploma legal. Trata-se, aliás, de dúvidas respeitantes à delimitação dos casos de relevância e de irrelevância dos trabalhos preparatórios.

### §176 (Tipo de discurso nos trabalhos preparatórios)

Está, aqui, em causa a forma de o legislador *manifestar a sua vontade*, em cada documento-etapa ao longo da feitura da lei: estilo assertivo, coerente e definitivo, ou estilo dubitativo, sincrético e provisório.

Tendencialmente, os primeiros prevalecem sobre os segundos. No entanto, poderá acontecer que a dúvida, a hesitação evidencie ponderação aturada, feita entre duas palavras, vindo o legislador a escolher uma delas; nessa hipótese, confrontado esse trabalho preparatório com o texto final, conclui-se que a palavra usada culminou essa aturada reflexão. O que se acaba de dizer é reforçado na hipótese de *redacções alternativas* de um texto legal levadas a votação. O que se ilustra, precisamente, com o que aconteceu aquando da aprovação de normas constitucionais fundantes de todo o sistema jurídico, na *preparação* e na *confirmação*, por décadas, do disposto nos artigos 203.º, 3.º/2, 2.º e 16.º da CRP. Aí, a rejeição, por votação, de uma das redacções evidencia a definitiva [e aturadamente ponderada] opção pela outra).

**§177 (Do objecto dos trabalhos preparatórios. Glossário *versus* conjuntura passada e teleologia).**

Finalmente, ainda sobre a variedade dos trabalhos preparatórios, atenta a sua função, o seu objecto: distinga-se, por um lado, *trabalhos preparatórios* que elucidam o próprio texto legal interpretando, com a já apontada função de glossário do texto legal, e, por outro lado, trabalhos preparatórios que apenas *mediatamente* proporcionam esclarecimento: os trabalhos que versam sobre a conjuntura passada e a teleologia que, por sua vez, se revelem esclarecedoras do texto interpretando.

Também à luz do critério apresentado, dá-se prevalência aos *trabalhos preparatórios-glossário*, relativamente aos restantes. Precisamente pelo carácter *imediato* dos esclarecimentos (pois trata-se de *elementos linguísticos*. *Mais próximos* do pensamento do legislador do que, por exemplo, realidades sociais de que se infere certo propósito do legislador, certo pensamento jurídico).

Complementando o que já foi dito sobre esses elementos interpretativos: quanto à conjuntura passada, a fórmula "circunstâncias em que a lei foi elaborada" foi proposta por *Miguel Galvão Teles* (que, jovem jurista, secretariava a Comissão do Código Civil), apresentada no documento já atrás referido (e reproduzido na Adenda Documental), e aceite pelo Ministro *Antunes Varela*.

E, no que concerne à *teleologia*, cabe assinalar que a *teleologia* ainda que inferível da conjuntura passada, com ela não se confunde. Como ficou dito, o *porquê* pode iluminar o *para quê*. Mas o *porquê* e o *para quê* não se confundem. Ao menos pela *operação de inferência* necessária para passar de um para o outro. Também a *teleologia* não se confunde com *pensamento legislativo*. Este é o *resultado* do processo interpretativo, este é, enfim, a *norma jurídica – rectius*, o *sentido definitivo* que será, ainda, sujeito a exames vários metodológicos (como dito a propósito das várias acepções de método.

Insiste-se: a teleologia, *per se*, está contemplada no art. 9.º/1 pela atipicidade dos elementos interpretativos, atenta a palavra "sobretudo". De resto, se a teleologia estivesse presente no n.º 1, natural teria sido usar-se a inequívoca *fórmula teleológica* presente no art. 10.º/2: "razões justificativas". Recorde-se que esta fórmula é propos-

ta por *Miguel Galvão Teles* e que *Miguel Galvão Teles* não a usa no seu projecto do art. 9.º. Ora, o uso de fórmula como essa poderia convidar a invocação de teleologia apurada em *petição de princípio* (cf. §159).

Assinale-se que *teleologia* como "a razão que justificou determinada regulamentação" já constava do texto inspirador do Estatuto dos Magistrados Judiciais de 1944: o discurso do Ministro da Justiça *Vaz Serra*, de 1940. Ainda que *Vaz Serra* venha, depois, nesse mesmo texto, balizar essas considerações teleológicas pelos *juízos de valor legais*.

A terminar, insiste-se: o art. 9.º não refere a teleologia. O que seria fácil. Aliás, *Manuel de Andrade* informa que se inspirou no Código Civil italiano. Que no seu art. 12.º (das *Disposições sobre a lei em geral*, preliminares ao Código Civil) consagra a relevância da *intenção* do *legislador*[64]. Teleologia que era enfatizada pela Doutrina que trabalhou sobre o Código de Seabra. *Tudo* do conhecimento de *Manuel de Andrade*. Finalmente, recorde-se a remissão e aplauso de *Manuel de Andrade* e *Vaz Serra* quanto ao art. 240.º e aos seus *juízos* de *valor* legais (*i.e.*, a prevalência, com selo do legislador, de certo *valor*, de certo *princípio* – e a situação social assim visada – é a *razão de ser* de cada norma). Ora, nenhuma fórmula com esse valor foi incluída no art. 9.º. Pelo que a teleologia tem lugar pela evidenciada *abertura* operada no art. 9.º/1 (ou seja, pela não-taxatividade de "sobretudo").

## **Capítulo 4.º-** O subjectivismo-historicista e o significado prevalecente (ou: definitivo).

---

[64] Recorda-se:

Nas "*Disposizioni sulla legge in generale*", preliminares ao Código Civil italiano (publicado na edição extraordinária do jornal oficial n.º 79, de 4 de Abril de 1942), temos:

*«12. Interpretazione della legge.*

*(1) Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla* intenzione *del legislatore.*

*(2) Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo* i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato.»

### §178 (O significado [ou: sentido] prevalecente)

Entre vários sentidos da palavra da lei, prevalece o sentido *mais próximo* do legislador (atento o regime nomogenético da Constituição, e seus corolários metodonómicos). O que ficou atrás ilustrado a propósito dos trabalhos preparatórios, atendendo às particularidades destes (não serem publicados, como lei, pelo seu autor – sem prejuízo das particularidades dos *preâmbulos*).

Nos próximos §§ apresenta-se directrizes-corolários desse critério *de maior proximidade do legislador*, quanto a *tipos de significados* (que não os já tratados em sede de trabalhos preparatórios).

Antes de as apresentar, faça-se breve resenha ilustrativa desse critério para a definição de prevalências: essa *maior proximidade* significa que (i) entre *sentido* da pessoa-titular do órgão legislativo (cuja vontade é *emprestada* à pessoa colectiva Estado) e o *sentido* do jurista a quem esse titular encomendou trabalhos preparatórios, prevalece aquele; (ii) entre *sentido* do preâmbulo da lei e *sentido* que consta dos estudos prévios, prevalece aquele; (iii) entre *sentido* que consta da lei e *sentido* que consta do preâmbulo, prevalece aquele; (iv) entre *sentido* que consta da letra e *sentido* que se infere da *occasio* prevalece aquele. Por outras palavras, prefere-se o sentido de *maior proximidade ao legislador* quando se prefere o legislador a terceiros; quando se prefere o sentido *recente* (relativamente ao momento da lei) ao *anterior*; bem como o *texto legal* a *trabalhos preparatórios*; e, ainda, o *texto legal* a *factos (por exemplo, realidades sociais)* dos quais se infere certo sentido.

Advertência quanto às directrizes de prevalência, apresentadas nos próximos §§: o que já ficou dito sobre o método de interpretação evidencia a *interacção* no seio de todos os *dados*, de todos os *materiais interpretativos*. Recorda-se o que foi dito, no Livro 2.º: neles, vislumbra-se várias *espirais hermenêuticas*: entre cada palavra e o trecho de que faz parte (designadamente, entre cada palavra que consubstancia a previsão e cada palavra que consubstancia a estatuição); entre esse trecho e a totalidade dos textos legais que *vão sendo interpretados*; entre texto legal e trabalhos preparató-

rios com carácter linguístico; entre texto e cada um dos elementos interpretativos. E se a interpretação é feita na presença de um caso concreto, outras tantas *espirais* existem – agora *enriquecidas* com o caso. Vindo, o caso, a concitar texto legal, e vindo o texto legal, a evidenciar realidades jurídicas na concretização e individualização do caso (que, por sua vez, podem concitar novos textos).

O que se acaba de dizer aponta para o carácter meramente tendencial e meramente exemplificativo das directrizes que, nos próximos §§ se passa a apresentar (cabendo lembrar o que logo de início, neste Livro 3.º, foi dito acerca do irrealismo com que o método interpretativo, *rectius*, os *dados interpretativos* são apresentados). Pois as combinações dos elementos são inúmeras, pelo que inúmeras as directrizes. *Tocar-se-á*, pois, apenas em algumas das relações entre *materiais interpretativos*. Começando pelas *conjunturas* (passada e presente), dado que a elas o legislador, nos próprios trabalhos preparatórios (discurso na Assembleia Nacional), se referiu.

### §179 (*Directrizes de prevalência* quanto aos *elementos interpretativos* [não linguísticos] entre si)

O legislador de 1966 estabeleceu, ao menos quanto à *conjuntura passada* e à *conjuntura presente*, que a ordem pela qual estão listadas no art. 9.º/1 não tem especial significado quanto ao valor de cada um desses elementos. O que não significa que tenham, forçosamente, e sempre, o mesmo valor. Apenas a *ordem* na enumeração não é suficiente para tal conclusão. No mais, rege o objectivo da interpretação: pensamento jus-normativo do *legislador histórico* (com a apresentada metodonomia presente na Constituição de 1976). Assim, tendencialmente, a *conjuntura passada* prevalece sobre a *conjuntura presente*, pois aquela está *mais próxima* do legislador histórico.

E quanto à *teleologia revelada pela occasio*, está, ela, *mais afastada* do legislador histórico: conhecida a *occasio*, dela se retiraria a intenção, e, a partir desta, se chegaria a certo sentido. Caminho feito de etapas *difíceis* para o juiz.

Ainda quanto à teleologia, *agora* apurada directamente a partir dos trabalhos preparatórios: *vale menos* que os restantes elementos na interpretação da lei. Atendendo ao "tendo sobretudo em conta". Assinale-se que este trecho foi sendo sucessivamente *retocado* desde o Projecto de *Manuel de Andrade*, sendo introduzida, a palavra "sobretudo" apenas na etapa final: entre o Projecto de 1966 e a versão definitiva. O que, naturalmente, revela [e confirma] trabalho e ponderação. Insiste-se no facto de o legislador não ter usado a fórmula *razões justificativas* nem outra semelhante que consagrasse a *teleologia* na interpretação. Em suma, a lei, perante os *perigos* [65] da teleologia (designadamente, a atrás referida tentadora invocação da teleologia em petição de princípio), afasta-a da interpretação da lei (sem prejuízo de, não havendo textos, ser relevante – em sede de integração de lacunas, como se evidenciará).

Quanto à *unidade do sistema*: trata-se de *salvar* normas legais. Presume-se que as normas legais são válidas. De facto, a intervenção (por exemplo) do Tribunal Constitucional não é requisito de validade e eficácia de uma norma. O facto *lei* produz o seu efeito (designadamente a criação de normas jurídicas) independentemente de, previamente, se atestar a sua não desconformidade com a Constituição. Assim, é de dar prevalência (no confronto com sentido apontado pela *conjuntura passada*) ao sentido que *salva* a lei, pois esse dá corpo à presunção da validade da *lei*. Assim, se, por exemplo, a *unidade do sistema* aponta para $x_1$ (entre os *significados* possíveis $x_1$ e $x_2$) e a *occasio* aponta para $x_2$, então prevalece $x_1$.

Assinale-se, a propósito, que, ainda que a *ponderada* expressão "tendo sobretudo em conta" surja antes da referência *unidade do sistema*, *conjuntura passada* e *conjuntura presente*, *Antunes Varela*, ao apresentar o Código Civil à Assembleia Nacional, apenas compara (*rectius*, compara em função da ordenação no texto legal) a conjuntura passada e a conjuntura presente. Nada dizendo sobre a *unidade do sistema* – estando, assim, esta, *fora* da igualação de valor que, quanto às *conjunturas*, foi, naqueles precisos termos, feita.

---

[65] De resto, a merecer referência no Digesto: D.1,3,21. Sem prejuízo, reconhece-se, de fragmento em sentido contrário: D.1,3,17.

**§180 (*Directrizes de prevalência* quanto à relação entre, por um lado, *dado auxiliar linguístico*, e, por outro lado, o *texto*)**

Caso o legislador, no seu texto legal (ou seja, atentas as palavras e a totalidade dos textos concitados no âmbito da referida *interpretação conjugada*), estabeleça que a palavra *x* (que, semanticamente admite $x_1$ e $x_2$,) vale $x_1$, então $x_1$ prevalece sobre tudo o mais. Pois é o próprio *legislador* a dizê-lo; pois trata-se do *texto* qualificado pela Constituição como a *lei* a que o tribunal está exclusivamente sujeito; e, por se tratar, *por definição*, da máxima *actualidade* (relativamente ao momento da lei), pois é a própria lei. Enfim, *três indícios* que evidenciam a *máxima proximidade* entre o significado e o legislador.

Explicita-se: ainda que os trabalhos preparatórios apontem em sentido diferente. Solução diferente ilustraria o *subjectivismo extremo*, o subjectivismo extralegal que, pelo menos, desde *Manuel de Andrade* está excluído (do Direito e da Doutrina).

**§181 (*Directrizes de prevalência* quanto à relação entre, por um lado, *elementos interpretativos* [não linguísticos] e, por outro lado, o *texto*. O disposto no art. 9.º/2: o *mínimo qualitativo* versus o *mínimo quantitativo*)**

Estabelece o n.º 1 do art. 9.º que a interpretação não pode limitar-se à *letra da lei* (ou seja, a trabalhar-se exclusivamente com o elenco dos *sentidos recenseados* – como já atrás dito e justificado). O que significa que é necessário *ter em conta a letra da lei e tudo o mais*. Mas, *ter em conta* a letra da lei e tudo o mais não significa [*per se*] que o *resultado final* tenha de corresponder, linguisticamente, verbalmente, às palavras da lei. Exemplifica-se o que se acaba de dizer, e que evidencia a pertinência do disposto no n.º 2 do art. 9.º: serem, as palavras da lei, recebidas como [apenas] *indício* de normatividade – *indício* esse que, somado a *valorações, ponderações principialistas, considerações teleológicas*, redundaria numa norma que poderia não

ter correspondência linguística, mas com correspondência nos valores induzidos do significado das palavras [66]. Ou seja, se não existisse o disposto no n.º 2, atendendo apenas ao disposto no n.º 1, seria possível ter a letra da lei como *ponto de partida* à semelhança de um *mote poético*: por ela se começaria mas a ela não se estaria confinado. Ora, vem, o legislador, no n.º 2 do art. 9.º, em termos categóricos dizer: "Não pode, porém…". Assim, apresenta limites aos sentidos que resultem da consideração conjunta das palavras e de todos os restantes materiais interpretativos. Limitação pela qual o legislador ordinário *atenuou* a *abertura do sistema* operada pelo disposto no art. 4.º da Constituição de 1933, sob cuja vigência o regime sobre a interpretação da lei foi feito.

Abertura essa (a disposta no art. 4.º) que permitia ao tribunal ir *até aos* limites da moral e do Direito. Cabe recordar que em anotação a manuscrito de *Pires de Lima* e em anotação a manuscrito de *Miguel Galvão Teles*, ambos reproduzidos na Adenda, *Antunes Varela* considerava que o disposto no art. 4.º da Constituição Política não se dirigia aos tribunais. Não se conhece fundamentação do Professor que afaste a solução resultante da interpretação conjugada dos artigos 4.º e 71.º da Constituição de 33. Pois, tratando-se, aí, da organização política do Estado, abrangendo, o "Estado", os órgãos do Estado, e contando-se, entre estes, os tribunais (art. 71.º), então, aqueles limites não se dirigiriam apenas ao Estado-legislador, mas, sim, também ao Estado-julgador. Sendo este, pois, regime antípode do positivismo legalista estabelecido na

---

[66] *Grosso modo*, é esta a leitura que *Oliveira Ascensão* faz do art. 9.º/2 (*O Direito…*, p. 382): "A letra não é só o ponto de partida, é também um elemento irremovível de toda a interpretação. Quer isto dizer que o texto funciona também como limite da busca do espírito. Os seus possíveis sentidos dão-nos como que um quadro muito vasto, dentro do qual se deve procurar o entendimento verdadeiro da lei. Para além disto, porém, não se estaria a interpretar a lei mas a postergá-la, chegando-se a sentidos que não encontrariam no texto qualquer apoio.

Esta conclusão não nos deve levar à conclusão oposta, de que a interpretação se deve limitar à escolha de um dos possíveis sentidos literais do texto. Em breve veremos que à letra se pode preferir o sentido que a letra traiu. Mas terá de se assentar na valoração de elementos que o texto, mesmo que defeituosamente, refere."

Aí, com aparentes muito pequenas alterações, o Professor chega a norma muito distante da admitida pelo texto do art. 9.º/2. Pois neste não se alude a "assentar" nem a "valoração". Mas, sim, a *correspondências semânticas*, ao caracter expresso. Aquelas palavras (*assentar*, *valoração*) concitam um mais largo campo para o juiz.

Constituição de 1976, com o disposto nos seus artigos 2.º, 3.º/2, 16.º, a pontificar no disposto no art. 203.º (cabendo remeter para o quanto foi dito no Livro 2.º).

Resta, pois, apresentar os *limites* consubstanciados no *texto*, ou seja, os limites consagrados no art. 9.º/2.

*Iniciada a caminhada* com o elenco dos significados possíveis, *passa*-se a atender aos elementos interpretativos (pelo menos, a *unidade do sistema*, a *conjuntura passada* e a *conjuntura presente*). Se a palavra *x* admite o significado $x_1$ e $x_2$ (não havendo, naturalmente, materiais interpretativos linguísticos que eliminem a dúvida), e se todos os elementos interpretativos apontam, inequivocamente, para o significado $y_1$ (ao qual se chega por *valor conotativo*, por *considerações axiológicas* a partir da *letra da lei* – neste exemplo, a palavra *x*), então dispõe, o art. 9.º/2, que *y* não pode ser *significado da lei*, não é *pensamento legislativo*, não é admitido como *Direito*.

Senão veja-se:

**1.º** O art. 9.º/2 começa com a adversativa "Não pode, porém …". Limita o que resulta da *caminhada* referida no n.º 1.

**2.º** O que *não pode* acontecer é considerar-se como *pensamento legislativo* o *sentido* que não caiba no *conjunto dos sentidos possíveis* de cada palavra (aqui, *palavra* é tomada como *significante*) presente no texto legal interpretando: é a *correspondência* verbal (e não *mero reflexo*, *assentamento*, *alusão*, *inspiração*) com que a metodonomia caracteriza a relação entre o *sentido examinando* (no seio da referida *caminhada*) e a *palavra interpretanda*. Insiste-se: essa *correspondência* é palavra-a-palavra. Ou seja, ela verifica-se (sob pena de exclusão do *sentido examinando*) quanto a *cada sentido* e a *cada palavra* presente no texto legal, não podendo haver *sentidos sem palavras correspondentes*, nem *palavras (esquecidas pelo juiz) sem sentido correspondente* (pois, nesta hipótese, teríamos: um sentido *zero* como correspondente – a uma palavra. Ora, a palavra é… palavra: significante e significado). É, enfim, tal *correspondência*, o cabimento de sentido dentro da moldura semântica de cada palavra (seja, esta, de sentido unívoco, seja esta polissémica).

**3.º** Essa correspondência tem de ser *mínima*. Ou seja, o *resultado proposto*, o *sentido examinando* pode não corresponder ao *sentido primeiro ou primário*, ao sen-

tido a que em *primeira linha* se associa a palavra. Pode, o sentido, corresponder a um *significado recôndito*, ao *mais recôndito* de todos os que a polissemia da palavra admite. Em qualquer dos casos, temos um *mínimo* de *correspondência*. Insiste-se: a correspondência tem de existir. Pode é ser *mínima*. "Mínimo" – insiste-se – por a lei admitir o recôndito. E não "mínimo" em *termos quantitativos*. Cabe explicitar o que se acaba de dizer: se o legislador usar a expressão *pessoa singular* e se, à luz da *unidade do sistema*, à luz da *conjuntura passada*, da *conjuntura presente*, da *teleologia*, o juiz concluísse que o legislador pretende falar de *pessoa jurídica*, não pode este significado ser atendido, precisamente, por *pessoa singular* não ter, como acepção possível (salvo, naturalmente, solipsismo do juiz, de que, *aqui*, não se trata), *pessoa jurídica*. *Pessoa singular* é expressão de significado especificamente jurídico, excludente de *pessoa colectiva*, pelo que excludente de significado que abrange as pessoas colectivas. Dizer que *pessoa singular* tem várias acepções e que uma delas é *pessoa jurídica* é tão improcedente quanto dizer que uma das acepções de *neutrão*, ou seja, um dos significados de *neutrão*, insiste-se, um dos significados do significante (*per se* considerado) *neutrão* é *partícula atómica*, abrangendo, com neutrão, o protão e o electrão…

Acontece que, se mínimo for entendido como *quantitativamente mínimo*, já o significado *pessoa jurídica* cabe em *pessoa singular*, pois há uma *correspondência parcial*: *pessoa singular* é um subconjunto de *pessoa jurídica*. De resto, se *mínimo* de correspondência significasse correspondência *parcial* (em termos quantitativos), tudo dependeria dos elementos interpretativos referidos: consoante estes, *pessoa singular* significaria ou *pessoa singular*, ou *pessoa jurídica* (com a pessoa colectiva). E tais extensões seriam, dependendo dos elementos extraliterais, possíveis quanto a cada palavra, de todas as palavras, de todos os textos legais:

- Compra e venda poderia significar contrato bilateral ou contrato ou negócio jurídico ou acto jurídico ou facto jurídico;

- poder vender poderia significar faculdade de dispor ou direito de propriedade ou direito subjectivo ou situação jurídica (quer activa, quer passiva);

- em suma: *contrato de compra e venda* poderia valer *facto jurídico*; *arbustos* (palavra presente no art. 204.º/1c) do CCiv) poderia valer *coisa*; *locatário* poderia valer *pessoa jurídica*; dever poderia valer situação jurídica (quer activa quer passiva);

- e acrescenta-se todas as *hipóteses simétricas*: em que o *sentido proposto* é não *mais amplo*, mas, sim, *menos amplo* que qualquer dos significados recenseados, pois também aqui haveria *correspondência parcial*: já não na modalidade *sentido examinando > qualquer dos significados recenseados*, mas, sim, na modalidade *sentido examinando< qualquer dos significados recenseados*.

Passa-se a evidenciar a improcedência de *mínimo* com este significado de *correspondência parcial*:

**(i)** essa *correspondência parcial* seria forma de o legislador se expressar *imperfeitamente*. Os exemplos evidenciam essa *imperfeição*. Ora, sendo assim, o *mínimo* seria o "*imperfeito*", pelo que bastaria falar em o "imperfeitamente" (como já consta do art. 9.º/2, *in fine)*. A palavra *mínimo* seria inútil. O que contraria a *sujeição* ao texto legal (atendendo a que partes do texto seriam *inúteis*, a elas não se estando sujeito).

Assinala-se que o "mínimo" como *recôndito* não implica *imperfeição* – basta que esse significante seja o único correspondente a esse significado recôndito. Adiante, retomar-se-á a noção de "imperfeitamente expresso".

**(ii)** O *mínimo* como *correspondência parcial* é, ainda, improcedente pois *inutilizaria* a ampliação por *analogia* estabelecida no art. 10.º/1 e 2. De facto, se a analogia é teleologia, se teleologia é um dos elementos interpretativos (atípicos, atento o "sobretudo"), então o disposto no art. 10.º/2 já estaria contemplado no *método de interpretação* ao admitir-se ultrapassar o sentido da palavra (sendo necessário apenas uma correspondência *parcial* – precisamente, assegurada na aplicação por analogia de uma norma que, por definição, abrange casos inequivocamente referidos no seu significado antes de ampliado).

**(iii)** A correspondência parcial *inutilizaria*, ainda, o disposto no art. 11.º. Pois sempre se diria estar-se no campo da interpretação extensiva (como, aliás, tende a ser admitido pela Doutrina dominante). Nunca havendo caso de *aplicação analógica*.

**(iv)** O "mínimo" assim interpretado recuperaria a *interpretação restritiva/redução teleológica* conscientemente refutada, pelo legislador, com o abandono da proposta de *Manuel de Andrade* constante do art. 9.º/V (onde se falava em "restringir").

**(v)** Finalmente: os referidos alargamentos não são admissíveis por interpretação sistémica do art. 9.º/2 com a Constituição. A Constituição fala em *lei* como *norma presente no texto legal*. Ora, inequivocamente, e voltando ao *exemplo pessoa singular*, *pessoa singular* não significa *pessoa jurídica*. Pelo que interpretar aquela expressão como significando *pessoa jurídica* é estar *fora do texto*. E não poderia a lei ordinária (art. 9.º/2) dar significado de *lei* no art. 203.º como sendo *norma parcialmente correspondente*. Pois não cabe interpretar o texto da lei constitucional à luz de lei ordinária – logo por *petição de princípio*, ao pressupor-se a conformidade desta com aquela, o que, por sua vez, pressuporia conhecimento das normas constitucionais por interpretação… do texto constitucional (*por premissa*, ainda não conhecido).

Insiste-se: em termos lógico-semânticos, não se encontra em *neutrão* o seu contrário (aquilo que não é neutrão: o protão, por exemplo). Mas já tudo seria possível em termos axiológico-principiais. De resto, o que está por trás da doutrinalmente caracterizada *interpretação extensiva* ou da doutrinalmente caracterizada *interpretação restritiva* (ou de outras operações metodológicas translegais) é a ponderação principial (logo de início, neste texto, caracterizada). E esta está constitucionalmente excluída, como aventado em conclusão do que foi sendo dito ao longo do Livro 2.º.

**(vi)** Acrescenta-se: tudo quanto se disse seria *potenciado* se se defendesse que o *mínimo* seria a *correspondência parcial aferida do lado do significado final e do significado inicial*: exemplifica-se: "abelhas" (referidas no art. 1322.º do CCiv) é um *ser vivo*; ou seja, é não só mas também *ser vivo*; ou seja, é *parcialmente* um *ser vivo*; assim, se à luz dos restantes elementos interpretativos, se concluísse que a solução normativa estabelecida no art. 1322.º abrange as *cabras*, então, atendendo a que a

*cabra* também é um *ser vivo*, concluir-se-ia que *abelha* e *cabra* exibem uma *correspondência mínima*: são *seres vivos*. Pelo que onde está *abelha*, poderia, sem que o disposto no art. 9.º/2 o vedasse, ler-se *cabra*. Por outras palavras: *subindo* da espécie ao género e *descendo deste género* a qualquer *espécie*, tornaria qualquer palavra em qualquer outra.

**(vii)** Em suma: o disposto no art. 9.º/2 do CCiv não consagra a *correspondência parcial* e não consagra o "mínimo quantitativo". Se o consagrasse, seria, de resto, inconstitucional. Naturalmente que, se a Constituição consagrasse a *correspondência parcial* aqui comentada, caberia ao juiz aplicar a lei nesses termos.

O "mínimo de correspondência verbal" é, pois, o mínimo qualitativo, o verbalmente recôndito, semanticamente recôndito.

**4.º** Falta explicitar o significado de "imperfeitamente expresso".

Começa-se por sublinhar que a *imperfeição* refere-se a *expressão*. Ou seja, o sentido *está expresso*, o sentido *mora* (ainda que imperfeitamente) no *texto legal*.

Atrás (a propósito de espécies de conceitos), já foram apresentadas as duas *espécies* de *significados imperfeitos*. Cabe acrescentar quanto a uma dessas espécies: a *espécie* que corporiza *inferência meramente lógica* (sem premissas axiológicas, principialistas) está naturalmente presente num texto. A lógica formal é ínsita ao uso – como emissor, como receptor – da linguagem. Ilustre-se o que se acaba de dizer com, por exemplo, logo o art. 1.º da Constituição: aí se diz que "Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular…" Pergunta-se: a *dignidade da pessoa humana* e a *vontade popular* são *base de quê*? De Portugal? da República soberana? A resposta, realçando o facto de "baseada" ser feminino, é a de que [*logicamente*] são base da *República soberana*, e não de *Portugal*. Ora, o que o legislador consente no n.º 2 do art. 9.º é que pode haver sentidos apurados por considerações *lógicas* – seja com grande, seja com pequena elaboração lógica. *Forçoso* é que o tribunal não lide com *valores e ponderações principialistas*.

Assinale-se, a propósito, que o legislador veio restringir o campo dos *resultados imperfeitos* possíveis ao alterar o projecto de *Manuel de Andrade*: de "conquanto

imperfeito" para "imperfeitamente expresso". Precisamente introduzindo-se a necessidade de o *mínimo de correspondência* estar *expresso.* Ainda que com *imperfeição*.

**5.º** A terminar, algumas explicitações:

**(i)** Assinala-se que a significação de expressões idiomáticas (fórmulas linguísticas ou sinais usados pelo legislador) não se confundem com "imperfeições". Por exemplo, a representação de animais por *sinais de trânsito* (sem prejuízo das dificuldades inerentes ao apuramento de um *conceito indeterminado fáctico* – dificuldade que, de resto, sempre, em alguma medida, está presente em qualquer *conceito não indeterminado*. Basta lembrar a dificuldade de definir qualquer substantivo comum).

**(ii)** Recorda-se que o mínimo é o mínimo subjectivista-historicista. Assim, se um significante *ganhou* significado, ainda que técnico-jurídico, e ainda que partilhado por, *grosso modo*, toda a comunidade científica jus-doutrinal, tal significado não é atendível. Por exemplo, encontrar em "lei", no art. 203.º, o significado *Direito* não é procedente pelo quanto ficou dito ao longo do Livro 2.º. Ainda que a Lição dominante o diga. Salvo se a comunidade tiver delegado na Lição dominante o poder de revisão da Constituição, falando, nessa sede, pela comunidade. O que não se verifica. Do mesmo modo, ainda que toda a Jurisprudência, posteriormente a 1966, concordasse em densificar *boa fé*, no art. 334.º do CCiv com certa norma translegal, jurisprudencialista, norma essa sem conceitos indeterminados, *ainda assim*, tal norma não seria Direito. Precisamente, por não radicar na comunidade.

**(iii)** Falta, ainda, referir casos em que o resultado, apontado pelos elementos interpretativos não literais, é um dos sentidos possíveis da letra da lei (não havendo, assim, violação do limite estabelecido no art. 9.º/2), mas em que há *dados interpretativos linguísticos* divergentes. Toma-se como exemplo o caso de a lei, mediante definição legal, ou os trabalhos preparatórios apontarem para o sentido $x_1$ (e não para o sentido alternativo $x_2$), e, cumulativamente, verificar-se, pela unidade do sistema, que $x_1$ acarreta a invalidade da norma. Nesta situação, $x_1$ prevalece. Por outras palavras: a *unidade do sistema* permite *aproveitar* sentidos normativos, normas plausivelmente pensadas e queridas pelo legislador. Mas não *serve* para *salvar* normas não pensadas e não queridas pelo legislador. Naturalmente, o trecho-legal que é a definição-legal

carece de interpretação. Na interpretação do trecho, qualquer dos restantes materiais pode ser dilucidador. Ou seja, se, no exemplo de há pouco, $x_1$ pode, por sua vez, valer $x_1$*-1* ou $x_1$*-2*, então podem os *materiais auxiliares* eliminar a dúvida.

Os trabalhos preparatórios do art. 9.º confirmam o que se acaba de dizer: começa-se com *Manuel de Andrade* a propor, como limites, um "reflexo verbal tolerável*"* e, logo na 1.ª Revisão Ministerial, passa-se a "mínimo de correspondência verbal*"*. Ora, quer *reflexo*, quer *tolerável* são mais *delegantes* no tribunal, no juiz, do que respectivamente *correspondência* e *mínimo*.

Termina-se: certo é que – com dificuldades ou sem dificuldades – o legislador consagra a relevância dos limites significativos de cada palavra. Fora desse âmbito, tem-se significados que, por não radicarem no regime jurídico-comunitário aventado ao longo do Livro 2.º, são arbítrio.

### §182 (*Directrizes* quanto à hipótese de não haver – ou, havendo, não serem conclusivos – *elementos interpretativos*. O disposto no art. 9.º/3)

Atenta-se, agora, na hipótese de o juiz ter, como totalidade do material interpretativo, *apenas* o texto legal publicado (sem que haja definições na própria lei). Ou, na hipótese de, havendo elementos interpretativos, serem eles inconclusivos. Ora, nesta hipótese, o *sentido definitivo* é apurado seguindo o disposto no art. 9.º/3:

(i) Se a polissemia é confronto entre significados especificamente *jurídicos* e significados *comuns*, é *resolvida* com prevalência do primeiro. Ou seja: a *linguagem* é, especificamente, linguagem de legislador, e não a de um qualquer prosador (romancista, por exemplo). Quanto a "sentido e alcance": é fórmula que abrange o núcleo e a periferia do conceito [67]. Pelo que essa expressão pode ser substituída, simplesmente, por *significado* ou por *sentido* (na acepção – de qualquer destas 2 pala-

[67] *Cf.*, a propósito, *Manuel de Andrade, Ensaio*…, pp. 24 e 35-36.

vras – de *conceito* abrangente da totalidade da realidade nele referida) das palavras da lei feita pelo legislador.

(ii) Se a polissemia consiste em confronto entre sentido *primeiro* (ou primário) e sentido recôndito, é ela ultrapassada com a prevalência do primeiro.

Pois, se o art. 9.º/3 estabelece a presunção de que as palavras usadas pelo legislador são as "adequadas", então presume que o sentido primário é o decisivo. Caso o decisivo fosse o recôndito, não estaria, o legislador, a falar em "adequada".

Explicita-se que, se o confronto é entre um *significado primário comum e um significado recôndito técnico-jurídico* prevalece este – de resto, a linguagem técnico-jurídica é, por definição, uma linguagem cujas palavras são, presumidamente, de significados *não primeiros*, e, frequentemente, *recônditos*. Cabe lembrar o que foi dito sobre o *discurso jurídico* como discurso de *false friends* (*rectius*, discurso do omnipresente *potencial false friend*).

Em suma, o juiz presume que o legislador sabe usar bem a linguagem de legislador, a linguagem pela qual é comunicada a norma jurídica (art. 9.º/3, *in fine*). Recorde-se a comunicação à Assembleia Nacional, do Ministro *Antunes Varela* (Adenda, doc. n.º 23, pp. 24-27 dessa comunicação). Presunção cujo afastamento é possível – nos termos da própria lei, atento os números 1 e 2 do art. 9.º. Percorrendo a caminhada que atrás foi exposta.

Explicita-se: a referência, quer no art. 9.º/3, quer nos trabalhos preparatórios (designadamente a referida comunicação), à *bondade*, *qualidade*, *justiça*, *rectius*, ao *acerto* da solução legal tinha cabimento na vigência da Constituição de 1933. Não tem cabimento no Direito português posterior a 1976. Assinala-se que o significado da locução "soluções mais *acertadas*" é, pelo seu *sentido primeiro* e pelos trabalhos preparatórios, de natureza axiológica/ principialista. O que está vedado ao tribunal. Recorde-se, quanto aos trabalhos preparatórios, que a palavra "acertadas" vem do Projecto *Manuel de Andrade* e manteve-se ao longo de várias versões; e recorde-se que *Antunes Varela*, na comunicação à Assembleia Nacional, a associava a sentido *mais justo*, *razoável*, *criterioso*. É certo que o Ministro esclarece que, *inclusive* na vigência da Constituição de 1933, essa presunção de sentido *mais justo* circunscreve-

se ao âmbito semântico das palavras usadas na lei (aqueles que "cabem dentro da lei"). No entanto, a Constituição de 1976, como consta da Hipótese (Livro 2.º), exclui valoração judicial, exclui ponderação principialista judicial. Sejam essas valorações, essas ponderações, circunscritas, ou não, aos sentidos literais possíveis. Pois, aí, e retomando, telegraficamente, o Livro 2.º, haveria *opção* dentro da lei – não estando, o tribunal, *apenas sujeito à lei*.

Assim, atenta a *unidade do sistema* (aqui, por interpretação conforme à Constituição, prevenindo a invalidade, *rectius*, a caducidade por inconstitucionalidade) "acertadas" significa, é certo, o *significado mais justo*; mas não *segundo o juiz*; e sim *segundo o legislador*. Ora, se apenas se tem o texto do legislador, o *sentido primeiro* é, presumidamente, quer o pensamento tido pelo legislador quer a solução mais justa. Presunção que é, repete-se ilidível (à luz de *materiais interpretativos*, além do texto legal, que existam e que sejam conclusivos). Se estes elementos interpretativos apontam para outro significado, então será este o *acertado*. Mas por esses dados interpretativos. E não por considerações de justiça, por parte do juiz (o que, aliás, dificilmente teria cabimento atento o disposto no art. 8.º/2 do CCiv – do problema da desconformidade do disposto neste art. 8.º/2 com o disposto no art. 4.º da Constituição de 33 não se cuida aqui).

Em suma: o n.º 3 diz-nos: se o legislador fala em termos adequados e acertados, então – presume-se – o significado da palavra da lei é o *significado primeiro* (pois é este que reflecte uma comunicação adequada, e é este que corporiza o pensamento acertado).

### §183 (Da *equivocidade inultrapassável*)

Se a palavra tem mais do que um sentido, e nenhum é, à luz do disposto no art. 9.º/3, primeiro/ primário, o preceito não é aplicável. Nenhuma das 2 [aparentes] normas ali vertidas é aplicável. Para o tribunal, estamos postos na posição de *optar*, negando-se o seu estatuto de *apenas sujeito à lei*, como ficou evidenciado no Livro 2.º.

Situação semelhante é a de haver 2 trechos legais (de igual valor hierárquico, com a mesma data de publicação, e com o mesmo âmbito de aplicação) inultrapassadamente inconciliáveis; e semelhante a haver ininteligibilidade (à luz da língua oficial portuguesa – art. 11.º da CRP – por exemplo, um decreto-lei publicado em língua japonesa).

Explicita-se que qualquer destas 3 hipóteses não conduz, *per se*, à existência de *lacuna* (como será explicitado, a propósito das chamadas *lacunas por colisão*). O caso que se lhes subsumiria concitará ou norma geral (como sejam as muito abrangentes normas reveladas nos artigos 26.º da CRP e 70.º do CCiv) ou a qualificação de a-juridicidade.

# **Subtítulo 3.º-** Do método da detecção/ integração de lacunas (e do preenchimento de conceitos indeterminados normativos): da *extensão teleológica subjectivista-historicista*.

## **Capítulo 1.º-** O conceito *lacuna* (cf. o Livro 2.º, Título 4.º, e o Livro 3.º, neste Capítulo).

### §184 (Considerações gerais)

A Constituição pressupõe, atento o disposto no art. 112.º/6, a existência de lacunas. O que, de resto, corresponde à acepção vulgar de *lei* – esta é *texto legal com as lacunas que, eventualmente, tenha*. Acepção sedimentada em 1975-76. Recorda-se as sucessivas versões do Estatuto dos Magistrados Judiciais (artigos 3.º e 4.º, na versão de 1944) e do Código Civil (artigos 9.º e 10.º), não havendo Doutrina que negasse a existência de lacunas com a conformação que a lei lhes dava. A lacuna era vista como *natural eventualidade* no *seio da lei*, não pondo em causa a distinção entre *jul-*

*gar* e *criar Direito* – pois o *próprio Direito* a aplicar pelo julgador tinha recursos para *se colmatar*, estando, assim, a sua integração, a cargo do tribunal. Não se confundindo as lacunas com *faltas* cuja colmatação exigia *lei nova* – estando, estas, a cargo, sim, do legislador.

Em suma, pensar em *lei* era pensar no *texto da lei com as suas eventuais e naturais omissões*, a integrar pelo tribunal à luz da própria lei existente.

Esta *natural admissão de lacunas* – sublinha-se – não põe em causa o positivismo legalista, com a sua exclusão de *valorações e ponderações principialistas judiciais*. E não o põe em causa, precisamente por, como se verificará, o tribunal *integrar lacunas* em exclusiva *sujeição à lei*, sem que proceda a *valorações e a ponderações principialistas*, colhendo, sim, valorações/ponderações principialistas, que *ainda* são do legislador. Nos termos que o Código Civil pormenoriza no seu art. 10.º/1 e 2. A apresentação deste regime da lei ordinária que densifica essa sujeição à lei, por parte do juiz, e em sede de lacunas, será feita nos próximos parágrafos.

### §185 (Delimitação negativa de *lacuna*)

Atenta a caracterização do Direito português até *aqui* evidenciada, cabe dizer o seguinte acerca da lacuna: ela corresponde a espaço (i) no seio da normatividade legal (art. 203.º), (ii) fora da normatividade revelada no texto legal [publicado] e exegeticamente apurada, e (iii) preenchida sem recurso a valorações e ponderações principialistas. Depois desta aproximação à *lacuna*, à luz dos regimes da fonte e do método até agora apresentados, fica, pois, a faltar a identificação do regime legal conformador, *pela positiva*, da realidade que, pela negativa, acaba de ser caracterizada.

O regime consta dos artigos 10.º/1 e 2 e 11.º do CCiv., e do art. 4.º/2 do EMJ, elucidando-se reciprocamente (com os campos de aplicação atrás referidos a propósito de cada um desses diplomas). Ou seja – e tendo presente o subjectivismo-historicista ínsito ao elemento teleológico já atrás exposto – em antecipação: a lacuna é a norma correspondente a (i) uma norma (que é apurada exegeticamente) vertida no texto legal,

(ii) ampliada à luz das suas razões justificativas, ou seja, da sua teleologia, (iii) com as seguintes particularidades: a *teleologia* e a procedência desta no caso não regulado [por norma legal revelada em texto publicado], constarem não do texto legal, mas, sim, dos trabalhos preparatórios da norma sujeita a ampliação; (iv) desde que esta norma admita ser ampliada (*v.g.*, desde que não seja norma excepcional).

### §186 (Explicitações: *lacuna* como *nome* de [algumas] *normas existentes*)

O conceito lacuna acaba de ser apresentado. Justifica-se clarificá-lo mediante explicitações.

A lacuna é norma (*norma lacunar*) que está (*parcialmente*) *presente no texto legal publicado,* que traz consumptas valorações e ponderações [exclusivamente] do legislador, e que tem, *apenas,* a particularidade de o texto legal não ser suficiente para chegar até ela (carecendo, o texto publicado, de *complementação pelos trabalhos preparatórios*). Assim, a lacuna *começa por ser* norma que consubstancia os regimes da fonte e do método interpretativo: ou seja, é norma legal apurada por interpretação exegético-subjectivista-historicista. É o que diz o art. 10.º, ao falar em *norma aplicável,* ao falar em *regulamentação do caso previsto na lei*. Significando "*caso*" não um caso individual e concreto, mas o *caso tipo,* o *caso* que, com generalidade e abstracção, está retratado na lei, o *caso-problema.*

Insiste-se: a lacuna é *nome* dado a *uma norma* que, ainda que com particularidades, é norma *existente,* feita *pelo legislador*; norma *pré-existente* à decisão jurisdicional; cabendo ao juiz conhecê-la, sem *ponderações principialistas*.

### §187 (Explicitações: "analogia" como *teleologia*)

O art. 10.º/2 não fala em teleologia. Fala em analogia. E, ao dar a noção de analogia, ao conformar a realidade jurídica *analogia,* ao moldá-la com a específica

*intenção jurídica* que é a da comunidade pelos seus representantes, vem dizer que a *analogia é a teleologia*. Recorde-se: "há analogia sempre que no caso omisso procedam as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei". Insiste-se, recordando o Livro 2.º: as realidades jurídicas têm os contornos que o Direito lhes dá, que a lei, discurso jurídico da comunidade (ao menos, de uma comunidade cujos membros não prescindem de ser eles a ter *opinião e voz* na governação) lhes dá. E a lei deu esta noção de analogia: a analogia é a teleologia ("razões justificativas") de uma norma ("*regulamenta*ção do caso previsto na lei") exportável ("procedam") para o caso (*caso-tipo*) não tratado em outra norma.

## §188 (Explicitações: das dificuldades na invocação da teleologia. A teleologia *segundo o legislador*)

Tenha-se, aqui, presente o que ficou dito sobre *tentações* que espreitam no *caminho metodológico*, no que concerne à teleologia.

Recordando o que se disse (§§159, 3.º iv e 179) em sede de interpretação, as dificuldades em lidar com a teleologia são as seguintes:

**1.º** Ter por teleologia da norma o que não é mais do que plausível teleologia imputada por cada juiz à norma.

**2.º** *Petição de princípio*, ao invocar-se a teleologia da norma *x* – o que pressupõe o conhecimento da norma *x*, e, assim, ter já percorrido todas as etapas do caminho da fonte até essa norma – como… etapa do caminho para chegar à norma.

**3.º** Acresce uma dificuldade: concluir pela *procedência*, no caso, das razões justificativas da norma. Por outras palavras: não basta conhecer as *razões justificativas* de uma certa norma para alargar o respectivo campo de aplicação. Frequentemente, ao regular certa matéria, a exacta ponderação, pelo legislador, dos vários interesses em causa consubstancia-se em várias normas. E não apenas em 1 norma. Clarifique-

se o que se acaba de dizer com o que se passa à escala do *mundo negocial*: quando um processo negocial culmina num conjunto de cláusulas, estas consubstanciam, no seu conjunto, os interesses dos contratantes. Sublinha-se: é o *conjunto* que os consubstancia. Assim, *até pode* uma das partes admitir uma alteração a si desfavorável, de última hora, do estipulado em alguma das cláusulas; desde que, alhures, alguma outra alteração fosse introduzida, a propósito de outro dos preceitos negociais tratados no contrato em formação. Por outras palavras, e voltando à lei e sua integração: não basta invocar as razões justificativas de certa norma para, nelas, encontrar fundamento para alargamento extraliteral das palavras do texto legal. Pois esse sentido extraliteral consubstancia certo equilíbrio de interesses, à vista de outras normas. Pelo que o alargamento de certa norma implicaria a restrição ou alargamentos de outras que consubstanciassem outros interesses, outras directrizes, outras *razões justificativas* também presentes no conjunto das normas em causa, ou seja, no instituto em causa (no exemplo dado: no *contrato como um todo*).

Finalmente: ainda que o acesso às *razões justificativas* seja bem sucedido, há, irremediavelmente, um *salto* entre essas *razões* e o caso omisso (ou seja, o caso não tratado por norma revelada em texto publicado). *Salto* que consiste numa valoração [do *caso*] concitadora do mesmo *objectivo social* presente na norma sujeita a ampliação. Ora, essa valoração está vedada ao juiz.

Conclui-se: necessário é que seja o legislador (e não o juiz) a admitir o alargamento (mais uma vez, em textos que tenham o seu selo – os trabalhos preparatórios) ao referido caso, *rectius*, ao correspondente *caso geral e abstracto*. Depois, já a *passagem* do geral e abstracto para o caso concreto, pelo juiz, é feito nos termos gerais.

Em suma: a teleologia é uma teleologia subjectivista-historicista, a partir de norma já apurada (prevenindo a *petição de princípio*), e procedente no caso. Dependendo, a relevância *desta teleologia*, de constar ela dos trabalhos preparatórios.

### §189 (*Cont.*: as *razões justificativas* e sua *procedência no caso*)

**1.º** Quanto às razões justificativas:

**(i)** Podem, as "razões justificativas", ser apresentadas pelo legislador, nos trabalhos preparatórios;

**(ii)** podem elas constar do texto legal publicado (o que seria menos provável);

**(iii)** podem, as "razões justificativas", ser apresentadas pelo legislador, mediante indicação de *cariz sociológico*: dizendo qual a realidade social pretendida [especificamente] com aquela regulamentação;

**(iv)** podem elas ser apresentadas mediante indicação de *cariz principialista*, dizendo qual o valor, qual o princípio, qual o interesse prevalecente consubstanciado na regulamentação legal especificamente em causa.

Múltiplas são as formas de apresentar as "razões justificativas", necessário é que sejam, demonstravelmente, as do legislador (atento o subjectivismo-historicista constitucionalmente consagrado e a exclusão de ponderações principialistas judiciais, bem como a equivalente exclusão de *valoração* da realidade social, ou seja, como já dito, exclusão da selecção, à luz de considerações axiológico-principiais, de realidades sociais, e do específico tratamento jurídico, a essa mesma luz).

**2.º** O mesmo se diga quanto à *procedência* das "razões justificativas" no caso omisso, *rectius*, no *tipo de caso* (o caso categorialmente apresentado, ou seja, indicado em termos gerais e abstractos). Também ela é estabelecida pelo legislador.

**3.º** Explicita-se que esta *teleologia procedente no caso* pode, inclusive, ser apresentada pelo legislador mediante trecho, em trabalhos preparatórios, em que mostra que a *norma x* do seu diploma *versão publicada* deve ser aplicada a caso nela não contemplado (e que, por infelicidade discursiva, não passou para o texto publicado). Desde que (como exposto no § seguinte), naturalmente, não haja *dados sistémicos* que se oponham a tal extensão.

**4.º** Assim: a lacuna só existe quando, nos trabalhos preparatórios, o legislador mostre que essas "razões justificativas" *procedem* em *caso* que não aquele que cabe no *balizamento* estabelecido nos termos do art. 9.º/2. Por outras palavras: verifica-se, no discurso do próprio legislador (*grosso modo*, nos trabalhos preparatórios), que o legislador, no texto da lei, disse *menos do que queria*. Eis o que, *grosso modo*, carac-

teriza a lacuna. Assinale-se (como adiante se explicitará): o que se acaba de dizer (em resultado destas páginas em que se tem vindo a apresentar a Hipótese) é que o resultado da integração de uma lacuna coincide com o resultado interpretativo na *interpretação extensiva* (na definição que desta é dada na Lição da *Doutrina dominante*) em que a *extensão* é *teleológica*, e em que essa extensão teleológica tem carácter *subjectivista-historicista*. Enfim, *aquilo* que o legislador pensou, *aquilo* que está além da letra da lei mas aquém do pensamento da lei (por infelicidade discursiva), está nos seus trabalhos preparatórios ao evidenciarem a teleologia procedente no caso. Outra interpretação do art. 10.º/2, que conduza a sentidos que pressuponham no tribunal, no destinatário das leis, o poder de positivar, ou seja, de valorar a realidade e ponderar princípios (ainda que [meramente] enunciados no discurso legal) é desconforme à Constituição (atenta a Hipótese que tem vindo a ser apresentada).

**5.º** Assinala-se, ainda, que o art. 4.º/2 do EMJ ao falar de *juízos legais* está a falar (atento o discurso de *Vaz Serra* [68], cujo valor de trabalho preparatório é dado pelo n.º 11 do preâmbulo do EMJ de 1944) em "*juízos de valor do Direito positivo*, e no *espírito do Direito positivo*, em *directrizes*, em *valores, ideias que enformam o Direito positivo*". Ou seja: as *razões justificativas da regulamentação legal* são do legislador (e não do juiz, nem do *legislador segundo o juiz*). É certo que, aí, *Vaz Serra* admite que seja o juiz a *elencar* essas directrizes e a *ponderar* essas directrizes. O que era *natural*, atento o disposto no art. 4.º da Constituição de 1933, com a sua abertura sistémica ao principialismo judicial, à translegalidade aberta (inclusive à moral). Ou seja, *Vaz Serra*, ao sublinhar que os juízos são legais, está, assumidamente, em busca de soluções propiciadoras de *certeza e segurança jurídicas;* mas não nega a abertura que, a montante, a Constituição estabelecia. Ainda que, ao excluir *juízos ético-jurídicos*, *Vaz Serra* restrinja essa abertura (a propósito: tal como não se trata do problema da conformidade com a Constituição de 33 do disposto no art. 8.º/2 do CCiv, também não se trata do equivalente problema agora quanto ao disposto neste art. 4.º/2 do EMJ).

---

[68] *V.* Adenda documental, p. 10 do discurso.

Consagra-se, em suma, uma translegalidade que trabalha com material exclusivamente legal, uma *translegalidade legalista* (a que se fará breve referência no Apêndice).

**6.º** Com a Constituição de 1976, o sistema excluiu a translegalidade, excluindo, nomeadamente, a *positivação judicial* mediante a *ponderação principialista*. Atento o disposto no art. 290.º da Constituição e a directriz interpretativa implícita no elemento *unidade do sistema*, as expressões "razões justificativas", "procedem" no caso e "juízos de valor" são interpretadas em conformidade com a Constituição – o que se traduz em, como atrás dito, serem ditadas pelo legislador (*grosso modo*, nos trabalhos preparatórios).

Falta, no entanto, evidenciar que *este* resultado interpretativo (dessas 3 expressões, a começar por "razões justificativas"), conforme com a Constituição, está dentro do balizamento exegético consagrado no art. 9.º/2, e que não é *sentido* afastado pelo legislador.

Quanto à expressão "razões justificativas" e à expressão "procedem" no caso: o texto legal é [aparentemente] omisso acerca do *lugar* em que o juiz buscará as "razões justificativas*"* e a dita *procedência*. No entanto, ao falar em "*razões justificativas"*, fala, naturalmente, em "razões justificativas" efectivas, reais. E não meramente *possíveis*, muito *prováveis*, *plausíveis*. Ora, se as "razões justificativas reais*"* são [forçosamente] as do legislador ao estabelecer uma *regulamentação legal*, então, apontar para as "razões justificativas" é apontar para as que são (demonstradamente) dadas a conhecer pelo legislador. Havendo 2 formas de serem *dadas a conhecer*: ou na *própria lei* (em legística que seria merecedora de reparo), ou em *trabalhos preparatórios*. Em suma: o *lugar* onde procurar as "razões justificativas" procedentes no caso é os trabalhos preparatórios.

O que se revela como conforme com a Constituição.

Por outras palavras: não bastam razões justificativas do legislador *segundo* o juiz; não basta o objectivo que o legislador, possivelmente, provavelmente, plausivelmente, tenha tido. Recorde-se, a propósito, o que foi dito acerca da dificuldade de o juiz vislumbrar a conjuntura passada, a conjuntura presente e a teleologia. *Rectius*:

acerca da *dificuldade desse vislumbre* e do *carácter axiológico-principialista* das *congeminações* feitas em ordem a ter esse *vislumbre*. Seria o equivalente – e tendo presente a ilustração atrás feita da distinção entre valor/ princípio/ norma – a o juiz, a partir de um bolo, da *análise* de um bolo, reconstituir ingredientes, quantidades dos ingredientes e modo da sua combinação. O que é de dificuldade patente; aliás, pressupõe, no juiz, todos os conhecimentos envolvidos na confecção do bolo o que, frequentemente, não é possível, pois são do exclusivo conhecimento do legislador (tenha-se presente o que foi dito acerca, em especial, da teleologia na interpretação.

Finalmente, os *trabalhos preparatórios* do próprio art. 10.º do Código Civil não negam este significado conforme à Constituição. Senão, veja-se: "razões justificativas*"* surgem no âmbito de uma proposta de *Miguel Galvão Teles*. Recorde-se: da mera referência à *analogia* em *Manuel de Andrade*, passa-se para *critérios de razoabilidade perfilhados pelo sistema* (resultante da 1.ª Revisão Ministerial), destes para o *razoavelmente* da Revisão Intercalar (1964), e deste chega-se à proposta *Galvão Teles* (em que se exige a *procedência das razões justificativas* e a *não procedência* de outras que, à luz do sistema, impusessem outra solução). Na Revisão seguinte, passa-se a referir apenas as "razões justificativas*"*, com pequenas alterações até ao texto vigente. Salienta-se o abandono do advérbio "razoavelmente" que apontaria para poderes de *ponderação* pelo juiz (o que é afastado por *Antunes Varela* – na comunicação à Assembleia Nacional). Neste discurso, nada põe um causa o resultado interpretativo a que acima se chegou (em conformidade com a Constituição). O mesmo se diga quanto à *procedência* (palavra introduzida na 2.ª Revisão Ministerial) das "razões justificativas" no *caso* – também ela tem de constar dos trabalhos preparatórios. Pois, necessário é que a *justificação* do legislador [efectivamente] proceda no caso, *rectius*, no caso típico – o que só o legislador pode assegurar (sob pena de – também aqui – o juiz ficar na posição que lhe é constitucionalmente vedada).

Quanto aos *juízos de valor legais*: constam da lei (art. 240.º do Estatuto dos Magistrados Judiciais de 1944, antecessor dos actuais artigos 3.º e 4.º do Estatuto dos Magistrados Judiciais de 1985, estando, aqui, em causa o disposto no art. 4.º/2). O legislador estabelece que os *valores*, os *princípios* informadores do sistema têm de

ser respeitados pelo magistrado. Ora, eram eles respeitados quando, a partir deles, o magistrado *positivava* uma norma (recorde-se, mais uma vez, actuando em *espaço de nomogénese judicial* fundada no art. 4.º da Constituição de 1933), bem como (*ainda mais os respeitava*) quando aplicava uma norma a caso por ela não abrangido, se *o próprio legislador* explicitava os *juízos de valor consumptos na norma* e os declarasse procedentes no *caso* lacunoso – hipótese em que já o juiz não teria de lidar com *valores/ princípios*. Ora, este último sentido, admitido na fórmula legal, está conforme à Constituição de 1976, atento o seu art. 290.º. E não é impedido pelo *mínimo* exigido no art. 9.º/2.

Em suma: por *interpretação conforme à Constituição* dos artigos 10.º/2 CCiv. e 4.º/2 EMJ, verifica-se que estas disposições esclarecem-se reciprocamente: as "razões justificativas" são as *legais* e *procedentes* no caso-tipo (e não as meramente plausíveis, aos olhos de cada juiz); e os "juízos" são as *razões* [*sociológicas ou principiais*] justificativas.

### §190 (A *norma-a-ampliar* como norma cuja *extensividade* não é excluída. *Maxime*, da norma excepcional)

Apresentado o regime geral da integração das lacunas, ou seja, do conhecimento das normas lacunares, assinala-se que várias são as normas não extensíveis nos termos da analogia (sem prejuízo de extensões intra-literais, em sede de interpretação). Como exemplo, as normas penais, atento o disposto no art. 1.º do Código Penal; ou as normas que, elas próprias, excluem a sua extensividade. Por exemplo, elencos taxativos de realidades jurídicas (*v.g.*, o disposto no art. 204.º do CCiv.).

Privilegia-se, nestas linhas as normas excepcionais. Que merecem referência, por parte do legislador, no regime geral do Código Civil, no seu art. 11.º.

Explicite-se:

**1.º** Norma excepcional é a norma (qualquer que seja) que contraria o regime de uma norma comum (qualquer que seja). A lei não restringe quer uma, quer outra. Não se confunde com norma especial. A *norma especial*, à semelhança da *norma*

*excepcional*, tem formulação que aponta para um campo de aplicação como sub-conjunto (podendo, o número de elementos desse sub-conjunto, ser maior ou ser menor que o número de elementos contemplados na norma geral) do campo de aplicação da norma geral/ comum; mas o regime que estabelece vem *no seguimento* da norma geral. Ou seja: não nega qualquer das notas caracterizadoras do efeito da norma geral; *o que acontece é que* acrescenta, àquelas, alguma ou algumas. Por outras palavras: a *norma excepcional* traz regime contrário a outra norma (a *norma comum ou geral* – legal e exegeticamente apurada). A *norma especial* traz regime que, não contrariando as *notas* características do regime da norma geral, acrescenta outras *notas.*

Assim:

se uma norma estabelece, como notas caracterizadoras do seu efeito jurídico, *x* e *y*,

e outra norma estabelece *x* e *y* e *z*, esta é uma norma especial;

se outra norma estabelece ~*x* e ~*y*, é norma excepcional; bem como se estabelecer ~*x* e *y*, bem como se estabelecer ~*x* e *y* e *z*.

**2.º** A norma comum (correspondente à norma excepcional, tal como se pode reservar, para o binómio alternativo, os termos g*eral*/*especial*) é *qualquer norma*. E não o *princípio-norma* como atrás foi este caracterizado (Livro 2.º). O regime evidenciado é também ditado pelos trabalhos preparatórios. Basta comparar os vários articulados (mais uma vez se remete para o *pari passu* presente mapa-epítome), em especial, o do Projecto do Código Civil com o do texto legal; a que acresce o *Discurso* do Ministro *Antunes Varela*. Bem como o antecedente legislativo que é o Código de Seabra que, no seu art. 11.º, consagrava solução semelhante (texto legal esse que foi tido em atenção naquele *Discurso* [69]). Terá sido, de resto, das matérias que mais

[69] "A verdade, porém, é que, não obstante a sua maior precisão, a fórmula sugerida deu lugar a tantas dúvidas sobre a possibilidade de aplicação analógica de certos textos, durante os quatro meses de apreciação pública do projecto, que a breve trecho se reconheceu a necessidade de não alterar a doutrina estabelecida no direito vigente, por se mostrar a menos inconveniente de todas as soluções possíveis." (*Discurso* publicado no BMJ n.º 161 (1966), p. 30).

dúvidas e, assim, que mais ponderação requereu ao Ministro *Antunes Varela* e seus colaboradores.

Insiste-se: o regime não se confunde com as particularidades metodonómicas do *jus singulare*: se os antecedentes longínquos, no Direito Romano (D.1,3,16), apontam para essa solução, todos os antecedentes recentes – como acima recordados – apontam em sentido oposto. A relevância (jus-científica) do Direito passado tem a medida da sua incorporação no Direito presente. O que tenha sido rejeitado pode ser objecto da História do Direito – mas não da ciência do Direito.

Acrescenta-se: fosse princípio-norma, e o legislador ordinário estaria a delegar no juiz a legitimidade de estabelecer hierarquia normativa – não estabelecida pela lei, mas, sim, estabelecida pelo juiz – entre normas gerais *vulgares* e normas gerais *principiais*. Nem esse poder, nem um critério correspondente a essa distinção constam do sistema português.

Conclui-se: o sentido da expressão *norma excepcional* não é o do *ius singulare.*

**3.º** A diferença assinalada permite evidenciar que fórmulas aparentemente iguais são efectivamente diferentes: assim, se é legislado *x, salvo y* (e não *y, salvo x*), o legislador está a atribuir a impossibilidade de aplicação analógica da norma *salvo y*. Esclareça-se: se um diploma diz "proibido estacionar, excepto aos Sábados e Domingos" e se outro diz "Permitido estacionar, excepto às 2.ª, 3.ª, 4.ª, 5.ª e 6.ª feiras", não são, eles, equivalentes. Na 1.ª formulação, a proibição é excepcional, pelo que não pode ser alargada, por analogia, a qualquer dos outros dias; insiste-se: não se diga: *porque* a 1.ª formulação é igual à 2.ª (tratando-se de meras diferenças linguísticas), a partir da elucidativa 2.ª formulação, é possível alargar a norma geral (permissão de estacionamento aos Sábados e Domingos), por analogia.

Insiste-se: verifica-se que, precisamente pela proibição da aplicação analógica da *norma excepcional* e da permissão de aplicação analógica da *norma geral*, os resultados de cada uma das fórmulas são diferentes. Ou seja, o modo como o Direito (na norma revelada no artigo 11.º) *trata* a norma excepcional torna aquelas fórmulas diferentes. O *problema é normativo* (naturalmente, atenta à omnipresença da *lógica* no acto de comunicação) e não de mero *problema lógico* referente aos dois referidos

enunciados. Insiste-se: o problema lógico conta com uma premissa além daqueles dois enunciados: precisamente o disposto no art. 11.º do Código Civil. Assim, consoante os *resultados* pretendidos pelo legislador, deitará, este, mão de uma das duas fórmulas. Preterindo a outra (sem prejuízo, naturalmente, de o legislador afastar o disposto no ar. 11.º). Não é por a referida *fórmula consagrada* ser *similar à repudiada* que se conclui por fortuitidade no seu uso, e, consequentemente, pela falta de justificação da aplicação do disposto no art. 11.º.

Em suma, perante uma fórmula consagrada pelo legislador, cabe ao juiz a explicitação do correspondente sentido (à luz do método exegético evidenciado). Ora, tendo, esse significado, *carácter excepcional*, aplica-se o disposto no art. 11.º.

**4.º** O significado da expressão "interpretação extensiva", usada no artigo 11.º, é dado pelo disposto no art. 9.º/2. Se o *sentido definitivo* – naturalmente incluído no elenco dos significados possíveis da palavra interpretanda – é a mais ampla das acepções de uma palavra, então está-se na presença de *interpretação extensiva*. Expressão que é, assim, sinónima da *interpretação declarativa lata (ou extensa)* atenta a noção que, desta, é dada na *Lição dominante*.

Ora, atendendo ao uso, na lei, da expressão *interpretação extensiva*, evitar-se-á o equívoco abandonando-se, pois, a fórmula *interpretação declarativa lata* – pelo potencial de erros que propicia. Usando, sim, *interpretação extensiva* com o significado referido.

Insiste-se: a *norma excepcional* tem o campo de aplicação definido nos *termos gerais* – ou seja, nos *termos exegeticamente balizados*. Haja lugar à qualificação do processo interpretativo como sendo interpretação declarativa, ou como sendo extensiva (ou restritiva), consoante ditado pela comparação entre o [eventual] sentido médio e o sentido definitivo.

**5.º** Assinale-se que este regime de exclusão da aplicação por analogia das normas excepcionais é *em grande medida* afastado, por acção dos *conceitos indeterminados normativos*. Como à frente se evidencia.

## §191 (O conceito *lacuna*. Confronto com a noção segundo a *Lição dominante*)

**1.º** O regime apresentado da integração de lacunas (que como adiante se evidenciará é também o da detecção da lacuna) pode ser aglutinado na seguinte fórmula (logo de início antevista): norma legal consubstanciada na *extensão teleológica* subjectivista-historicista de norma revelada no texto legal. Assim:

(i) *Lacuna da lei* é o *nome* da *norma legal* consistente na *extensão* de uma norma que, por sua vez, é também legal, é apurada por *exegese subjectivista-historicista*, e não é norma insusceptível de ampliação (*v.g.*, por ser *excepcional*); *ampliação* essa que tem a medida ditada por *analogia*, isto é, pela *teleologia* da norma sujeita a *ampliação*; *rectius*, da *teleologia* que, demonstravelmente, à luz dos textos legais (incluindo os trabalhos preparatórios), *foi a teleologia tida como procedente* no *caso* pelo *legislador* (e não, ainda que plausível, a *aventada pelo intérprete*).

(ii) a lacuna (ou: *norma lacunar*) é [afinal] uma *norma legalmente positivada*. E não *ausência de norma* sobre matéria para a qual, à luz do sistema, e em sede jurisdicional, *deve existir* norma; é, sim, *ausência*, nos textos legais publicados, de norma sobre matéria para a qual, nesses textos conjugados com os trabalhos preparatórios, *já existe* norma.

**2.º** Em função da clareza proporcionada, pode-se dizer que a lacuna é uma norma legal cujo conhecimento, pelo tribunal, implica operações metodológicas específicas, consistentes, estas, na devida *interpretação extensiva* [na noção dada pela Doutrina dominante – e não na aqui aventada] fundada em teleologia subjectivista-historicista. Assim, e tendo presente a noção de interpretação extensiva na Hipótese: se há extensão teleológica subjectivista-historicista *intra-textual* (isto é, dentro da moldura semântica das palavras da lei), tem-se interpretação extensiva; se há extensão teleológica subjectivista-historicista *extra-textual*, tem-se integração analógica.

**3.º** Ainda por clareza, passa-se a evidenciar as ligações entre o conceito *lacuna* na *Lição dominante* e o conceito *lacuna* na Hipótese:

(i) A *falta de norma*, enfatizada pela *Lição dominante*, é, *aqui*, a ausência de norma expressa no texto legal (e, assim, cognoscível por interpretação) que regule o *caso*.

(ii) Quanto ao *dever de o tribunal juridicizar, por imposição do sistema*: tem-se, na Hipótese, a *juridicização já feita* pelo legislador (sendo, pois, nos termos gerais, concordante com o sistema), cabendo ao tribunal *descobrir* essa juridicização, ou seja, essa norma, com a particularidade de a encontrar na confluência de texto legal e trabalhos preparatórios.

### §192 (A norma lacunar e o *método* na sua acepção ampla)

Já a jusante do método de integração da lacuna, assinala-se que, apurada uma norma lacunar, pode ela não ser aplicada ao caso, por outra, especial, prevalecer. Por outras palavras (e atento o regime de prevalência da norma especial ante a norma geral): se há norma em texto legal, que mais de perto contemple o caso, a norma lacunar é afastada (verificando-se que, *afinal*, havia norma revelada em texto legal publicado, e reguladora do caso). O mesmo acontece, se há norma vinda de um dos *regimes excepcionais da nomogénese e do método* (Titulo 3.º do Livro 2.º, e Título 3.º do Livro 3.º).

Acrescenta-se: além de sujeita a conflito norma geral/ norma especial, a *norma lacunar* está – como qualquer norma – inserida no sistema. Assim, por exemplo, as condições de validade, o âmbito temporal/espacial são os estabelecidos por normas legais no sistema (e conhecidos no âmbito do método jurídico em sentido amplo).

## Capítulo 2.º- O *conceito indeterminado normativo*.

### §193 (Retoma do *conceito indeterminado normativo, rectius, da componente axiologicamente vaga de um conceito*).

Atento o Livro 2.º, o *conceito indeterminado normativo* não é espaço de ponderação de valores, ponderação de interesses, de princípios (sob pena de inconstitucionalidade [70]).

Agora, apresentados o método de interpretação e integração, explicita-se que os *conceitos indeterminados normativos são constitucionalmente aproveitáveis*, concitando aqueles dois métodos, pelo que as normas deles resultantes são *normas lacunares* com algumas particularidades. Como se passa a evidenciar ao longo dos próximos parágrafos. Tudo sem prejuízo da relevância que conceitos indeterminados normativos têm em sede de regimes excepcionias de nomogénese (como evidenciado a propósito do negócio jurídico).

Tenha-se, como exemplo, a boa fé (objectiva), presente em disposições transversais estruturantes do Direito civil: artigos 334.º, 762.º e 227.º do Código Civil. Com a Constituição de 1976, atentos os regimes da fonte e do método, expostos no Livro 2.º e ao longo do Livro 3.º, a sua *indeterminação normativa*, a sua convocação de valores e princípios do sistema, do *espírito do sistema*, da *tábua de valores*, ou seja, da *normatividade potencial* a ser *actuada*, a ser *positivada* pelo aplicador, foi excluída do Direito português.

Insiste-se: a *boa fé* do Código de 1966, condizente com o sistema translegalista da Constituição de 1933 (com o disposto nos seus artigos 4.º e 71.º, conjugadamente interpretado), passa a *corpo estranho* no sistema legalista democrático da Constituição de 1976.

Enquanto conceito-regime-concitador-de-*novas-normas*, resultantes da *ponderação principialista pelo tribunal* (e, assim, pelo juiz e pelos destinatários da norma) é, pois, *supervenientemente inconstitucional* (sem prejuízo de ser aproveitável). Tal como supervenientemente inconstitucionais as novas normas nascidas da metodonomia principialista implicada na *boa fé*.

---

[70] Superveniente, no *caso*, por exemplo de conceitos indeterminados normativos no Código Civil de 1966, atento o disposto no art. 290.º da CRP, pois, sob a vigência da Constituição de 1933, e do seu artigo 4.º, já poderiam, os tribunais, decidir axiológico-principialmente. Dessa inconstitucionalidade resulta a caducidade da norma.

Esse papel juridicizador judicial, em *boa fé*, reflectia a preocupação do *Direito mais social*, e *menos formalista*, conforme dito por *Antunes Varela* na sua apresentação do Código Civil de 1966. No seguimento do preâmbulo que 22 anos antes marcara o início dos trabalhos para a elaboração do Código Civil: logo em 1944, o legislador e a Academia (atenta a colaboração desta prestada ao longo desses 22 anos) sentiram a necessidade de repensar o Direito civil à luz da nova Constituição de 1933 – em especial à luz da sua *tónica organicista*, por oposição ao *individualismo* oitocentista [71].

Precisamente, mediante semelhante esforço de adaptação jus-sistemática, cabe, no seguimento *agora* da Constituição de 76, com o novo regime da fonte e do método, repensar esse Direito civil de 1966.

Cabe, pois, no que respeita aos conceitos indeterminados normativos, essa *adaptação* ao novo Direito. O que consiste no apuramento da medida do correspondente *aproveitamento*.

### §194 (Do *aproveitamento da boa fé,* aqui tomada como *paradigma* de *conceito indeterminado normativo*)

Tendo presente o quanto se disse sobre conceitos indeterminados (v.g., §§ 104 e ss., e 164, 2.º), a *boa fé* foi consagrada como conceito axiologicamente aberto, conceito vago (*para usar* a expressão que marca os trabalhos do Parlamento nesta matéria). Começando por estar aberto ao que o sistema lhe entenda cominar como função. Por exemplo, como acontecia, inequivocamente, em 1966, com a abertura sistémica à positivação de normas, pelos tribunais, mediante ponderação de valores/ princípios/ interesses (*categorialmente considerados* – ainda que a propósito de *casos concretos*. Ou seja, não se confundindo com processos em que os interesses são equitativamente considerados). A boa fé abriu o sistema, eminentemente legal (atentas normas como as reve-

[71] *V.* o Preâmbulo do Decreto-Lei 33.908, de 4 de Setembro, e o Discurso do então Ministro da Justiça *Vaz Serra*, pronunciado na sessão de abertura do ano judicial em 24 de Janeiro de 1944, *in Boletim Oficial do Ministério da Justiça*, ano IV, n.º 21, Março 1944.

ladas nos artigos 1.º, 8.º/2, 9.º/2 e 11.º) ao *Direito dos juízes*. Este *Direito dos juízes* é o resultado da ponderação, da valoração da vida social, ou da captação, na vida social, de normatividade costumeira. Tudo conforme à abertura a translegalidades (principialistas, éticas, eventualmente costumeiras) pela Constituição Política, de 1933. Ou seja, a boa fé permitia ao tribunal buscar o *Direito na comunidade*, e não o *Direito na lei feita pelo legislador* que, por sua vez, o havia criado na comunidade (consistindo, aquelas normas, num bypass juiz-comunidade). Mas a referida abertura a funções que o sistema entenda cominar-lhe traduz-se, com a ruptura do legalismo fechado trazido pela Constituição de 76, na abertura a [meras, simples] normas feitas pelo legislador com a particularidade de, por *infelicidades linguísticas* aquando da *passagem do pensamento normativo a texto legal*, não terem ficado plasmadas no texto, estando, sim, plasmadas no *conjunto texto legal/ trabalhos preparatórios*. Ou seja, abertura a *normas lacunares*. Em suma: a consagração da boa fé abre o sistema quer às normas-do-juiz quer às normas lacunares. Ora, se as primeiras ficam excluídas com a Constituição de 1976, as segundas são aceites, como atrás dito. E, também como atrás dito, a plasticidade de *boa fé* é suficiente para acolher funções sistemicamente novas relativamente à função no momento da sua consagração (1966).

Está, pois, determinado o campo de *aproveitamento da boa fé*: a abertura sistémica a normas lacunares. Concitando, pois, no seu preenchimento, a extensão teleológica subjectivista-historicista. Explicite-se: não se diga que para tal abertura já há o disposto no art. 10.º, pelo que tal aproveitamento é inútil. Este aproveitamento é, sim, útil. Trata-se de relevante *abertura*, pois na falta da *boa fé*, o espaço lacunar estaria vedado pelo disposto no art. 11.º do CCiv. Sejam muitas, sejam poucas, as lacunas *passam a ser* possíveis, nos institutos consagradores da boa fé, como os atrás referidos (abuso do direito, responsabilidade pré-contratual, complexidade obrigacional), atendendo ao carácter excepcional destes. Serve, pois, para *aqui e ali*, afastar a rigidez do regime do art. 11.º.

Insiste-se: a boa fé permitia que *normas judiciais* afastassem, por exemplo, o disposto nas normas permissivas reveladas nos artigos 1305.º e 334.º do CCiv; agora, acolhe a nova função sistemicamente estabelecida: afastamento de normas permissi-

vas como essas por normas que não são judiciais – que são, sim, [prosaicas] *normas legais, as normas legais lacunares*.

Evidencia-se o que se acaba de dizer, de forma ilustrada (com carácter meramente hipotético) com os referidos 3 institutos (abuso do direito, responsabilidade pré-contratual, complexidade obrigacional):

**(i)** Relativamente a cada *norma constitutiva de direitos* (aqui ilustradas com o disposto no art. 1305.º, bem como no art. 70.º/1 do C. Civil): uma norma constitutiva de *limites* a esses direitos (por exemplo, o disposto no art. 1346.º) é norma excepcional; pelo que não pode ser analogicamente aplicada (atento o disposto no art. 11.º). Ora, a boa fé consagrada no art. 334.º afasta, nesse âmbito, a proibição estabelecida no art. 11.º. Pelo que, se houver trabalhos preparatórios que evidenciem uma extensão teleológica da norma legal excepcional, então, esta já pode ser ampliada.

**(ii)** Relativamente à liberdade contratual de forma (art. 219.º), bem como à liberdade contratual de conteúdo (art. 405.º): uma norma que exija formalidades e que obrigue a contratar em termos diferentes dos pretendidos (sob pena de execução específica, ou sob pena do dever de indemnizar) tem carácter excepcional. Por exemplo, o disposto no art. 5.º/1, conjugado com o disposto no art. 8.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, tem esse carácter duplamente excepcional, pelo que não poderia ser, essa norma, alargada atento o disposto no art. 11.º. Ora, a *boa fé* consagrada no art. 227.º permite esse alargamento na medida em que os (eventuais) trabalhos preparatórios dos artigos 5.º e 8.º o permitissem.

**(iii)** Relativamente ao disposto no art. 405.º (conjugado com o disposto no art. 406.º/1): cada dever acessório *ex lege*, como seja o dever constituído por aplicação do art. 7.º/2 do Decreto-Lei 246/2007, de 26 de Junho [72], tem carácter excepcional; pelo que não poderia ser alargado, atento o disposto no art. 11.º. Ora, a *boa fé*, consagrada no art. 762.º/2, permite esse alargamento, na medida em que os (eventuais) trabalhos preparatórios desse art. 7.º/2 o permitissem.

[72] Dispõe o art. 7.º/2 referido: "Com excepção do Estado, através das caixas do Tesouro, do Banco de Portugal e das instituições de crédito cuja actividade consista em receber depósitos junto do público, ninguém é obrigado a aceitar, num único pagamento, mais de 50 moedas correntes".

Termina-se: o campo de aproveitamento da boa fé, neste § evidenciado, ilustra o campo de aproveitamento dos conceitos indeterminados normativos, destes *espaços de vagueza axiológica* presentes no discurso legal (no seguimento da conceptualização de *conceito indeterminado normativo* levada a cabo no Livro 2.º, à luz do regime nomogenético e metodonómico constitucionalmente estabelecido.

Sem prejuízo de casos em que esse aproveitamento é inútil por redundante – casos de conceitos indeterminados normativos em matérias reguladas por normas não excepcionais. Aí é redundante, pois a possibilidade de lacuna já consta no disposto no art. 10.º. Fora deste *aproveitamento*, as fórmulas com esses *espaços de vagueza axiológica* (sejam conceitos indeterminados, sejam princípios-vector consagrados em lei infra-constitucional, concitados no preenchimento daqueles) contrariam a Constituição (naturalmente, sem prejuízo dos regimes excepcionais constitucionalmente consagrados, de nomogénese).

Ainda quanto à boa fé: muito relevante pode ser a boa fé no âmbito dos regimes excepcionais. Em especial em sede do regime negocial.

## §195 (Do *conceito indeterminado normativo* e a *interpretação*)

Apresentada a medida do *aproveitamento destes conceitos indeterminados*, ou seja, a abertura de certos *regimes excepcionais* ao instituto *lacuna* (mediante o afastamento do disposto no art. 11.º), evidencia-se a concitação, por estes *conceitos*, do método de interpretação. Salientando-se, assim, a confluência dos métodos da interpretação e da integração, aqui, a propósito dos conceitos indeterminados normativos.

Na medida em que o legislador usa fórmulas várias no mundo dos conceitos indeterminados normativos, ou seja, fórmulas várias carecidas de valorações e ponderações, como acontece com *boa fé* e *bons costumes* no art. 334.º, verifica-se que, além da parcela indeterminada em todos esses *conceitos* (o que os igualaria), há *parcelas determinadas* em cada conceito indeterminado normativo. As parcelas que

permitem distinguir, por exemplo, boa fé, bons costumes, ordem pública [73] entre si. Quanto a essa componente parcela determinada, segue-se o regime geral do método de interpretação, atrás apresentado.

## **Subtítulo 4.º-** Da *concatenação* entre os dois métodos apresentados nos Subtítulos anteriores.

### §196 (Da *concatenação*)

Apresentado o método da interpretação e o da detecção/integração, cabem estas poucas linhas para salientar o que perpassa ao longo da exposição da Hipótese:

**1.º** A interpretação não está completa sem, pelo menos, atender à eventualidade de lacunas, nomeadamente em sede de institutos caracterizados pela indeterminação normativa. Exemplo: perante caso, em que se discute o conteúdo do direito de propriedade, não basta interpretar o art. 1305.º do CCiv. Necessário é atender às normas que consagram limites ao direito. Bem como à eventual ampliação de alguma delas, atento o disposto no art. 334.º. Ou seja, atento o regime da integração.

**2.º** Também a integração não vive sem a interpretação: quer por a norma-lacuna *começar por ser* norma legal apurada por exegese subjectivista-historicista, quer pela necessidade de interpretar os trabalhos preparatórios.

Conclui-se, atenta esta interdependência, que há 1 método de conhecimento do Direito: o método de concatenação dos expostos métodos de interpretação e de integração.

---

[73] Cf. *Menezes Cordeiro*, *Da boa fé…,* II, p. 1223.

## **Subtítulo 5.º-** Explicitações finais. *Maxime*, do reforço e expansão do *jurídico* como corolário do fechamento positivista legalista do sistema jurídico.

### §197 (Os limites do Direito. Da denegação da justiça *vs* declaração de a-juridicidade)

Tendo presente os regimes apurados ao longo dos Livros 2.º e 3.º, explicita-se as várias fronteiras no jurídico:

**1.º** A fronteira entre interpretar e integrar é dada pelo balizamento semântico das palavras da lei;

**2.º** A fronteira que separa o Direito e o não-Direito: remete-se para o Livro 2.º. É Direito o que está na lei (abrangendo, nesta, as *normas lacunares* – na medida em que resultam do texto legal complementado pelos correspondentes trabalhos preparatórios do legislador); *o mais* é não-Direito.

Assinale-se: qualquer *caso* (na acepção ampla de *problema* incluindo *problemas* que venham a revelar-se como a-jurídicos) tem solução dada pelo Direito. Recorde-se que o Direito português está constitucionalmente fechado (pelo regime em que pontifica o disposto no art. 203.º). Pelo que, *mais não seja*, haverá a *solução legal* consistente na qualificação do *caso* como sendo *a-jurídico*.

Explicita-se: exclui-se (atento o regime das fontes e do método), pois, a [doutrinalmente afirmada] norma-princípio-da-*liberdade jurídica*, segundo a qual é permitido *tudo quanto não seja devido/proibido*. Essa norma não existe no ordenamento jurídico (não se confundindo, naturalmente, tal norma, com a *liberdade-ausência de privação de liberdade* regulada no art. 27.º/1 da CRP).

O que se acaba de dizer é conciliável com o amplo espaço de permissão consistente no somatório dos poderes/ faculdades/ direitos subjectivos/ liberdades jurídicas (em especial, tendo presente os direitos subjectivos consagrados nos já referidos artigos 25.º e 26.º da CRP e 70.º/1 do CCiv). Mas, ainda assim, nem tudo o que não é devido/proibido corresponde a *permissão juridicamente tutelada.* Pois tal norma não

existe no sistema fechado que é o Direito português. Norma que, de resto, constituiria, ao lado de tal liberdade, o correspondente dever genérico de respeitar essa liberdade.

Conclui-se, retomando a relevância dos *limites do jurídico* em sede da *proibição da denegação da justiça*: a Constituição estabeleceu os limites do Direito aplicável pelo tribunal: *actuar além* é usurpar o legislativo; *não actuar aqué*m é [ilicitamente] *denegar a justiça*. Por outras palavras: quando o disposto no art. 8.º/1 CCiv. proíbe que o tribunal se abstenha de julgar, *pressupõe* que há norma *legal* aplicável nos termos do *método* de interpretação ou nos termos do método de integração.

Ainda sobre os limites do jurídico: atenta a Constituição (nela pontificando o disposto no art. 203.º), conclui-se que, fora da normatividade legal apurada por interpretação ou integração, não há Direito. Repete-se a paráfrase *tudo o que não está na lei não está no mundo*. Naturalmente, o *espaço de a-juridicidade* é *espaço de potencial juridicidade* – no caso português, basta que o legislador (ou outrem, nos regimes nomogenéticos excepcionais admitidos) juridicize realidades extramuros. Mas, aí, está-se no regime da nomogénese, dirigido ao legislador, em que não há que falar em limites do jurídico. Eventualmente, haverá lugar a falar em limites do juridicizável (mas, fora do tema destas páginas. Aqui trata-se apenas do Direito aplicável pelos tribunais).

**3.º** O que se acaba de dizer concita o estabelecimento de outra fronteira: entre julgar e legislar. Quer o disposto no art. 8.º/1 CCiv., quer o disposto no art. 4.º/2 EMJ tratam da integração de lacunas, dos limites da actuação do tribunal, pressupondo, assim, uma fronteira entre *julgar e legislar*. A estabelecida na Constituição. E explicitada ao longo do Livro 2.º: o mais longe a que o tribunal chega é a jusnormatividade presente na complementação *texto legal/ trabalhos preparatórios*, estando vedado, ao julgador, a valoração/ ponderação principialista. Incluindo a positivação de conceitos indeterminados normativos e de princípios jurídicos, ainda que aludidos no texto legal. Onde começa tal ponderação começa o campo do legislar (que é o campo acima referido do *juridicizável*).

**§198 (*Cont.*: o reforço e a expansão do *jurídico* como corolários do fechamento positivista legalista do sistema: ilustrações convocando a norma angular no art. 203.º, as normas permissivas como as dos artigos 24.º e seguintes, e a norma de conflitos no art. 19.º/6 – todos da CRP).**

Recorda-se o aventado na Hipótese: a ponderação principial não se confunde com a exegese que caracteriza quer a interpretação, quer a integração. Exegese que tem por objecto, respectivamente, os textos legais publicados e os textos legais publicados conjugados com trabalhos preparatórios (cabendo lembrar que estes também estão presentes na interpretação; *acontece que*, na integração, a sua presença consubstancia-se em significados que estão além da moldura semântica das palavras da lei).

Continuando a presentificar afirmações centradas no Livro 2.º: essa diferença é ilustrada com a alegoria culinária: na ponderação principial, o juiz trabalha com a lista de ingredientes e não com a receita. O que pode conduzir a variadíssimos bolos (consoante quantidade e modo de combinação). Na exegese, trabalha-se com a receita (o que inclui lista de ingredientes, quantidades e modo de combinação).

Sendo assim, de cada vez que o juiz resolve o caso, invocando ponderações principialistas, considerações axiológicas, hierarquização de interesses, o resultado pode variar, por referência a sentença de outro juiz perante as mesmas questões de Direito, bem como por referência a sentença perante caso concitador das mesmas questões de Direito, do mesmo juiz, no ano seguinte ao daquela sentença. Salienta-se a propósito que, ainda que todos os juízes confluíssem na solução, mais rápida seria a intervenção do legislador do que os muitos anos de espera por decisões transitadas em julgado consubstanciadoras de uma solução jurisprudencialmente sedimentada.

Sendo o Direito a norma a que os tribunais *estão sujeitos*, e não a norma por que o tribunal *pode optar* (pois se o fosse, qualquer pessoa poderia ter o seu Direito, inviabilizando-se a vida social – seja à macro-escala comunitária, seja à micro-escala da família, da empresa, da escola), então, afinal, a *ponderação principialista* propor-

ciona uma *aparência de juridicidade*. Em cada caso, *parece* que o *Direito funciona*; mais de perto, verifica-se que cada juiz pôde decidir pela norma, por si, e para cada caso, feita. Critério que é, afinal, critério não-comunitariamente radicado, ou seja, arbítrio, *não-justiça*. O arbítrio do mais forte (seja pela força física, seja por outro factor).

Conclui-se: a exclusão de áreas de principialismo não é o abandono de áreas de juridicidade. Mas, sim, de *aparente juridicidade*.

Acresce: a possibilidade de recurso à ponderação principialista torna dispensável o recurso à exegese. Quem pode lidar com o justo, tenderá a apoucar (por exemplo, mediante conotação com o meramente formal, com o não material, o não-substancial) a minudências linguística. Pelo que o potencial das palavras da lei não chega a ser evidenciado e aproveitado.

Ilustra-se telegraficamente: problemas de conflitos de *direitos, liberdades e garantias*, encarados como problemas de conflitos entre princípios-vector (e não como conflitos entre *normais* situações jurídicas constituídas por *normas legais*) concitam, naturalmente, ponderações axiológico-principiais, e não outras normas legais, apuradas por exegese, por critérios lógico-semânticos (e não por critérios axiológicos). O que se traduzirá num não aproveitamento do potencial normativo das normas legais exegeticamente apuradas, como seja a norma disposta no art. 19.º/6, com o seu potencial hierarquizador de *direitos, liberdades e garantias* [74]. A ter eventualmente em atenção em sede de resolução do conflito direito à honra *versus* direito de informar/ direito de expressão (na medida em que o primeiro esteja em "integridade pessoal" naquele n.º 6, ao contrário dos segundos); ou, como atrás já aventado, liberdade negocial *versus* tratamento não discriminatório (na medida em que a primeira esteja presente em "capacidade civil" naquele n.º 6, ao contrário do segundo); ou direito à vida intra-uterina *versus* direito ao corpo (na medida em que a "vida" do art. 24.º abranja o nascituro e na medida em que direito ao corpo não esteja presente em "integridade pessoal"). Conflitos aqui meramente aludidos como problemas justi-

[74] Colhendo Lição de *Jorge Miranda*, no seu *Manual*…, IV, 176.

ficativos de *aposta* na exegese. Longe de considerações axiológico-principialistas que não raro tendem a argumentações que, radicando nos mesmos princípios soluções antípodes, esvaziam inclusive o que de *não indeterminado* as fórmulas legais principiais têm.

Finalmente: atentas repercussões transversais de ponderações principialistas, a incerteza por elas propiciada não se confina à aplicação de conceitos indeterminados normativos – impregnando, sim, de *não-justiça*, de incerteza, áreas aparentemente alheias a indeterminações. Alargando, pois, o campo da referida *aparente juridicidade*.

Em suma: com a ponderação principial, é o ADN do Direito português que é afectado, podendo a não-justiça e a incerteza jurídica alastrar transversalmente pelo ordenamento jurídico.

Pelo contrário, o fechamento positivista-legalista só aparentemente se traduziria no alargamento da a-juridicidade (mercê do fecho exegético e da exigência sistémica quanto à caracterização da norma lacunar).

Recorda-se que esse fechamento não nega que, intra-muros, ficam normas de potencial aplicativo amplo: normas permissivas como as já referidas normas reveladas nos artigos 26.º da CRP e 70.º/1 do CCiv. É certo que, quanto mais amplo o campo de aplicação das normas permissivas, mais provável é o conflito entre normas permissivas (e conflitos das situações jurídicas correspondentes). Como acima ilustrado. Conflitos para os quais podem ser encontradas, no seio do sistema fechado, soluções como as acima aventadas (e ilustradas com o disposto no art. 19.º da CRP).

Assim, o fechamento do sistema, nos termos que caracterizam o Direito português actual, salvaguarda a justiça e a certeza, na medida em que nega o *poder de optar judicial*; podendo, inclusive, levar a juridicidade a áreas onde apenas haveria a acima referida *aparente juridicidade*. Ora, somando-se ao dito amplo campo das normas permissivas o campo lacunar (a jusante daquelas e a montante da a-juridicidade), restariam menos matérias para a a-juridicidade do que as matérias que nesta cabem num sistema translegal aberto (descontado o campo da referida *aparente juridicidade*).

Quanto às matérias que o juiz considerasse além dos seus poderes: em qualquer sistema (translegal ou legal) há limites, sob pena de se negar a separação dos poderes e a democracia. A *diferença* estará entre limites *legítimos e certos* e limites *ilegítimos e incertos* (a lembrar o que foi dito sobre *Loki* e a passadeira do transeunte – §117).

### §199 (*Cont.*:)

Reconhece-se que a *impressividade* de certos casos – em especial casos que concitam conflitos de normas, ou casos que consubstanciam a dificuldade de aplicar a mesma norma a 2 contendores (por exemplo, no caso da compropriedade) – podem convidar o juiz a soluções *inventivas* para a sua resolução. Mas, se essas soluções põem em causa o ADN do Direito português, ainda que resolvam esses casos impressivos, originarão uma transversal incerteza, em quantas normas comungam daquele ADN. Recordando que *o óptimo é inimigo do bom*, tendo presente que os regimes da fonte e do método constitucionalmente consagrados reflectiram o realismo de um Parlamento que nunca os teve como os *ideais* (basta lembrar as referências elogiosas de *José Luís Nunes* a *Castanheira Neves*), conclui-se: cabe, ao juiz, inclusive perante tais casos impressivos, *apenas a sujeição à lei*. A comunidade, pelos seus representantes, ponderou cenários vários, cada um com as suas virtudes e os seus defeitos. E optou, de resto, reflectida e reiteradamente, pelo *positivismo legalista democrático*.

### §200 (*Categorias doutrinais* de *interpretação. Confronto com a integração*)

A propósito do disposto no art. 11.º, foi apresentada a noção de interpretação extensiva. Assinale-se que comentários semelhantes cabem quanto a outras categorias doutrinais no âmbito do discurso sobre o método jurídico, atenta a Hipótese.

**1.º** A *interpretação restritiva* significa o processo interpretativo cujo resultado consiste na acepção mais restrita de entre as que uma palavra admite. Coincide,

assim, com a noção de *interpretação declarativa restrita* segundo a *Lição doutrinal dominante*. Sugere-se a fixação terminológica em *interpretação restritiva*, no seguimento da sugestão de fixação terminológica *interpretação extensiva*.

Acrescente-se: quer a *interpretação restritiva* quer a *interpretação extensiva* podem ser usadas com valor de graduação comparativo, ou seja, em afirmações como a seguinte: *entre os resultados x e y, x é restritivo*.

**2.º** A *redução teleológica* enquanto categoria doutrinal (de resto, com difícil autonomia ante a *doutrinária interpretação restritiva*) em que o sentido definitivo está aquém dos sentidos literais e, ainda, aquém do sentido racional, aquém do pensamento da lei, não é admitida no Direito português. Assim, a redução teleológica não corresponde a operação metodológica permitida pela lei. Pelo que teria fonte não legal, ou seja, fonte não admitida pela Constituição. Sobre o *desvalor* das normas que dela resultariam, remete-se para o Livro 2.º .

Acresce que o tribunal, ao trabalhar com a redução teleológica, violaria o disposto no art. 9.º/2, além de as considerações teleológicas consubstanciarem a *ponderação principial* constitucionalmente vedada ao tribunal.

Finalmente: aquando da feitura do Código Civil, a eliminação da proposta de *Manuel de Andrade*, consubstanciada no art. 9.º/V, logo aquando da 1.ª Revisão Ministerial, significou a refutação da *redução teleológica*. De facto, aí admitia-se o que doutrinalmente se poderia qualificar quer como interpretação restritiva, quer como *redução teleológica* (ou *interpretação restritiva* com fundamento na teleologia).

**3.º** *Interpretação enunciativa*: ou designa os casos de interpretação aperfeiçoada ou melhorada, admitida nos termos do art. 9.º/2, *in fine*, ou não tem lugar, por o Direito português não admitir o correspondente caminho metodológico e correspondentes resultados interpretativos.

Assinale-se que, nos casos em que o argumento *por maioria de razão* (em qualquer das hipóteses doutrinalmente recenseadas) *implica valorações/ ponderações*, trabalha-se com categorias como preferível/ não preferível, justo/ injusto (significan-

do que o argumento não contempla um conjunto de premissas suficientes para que a inferência seja de carácter lógico), o *argumento* não tem lugar no Direito português.

**4.º** *Interpretação correctiva* – ou consiste em interpretação preventiva de invalidades (orgânicas, formais ou materiais), à luz da *unidade do sistema*, ou não é admissível. Assinale-se que a invalidade orgânica, formal ou material de normas legais é instituto de *potencial jurídico corrector* não desprezível (como aqui e ali, nas matérias aqui privilegiadas, ficou ilustrado com a *interpretação conforme à Constituição*).

**5.º** Quanto à interpretação declarativa, enquanto processo interpretativo cujo resultado consiste num sentido *nem amplo, nem restrito*, ou seja um sentido cujo âmbito é (entre vários) *médio*, é, naturalmente, admitida. Salienta-se, como já dito, que o conceito *de interpretação declarativa lata* e de *interpretação declarativa restrita* são substituídos, terminologicamente (já que conceptualmente se mantêm) por, respectivamente, *interpretação extensiva* e por *interpretação restritiva* (pelo contrário, estes últimos têm lugar terminologicamente, sendo os respectivos conceitos doutrinários, na Lição dominante, substituídos nos termos acima aventados).

**6.º** Cabe explicitar que estes tipos de interpretação não correspondem a *faculdades do intérprete*. Ou seja, o intérprete não tem *à sua disposição* os tipos admitidos, consoante metodologias por si consideradas preferíveis, consoante resultados interpretativos por si considerados preferíveis. Tem, sim, o dever de seguir o método legalmente estabelecido. Seguido este, terminada a tarefa interpretativa, conduzido até onde o caminho metodológico legalmente estabelecido o conduziu, poderá, o intérprete, olhar para trás e, por meras conveniências discursivas, usar uma dessas expressões para descrever o que fez – "o que fez" e não poderia ter deixado de fazer (atenta a vinculatividade da metodonomia legal).

## §201 (Ainda acerca do subjectivismo moderado e do objectivismo, e da sua presença na Lição de Manuel de Andrade. Explicação ensaiada quanto à alteração semântica de objectivismo (do objectivismo como subjectivismo do intérprete)

Continuando neste capítulo de explicitações, insiste-se, pela clareza proporcionada: a interpretação de um texto legal, *não tendo qualquer trabalho preparatório*, é interpretação subjectivista. Precisamente, por o texto ser a natural forma de o legislador exteriorizar o seu pensamento jus-normativo. E, por o texto legal ser *do legislador*, por cada palavra ter o seu cunho, há que observá-lo. Repete-se: a autoridade da vontade do legislador não se joga apenas nos trabalhos preparatórios (com todas as suas variantes). Joga-se, sim, no *texto da lei*. Por outras palavras, a afirmação de *Manuel de Andrade* de que o *problema* do subjectivismo/ objectivismo (*rectius*, o problema do subjectivismo extremado/ objectivismo) circunscreve-se, *grosso modo*, ao *valor a atribuir aos trabalhos preparatórios* (como dito no seu *"Sentido e valor…"*, pág, 271), pressupõe o respeito pelo texto legal. Tal afirmação convida (caso não se tenha presente o *respeito* do Professor *pela letra da lei*), à *colonização* da letra da lei pelo *… juiz e a sua específica concepção de justiça.* Clarifica-se o que se acaba de dizer.

Aquela forte associação entre, por um lado, subjectivismo [extremado, sem apoio no texto], legislador e sua vontade, e, por outro lado, trabalhos preparatórios terá contribuído, ao longo de décadas, para que o objectivismo se dissociasse da vontade do legislador, da legítima vontade do legislador. No esquecimento de que o texto legal consubstancia, por excelência, a legítima vontade nomogenética do legislador – a vontade definitiva e decisória do legislador. Por sua vez, a correspondente dissociação entre, por um lado, objectivismo e texto legal, e, por outro lado, a vontade do legislador terá contribuído para que o texto da lei viesse a ser crescentemente instrumentalizado não à vontade do legislador, mas, sim, à vontade de cada juiz. Assistindo-se à ironia de a palavra "objectivismo" significar a vulnerabilidade do texto da lei a pensamentos jus-normativos extraliterais (sublinha-se: assumidamente extraliterais, como, por exemplo, nas doutrinárias interpretação extensiva e interpretação restritiva) dos juízes. Por outras palavras: se a vontade do legislador mora nos trabalhos preparatórios, então não mora no texto legal, ficando este disponível para ser colonizado por vontade que não a legítima vontade do legislador – que acaba por ser, naturalmente, a vontade do intérprete (ainda que por este imputada a uma tão

hipostasiada lei, a um tão hipostasiado pensamento jurídico quanto divorciada das suas prosaicas palavras). Ora, já em 1946, Manuel de Andrade afirma, na célebre (em Portugal e Espanha) conferência de Santiago de Compostela, que notava objectivismo a mais, estando quase a "*cantar a palinódia*". De resto, recorda-se que, no Projecto Manuel de Andrade (1948), contemplava-se a relevância de trabalhos preparatórios (número IV do art. 9.º, conforme mapa na Adenda) – impensável da parte de quem fosse objectivista actualista (trecho esse que apenas caiu na passagem da etapa Projecto final para o Código Civil – já após a morte do Professor). Em suma, a obra de Manuel de Andrade, ao longo dos anos, vai evidenciando um vector subjectivista; evidenciando o que atrás se avançou: refutação do subjectivismo extremado e refutação do objectivismo enquanto subjectividades de juiz (o acima avançado pseudo-objectivismo). Em sentido inverso, verifica-se vector, ao longo das últimas décadas, objectivista (rectius, o pseudo-objectivismo) actualista.

Em suma: o objectivismo, em *Manuel de Andrade*, começou por visar *defender o texto* de sentidos extraliterais fundados em trabalhos preparatórios; num segundo momento, mercê da concentração do *pensamento do legislador* nos trabalhos preparatórios, o objectivismo deixa de ser associado a texto legal, passando, este, a estar disponível para ser *colonizado* por outra vontade normativa, outro pensamento normativo: o do intérprete. Esta a explicação ensaiada da ironia de se ter começado (Manuel de Andrade com a sua obra metodológica) por preservar o texto perante *investidas extraliterais do legislador* e de se ter acabado a *colonizar* o texto com as *investidas extraliterais do juiz*. Podendo, tal esquecimento da *sujeição* à legítima lei e seu texto, ir ao ponto de *desvalorizar* tudo o que seja *literal* (seja, de resto, *sentido literal primeiro anterior ao sempre* [*árduo*] *percurso exegético*, seja o *sentido definitivo intra-literal*, culminando todo o percurso exegético). Caricaturizando, invocar-se palavras da lei como suporte de certa solução jurídica seria habilitar-se ao labéu de *literalista primário*, sendo, *antes*, preferível, apresentar soluções sem apoio no texto legal (ainda que o tenha), e sim com apoio em ponderações principialistas (sem prejuízo de se referir a lei como um retórico tópico argumentativo).

Assinala-se que, além do que se disse, outros factores terão contribuído para este *menosprezo doutrinário* pela *letra da lei*:

- a tese *pacífica* (aqui aventada como improcedente) de que há *Direito além da lei*;

- a conotação da *exegese* com trabalho jurídico *menor*, *fácil*, por contraposição à *nobreza* do trabalho a partir de princípios e valores;

- o pluralismo/ relativismo na comunidade (bem consciencializado pelos parlamentares a propósito dos artigos 2.º, 3.º/2, 16.º e 203.º da CRP). Sendo natural que, transversal, se reflicta no seio da Magistratura.

## §202 (Da inconstitucionalidade superveniente do disposto no art. 10.º/3)

O disposto no art. 10.º/3 é inconstitucional – e *não é aproveitável*. O regime do art. 10.º/3 do Código Civil *põe* o julgador no lugar do legislador, passando a *criador* de norma-ainda-que-consumida-no-caso.

O texto di-lo inequivocamente, ao estabelecer que o caso omisso é resolvido pela norma criada, positivada pelo juiz, segundo ponderação de justiça geral e abstracta, no limite do espírito do sistema. Ou seja, o juiz (seguindo, aqui, os trabalhos preparatórios [75]) é o (i) *juiz-legislador* que *põe a norma que avalie ser a melhor*; é o (ii) juiz que vai *criar previamente* uma norma geral e abstracta podendo "criar novos princípios, traçar à legislação e à jurisprudência rumos até então desconhecidos, desde que não ofenda o espírito do direito vigente" [76]. É inequívoca a posição do *juiz* como

---

[75] *Manuel de Andrade*, "Sobre a recente evolução…", pp. 290-291, artigo para o qual o Professor remete na sua exposição de motivos do articulado proposto.

[76] *Antunes Varela*, "Comunicação à Assembleia Nacional", no dia 26 de Novembro de 1966, "Do projecto ao Código Civil", pp. 25 e seguintes.

Recorda-se o aí referido texto legal suíço:

Código Civil suíço, de 10 de Dezembro de 1907:

*Art. 1.º*

*1- La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre* ou l'esprit *de l'une de ses dispositions.*

*legislador* perante o caso. Ora, se a concessão desse poder ao tribunal não era desconforme com a Constituição de 1933, caduca por inconstitucionalidade com a Constituição de 1976, nos termos já expostos (Livro 2.º, com o regime dos artigos 290.º, e 110.º/2 conjugado com o art. 203.º — todos da CRP).

Explicita-se: é esse o sentido definitivo. Aqui, a *interpretação conforme à Constituição*, no âmbito da *unidade do sistema*, não tem lugar para salvar e aproveitar a norma.

## §203 (Dos vários *tipos de lacuna* e da *analogia iuris*)

Recordando que conceitos (e meta-conceitos) reflectem os regimes legais, passa-se à classificação das *lacunas*. Tendo, ainda, presente a Lição dominante.

As "lacunas" que pressupõem valorações/ponderações principialistas não têm lugar no Direito Português. As lacunas *verdadeiras e próprias* [77] são as que são *colmatáveis* segundo o Direito Português. Ou seja, hoje, nos termos da extensão teleológica subjectivista-historicista. *O que não pode ser preenchido pelo juiz* não existe como *buraco metodologicamente relevante*. Não existe lacuna. Ainda que possa ser designado por lacuna – em acepção manifestamente diferente: matéria carecida de *norma a criar* pelo legislador, já *extramuros da cidadela jurídica* (como diria *Manuel de Andrade*, no seu "Sobre a evolução…"). Também a *analogia iuris,* em que o juiz *infere* princípios a partir de normas várias, em que *pondera* tais princípios e em que chega a uma norma que colmata *lacuna*, não tem lugar no Direito português, atento, repete-se, o regime da fonte e do método.

---

*2- A 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.

3- Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence.

*Art. 4.º*

*Le juge applique les règles du droit et de l'équité, lorsque la loi réserve son pouvoir d'appréciation ou qu'elle le charge de prononcer en tenant compte soit des circonstances, soit de justes motifs.*

[77] Segundo *Manuel de Andrade*, "Evolução do Direito privado português", *in Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. XXII, p. 291.

Finalmente, sobre a designada *lacuna por colisão*: se, atentos os mecanismos que garantem a unidade do sistema (atrás referidos), subsistir contradição entre 2 preceitos do mesmo diploma, ou de 2 diplomas do mesmo patamar hierárquico-normativo e com a mesma data de publicação, só há lugar a *lacuna por colisão* se houver *norma lacunar* que regule a matéria objecto daquelas normas contraditórias. Caso não exista, não há, rigorosamente, uma lacuna. O julgador não pode aplicar qualquer das duas normas. Pois a *escolha de uma*, entre várias, consubstanciaria a negação da unicidade da solução jurídica, consubstanciaria a possibilidade de optar, consubstanciaria a *não-sujeição* do juiz à lei. Caso a matéria não caiba em qualquer norma geral/ comum existente, designadamente em norma permissiva (designadamente nas muitas e abrangentes normas permissivas existentes no ordenamento jurídico português actual), está-se, então, no espaço de *a-juridicidade*. Cabe, aqui, assinalar que a solução acabada de apresentar é a *solução sistémica*: tal como uma *normal norma de conduta* geral e abstracta pode ter o *preço* de a sua aplicação a um caso concreto concitar unânime crítica doutrinal *de iure constituendo*, também as normas sobre fonte e método (com o valor de ADN do Direito) podem concitar semelhante crítica *de iure constituendo*. Sublinha-se: ali tem-se alguma norma de conduta entre muitas; aqui tem-se as [fulcrais] normas que impregnam todo o sistema jurídico, sendo imprescindível a sua observância.

Insiste-se: *joga-se*, nestas matérias da fonte e do método, todo o sistema.

Termina-se: só há as lacunas colmatadas pelo disposto no art. 10.º/2. O mundo das classificações possíveis é vasto. No entanto, privilegiando, aqui, o regime metodológico geral, não há, entre elas, diferenças de regime, que justifiquem diferenciações conceptuais.

### §204 (Da *detecção de lacunas*)

Os limites do jurídico, no Direito português, foram atrás evidenciados. Não há norma que não as aí caracterizadas quanto à *fonte e ao método* (sem prejuízo, repete-se dos regimes excepcionais, cf. Título 3.º do Livro 2.º, e Título 3.º do Livro 3.º).

Assim, não há lacuna além das que podem ser preenchidas nos termos da teleologia acima caracterizada.

Admitir outras lacunas implicaria que houvesse outros regimes de integração. Estes não existem na lei. Pelo que aquelas não existem.

O que se acaba de dizer justifica, pois, que o *método de integração* seja o *método de detecção de lacuna*: *lacuna detectada é lacuna integrada*. Ou seja, uma lacuna está detectada quando (e só quando) há um *caso* a que não corresponde norma expressa no texto legal publicado que o contemple, e (cumulativamente) esse caso concite a *extensão da teleologia subjectivista-historicista* de uma norma legal existente. Pelo que *encontrar a lacuna é encontrar… a norma que a integra*. Como num jogo infantil de encaixe de poliedros em buracos: buraco a que não corresponde um dos poliedros, não é buraco para efeitos de jogo. Assim, também os *buracos jurídicos* são em número e têm a medida das peças jurídicas que os preenchem.

Sublinha-se: não se julgue que há, por um lado, *critérios* para concluir pela necessidade de juridicização, perante caso omisso, e por outro lado, *critérios* para juridicizar esse caso. Pois *de que serve* concluir pela *devida juridicização* de um caso, à luz de critérios diferentes do critério de *juridicização* unicamente admitido (a *extensão teleológica subjectivista-historicista*)? Evidenciaria eventualmente (*de iure constituendo*) que certo caso omisso requereria juridicização… pelo legislador (pois *já* ao juiz estaria, essa juridicização, vedada).

Ainda sobre a detecção, assinala-se a originalidade e minúcia da lei portuguesa, ao tratar a lacuna. Atendendo ao trecho sobre detecção de lacunas – art. 3.º/2 do EMJ, ao explicitar que só é *caso omisso* o que "deva ser juridicamente regulado" (à luz do sistema). Originalidade e minúcia que teriam redobrado, caso se tivesse tornado lei o projectado n.º IV, 2.ª parte, do art. 10.º, apresentado por *Manuel de Andrade*. Texto que consagrava como critério de detecção o mais amplo dos critérios de integração, não excluindo, assim que, detectada, por esse critério (atento o espírito do sistema), uma lacuna, viesse a ser ela integrada pelo outro critério (a analogia). O texto não vingou à luz das apreciações feitas por *Miguel Galvão Teles*, *rectius*, à luz

da ponderação que delas terá feito *Antunes Varela*. Do texto resultante da Revisão Ministerial seguinte já não consta esse texto.

### §205 (Do método [concatenado] *da interpretação/integração* e da *aplicação ao caso*, tendo presente o disposto no art. 8.º/3 do CCiv. Retoma do *arbítrio*)

Apresentados os regimes da interpretação e da detecção /integração da lei, constantes da Constituição e explicitados e *afinados avant la lettre*, nas disposições legais ordinárias privilegiadas ao longo deste Livro 3.º, retoma-se o que foi dito no Livro 2.º, sobre aplicação da lei ao caso.

A Hipótese contempla quer o conhecimento do jurídico na *ausência de um caso concreto* (real ou fictício), *quer na sua presença*. Senão veja-se: todo o Direito existente está na lei, *rectius*, nas normas legais apuradas nos termos metodológicos expostos. O que significa (recorda-se) que a *realidade jurídica* tem a medida dada pela lei. Ou seja, num *caso concreto* o que há de Direito é o que a lei geral e abstracta *nele constitui* de Direito. Insiste-se na paráfrase: *o que não está na lei não está no mundo*. Encontrar alguma nota *juridicamente relevante*, no caso concreto, diferente daquelas que, no caso, são constituídas pela lei (ainda que mediante fórmula geral e abstracta) seria criar Direito. E o aplicador não pode criar Direito. O *geral e abstracto* não é menos do que a soma de todos os casos concretos com – em cada um – a respectiva totalidade das notas juridicamente relevantes. E por *não ser menos*, não há que procurar *apport* normativo radicado no caso.

A norma geral e abstracta é *a norma* para cada um de todos os casos concretos nela aglutinados, por ela irmanados, igualados.

Assim, o resultado a que se chega, ora na presença do caso, ora na ausência do caso, é o mesmo. Ainda que, aparentemente diferente. Por outras palavras, *pequenas notas casuísticas* sem apoio na norma legal, e, sim, ditadas, por exemplo, por *equidade* ou por *sinépica*, são juridicamente inexistentes – são, sim, *arbitrárias*. O *arbítrio* não começa na elaboração das normas (*do princípio ao fim* da correspondente

fórmula linguística, com a sua previsão e a sua estatuição) alternativas às que radicam na comunidade (*i.e.*, às normas legais). O *arbítrio* começa na *juridicização de alguma nota*, ainda que comezinha e recôndita da realidade social. Pois, com ela, a norma legal que exista fica *outra norma*, podendo, *até*, o resultado, no caso, ser antípode daquele a que se chegaria por aplicação da norma legal. Passa a *arbítrio*. A diferença entre, por um lado, a *interpretação* (incluindo, aqui, a integração), e, por outro lado, a *aplicação* não está no resultado jurídico, no efeito jurídico, no caso, a que o juiz, feito o seu trabalho, chega. Está, sim, nas *operações envolvidas*, no *grau de dificuldade*, no caminho percorrido até chegar… ao mesmo ponto. Resolver o caso concreto concita, além de espirais hermenêuticas atrás apresentadas no Livro 2.º, a *espiral hermenêutica* que envolve o caso concreto. Na acrescida dificuldade de destrinçar o jurídico na amálgama de jurídico e a-jurídico que é cada caso (*rectius*, cada *caso-em-bruto*, antes de limpo do *não jurídico* nele). E por não haver, no caso, *notas jurídicas*, *realidades jurídicas* diferentes das presentes na norma legal, a operação *aplicação* não consubstancia subsunção do individual no geral, do concreto no abstracto, mas sim, a identidade já atrás referida.

Em suma: a aplicação ao caso não trás *apport* normativo. Apenas mais dificuldade na interpretação da lei.

O quanto se acaba de retomar consiste no regime explicitado no art. 8.º/3 do Código Civil: só tratando cada caso exclusivamente à luz da lei (isto é, na medida da juridicidade que a lei constitui no caso) é que se alcança a jurisprudência uniforme. Se cada juiz imputar ao caso um *apport* jurídico, prejudicado fica o pretendido carácter *uniforme* da jurisprudência.

### §206 (Explicitações referentes à delimitação do tema: distinção da *norma lacunar* ante o conceito próximo *norma remissiva*)

Apresentada a lacuna da lei, passa-se a evidenciar os termos em que se distingue das *remissões legais*.

A *remissão legal* é técnica legislativa que evita repetição de texto legal. Assim, quando o legislador *remete* o regime de *x* para o regime *y*, considera-se reproduzido *y* em *x*. Quando *y* é regime geral relativamente a *x*, não há, *grosso modo*, que fazer *adaptações*. Quando *y* não é regime geral, abrangente de *x*, mas, sim, regime alheio a *x*, há que fazer *adaptações* que em nada contrariam o sistema caso tenham *carácter* [*meramente*] *lógico* à semelhança da interpretação melhorada ou aperfeiçoadora, atento o disposto no art. 9.º/2, *in fine*. Já não admitida é a *remissão* que implica *valoração*.

Feita a remissão, as *normas indicadas* são aplicáveis nos termos definidos pela *norma remissiva*. Ora, no caso da lacuna, a norma lacunar não pressupõe uma norma que a habilite a resolver um caso: a norma lacunar é aplicável nos termos gerais. O seu campo de aplicação é indicado por ela e não *alhures* (distinguindo-se, assim, da *norma indicada* pela norma remissiva). Além de que a *norma lacunar* tem a particularidade de ser encontrada no *conjunto texto legal/ trabalhos preparatórios* – e não, nos termos gerais, *no texto legal publicado* (como acontece com a norma remissiva). Assinale-se que a remissão pode ser feita não para uma norma, um instituto ou um ramo, mas para uma ordem jurídica globalmente considerada em que tudo o que nesta é regulado é potencialmente aplicável à ordem remissiva – basta que esta não contemple especialmente certa matéria. Aqui, teríamos o *Direito subsidiário* (a que se fará referência, no Apêndice a propósito da História do Direito português).

## **Título 3.º** Regimes-excepção do método jurídico – brevíssima referência.

### §207 (Regimes excepcionais)

Tal como no Livro 2.º, em que à apresentação do regime-geral se seguiu a de regimes-especiais (*rectius*, excepcionais), cabe brevíssima referência a metodono-

mias especiais (também elas de carácter excepcional). Podem, estas, existir em cada lei que pretenda estabelecer regime próprio de interpretação/ integração ainda que a margem de livre conformação, pelo legislador ordinário, seja estreita, atenta a consagração, no regime constitucional, do subjectivismo-historicista, do balizamento exegético, da exclusão de valorações/ ponderações principialistas (seja no âmbito dos sentidos literais possíveis, seja fora deste), da unicidade de sentido (sem possibilidade de opção, ou seja, estando, o juiz, sujeito à lei), e em que a aplicação ao caso não tem *apport* normativo.

Sirva de exemplo de diploma com regime de interpretação própria, ou aplicável a certo âmbito de leis, a Lei Geral Tributária, com o seu art. 11.º, ou o Código Penal, com o art. 1.º/3.

Aluda-se, ainda, a regimes especiais correspondentes a factos nomogenéticos. Relativos aos regimes excepcionais da nomogénese – Título 3.º do Livro 2.º. Como exemplo, o disposto nos artigos 236.º a 239.º do Código Civil, quanto à interpretação/integração da declaração negocial.

Ainda quanto à fonte do Direito que é o negócio jurídico: o método – aqui, o caminho da declaração negocial até ao preceito negocial – reflecte o regime apresentado no final do Livro 2.º. Assim, na medida ali apresentada, admite-se considerações axiológicas, ponderações principialistas, equidade, apuramento de usos e inferências normativas a partir destes. Quer, como atrás dito, por expressa remissão, para a translegalidade, operada por um *preceito negocial*, quer no âmbito de aplicação de *normas legais dispositivas*.

# **Livro 4.º-** *Em diálogo*: textos doutrinais brevemente comentados à luz da Hipótese.

## **Título 1.º** Considerações preliminares

### §208 (Ainda acerca do tema na Literatura jus-doutrinal)

Como se verificará ao longo do texto, as alusões, nos textos jus-doutrinais ao art. 203.º da CRP são raras, ou telegráficas ou laconicamente tributárias da Lição de *Jorge Miranda* (ao considerar que "lei" no art. 203.º significa *Direito* – Lição do Professor que concita as reservas evidenciadas ao longo do texto).

Entre os textos jus-doutrinais que referem o art. 203.º, poucos são os que nele se detêm.

Recorda-se que a Hipótese privilegia as fontes historiograficamente primárias reveladoras da vontade da comunidade. *Fontes* que a própria comunidade confinou a textos legais nela própria democraticamente radicados. *Maxime*, à Constituição de 1976. E, nesta, *maxime*, o disposto no art. 203.º.

Ao longo das próximas páginas, dar-se-á conta de que não se encontrou, na Literatura jus-doutrinal sobre o Direito português actual, exposição de um edifício jurídico cujos alicerces nomogenéticos e metodonómicos (o referido *ADN* jus-sistémico) se apoiem em fontes que revelem a vontade da comunidade com mais fidedignidade do que as fontes evidenciadas ao longo dos Livros 2.º e 3.º. E, se não existem essas fontes, então edifícios jurídicos encontrados nessa Literatura, ainda que de excelência *de iure constituendo*, não são Direito. Pois se a norma não radica na comunidade, então radica no indivíduo (ainda que este invoque a Revelação, a Razão ou a comunidade); e se radica em cada um, então há tantas normas quantos os indivíduos; o que evidencia que não são essas as normas que estão a conciliar os indivíduos na sua acção, ou seja, que estão a viabilizar a vida em sociedade e, com ela, a do homem; concluindo-se por essa norma não ser Direito, e por o *Direito estar alhures*, por referência a essas *normas individuais*.

O que se acaba de recordar explica as poucas e curtas referências doutrinais ao longo do texto. Por um lado, abonar, com obras jus-doutrinais o que se diz seria descontextualizar trechos doutrinais (como será exemplificado com a obra do Professor *Menezes Cordeiro* e o subjectivismo historicista); e, por outro lado, referir obras jus-doutrinais alheias ao disposto no art. 203.º como contrárias ao que se diz seria inconclusivo – pois a procedência das teses, que assim seriam confrontadas, dependeria da procedência ou improcedência do que, a montante, se concluísse sobre o disposto no art. 203.º. [78].

### §209 (Enquadramento)

Os textos jus-doutrinais são reproduzidos nos termos já apresentados no Livro 1.º, §22, evitando o estilo sincopado com comentários *pari passu*. O estilo do comentário é telegráfico, pressupondo a leitura da Hipótese. Frequentemente faz-se remissões, evitando repetições do que consta dos Livros 2.º e 3.º.

# **Título 2.º** O art. 203.º da CRP na Literatura jus-doutrinal

## **Subtítulo 1.º-** Textos de Jorge Miranda

### §210 (Trecho do *Manual de Direito Constitucional*. Comentário. Declaração de voto)

**1.º** A propósito do sentido e conteúdo de *lei, Jorge Miranda* refere:

[78] Ilustra-se o que se diz sobre a quase exclusão do art. 203.º do estudo jus-científico, ao longo destes mais de 40 anos de vigência da Constituição: na bibliografia consultada, além dos textos brevemente comentados neste Livro 4.º, os textos ali referidos não tratam das fontes e do método como temas tratados pela comunidade, tratados na Constituição. O que justifica que vários textos sejam consultados mas não citados; a alternativa seria como que *prova desse facto negativo*.

*I – São múltiplos os sentidos do termo lei em Ciência Jurídica.*

*Para o escopo deste livro, salientem-se:*

*a) A lei como norma jurídica, como ordenamento jurídico positivo ou até como Direito;*

*[…]*

*[…] no 1.º sentido (arts. 13.º ou 203.º) […].*

[79]

**2.º (Comentário)** O Professor afirma que *lei*, no art. 203.º, significa *Direito* (logo em 1982, nos trabalhos na CERC). Não se conhece o fundamento desta afirmação: em 1976, o Professor, na sua declaração de voto reconhece ter sido consagrado o positivismo legalista (criticando esse facto); e não se conhece qualquer facto que indicie alteração semântica. Tenha-se, aliás, presente que o Parlamento reiteradamente afirmou que lei significa Direito legal. Sentido que é, de resto, o *sentido primeiro* de *lei*. Cabendo à tese que impute outro significado, o correspondente esclarecimento. No entanto, a Lição do Professor *Jorge Miranda* é apresentada nestes sucintos termos.

## §211 (Trecho de Constituições Políticas de diversos países. Comentário)

**1.º** O Professor, em Junho de 1975, escreve (p. 15), nessa colectânea de Constituições Políticas (2.ª ed.), em fase de feitura da nova Constituição portuguesa, dando notícia de que a editora INCM pretendia contribuir (pág. 10) "para a tarefa iniciada pelo Movimento das Forças Armadas de esclarecimento dos cidadãos e, porventura,

---

[79] *Manual de Direito Constitucional*, Tomo V (Actividade Constitucional do Estado), 4.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 131 e 134.

Assinala-se que não se encontra desenvolvimento desta Lição do Professor, no seu estudo sobre o tema, cujo título é "Tribunais, Juízes e Constituição", não sendo, aí, referido o art. 203.º. Publicado em *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 59 (Janeiro 1999), pp. 5-28.

para o próprio trabalho dos Deputados à Constituinte", publicando "algumas das Constituições estrangeiras em vigor, devidamente traduzidas para português":

"[…] eliminam-se os preceitos de menor importância, evitando-se, assim, engrossar demasiado o volume e, sobretudo, provocar desvios de atenção em relação à sua estrutura fundamental."

Verifica-se que na p. 111, o Professor reproduz o art. 20.º/3; não reproduzindo, na p. 122 o art. 97.º ambos da Constituição alemã.

**2.º (Comentário)** Como se constata no Apêndice, a solução do art. 97.º é a tradicional na Alemanha e a vulgar no Continente europeu. Não se conhece o fundamento de considerar o disposto no art. 97.º como de menor importância. Para mais, por ser solução, de resto, expectável num país que vem de uma Revolução com vista à democracia representativa. Estranho seria que a Revolução de 1974 fosse feita para dar o poder nomogenético aos tribunais, em cada caso (solução que grande parte da Literatura encontra precisamente no disposto no art. 20.º/3).

## **Subtítulo 2.º-** Textos de Castanheira Neves

### §212 (Trechos de O instituto dos assentos)

***1.º***

*"Daí que a «intenção à verdade e à justiça», chamada a definir a essência intencional de um tribunal verdadeiramente independente, tenha de entender-se hoje como uma intenção material ao direito – uma intenção ao direito em sentido próprio, ou enquanto é o direito compreendido como intencionalidade axiológico-normativa autó-*

> *noma e específica. Ao direito justo, se assim quisermos dizer, e não apenas ao direito legal. E se a independência judicial é, nestes termos, a independência para realizar unicamente o direito, ou uma independência que só reconhece (que só deve reconhecer) a dependência do direito e para o cumprir incondicionalmente, compreende-se que se diga, com EICHENBERGER, que aquela independência é afinal «a independência para o direito justo".*

E na nota de rodapé, o Professor diz:

> *"Ob. cit., pág.200. No mesmo sentido, amplamente, EB. SCHMITD, Lehrkommentar, cit., I, págs. 275 e segs., especialmente 285 e segs. – e se aí se invoca o artigo 20.º, n.º 3, da G. G. alemã, que prescreve a vinculação «à lei e ao direito», podemos nós invocar o artigo 4.º da nossa Constituição, a impor não menos inequivocamente a vinculação de «a moral e o direito». Cfr. F. BAUER, Justizausicht und richterliche Unabhängigkeit, pág.47".* [80].

**2.º (Comentário à obra, tomada na sua generalidade, do Professor, sem prejuízo de comentários pontuais)**

A obra do Senhor Professor Castanheira Neves é, nestes temas, obra incontornável. A fundamentação axiológico-principialista, acompanhada de impressiva erudição, da tese da autonomia do Direito ante a lei, tese que é de intenção prático-judicial, tese em que se verifica como que uma *diluição na juridicidade* das tradicionalmente compartimentadas *teoria das fontes* e *teoria do método*, é ilustrada pela invocação omnipresente de realidades como sejam a "intenção à verdade e justiça" no seio da actuação dos tribunais, a invocação de "verdadeira" independência do tribunal, ou da "materialidade" do Direito, ou do "sentido próprio" do Direito, ou da

[80] *Idem*, pp. 107-108.

*juridicidade autónoma da legalidade*, ou da "intencionalidade axiológico-normativa autónoma e específica", ou do "Direito justo", ou da *exclusiva vocação do tribunal ao Direito*, ou da "independência para o Direito justo".

Perpassa a sua Obra a rejeição do meramente formal, do meramente textual, do juiz-autómato, da mera legalidade.

Acontece que o quanto se reproduziu, como mera e microscópica ilustração da monumental obra jus-doutrinal do Professor Castanheira Neves, é encontrado nos textos do Professor, é encontrado nos textos da sua Escola jurisprudencialista. Mas não se encontra, quer na obra de Castanheira Neves, quer fora da sua Obra, a *ligação*, a *filiação*, a *radicação* deste discurso e do mundo jus-doutrinal que nele vai, à Comunidade que é o *Portugal de hoje, rectius*, o Portugal pós-1974/76. Pelo contrário, as ponderadas e reiteradas poucas palavras do art. 203.º (e, com ele, dos artigos 3.º/2 e 2.º, todos da Constituição) trazem com elas a democraticamente revelada vontade [/decisão/juízo/comando] da Comunidade de instituir a exclusividade do jurídico positivista legalista exegético-subjectivista-historicista que traz consumpta, em cada uma das suas normas, a fundamentação axiológico-principial que a Comunidade, pelos seus representantes, considere pertinente, identificando o jurídico categorial (na sua formulação legal geral e abstracta) com o jurídico no caso concreto (na sua formulação judicial, ou seja, na sentença).

Acrescenta-se: a Comunidade ponderou a alternativa da Lição do Professor. E, tendo-a considerado *óptima*, recusou-a, consciente e reiteradamente (lembre-se as 3 recusas no Parlamento, ao longo de décadas, da Lição do Professor - §§ 59, 75, 87) – terá tido presente que o *óptimo é inimigo do bom* (remete-se para esses §§).

Conclui-se: faltando o estabelecimento de ligação entre a obra do Professor e a Comunidade, o discurso jus-doutrinal ainda que de excelência *de iure constituendo*, não é Direito *de iure constituto*. A qualificar esta Obra como Direito, Direito seria qualquer opinião sobre assuntos jurídicos de qualquer português, atenta a igualação entre opiniões operada pela democracia. Ao tema se voltará no Apêndice.

Tentando clarificar o que se disse:

Na Roma do Pretor, o Direito era, para este, realidade autónoma. O Pretor trabalhava para descobrir o Direito (não a equidade) no caso. O mesmo se diga do jurista que se pautasse pelo disposto no art. 4.º da Constituição de 33 [(cabendo sublinhar: não o jurista dos *juízos de valor legais*, quer do EMJ de 1944, quer do Código Civil – diplomas que operaram certo fechamento (como que de *cariz translegalista confinado ao legalismo*) relativamente ao disposto no art. 4.º da Constituição de 33]. Ora, perante [designadamente] o Pretor e perante este jurista de 33, a obra do Professor tem carácter *de iure constituto* (ganhando, o discurso, aliás, perante esses modelos de jurista, clareza.

Assinala-se que o Professor refere o art. 4.º da Constituição Política. Bem como o art. 20.º/3 da Constituição alemã (a retomar no Apêndice), sem referir o art. 97.º da Lei Fundamental.

Mas o regime constitucional mudou. E, com ele, o Direito português mudou correspondentemente. Com a Constituição de 76 veio a democracia, a separação de poderes, um positivismo legalista distinto do positivismo de oitocentos – precisamente pela democracia e pela separação de poderes.

**3.º** A propósito da fórmula "lei" versus *lei e Direito*, *Castanheira Neves* ensina:

> *"(...) não obstante a fórmula da distinção expressa ter sido recusada pelo poder constituinte – mas por razões de oportunidade ideológica que não puseram verdadeiramente em causa a validade material da distinção, nem são fundamento para a excluir. Além de que também não é a fórmula expressa só por si suficiente para garantir a distinção – como o comprova a ampla discussão doutrinal sobre o alcance desta fórmula no pensamento jurídico-constitucional alemão. Para uma informação esgotante, vide G. MORELLI, Il diritto naturale nelle costituzioni moderne, págs. 170 e segs., 177 e segs".* [81]

[81] *Idem*, nota.

4.º (Comentário)

**a)** A recusa de uma certa opção constitucional *vale por si*. Não se conhece, na Constituição, apoio da afirmação que permita desvalorizar "oportunidade ideológica". Acrescenta-se que ainda que o texto tenha sido escrito ao longo de anos, concluído em 1982, em 1998, na nota prévia à reprodução de trecho do "*Instituto dos assentos…*", aquando dos 75 anos da Coimbra Editora (*Ab Uno*…), o Professor reitera o quanto houvera dito. Ora, durante este período, a Comunidade, pelo Parlamento, reiterou, várias vezes, a opção pelo positivismo legalista.

Ainda sobre a "oportunidade ideológica": a vida em democracia, a acção dos Parlamentos é, precisamente, feita de "razões de oportunidade ideológica". *Razões* que, no caso de uma Constituinte (bem como no caso da Assembleia da República, em sede de revisão constitucional) menos concitam a crítica de que os seus trabalhos e as suas opções são ligeiras ou conjunturais.

Finalmente: ainda que a opção pelo legalismo exegético reflectisse uma Constituinte orientada por razões meramente conjunturais, não se encontra motivos para que o importante trabalho do Professor, sobre o instituto dos assentos não tenha reproduzido tais trabalhos preparatórios, para proveito da comunidade científica. Trabalhos que são, aliás, conclusivos. Segundo o próprio Professor. Pois o Professor não contesta que apontam para o positivismo legalista. Reconhece-o – sem prejuízo de filiar tal opção no *meramente conjuntural.*

Aventa-se que, se o Professor Castanheira Neves ou o Professor Jorge Miranda (ou os Professores Gomes Canotilho e Vital Moreira) tivessem concluído pela pertinência de amplo conhecimento e discussão, no seio da comunidade científica dos anos 80, dos limites do Direito aplicável pelos tribunais, enfim do art. 203.º com os seus trabalhos preparatórios, ter-se-ia proporcionado ganhos à ciência jurídica que versa sobre o Direito português. Em especial pela sua ímpar autoridade académica.

**b)** A discussão na Doutrina alemã a que o Professor Castanheira Neves se refere reflecte não só [naturalmente] os limites desse *Direito além da lei* (admitido no art. 20.º/3 da Constituição alemã), como também a necessidade de conciliar o disposto no art. 20.º/3 com o disposto no art. 97.º. Com estas diferenças, não se vislumbra como

indiciar que os resultados a que se chega, partindo ora de um ordenamento que tem o art. 203.º e o seu contexto e a sua história, ora de um ordenamento que tem os artigos 20.º/3 e 97.º, sejam os mesmos.

Sobre estes dois artigos, remete-se para o Apêndice.

Insiste-se: ainda que a fórmula *lei e Direito* (abstraindo do disposto no art. 97.º) não garantisse haver Direito além da lei, não se vislumbra como tal facto fundamenta a indiciada afirmação de que a fórmula *apenas a lei* convidaria à distinção. *É que* se aquela não garante a distinção, menos a garante a fórmula do art. 203.º. E não garantir a distinção significa que não há Direito além da lei.

**c)** Não se conhece outro fundamento do Professor quanto à contemplação de *o Direito* no art. 203.º.

**d)** Ainda que o Professor tenha voltado ao tema em 1994, em comentário ao Acórdão 810/93, não se tem conhecimento de obra do Professor em que o Professor conciliasse a sua Lição da *autonomia do Direito ante a lei*.

**(i)** com os trabalhos parlamentares (quer quanto ao art. 203.º, quer quanto ao art. 3.º/2, ao densificar o *Estado de direito democrático*) que revelam que, em termos inequívocos, reflectidos e reiterados, a comunidade portuguesa, através dos seus representantes democraticamente eleitos, *quis e decidiu excluir o Direito além da lei*, confirmando, assim, o sentido primeiro de *lei*.

**(ii)** com a acima recordada recusa dos representantes da comunidade, por 3 vezes (em 1976, em 1982 e em 1997) da Lição do Professor.

## §213 (Trecho de *Uma reflexão filosófica sobre o Direito*)

> *1.º*
>
> *[...] Se contra o tradicional jusnaturalismo, tomado já acrítico na sua mera insistência aproblemática, se pode dizer isto, também quanto positivismo jurídico se terá de negar que o direito seja tão-só o resultado normativo de uma voluntas simplesmente orientada por um finalismo de*

> *oportunidade ou a mera expressão da contingência e dos compromissos político-sociais; pois a prática histórico-cultural, e particularmente a prática jurídica, com a sua tão específica intencionalidade à validade estruturalmente constituída pela distinção entre o válido e inválido, refere sempre no seu sentido e convoca constitutivamente na sua normatividade certos valores e determinados princípios normativos fundamentantes que pertencem ao ethos referencial ou ao epistéme prático de um uma cultura numa determinada época. E que desse modo, sem se lhes poder ignorar a historicidade e sem deixarem de ser da responsabilidade da autonomia cultural humana, esses valores e esses princípios se impõem justamente em pressuposição fundamentante e constitutiva perante as contingentes positividades normativas que se exprime nessa cultura e nessa época – são valores e princípios metapositivos dessa mesma positividade como que numa autotranscendência ou transcendentalidade prático-cultural, em que ela reconhece os seus fundamentos de validade e os seus regulativo-normativos de constituição."* [82]

2.º (Comentário) Remete-se para os comentários acima feitos. Em especial, o 1.º comentário ao 1.º texto do Professor.

Insiste-se: os valores e princípios estão consumptos na norma legal. O juiz trabalha com o texto da lei. Texto em que o legislador verteu o seu pensamento normativo, resultante precisamente da ponderação principial. Admitir que o juiz trabalhe com valores e princípios é admitir, à luz da alegoria culinária de início apresentada, que, perante a receita culinária que lhe é dada para confeccionar certo *prato*, o juiz a substitua por uma *lista de ingredientes* ou, inclusive, por uma lista de nutrientes.

[82] *Idem*, p. 99.

Com a liberdade nomogenética inerente. A comunidade ponderou esta alternativa de modelo jurisdicional. E recusou-a.

### §214 (Trecho de *Fontes do Direito)*

> ***1.º "****[…] E com o que de novo o direito se distingue da lei e a transcenda* [...]

E na nota de rodapé, o Professor diz:

> *"Distinção entre «lei e direito que foi mesmo formalmente consagrada numa constituição europeia – art. 20.º, III, da G. G. alemã – e que é já hoje um referente comum do pensamento jurídico contemporâneo"* [83].

**2.º (Comentário)** Na G.G. encontra-se quer o art. 20.º/3, quer o art. 97.º. A concitar problemas e dúvidas como as meramente afloradas no Apêndice.

A solução consagrada no art. 20.º/3 é ou rara ou única, no Continente europeu. Sem prejuízo de ser fulcral em parte da Doutrina. Remete-se para o texto no Apêndice.

No entanto, não se conhece apoio jurídico-constitucional no Direito português para essa solução. O Livro 2.º explicitou a solução portuguesa. Surge como antípode da solução do art. 20.º/3 (olhado isolado do art. 97.º – mais uma vez, remete-se para o Apêndice).

> ***3.º "****[…] Daí o que importa seja considerar o processo global da constituição do direito positivamente vigente – e com isso, duas*

---

[83] "Fontes do Direito", *in DIGESTA…*, *Volume 2.º*, 1995, p. 46.

*consequências. Em primeiro lugar, terá de admitir-se a existência de direito vigente sem que tenha sido formalmente prescrito (será o caso, justamente, do direito consuetudinário e do direito juris-prudencial). Em segundo lugar, o direito não será positivamente vigente – considerada a vigência no seu sentido rigoroso que levamos considerado, i. é., o específico modo-de-ser ou especifica existência histórico-comunitária do normativo – só porque é formalmente declarado como tal, nem deixa de o ser só porque os actos constitutivos de que emerge não são abrangidos ou são mesmo excluídos pelas formalmente decretadas definições de fontes. Assim a legislação será acto constitutivo do direito, poderá mesmo reconhecer-se como o acto constituinte preponderante, mas uma coisa e outra não resultarão das simples imposições do poder ou dos títulos político-jurídicos que a lei a si mesma se confira, e sim do papel que à legislação se deva reconhecer no âmbito da experiência jurídica actualmente constitutiva do direito e da sua vigência normativa.*

*E não vale contra esta compreensão das coisas a sempre invocada objecção do princípio da separação dos poderes, com a normativa legitimação política e que ele refere ao direito. Por duas ordens de considerações: 1) A autonomia do podere legislativo – e é essa autonomia que politicamente se pretende salvaguardar – preserva-se reconhecendo apenas a ele, ou aos seus titulares constitucionais, a competência para os actos normativo-juridicamente constituintes de carácter legislativo. Mas isso não implica que só à lei caiba a constituição ou criação do direito, que, para além de uma particular «prerrogativa», tem ela ainda o «monopólio» dessa criação. Esta conclusão pressupõe antes um postulado que, embora geralmente associado ao princípio da separação dos poderes, não é todavia sua implicação: o postulado*

> *da identificação do direito com a lei. 2) E reconhecer a outras auctoritates jurídico-socialmente adequadas, e mesmo indispensáveis, a possibilidade constituinte do direito vigente, é ponto que nem sequer tem a ver com o princípio da separação dos poderes. Só o teria se tivesse admitir-se um outro postulado: que o direito é da exclusividade do poder político ou que o político e o jurídico se identificam. Não é, portanto o princípio da separação dos poderes enquanto princípio político-constitucional que se haja de reconhecer vinculante, mas a concepção estatisto-legalista do direito que pode opor-se ao que foi dito. Mas essa concepção é justamente o que está em causa e que a crítica atrás invocada basta para infirmar: aqueles postulados não só nada tem de necessário, como se têm antes de considerar já hoje superados."* [84]

4.º (Comentário)

a) O positivismo legalista não resulta *de a lei a si própria se conferir o poder*. Resulta, sim, de a comunidade (pelos seus representantes) ter decidido (de forma inequívoca, ponderada e reiterada) reservar a nomogénese para si própria (através de lei democraticamente fundada). Assim, a controvérsia não é entre *o Direito e a lei*: é, sim, entre *a posição do Professor Castanheira Neves e a Comunidade*.

Assim, *antes do* argumento da separação dos poderes há o argumento democrático-comunitário.

b) Acresce: se se admitisse a solução de o legislador tratar do político fazendo leis gerais e abstractas, e de o juiz tratar do jurídico proferindo sentenças, então o legislador seria inútil. Pois cada um de todos os casos aglutinadas em cada uma de todas as normas legais gerais e abstractas seria resolvido por critério [legitimamente] gizado pelo juiz. Critério esse que poderia coincidir ou não coincidir com o da democrática lei. Cada lei seria apenas uma *sugestão de lei*.

---

[84] *Idem*, p. 55-56.

Sobre o tema, remete-se para o § 90.

c) É certo que o positivismo legalista exegético oitocentista está superado. Pelo contrário, aventa-se, nos termos estabelecidos nos Livros 2.º e 3.º, que o positivismo legalista exegético *democrático*, em Portugal, não está superado. É recente (pois surge com o fim da Constituição de 33); tem sido reiteradamente proclamado pela Comunidade do Portugal de hoje; e, como se aventará no Apêndice é, *de iure constituendo*, defensável (como mal menor e como solução no pressuposto de sociedades relativistas democráticas).

> ***5.º "****[…] E assim é que ontem como hoje, na diferença embora dos contextos significantes e na diversidade das consequências práticas, sempre terá de negar valor de norma jurídica a uma prescrição de todo carecida de sentido normativamente justificativo, a uma prescrição que falhe totalmente a referência já «à justiça», já à plausível ou comunicativa razoabilidade normativa. Que tanto é dizer que a imperatividade, sustentada embora por uma legitimidade não resolve o problema da normatividade, anulando-lhe a exigência de validade; e esta convoca, não o poder e a sua decisão, mas o fundamento e as suas razões. Cabe, pois, aqui analogamente o que HABERMAS, diz para a ética em geral – se «uma ética constituída imperativisticamente erra a própria dimensão de uma possível justificação das proposições práticas: a argumentação moral», a juridicidade constituída imperativisticamente erra a própria dimensão de uma possível justificação das normas jurídicas: a argumentação normativa. É certo que tal como o positivismo gnoseológico postula a ciência sem se interrogar o problema do conhecimento, o positivismo jurídico pressupõe o poder sem se preocupar com o problema do fundarmento da sua*

> *legitimidade e pressupõe as normas jurídicas sem se por o problema do seu fundamento de validade.* [85]

**6.º (Comentário)** Ao quanto tem vindo a ser dito em, jeito de glosas à Lição do Professor, cabe, neste passo, e evitando repetições, explicitar que, na Hipótese, o poder não é *pressuposto* por um hipostasiado positivismo jurídico. O poder é, sim, afirmado pela Comunidade. E tem a configuração por ela definida. E definida não de forma a-problemática, mas, sim, problemática – basta atender ao cuidado, à ponderação documentada nos trabalhos preparatórios ao longo destas dezenas de anos.

> ***7.º "****[…] Poderá mesmo acrescentar-se que, se o legislador se mostra soberano no princípio, é a jurisprudência que, ao dizer a última palavra do direito, se revela «soberana no fim». Assim como é da actividade normativamente constituinte de natureza jurisprudencial própria da jurisdição, e com esta consequência e importância, que resulta, como o sabemos, Richterrect – aliás não difícil de diferenciar objectivamente pelas suas específicas criações jurídicas. E depois do geral reconhecimento da existência deste novo direito pretoriano, o problema que se põe ainda aqui é o da índole exacta da sua juridicidade positiva – ou seja, o problema de saber de que modo obtém ele a sua vinculação normativa ou como adquire a vigência jurídica."* [86]

8.º (Comentário)

a) A referência à *índole pretoriana* evidencia o que atrás se disse. Ler a Lição do Professor tendo presente o Direito pretoriano ilumina cada texto do Professor.

b) Explicita-se quanto a *a última palavra ser do juiz*: facticamente é incontornável. Tendo aqui cabimento o que se disse sobre a pré-compreensão (§ 131). O pro-

---

[85] *Idem*, p. 62.
[86] *Idem*, p. 83.

blema é o de o Direito reconhecer nomogénese, na resolução do caso, ao juiz. A Hipótese aponta para que esse poder não existe (sem prejuízo, naturalmente, dos regimes excepcionais).

### §215 (Trechos de *Justiça e Direito*)

> ***1.º "****1. A referência a um qualquer princípio transpositivo – ou pelo menos, translegal – como momento necessário para a realização histórico-concreta do próprio direito (direito positivo) é o que, com irrecusável evidência, se fez consciente a todos os juristas, mesmo aos mais positivistas dentre eles. É que, queiramos embora aceitar provisoriamente – veremos que não pudemos manter-nos nele – o postulado da identificação do direito com a lei, é fácil ver quanto esta é insuficiente, normativa e metodologicamente, para satisfazer as exigências da realização do jurídico e como a lei está longe de nos oferecer o critério único, e menos ainda decisivo, da juridicidade. E não estamos, por enquanto, a perspectivar-nos por um ponto de vista crítico, pois a conclusão que acabamos de antecipar resulta de uma simples descrição metodológica, que faremos em termos topicamente sumários.*[87]

2.º (Comentário)

a) Aventa-se que o qualificativo "positivista" tenha especial cabimento quanto a ordenamentos jurídicos. Bem como ao jurista e a qualquer indivíduo no âmbito *de iure constituendo*. Mas já não quanto ao jurista enquanto tal: ao jurista cabe, como cientista, moldar-se plasticamente ao objecto do seu estudo. E se a comunidade lhe entrega a tarefa de criar o Direito, como Roma fez com o Pretor, então o jurista tor-

[87] "Justiça e Direito", *in DIGESTA*…, Volume 1.º, 1995, p. 243-244

na-se instância nomogenética, criando, nomeadamente, as normas judiciais. Remete-se para o §136.

b) Quanto à insuficiência da lei, remete-se para a Hipótese ao constatar que o Direito português prescinde de ponderações axiológico-principiais, inclusive no caso de lacunas (§§ 191, 197 e 198). Sem prejuízo dos regimes excepcionais. Como o do negócio jurídico (em que se segue a Lição do Professor ao qualificá-lo como facto criador do Direito - § 141 e ss.).

Tenha-se, ainda, presente os §§ 117 e 198.

> ***3.º "****[…] Pelo que, o conteúdo normativo imputado à lei, que com seu apoio ou através dela se vem juridicamente a considerar decisivo é em boa medida constituído mediante critérios e intenções que estão para além da lei ou que nela, em si mesma, se não oferecem. Verdadeiramente a lei acaba por ser apenas um instrumento positivo utilizado ao serviço de uma intenção normativa que a ultrapassa."* [88]

4.º (Comentário)

Aventa-se: o legislador não é um fazedor de significantes. É um decisor de normas. E, por falta de telepatia comunitária, recorre à palavra para comunicar a norma decidida e pensada. Por definição a intenção não se confunde com o significante. Um é pensamento; o outro é um signo desenhado. Mas encontram-se na *palavra*: significante e significado.

E perante insuficiências da lei, rápido é, hoje, resolver-se o correspondente problema (se a comunidade o reconhece como problema): o legislador faz uma lei. Mais rápido do que o tempo da sedimentação costumeira ou da sedimentação jurisprudencial. Explicita-se que, antes desta, apenas se tem a aparente juridicidade a que se refere o §198. Insiste-se: a lei resolve o problema. E se não o resolver é por a comu-

[88] *Idem*, p. 245.

nidade (sem prejuízo de outrem exigir a resolução de tal problema) não o sentir como suficientemente premente.

> ***5.º*** ***"****[…] E o nosso tempo é tempo de transformação e revolução. Mas ainda aquém desse nível, há-de aceitar-se que apenas a lei tem plena capacidade institucionalizadora e organizativa. Além disso, e num âmbito mais vasto, toda a actividade técnica e planificada do Estado dos nossos dias unicamente pela legislação se poderá juridificar. Por último, a alargar este espaço jurídico perante o qual todos estarão de acordo em reconhecer a indispensabilidade da legislação, afirma-se ainda que ela é o único modo por que se pode juridicamente impor qualquer necessária solução ao pluralismo social, quando manifestado em grupos ou sectores que ideologicamente conflituam. Debateremos adiante esta última questão. Por ora, basta-nos ter de reconhecer a existência de questões jurídicas (ou político-jurídicas) reservadas à legislação – podemos mesmo dizer, generalizando, que sempre cabem nessa reserva os domínios jurídicos que são expressão directa do poder político e da função regulamentadora do Estado. Pois não obstante, o direito que histórico-socialmente se realiza é bem mais vasto e rico do que aquele que apenas a legalidade defina no seu sistema formalmente positivo. Mostra-o, e mesmo o impõe, a historicidade específica do jurídico, de que falámos.*
>
> *Posto que essa historicidade, considerada no duplo aspecto que logo manifesta – historicidade extensiva e historicidade intensiva, aspectos que nos põem perante correspondentes limites objectivos e intencionais da legalidade –, permite-nos concluir que a juridicidade histórica é um contínuo constituendo, que só se oferece e realiza pela mediação da autonomia problemático-*

> *concretamente constituinte do pensamento jurídico (tomado este no sentido amplo de pensamento dos juristas comprometidos com a prática realização do direito).”* [89]

6.º (Comentário) Aventa-se: ou a historicidade é a mutabilidade do social, e, então remete-se para o comentário anterior (a lei é a forma de mais rapidamente se acompanhar as novas exigências sociais), ou a historicidade aponta para variabilidade da factualidade. Nesta última hipótese, remete-se para o § 119: sendo certo que a variedade dos casos-em-bruto é a da realidade naturalística, na realidade jurídica só há os casos segundo a sua legal conformação.

> ***7.º “****[…] Há já quase dez anos permiti-me dizer que a única atitude legítima perante uma lei injusta – neste sentido radical, entenda-se – é a de recusar a sua aplicação. A lei injusta faz surgir no pensamento jurídico em geral o poder e o dever de lhe recusar validade e aplicação – o poder e o dever de decidir contra legem. E desde então até hoje não lhe foi dado conhecer razões – a questão da legitimidade político-constitucional e o princípio da separação dos poderes, invocados contra, estão longe de ser concludentes – para alterar esta posição. Por isso a reitero inequivocamente aqui. A lei só vincula juridicamente – outra será porventura a sua vinculação política, sociológica e até psicológica, mas já não funcional, como também muitas vezes se ouve – se e enquanto nela se puder ver a expressão autêntica (intencional-material) do direito.* [90]

8.º (Comentário)

---

[89] *Idem*, p. 246.
[90] *Idem*, p. 285.

a) *De iure constituendo*, e em tempos relativistas, a solução do Professor concita os reparos feitos no Apêndice.

b) *De iure constituto*: o problema pressupõe que uma lei seja *injusta*. Ora, em democracia do *one, man, one vote*, se o é, é-o, por definição, por critérios que não da comunidade. Ou seja, por critério de 1 indivíduo ou de um grupo. Ora entre a injustiça sentida pela minoria e a injustiça sentida pela maioria (salvaguardada a validade intra-sistémica – designadamente a validade à luz das normas constitutivas dos direitos, liberdades e garantias) será de sacrificar o sentimento da injustiça da minoria.

Termina-se, invocando o exemplo de Sócrates no Críton.

## §216 (Trechos de *A unidade dos sistema jurídico*)

> ***1.º*** *"[…] Tendo presentes todos estes pontos, não podemos, pois, deixar de dizer, já com STAMMLER, que «quando se aplica um parágrafo de um código, não só se aplica todo o código, como se faz intervir o pensamento do direito em si mesmo», e com HECK que em cada decisão jurídica concreta pode «intervir o conteúdo global da ordem jurídica», mas sobretudo agora, com a hermenêutica e a metodologia jurídicas mais compreensivas dos nosso dias, que a interpretação jurídica exige, para além da referência hermenêutica à pressuposta «Sache Recht» (a implicar já o seu «princípio»), fundamentalmente uma «pré-compreensão» da sua axiologia e sentido normativo emergentes do histórico consensus comunitário, a impor-se como o horizonte e cânone hermenêutico-normativo decisivo – até porque as expectativas sociais e a intenção material de justiça o não dispensam. Pelo que a interpretação acaba sempre por culminar num indispensável momento filosófico-jurídico, como a ultima ratio de hermenêutica jurídica e na qual, por um lado, a necessária concepção do direito se afirma, e, por outro lado,*

*aquela pré-compreensão afinal se determina. Que conjugação de todos estes pontos metodologicamente irrecusáveis, nos põe perante uma irredutível autonomia constitutiva do acto normativamente interpretativo, a orientar-se para além do sistema formal do direito positivo, é o que tem de considerar-se, na verdade, como manifesto. Autonomia essa que mais acentua – mesmo se termos de referir a que também se evidência na própria compreensão jurídico-normativa do caso concreto, ao determinar a problemática intencionalidade jurídica deste, e inclusivamente na selecção e elaboração da «norma aplicável» – se passarmos aos dois pontos seguintes.*

*Em segundo lugar, há, com efeito, que atender à indivisível solidariedade, verdadeiramente unidade metodológica, entre a «interpretação» e a «aplicação» - tomadas estas categorias nos termos em que se iam discriminadas pela metodologia tradicional. Também aqui, desde RADBRUCH, passando pelas fundamentais investigações metodológicas de HECK até aos contributos da hermenêutica filosófica, mas antes de mais com base na análise específica deste ponto que nos oferecem ENGISCH, ART. KAUFMAN, ESSER, KRIELE, LARENZ, F. MÜLLER, HESSE, FIKENTCHER, etc., se sabe que «a interpretação é o resultado do seu resultado», que não é ela uma determinação a priori, seja exegética ou analítica, de uma normatividade subsistente em abstracto ou em si, sendo pelo contrário constituída pela relação hermenêutica-normativa entre a norma e o caso concreto, e relação esta que não só integra a realidade social, que o caso manifesta, no processo normativo da constitutiva realização do direito e assim a revela um momento da própria normatividade jurídica, como obriga ainda a concluir que a interpretação apenas se consuma na decisão concreta e que é o conteúdo normativo-*

*jurídico – segundo o esquema do círculo hermenêutico, se assim quisermos – que acaba por imputar-se à norma interpretanda, enriquecendo-a e determinando-a nessa mesma medida.* [91]

2.º (Comentário)

a) Segue-se a afirmação do Professor sobre a *presença do sistema em cada norma* (§§120 e ss.): na acepção de sistema legal fechado. E não de carácter axiológico-principial (*rectius*: também este carácter está presente, pois vai consumpto na norma legal).

b) Quanto à pré-compreensão: sob pena de ser um obstáculo à comunicação (por pré-compreensões sobre a pré-compreensão), cabe explicitar as realidades no seu seio (§131).

Quanto à relação entre *norma e caso*, remete-se para os §§ 119 e 205.

## §217 (Trechos de *O problema da constitucionalidade dos assentos*…)

***1.º*** *[…] Pois terá de reconhecer-se que nem sequer a mais estrita orientação da «escola da exegese» - aliás, há muito universalmente superada – atribuía exclusivamente ao factor subjectivo-histórico decisivo valor interpretativo, com total preterição da letra da lei (v. o nosso artigo Escola da Exegese, in Polis, II, p. 1040) – nem conclusão diferente, embora numa via inversa resulta do n.º 1 e sobretudo n.º 2 do artigo 9.º do Código Civil, mesmo que a esta norma, como legal norma metodológica que é, não lhe possamos atribuir um valor absolutamente imperativo (cfr. o nosso artigo Interpretação jurídica, in Polis, I, pp. 667 e ss.).* [92]

---

[91] "A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido", *in Digesta*…, Volume 2.ª, 1995, pp. 127-130.

[92] "O problema da constitucionalidade dos assentos (comentário ao acórdão n.º 810/93 do Tribunal Constitucional)", *in Digesta…*, Volume 3.º, 2008, p. 341.

2.º (Comentário)

a) Segue-se a Lição do Professor ao recusar o subjectivismo radical (§116).

b) As normas sobre interpretação e sobre fontes (como o disposto no art. 203.º) são o ADN do sistema. Se houvesse normas mais vinculativas do que outras, essas seriam as que estabelecem estes dois regimes.

A Constituição não estabelece como excepção ao disposto no art. 203.º qualquer desses regimes. Negá-lo é negar a sistematicidade do Direito.

Acresce que a fórmula "valor absolutamente imperativo" suscita dúvidas".

## §218 (Trechos de *Entre o "legislador", a "sociedade" e o "juiz".* Tendo presente, a propósito, a Lição de *Maria Fernanda Palma*[93])

> ***1.º*** *Se dermos uma projecção global a esses fenómenos na revisão crítica do sentido actualmente pensável do direito, não será exagerada esta conclusão, que tantos fazem sua: «o positivismo jurídico está definitivamente morto, devemos dar substância a uma razão jurídica alargada» (LENOBLE).* [94]

**2.º (Comentário)** Aventa-se: no Portugal democrático de hoje, a Comunidade consagrou o positivismo legalista exegético. Pelo que, aventa-se, está vivo, ainda que em início de vida, atenta a ruptura operada pela Constituição de 1976 com todo o Direito português anterior (remete-se para o Apêndice – na sua parte histórica).

---

[93] "Constitucionalidade e justiça: novos desafios para a justiça constitucional", in *Themis*…, ano 1, n.º 1, 2000, p. 21 e ss.; e "Eichmann em Jerusalém: a banalidade do mal ou a excepcionalidade do bem nas sociedades totalitárias", in *Estudos de Homenagem ao Prof Doutor Jorge Miranda*, volume VI, Coimbra, 2012, p345 e ss.

[94] "Entre o «legislador», a «sociedade» e o «juiz» ou entre «sistema», «função» e «problema» ―os modelos actualmente altenativos da realização jurisdicional do Direito", *in Digesta…*, Volume 3.º, 2008, p. 164.

Ainda: o Apêndice, nas suas considerações de política legislativa.

> ***3.º*** *[…] Que tanto é dizer que, por um lado, a concreta e material realização do direito faz com que as normas legais se vejam duplamente transcendidas, relativamente às possibilidades normativas que objectivam, pela simultânea e constitutiva referência aos princípios fundamentantes do direito enquanto tal (do normativamente integral sistema do direito) e ao concretum problemático dessa realização, e que, por outro lado, o direito que legalmente se realiza é ele próprio um continuum constituendo em função de uma dialéctica normativa que articula os princípios normativo-jurídicos com o mérito jurídico do problema concreto através da mediação das normas legais.* [95]

**4.º (Comentário)** Aventa-se: Os princípios jurídicos estão presentes no momento aplicativo, pois estão consumptos na *norma sistémica* a aplicar. Conforme já atrás dito.

> ***5.º*** *[…] Foi nessa civilização que o direito, também como em nenhuma outra, se fez dimensão constitutiva da humanização do homem. E em termos de se poder hoje dizer, como que numa consumação que teve também os seus graves desvios, que «o direito ao direito» se deve proclamar, como fez eloquentemente HANNAH ARENDT, o verdadeiro, o último e decisivo direito do homem. Mas, para isso, necessário é que o direito se compreenda no seu sentido autêntico, não mero imperativo do poder, não simples meio técnico de quaisquer estratégias, mas validade em que a*

[95] *Idem*, p. 168.

*axiologia e a responsabilidade do homem se manifestem.*

*Para se assumir e realizar esse direito, vimos como é indispensável o juiz. Por isso mesmo é eminente a sua tarefa e nobre o papel que dele se espera. E a sua responsabilidade ética de projecção comunitária. Negar-se-á nesse seu sentido se for mero funcionário, funcionalmente enquadrado e nisso comprazido, servidor passivo de qualquer legislador, simples burocrata legitimante da coacção. Só o será verdadeiramente assumindo uma dimensão espiritual, e responsabilizando-se por ela, aquela mesma dimensão espiritual que radicalmente constitui o direito como a expressão da humana coexistência, da humana convivência comunitária. E nesse caso, afirmando-se o representante e intérprete «da soberania originária, da soberania ainda não delegada do povo», segundo a bela fórmula de MARCIC, e assim a voz em que a palavra decisiva da democracia, no seu sentido originário e também autêntico, se faz ouvir, tem profunda significação, posto que muitos o não entendam, que a Constituição portuguesa, no seu artigo 202.º, diga que «os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo». Utópico tudo isto? Então são utópicos a Constituição e o pensamento vocativo – e devem sê-lo.* [96]

**6.º (Comentário)** Remete-se para o Apêndice, na parte dedicada à Constituição alemã, com referência sobre o carácter translegalista do Direito na Alemanha nazi. A ilustrar o problema das fórmulas jurídicas vagas. Pois ainda que de conteúdos normativos diferentes, a vagueza do discurso jurídico será semelhante entre o *Direito de Arendt* e o *Direito* na Alemanha nazi (ilustrado com o art. 1.º/2 do Código Penal

[96] *Idem*, p. 198.

alemão em 1935 e o *são sentimento do povo*; e, na Doutrina, com as fórmulas usadas por *Larenz* reproduzidas em nota, também no Apêndice).

Aventa-se: mais difícil é o triunfo do arbítrio (como o do drama da Alemanha nazi) perante constrangimentos legais formais do que perante fórmulas axiologicamene abertas vulneráveis a preenchimentos conjunturais.

O Professor alerta para que esse Direito não é qualquer Direito. Ainda que na caracterização do autêntico Direito se mantenha a vagueza das fórmulas usadas. Ou seja, mantém-se o perigo de densificações abusivas.

Semelhante inquietação perante o drama nazi perpassa os textos de *Maria Fernanda Palma* acima referidos. Em a "*Constitucionalidade e justiça...*", a Professora e Juíza Conselheira do Tribunal Constitucional chama a atenção, tal como aqui faz o Professor Castanheira Neves, para o art. 202.º da CRP, com a sua consagração da "justiça". Sobre esse texto, remete-se para o §91.

## §219 (Trechos de *O funcionalismo jurídico*…)

> ***1.º****[…] Assim, superado, como teria hoje de reconhecer-se, o princípio tradicional da separação de poderes, com o seu modelo monístico-hierárquico, a imputar ao legislador o monopólio da criação do direito e aos juízes apenas a aplicação das leis que por aquele lhe fossem prescritas, não poderia já negar-se o poder juridicamente constitutivo do juízes que o diferenciável Richterrecht manifestaria, e em termos de haver de dizer-se, paradoxalmente, que afinal "o juiz 'cria' o que 'aplica'". Isso, não só porque teria sempre de decidir concretamente alternativas para além das possibilidades oferecidas pelas leis, como haveria também sempre de decidir na ausência quer de lei, quer de contrato, enquanto critérios formais invocáveis – as leis podem não ser prescritas, os contratos podem não ser concluídos, mas os juízes devem decidir sempre. Pois se o sistema jurídico,*

*pela intencionalidade mesma do seu sentido, digamo-lo assim, que o identifica com o próprio direito, deveria oferecer-se na realidade jurídica como o seu "componente universal e simultaneamente capaz de decisão", não obstante a fragmentariedade das leis, também com as suas lacunas, e bem assim de todos os outros critérios jurídicos, isso mesmo implicará a "proibição de denegação de justiça", ou seja, o princípio do dever de decidir sempre. O que se traduziria numa específica consequência.* [97]

2.º (Comentário) Cabe, aqui, especificamente o comentário acerca da denegação de justiça: a denegação de justiça pressupõe a existência de norma. Fora do conjunto das normas (ainda que normas lacunares), o juiz estaria a criar. E, consoante a matéria, poderia, inclusive, criar norma (ainda que para o caso – a referida *norma judicial* que caracteriza o jurisprudencialismo de *Castanheira Neves*) em matéria reservada à Assembleia da República.

Recorda-se o disposto no art. 3.º do EMJ. Remete-se para os §§ 191, 197 e 198.

### §220 (Trechos de *O sentido actual da metodologia jurídica*)

***1.º*** *[…] Não deixarei de aludir ainda a dois corolários metodológicos do que vem de dizer-se. É um deles o consequente continuum jurídico-metodológico entre a "interpretação", a "aplicação" e a "integração", tomadas agora estas categorias no sentido normativístico tradicional. Pois há muito se sabe – iremos comprová-lo dentro de momentos – que "a interpretação é o resultado do seu resultado" (a fórmula é de G. RADBRUCH), que não é ela uma determinação a priori, seja*

[97] "O funcionalismo jurídico. Caracterização fundamental e consideração crítica no contexto actual do sentido da juridicidade", *in Digesta…*, Volume 3.º, 2008, p. 267 (=*Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 136.º, n.ºs 3940, 3941 e 3942).

> *exegético-analítica ou hermenêutico-compreensiva de uma normatividade subsistente em abstracto, é pelo contrário resolvida pela relação problemático-normativa entre a norma e o caso concreto – nos termos que em breve referirei. E obriga isso a concluir que a interpretação apenas se consuma no juízo da decisão concreta e que é o conteúdo normativo-jurídico assim constituído – segundo o esquema do círculo hermenêutico, se quisermos – que acaba por imputar-se à norma interpretanda, enriquecendo-a e determinando-a nessa mesma medida. E não menos a interpretação e a integração – integração que se alarga para além do domínio estrito das lacunas, o domínio das omissões intra-sistemáticas, para abranger ainda a autónoma constituição normativa transistemática como no-lo mostrou concludentemente LARENZ, seguido de CANARIS. É este um ponto que também, desde que HECK para ele começou a chamar a atenção, é hoje um resultado adquirido pelo pensamento metodológico-jurídico.*[98]

2.º (Comentário) A nomogénese tem o regime que lhe é democraticamente estabelecido pela Comunidade. E não por hipostasiado pensamento jurídico. A este cabe a não menos digna e não menos difícil tarefa de *obedecer*. Silenciando convicções próprias. O que o autómato não consegue fazer (§133).

Assinale-se, quanto a Canaris, que o Professor faz depender a sua construção jurídica, referente às lacunas do disposto no art. 20.º/3 da GG. Ora, a solução jurídico-constitucional portuguesa é antípode. Remete-se para o Apêndice.

### §221 (Trechos de *O Direito hoje e com que sentido?*)

[98] "O sentido actual da metodologia jurídica", *in Digesta…*, Volume 3.º, 2008, pp. 393-394.

***1.º*** *Eis-nos, pois, chegados ao punctum crucis do nosso problema e da nossa reflexão: há ainda possibilidade para a autonomia do direito neste nosso actual contexto cultural e histórico-social?; em que se apoia ou baseia ela?; e com que sentido? São estes os três pontos – e os decisivos – ainda a tratar.*

*a) Aquela possibilidade manifesta-se-nos, se houvermos de concluir que a alternativa jusnaturalismo/positivismo jurídico não tem de ver-se hoje como uma alternativa absoluta. É que, se se pode dizer que histórico-culturalmente o jusnaturalismo – que garantia em termos fundamentais aquela autonomia – foi superado pelo positivismo, havemos também de reconhecer neste uma última expressão do normativismo, cuja forte tendência de superação, por sua vez, estivemos a considerar no funcionalismo. Só que aquela alternativa não a temos por necessária. Se contra o jusnaturalismo e a sua procura dos fundamentos constitutivos do direito numa manifestação ou modalidade do Ser («a natureza»), seja numa metafísica ontológica (indiciada na ordem constituída dos seres, se não simplesmente na mais concreta e pontualizada («natureza das coisas»), seja numa ontologia antropológica (na «natureza do homem») se compreende, irreversivelmente, que o direito compete à autonomia cultural do homem, que ele, tanto no seu sentido como no conteúdo da sua normatividade, é uma resposta culturalmente humana (resposta por isso só possível, não necessária) ao problema também humano da convivência no mesmo mundo e num certo espaço histórico-social, e assim sem a necessidade ou a indisponibilidade ontológica, mas antes com a historicidade e o condicionamento histórico-sociais de toda a cultura – não é «descoberto» em termos de objectividade essencial pela «razão teórica» e no domínio da filosofia especulativa ou teorética, é constituído por*

> *exigências humano-sociais particulares explicitadas pela «razão prática» e imputado à responsabilidade poiética dessa mesma razão prática. Se contra o jusnaturalismo se pode dizer isto também contra o positivismo jurídico se terá de negar que o direito seja tão-só o resultado normativo de uma voluntas simplesmente orientada por um finalismo de oportunidade ou mera expressão da contingência política e dos compromissos estratégico-sociais.* [99]

**2.º (Comentário)** Sobre a pergunta feita pelo Professor, aventa-se: a autonomia do Direito depende de a Comunidade a pretender. E, neste momento, e desde 1976, ao arrepio de toda a tradição jurídica (de que é paradigma o disposto no art. 4.º da Constituição de 33), a democraticamente formada e revelada vontade da Comunidade é a de o Direito coincidir com o Direito legal. Por outras palavras: o Direito não é autónomo.

Quanto ao tema *de iure constituto*, remete-se para as primeiras páginas do Apêndice.

> ***3.º*** *A nível dogmático tenham-se presente os três tópicos seguintes. Desde logo, os limites normativo-judicativos da lei no global processo da realização do direito: limites objectivos, limites intencionais, limites temporais, limites mesmo de validade, a impor que se reconheça o direito não como um objecto pressuposto, mas como um continuum e problemático constituindo. E que apenas com tudo o que a concreta realização do direito implica de integração, de desenvolvimento, de correcção e de reelaboração da normatividade pressuposta se poderá lograr uma rectius ordo, em que se afirma o direito qua tale. Depois, e por isso*

[99] "Direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do Direito", *in Digesta…*, Volume 3.º, 2008, p. 62.

> *mesmo, a irrecusável inclusão da jurisprudência em sentido amplo (o Richterrecht conjugado com Juristenrecht) no quadro das fontes do direito. Por outro lado e como terceiro ponto, um novo sentido e uma diferente constituição normativa do sistema jurídico: abandona este a unidimensionalidade normativista por uma pluridimensionalidade de elementos normativos e ao seu carácter virtualmente fechado, postulado também pelo normativismo, opõe a abertura a uma espiral regressiva (ou reflexivamente) reconstrutiva imposta pela sua própria e contínua realização. A nível especificamente normativo, tenham-se apenas presentes o tema e a autonomização decisiva dos princípios, para além das normas e a instituírem no sistema jurídico um sentido axiológico-normativamente fundamentante e constitutivo – o que depois da investigação de ESSER, da obra de DWORKIN, dos contributos CANARIS, LARENZ, ALEXY, BYDLINSKI e muitos outros se tornou uma referência irreversível. Princípios que se hão-de diferenciar – tenho eu próprio insistido neste ponto – em princípios positivos, princípios transpositivos e princípios suprapositivos.* [100]

**4.º (Comentário)** Insiste-se: se legislar não é ponderar princípios, então legislar nada é.

Dir-se-á: poderão legislador e julgador ponderar princípios, pois o fruto do trabalho do primeiro sempre será diferente, atento o carácter geral e abstracto da norma legal.

A resposta consta do comentário acima feito acerca de tal solução acarretar a inutilização do legislador (§214, 4.º).

---

[100] *Idem*, p. 65.

## §222 (Trechos de *O poder judicial (a jurisdição) o Direito e o Estado de Direito*)

> ***1.º*** *Com o que se deverá concluir que o Estado-de-Direito, no seu sentido autêntico, é uma organização político-jurídica mixtum compositum – intencionalmente, de política e direito, e, institucionalmente, de legislação (se a esta a continuarmos a ver como o mais evidente pólo político-jurídico) e jurisdição. E sem que assim se possa dizer que estamos perante a evolução "vom Gesetzesstaat zum Richterstaat", na formulação e na tese de René Marcic, sequer se afirma o Jurisdiktionsstaat com o radicalismo diferenciador com que Carl Schmitd o distinguia tanto do Gezetzgebungsstaat como do Regierungsstaat e do Verwaltungsstaat, e menos ainda se aceite o "gouvernement des juges". – "alle Macht den Ricthern". Pois, do que se trata, por um lado, é de conferir ao direito a sua importância versus a exclusividade, se não o absoluto da política, mas sem deixar simultaneamente de se reconhecer o lugar e o papel que a esta lhe compete como uma outra decerto dimensão constitutiva do Estado; e, por outro lado, a convocação da jurisdição à sua função essencial de assunção e afirmação do direito, na sua autonomia e igualmente nos seus limites, não implica chamar a jurisdição a outra intencionalidade e outra problemática que não as exclusivamente jurídicas, sem imiscuição, que a perverteria, em quaisquer domínios políticos que não são os seus [...].*
>
> *As duas condições anteriores ofereceram-nos decerto pressupostos capitais para que a função jurisdicional assuma o sentido que lhe é essencial, mas a essas duas primeiras uma terceira e última se deverá acrescentar. Referimo-nos à independência que a essa função importa garantir e que ela em si mesma, no seu exercício, deverá realizar. E se é isto*

*evidente, pela exclusiva intenção ao direito que lhe cumpre e pela importância do seu papel no Estado-de-Direito – uma e outra coisa serão impossíveis sem uma verdadeira independência –, tudo, no entanto, será vão – reconheçamo-lo – se no seu exercício não se lograr a virtude de uma, também aqui, condição ética. E a ela sobretudo queremos agora atender, para terminar. Pois se é certo ser imprescindível a independência de estatuto, que tanto a independência objectiva ou especificamente funcional como a independência subjectiva ou directamente decisória são simultaneamente chamadas a assegurar, assim como também a exigência, a pôr um problema institucional muito particular, de exclusão da funcionarização dos juízes – tudo, não obstante, a incluir ainda nos "problemas externos" –, não menos certo é que o exercício da jurisdição com aquela intenção e o seu relevo institucional impõe aos seus titulares nesse mesmo exercício uma responsabilidade ético-comunitária que deverá ser assumida como uma vocação. Vocação que, por essa mesma responsabilidade ético-comunitária, haverá de ser ouvida pelo carácter e se espera que resista à funcionalização burocrática. Caberá assim à função jurisdicional e nela aos juízes, uma vez mais o digo, relativamente ao direito na sua autonomia e referindo a sua validade crítica, uma responsabilidade e um esforço análogos àqueles que K. Mannheim, na sua Ideologie und Utopie, apontava a intelligentsia relativamente à verdade – para todos é dever e tarefa o saberem vencer com coragem os obstáculos que impeçam, ali o acesso à verdade, aqui o acesso ao direito e à realização da sua justiça.* [101]

[101] "O poder judicial (a jurisdição), o direito e o Estado de Direito", *in Revista de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, 2011, pp. 52-65.

2.º (Comentário)

a) Sobre o Estado de Direito, na Constituição alemã, remete-se para o Apêndice, nos seus parágrafos sobre o problema da conciliação do disposto no art. 20.º/3 e no art. 97.º.

b) O Professor evidencia o problema que justifica o Estado de Direito: como garantir uma boa governação ainda que com maus (ou pérfidos) governantes (incluindo, aqui, o juiz). Se a condição ética a que Castanheira Neves se refere fosse, em mundo relativista/ democrático, fácil de alcançar, nenhuma regra seria necessária. O virtuoso governante encontraria em si os virtuosos limites ao exercício do seu poder. Precisamente por essa ser a dificuldade, é que existe o Direito, *rectius* [atenta a vulnerabilidade de a vageza de *Direito* ser colonizável pela perfídia do governante], o Direito legal.

## **Subtítulo 3.º-** Textos de Gomes Canotilho

### §223 (Trechos de *Direito Constitucional*…, edição de 1998)

**1.º** A propósito do "relevo da Constituição no âmbito das fontes de direito":

> *"Uma das mais relevantes consequências da consideração da Constituição de 1976 como norma jurídica sobre a produção jurídica foi a de recolocar no plano constitucional o* ***problema das fontes de direito.*** *Isto não originou, porém, a renovação constitucional do problema das fontes de direito. O problema das fontes é reconduzido a um discurso teórico e metodológico sobre as fontes continuando a chave para a compreensão das fontes de direito positivo a ser desesperadamente procurada no art. 2.º do Código Civil. O ponto de partida que aqui será adoptado é este: o estudo das fontes de direito no ordenamento jurídico português passa necessariamente pela centralidade da*

*constituição como fonte de conhecimento, isto é, como fonte sobre as formas de revelação, definição e valor das normas de direito positivo. A relevância da constituição como fonte de conhecimento das normas de direito positivo estende-se às próprias normas de direito internacional e de direito comunitário. A existência de vários ordenamentos superiores – constitucional, internacional e comunitário – obriga hoje a uma articulação mais complexa do que a requerida por uma estrutura da ordem jurídica centrada no direito interno do Estado. De qualquer modo, mesmo aqui, a definição do cosmos normativo terá de ser feita a partir da própria Constituição.*

*Na qualidade de* ***norma primária sobre a produção jurídica*** *a Constituição tem três importantes funções: (1) identifica as fontes de direito do elemento jurídico português; (2) estabelece os critérios de validade e eficácia de cada uma das fontes; (3) determina a competência das entidades que revelam normas de direito positivo.*

*A primeira função – identificação das fontes – encontra refracção no texto constitucional em vários momentos: art. 8.º (direito internacional e direito comunitário), art. 56.º (convenções colectivas de trabalho), art. 112.º (actos normativos), art. 115.º (referendo), arts. 161.º, 164.º e 165.º (leis da Assembleia da República) art. 198.º (decretos-lei do Governo), art. 226.º (estatutos das regiões autónomas), art. 241.º (regulamentos das autarquias locais).*

*A segunda função – determinação dos critérios de validade, eficácia e hierarquia das normas produzidas pelas várias fontes de direito – encontra também suporte normativo em várias disposições constitucionais. É a Constituição que determina o igual valor entre leis e decretos-leis (art. 112.º/2), mas é também a própria Constituição*

*a estabelecer excepções a esta regra considerando certas leis dotadas de valor reforçado. (art. 112.º/3). Pertence ainda à Constituição determinar as relações entre o direito geral da República e o direito autonómico, ou seja, entre as normas "postas" pelos órgãos de soberania e normas "postas" pelos órgãos das Regiões Autónomas (arts. 112.º/4 e 5, 227.º). Na lei constitucional encontram-se os parâmetros básicos relativos aos esquemas referenciais entre actos normativos legislativos e actos normativos da administração (cfr., sobretudo, arts. 112.º/7 e 8 e 241.º). Finalmente, a Constituição revela a forma e valor das directrizes comunitárias transpostas para a ordem jurídica interna.*

*A terceira função – individualização das competências normativas – está associada ao importante princípio da tipicidade de competências normativas, A ideia pode ver-se contextualizada nos arts. 161.º, 164.º, 165.º (competência legislativa da Assembleia da República), art. 227.º (competência normativa das Regiões Autónomas), art. 198.º (competência legislativa do Governo), art. 241.º (competência regulamentar das autarquias locais)."* [102].

**2.º (Comentário)** Segue-se a Lição do Professor. A Constituição de 1976 é a sede legal da matéria *fontes*.

A edição de 1998 é aqui tida em atenção, sublinhando que já na década de 90 o Professor o ensinava.

**3.º** A propósito do sentido de "lei" na Constituição Portuguesa de 1976:

*"b) Lei no sentido de norma jurídica, independentemente da fonte normativa*

[102] *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3.ª Edição 1998, Almedina, pp. 643-644

> *Quando ao artigo 203.º se estabelece "que os tribunais são independentes e apenas estão sujeitos à lei", a lei significa* ***norma jurídica****, qualquer que seja a sua forma de produção. O mesmo sentido transparece no art.º 13.º/1 quando se afirma que todos os cidadãos "têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei". Leis, neste sentido, são, desde logo, as normas constitucionais, as normas constantes de decretos-leis, de decretos legislativos regionais, de convenções internacionais, de decretos regulamentares, além de, evidentemente, das normas constantes de leis (stricto sensu)."* [103]

**4.º (Comentário)** No Livro 2.º foi explicitada a vontade da comunidade de fazer coincidir *lei* com *Direito legal*, não se conhecendo dados que permitam a afirmação do Professor (realça-se que o Professor evidencia o carácter exemplificativo com a expressão "desde logo").

## §224 (Trechos de *Direito Constitucional*…, edição de 2003)

**1.º** A propósito dos princípios jurídico-estatutários dos tribunais na Constituição:

> *"c) Independência funcional*
>
> *A* ***independência funcional*** *é uma das dimensões tradicionalmente apontadas como constituindo o núcleo duro do princípio da independência. Significa ela que o juiz está apenas submetido à lei – ou melhor, às fontes de direito jurídico-constitucionalmente reconhecidas – no exercício da sua função jurisdicional.*
>
> *d) Independência interna e externa*
>
> *A independência dos juízes tem uma dimensão externa e uma dimensão interna. A*

[103] *Idem*, p. 668.

> ***independência externa*** *aponta para a independência dos juízes em relação aos órgãos ou entidades estranhas ao poder judicial. A* ***independência interna*** *(que alguns autores identificam com independência funcional) significa a independência perante os órgãos ou entidades pertencentes ao poder jurisdicional. A independência externa, ao exigir a independência do poder jurisdicional em relação aos outros poderes, pressupõe que a organização deste esteja garantida pela reserva de lei (CRP, artigo 165.º).''* [104].

**2.º (Comentário)** Segue-se a Lição do Professor. Cabendo sublinhar que atento o "apenas" no art. 203.º, as fontes que não a lei têm carácter excepcional, estando listadas (como seja o disposto no art. 282.º/4).

## **Subtítulo 4.º-** Textos de Gomes Canotilho e Vital Moreira

### §225 (Trechos da *Constituição anotada*…)

**1.º** Em comentários ao artigo 3.º da CRP:

> *VI. O n.º 2 reitera o princípio da* ***constitucionalidade do Estado****, ou seja, de que ele não se encontra acima ou à margem da Constituição mas antes submetido a ela (princípio da juridicidade constitucional vinculativa de todos os poderes do Estado). O Estado não é sujeito da Constituição, é seu objecto; não dispõe da Constituição, é por ela comandado. Conquista maior do constitucionalismo desde o séc. XVIII, a submissão do Estado a uma lei*

[104] *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª Edição / Setembro 2003, Almedina, pp. 663-664.

*fundamental faz parte da própria ideia de Constituição.*

*A expressão «legalidade democrática» – que aparece em várias outras disposições constitucionais (cfr. arts. 199º/f, 202º-2 e 272º-1) – não se apresenta de fácil apreensão quanto ao seu sentido rigoroso, mas parece que o melhor significado que lhe cabe é o que abrange não apenas as regras do Estado de direito democrático a que se refere o nº 2 mas também a ideia da submissão das autoridades públicas à lei em geral, de acordo com o princípio da legalidade ou, mais amplamente, o princípio da juridicidade (cfr. art. 266º e respectiva anotação)* [105].

**2.º (Comentário)** O princípio de juridicidade pressuporia as redacções rejeitadas, pela Comunidade representada no Parlamento, do art. 203.º, do art. 2.º e do art. 3.º/2: não se conhece dados que permitam radicar na Comunidade um *princípio da juridicidade*. Remete-se para o 1.º comentário feito ao 1.º texto de *Castanheira Neves*.

**3.º** Em anotação ao artigo 203.º:

*IV. Os tribunais* ***apenas estão sujeitos à lei****. A "lei" designa aqui obviamente não apenas as leis em si mesmas (art. 112º-1) mas também todas as demais normas que constituem a ordem jurídica, a começar, naturalmente pela Constituição que é a lei fundamental da República.*

*Quando exista discrepância entre normas de hierarquia diferente ou quando exista qualquer relação de precedência ou preferência normativa decorrente da Constituição ou (se for caso disso) da*

[105] *CRP - Constituição da República Portuguesa / Anotada*, Volume I (artigos 1.º a 107.º), 4.ª edição revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 216-217.

*lei, então os tribunais devem desaplicar a norma subordinada (norma inconstitucional, regulamento ilegal, etc.). Tal como o tribunal deve em cada caso aferir da conformidade constitucional das normas aplicáveis (art. 204.º), deve igualmente verificar a sua conformidade com todas as normas a que elas devem sujeitar-se (normas internacionais, europeias, legais, etc.).*

*É óbvio que sendo o Estado constitucional informado pelo princípio do Estado de direito, a subordinação à lei significa subordinação a normas legítimas, isto é, normas materialmente válidas: jurisdição significa "dizer o direito", não "o não direito". Por outro lado, o princípio do Estado de direito implica a sujeição aos princípios jurídico-materiais inerentes ao estado democrático-constitucional.*

*Estar sujeito à lei significa, portanto, que os órgãos jurisdicionais ("os órgãos que dizem o direito") estão vinculados, nas suas decisões, às normas e princípios da ordem jurídico-constitucional, na qual se incluem as normas de direito internacional (art. 8.º-1, 2 e 3) e as normas da União Europeia (art. 8.º-4). A vinculação do juiz à lei, tal como se consagra neste preceito constitucional, tem ainda o sentido de estabelecer a diferença de planos entre normação e obtenção e aplicação do direito. Como está hoje sobejamente demonstrado, o juiz não é um "autómato subsuntivo", – "a boca que pronuncia as palavras da lei" – o que acabaria por reduzir a zero a autonomia da jurisdictio. A interpretação e o desenvolvimento do direito através de esquemas metodológicos rigorosos (analogia, redução teleológica, integração de lacunas), por mais criativos que possam ser (sobretudo na aplicação a constelações de casos não previstos pelo legislador, têm de mover-se sempre nos quadros normativos (regras e princípios) de ordem jurídico-*

*constitucional. Neste sentido se afirma que não "há independência judicial contra a lei".*

*V. A* ***independência dos tribunais*** *compreende a* ***autonomia na interpretação do direito*** *– sem prejuízo da interpretação autêntica das normas efectuada pelos órgãos seus autores – o que afasta, em princípio, a vinculação por interpretações heterónomas, pelo menos quando dotadas de força geral e abstracta, como sucedia no caso dos assentos (que, de resto, não caberiam no conceito de "lei", por mais extenso que este fosse), e que também por essa razão se deviam considerar inconstitucionais. Problemas levanta também a vinculação concreta do tribunal da causa pela interpretação que o TC tenha dado em recurso de constitucionalidade à norma aplicável (cfr. LTC, art. 80.º-3) e o reenvio prejudicial para o Tribunal das Comunidades das questões de interpretação de normas de direito comunitário (TFUE, arts. 267.º e ss.).*

*VI. A Constituição prescreve que os tribunais estão sujeitos à lei, e não, como sugerem alguns, à lei e ao direito: A* ***sujeição ao direito*** *seria um corolário da ideia de Estado de direito material, ou noutra perspectiva, da juridicidade estatal. Tratar-se-ia, pois, de dar guarida constitucional à tensão entre "lei positiva" e "direito" materialmente objectivado. No plano jurídico-constitucional, a vinculação dos juízes à lei implicará mais do que a mera vinculação ao princípio da legalidade concebendo-se esta vinculação com a referência aos princípios materiais informadores da ordem jurídica constitucional materialmente legitimada. Estes princípios não poderão deixar de vincular os juízes no momento da jurisdictio, justificando o sacrifício do princípio da legalidade a favor do princípio da constitucionalidade (mas a própria administração está vinculada a estes mesmos princípios, podendo justificar, em situações excepcionais, a desaplicação*

*administrativa de normas inconstitucionais). Note-se ainda que a* ***vinculação do juiz à lei e ao direito****, no entendimento tradicional, poderia sugerir que o órgão que cria a lei (o legislador) não estaria (ou poderia não estar) vinculado ao direito, o que contraria a vinculação do princípio da constitucionalidade (onde se precipitam os princípios judiciais transportadores da legitimidade material da ordem jurídico-constitucional).''* [106].

4.º Comentários:

a) O texto constitucional, com o significado que os representantes da comunidade nela verteram, quer no art. 203.º, quer no art. 3.º/2, quer no art. 2.º, exclui o princípio da juridicidade.

Tem-se presente, como exemplo paradigmático, a exclusão do preenchimento judicial da dignidade da pessoa humana, atento o art. 16.º/2 e sua história (§95 e ss.).

b) Na 1.ª edição da Constituição anotada, os Professores encontram, no art. 203.º, a norma delimitadora do Direito português [ao afirmarem que as fontes são a lei e as fontes constitucionalmente admitidas]. Ou seja "obviamente", os tribunais aplicam a lei e outras fontes constitucionalmente aceites [107].

A Hipótese segue esta Lição dos Professores. Como atrás dito.

c) Na 2.ª edição da Constituição Anotada – 1985 – os Professores alargam o campo do jurídico, alargam o campo ocupado pelo Direito português: lei, segundo esta sua Lição, abrange todas as demais normas que constituem a ordem jurídica.[108].

---

[106] *Idem*, vol. II, 4.ª ed., 2010, pp. 514-515.

[107] "II. ….O princípio da independência dos *juízes* implica a sua sujeição apenas à lei, bem como a inamovibilidade e a irresponsabilidade (art. 221.º). Neste domínio, o termo *lei* designa obviamente todas as fontes de direito constitucionalmente admitidas, incluindo desde logo a própria constituição, as normas de direito internacional (cfr. art. 8.º), as leis e os regulamentos, sem prejuízo da obrigação dos juízes de não aplicarem normas infraconstitucionais contrárias à Constituição, normas infralegais contrárias à lei, etc." (p. 398).

[108] "IV. Os tribunais apenas estão sujeitos à *lei*, mas este termo designa aqui, obviamente, não apenas as leis em si mesmas (art.115.º-1), mas também todas as demais normas que constituem a ordem jurídica, a começar, naturalmente, pela Constituição, que é a lei fundamental da República." (p. 315).

Trata-se de diferença eventualmente relevante: por *ordem jurídica* não equivaler a fontes indicadas na Constituição. Ou seja, em sede de interpretação da expressão *ordem jurídica*, o tribunal delimitará as normas e as suas fontes, enfim, o Direito. Os limites da juridicidade passam a ser estabelecidos em sede de interpretação pelo jurista. Pois "ordem jurídica" diz-nos que as normas são de Direito. Não nos diz quem cria o Direito, como se cria o Direito, como se revela o Direito, onde se forma o Direito, como se conhece o Direito. Está aberta a porta para o *Direito dos juristas.*

d) Na 3.ª edição da Constituição Anotada – 1993 – os Professores mantêm a Lição de 1985. Ainda que com acrescentos[109].

Assinale-se a afirmação de que lei não abrange assentos.

e) Na 4.ª e mais recente edição – 2007 – os Professores mantêm o comentário.

f) Os professores consideram que, à luz do princípio do Estado de direito, a subordinação à lei significa subordinação a normas *legítimas,* normas *materialmente válidas.*

Ora, o *Estado de Direito tout court* não foi consagrado na Constituição, como dito no livro 2.º. Essa fórmula foi recusada pela Assembleia Constituinte, precisamente pela *vagueza* principialista axiológica, ou seja, pela falta de densidade material. Consagrado foi, sim, o *Estado de Direito democrático,* correspondentemente densificado por o Direito a que o Estado está subordinado ser *democrático*. O que, *per se,* e pelo disposto no art. 3.º/2 (com a "legalidade democrática") significa Estado de Direito legal.

g) Ainda sobre este trecho: é certo que os Professores exigem que esse Direito seja *válido,* seja *legítimo*. Trata-se de conceito que pouco esclarece o também vago *Direito.*

---

[109] "IV. Os tribunais apenas estão sujeitos à lei. Este termo, porém, designa aqui obviamente não apenas as leis em si mesmas (art. 115º-1), mas também todas as demais normas que constituem a ordem jurídica, a começar naturalmente, pela Constituição, que é a lei fundamental da República. (…)

É óbvio que sendo o Estado constitucional informado pelo princípio do Estado de Direito, a subordinação à lei significa subordinação a normas legítimas, isto é, normas materialmente válidas: jurisdição significa «dizer o direito», não «o não direito». Por outro lado, o princípio do Estado de direito implica a a sujeição aos *princípios jurídico-materiais inerentes ao estado democrático-constitucional.*

V. A independência dos tribunais compreende a *autonomia na interpretação do direito* – sem prejuízo da interpretação autêntica das normas efectuada pelos órgãos seus autores –, o que afasta em princípio a vinculação por interpretações heterónomas, pelo menos quando dotadas de força geral e abstracta, como sucede no caso dos assentos (que, de resto, não caberiam no conceito de «lei», por mais extenso que este fosse), que também por essa razão se devem considerar inconstitucionais…" (p. 795).

h) Os Professores acrescentam ("… por outro lado…") que o Estado de Direito implica "sujeição aos princípios jurídicos-materiais inerentes ao estado democrático-constitucional".

É certo que, neste trecho, *Gomes Canotilho* e *Vital Moreira* tornam presente o carácter *democrático* do Estado. Mas, não enquanto densificador do *Direito* a que o Estado está sujeito. Aqui, *democrático* adjectiva o Estado e está junto a constitucional. E é desse *Estado democrático-constitucional* que os Professores inferem os princípios jurídicos-materiais.

Remete-se para os comentários feitos acerca de Estado de direito (§§77 e 89).

f) Assinala-se, ainda, que os Professores refutaram Direito além da Lei. Mas, como visto nos trechos anteriormente comentados, os Professores incluíram na lei, *grosso modo*, *Direito* além da lei. Recorda-se que, em paralelo, as alterações na posição dos Autores acerca do art. 203.º. De uma tendencial legalidade para a fraca admissão de uma juridicidade em contraposição à legalidade.

## **Subtítulo 5.º-** Textos de Vital Moreira

### §226 (Trechos da transcrição da conferência *À procura da liberdade*…. Com referência, em especial, aos Críticos da Jurisprudência da Crise: *Blanco de Morais* e outros)

> ***1.º*** *"Constitucionalmente o Tribunal Constitucional tem um papel puramente negativo, compete, desde já, ao legislador aquilo que ele não pode fazer, não lhe compete dizer o que o legislador pode ou deve fazer, mesmo a fidelização da constitucionalidade por omissão, onde aliás penso que a Constituição foi pouco ambiciosa, o Tribunal limita-se a declarar que há uma inconstitucionalidade por omissão, nem sequer pode ordenar ao legislador nem dar-lhe um prazo para legislar, muito menos, obviamente, dar-lhe directrizes para a*

*legislação. Constitucionalmente as coisas são claras. O Tribunal Constitucional é metaforicamente um legislador negativo.*

*Segundo aspecto.*

*A fiscalização da constitucionalidade.*

*A possibilidade de um Tribunal Constitucional dizer que uma lei é inconstitucional é, obviamente, uma limitação do princípio democrático. O princípio democrático quer que quem seja eleito para governar, governe, leve a cabo o seu programa. O que o Tribunal Constitucional significa é que se pode fazê-lo se não invadir a Constituição ponto, mas o ónus de prova é sempre da inconstitucionalidade. À luz do princípio democrático o legislador democrático só não pode fazer aquilo que "beyond any reasonable doubt", para além de qualquer dúvida razoável, seja realmente inconstitucional. Portanto o ónus da prova cabe sempre ao Tribunal Constitucional, porque o Tribunal Constitucional não pode dizer ao legislador que prove que a sua acção é constitucional. O Tribunal Constitucional tem de provar que a acção do legislador é, para além de qualquer dúvida razoável, inconstitucional.*

*Segundo Ponto.*

*Nestas decisões, nas mais polémicas decisões do Tribunal Constitucional não estava em causa nem direitos fundamentais, nem liberdades, nem direitos sociais. Mas estava em alguns que foram pouco discutidos, foram aplaudidos, não foram postos em causa, como por exemplo, a proibição dos despedimentos sem justa causa, onde o Tribunal sempre foi muito restrito, aliás até já foi mais restrito do que é hoje, devo dizer, mas quando se tratou da questão das pensões, dos salários não estava em causa nem direitos sociais nem liberdades, estava em causa era a defesa de entitlements, entitlements públicos, entitlements dados pelo Estado. O que o Tribunal veio dizer ao*

*Estado foi dizer: um governo, na véspera de eleições, pode aumentar as pensões 50% e os salários públicos 30%. O governo seguinte não pode tocar nisto porque o entitlements está dado, o que é dado dado é e é irreversível. O Estado goza de total discricionariedade mesmo perante toda a imprudência financeira de aumentar os entitlements esses entitlements são cláusulas pétreas a partir de agora. Este é o sentido geral da jurisprudência do Tribunal Constitucional.*

*Como sabem eu não acompanhei, não aplaudi algumas destas decisões, e tenho boas razões para isso. O que eu entendo é que há uma distinção fulcral entre normas e princípios, os princípios são princípios, não concedem direitos, não estabelecem deveres, são regras de orientação transversal do poder político e do legislador e, portanto, não são normas como as outras, muito menos normas do Código da Disciplina Militar, têm flexibilidade, têm de ser lidos contextualmente e, portanto, em duas ou três circunstâncias eu achei que o Tribunal Constitucional tinha utilizado os princípios como se fossem normas sem estabelecer exactamente essa distinção que, a meu ver, é crucial entre normas e princípios.*

*Dito isto, e no que respeita às liberdades eu penso que o Tribunal Constitucional tem sido firme, consistente e não só tem defendido como promovido as liberdades. Em matérias de direitos sociais os grandes acórdãos não são estes, que a meu ver não têm nada ver com direitos sociais, têm a ver com protecção de entitlements, entitlements que aliás são pagos por todos, mesmo por aqueles que não são beneficiários desses entitlements, e cuja vida pode ser justamente prejudicada por terem suportado os entitlements, e daqueles que beneficiam desses entitlements. Mas dizia eu que em matéria de liberdades o Tribunal Constitucional, penso que pode, nós podemo-nos orgulhar do Tribunal*

*Constitucional que temos, e dos Tribunais Constitucionais que tivemos, eu pertenci a um deles, logo o primeiro, e que estabeleceu exactamente um parâmetro de defesa firme das liberdades negativas, liberdades pessoais, civis e políticas, laborais, mas também dos direitos sociais, e o Tribunal que produziu duas decisões em matérias de direitos sociais, essas sim têm a ver com os direitos sociais, como o acórdão sobre o Serviço Nacional de Saúde, na lei que revogava o Serviço Nacional de Saúde. O Tribunal Constitucional veio dizer: o legislador depois de criar o Serviço Nacional de Saúde pode alterá-lo, sem dúvida, mas não pode extingui-lo.*

*O acórdão sobre o rendimento social de inserção veio dizer: depois de criado o rendimento social de inserção ele pode ser alterado, o que não pode depois o legislador vir, é privar aqueles que beneficiam desse serviço social de inserção, que é um direito fundamental básico, desse direito eu penso que o Tribunal Constitucional produziu decisões destas em direito ou reconhecimento dos cidadãos de que estamos bem servidos, estamos bem guardados.* [110]

**2.º (Comentário)** Trata-se de conferência em período de aceso debate entre constitucionalistas acerca da chamada jurisprudência da crise, do Tribunal Constitucional. O Problema era o de o Tribunal poder, ou não poder, declarar a inconstitucionalidade de normas, por violação de princípios constitucionais – não de "princípios" na acepção vulgar de normas (princípios-normas), mas, sim, de princípios-vector.

O Professor evidencia reservas sobre a aplicação desses princípios, pelo Tribunal Constitucional; sublinha a diferença entre normas e princípios. Em especial, considera que,

[110] Transcrição parcial da intervenção no 3.º Encontro Presente no Futuro 2014, promovido pela Fundação Francisco Manuel dos Santos, subordinada ao tema À procura da liberdade e em resposta à questão "A Constituição protege a liberdade?". Intervenção acessível em https://www.youtube.com/watch?v=Ay6FF5N8zjg (minutos 27.03-32.51).

com excepção da admissibilidade de principialismo judicial em matéria de direitos fundamentais, não há lugar à fundamentação principialista de decisões judiciais.

Esta posição lembra as intervenções de *Vital Moreira* – deputado à Assembleia Constituinte e deputado à Assembleia da República. Enfatizando a ligação entre, por um lado, democracia e separação de poderes, e, por outro lado, o legalismo; tal como enfatizando a ligação entre *Direito além da lei* e um *Direito dos juristas* (conforme os trabalhos parlamentares, no Livro 2.º). Assinala-se que, juntamente com *José Luís Nunes*, moldou o Direito português pós 1976 e hoje vigente como caso singular (referido em Apêndice), no que concerne à coerência do regime nomogenético e metodológico com a democracia e separação dos poderes, bem como na adequação daquelas opções com o carácter pluralista /relativista ínsito às sociedades democráticas).

**3.º (Comentário)** Nas reservas ao principialismo judicial, ou pelo menos a excessos principialistas, próximo de Vital Moreira está Kafft Kosta, com o seu "*Estado de Direito…"*. E *próximo* de *Kafft Kosta*, encontra-se *Pedro Sanchez*: no que ambos os Professores têm de cuidado posto, nas suas teses de doutoramento, com o levantamento de muitos dos trabalhos preparatórios da Constituinte.

**4.º (Comentário)** A propósito da chamada jurisprudência da crise acima referida (ilustrada com os Acórdãos do Tribunal Constitucional 353/2012, 474/2013 e 862/2013), assinala-se que eminentes juristas tomaram posição crítica. Entre estes juristas, os Professores *Blanco de Morais*, *Paulo Mota Pinto*, *Melo Alexandrino*, *Pereira Coutinho*, *Nogueira de Brito*, *Almeida Ribeiro*, *Benedita Urbano*[111].

Trata-se de críticas não dirigidas ao carácter principialista revelado naquela jurisprudência – sendo elucidativo, nos textos, a ausência de reservas ao principialismo fundado no *Estado de direito*, ou de reservas fundadas nos artigos 3.º/2 ou 203.º, todos da Consti-

[111] Textos reunidos em o *Tribunal constitucional e a crise*…, e em Direito e Política, Out-Dez 2012.

Cabe destacar o *Curso de Direito Constitucional* de *Blanco de Morais*, nas suas páginas 709 e ss. Salienta-se que a admissibilidade da ponderação principialista judicial coexiste com a referência ao art. 203.º como consagração da legalidade – p. 499, não se encontrando aí resposta para as reservas ao legalismo aberto.

tuição. Salienta-se, de resto, que as obras destes Juristas seguem a Lição do Mestre do Direito Constitucional de Lisboa, nas últimas décadas: o Senhor Professor Jorge Miranda [112]. Por outras palavras, o art. 203.º com a fórmula *apenas sujeitos à lei* não é obstáculo a um sistema jurídico aberto, a um Direito marcado pela juridicidade (e não pela legalidade fechada).

Essa crítica é, sim, dirigida aos concretos termos em que o Tribunal Constitucional, nessas suas decisões (que, de resto, são mera ilustração da vasta jurisprudência principialista do Tribunal) selecciona princípios-vector e procede à sua ponderação. Clarifica-se: a crítica de Vital Moreira é diferente: é a própria ponderação principialista judicial que é posta em causa; pelo contrário, entre estes juristas admite-se tal principialismo. Critica-se, sim, nas matérias destes acórdãos, as normas resultantes da referida ponderação. Retomando a alegoria culinária: não é posta em causa a possibilidade de o juiz trabalhar com listas de ingredientes (recorda-se: a alternativa seria trabalhar apenas com *receitas detalhadas*); o que se critica é o *bolo* que é a *norma judicial*, critério de decisão em cada um desses Acórdãos. Crítica que, aliás, ilustra a liberdade nomogenética do tribunal (semelhante à discricionariedade político-legislativa) ao trabalhar com princípios. Cabendo lembrar o § 90 (sem prejuízo de aqui se concitar todo o Livro 2.º).

Assinala-se, ainda, que, naturalmente, os defensores da jurisprudência da crise (como seja o Professor Reis Novais [113]) também não encontram no art. 203.º a consagração do positivismo legalista impeditivo de uma jurisprudência principialista. Tal como nas obras acima referidas, também na obra de Reis Novais não é tratada a fórmula *apenas sujeitos à lei*, do art. 203.º.

## **Subtítulo 6.º-** Textos de Fernando Pinto Bronze

---

[112] Também outros Autores, com referências ao art. 203.º, terão sido marcados pela Lição do Professor: por exemplo, João Chumbinho, com a sua "*A Constituição*…" e Ricardo Branco com os seus "*A Constituição*…" pp. 212-225 (onde *reconduz* a 2.ª parte do art. 203.º à sua alusão à *independência*; tal como a Juíza Conselheira Assunção Esteves , no seu voto de vencido, no Acórdão 810/93, do Tribunal Constitucional) e Ricardo Branco com o seu "*Ainda a submissão*…", p. 271. Ou, com conclusão semelhante à do Professor, com fundamentação sintética, a Juíza Conselheira e Professora Maria Lúcia Amaral, no seu "*A forma da República*…", pp. 158 e 159, bem como Luís S. Cabral de Moncada no seu "*Estudos*…", p. 425 e ss. Finalmente, suscitando dúvidas acerca da fundamentação, cabe referir Pedro Albuquerque (no seu "*Direito das Obrigações*…", p. 176-180). O Professor fundamenta quer no disposto no art. 202.º da CRP (com a abonação de Menezes Cordeiro – cabendo assinalar que o trecho abonatório, presente no "*Tratado…",* I, I, 140, 3.ª ed., 2005, deixou de constar da 4.ª ed., 2012, p. 487 e 488), quer na "impossibilidade metodológica", e na "natureza das coisas" (concitando, plausivelmente, a *pré-compreensão*); também texto de Francisco Aguilar (o seu "*Norma do caso*…", pág. 181 e 182) suscita dúvidas, ao invocar, como limite, não a "lei" do art. 203.º, mas, sim, quer a "justiça" consagrada no art. 202.º, quer o *Direito* (evidenciando proximidade com a Lição de Jorge Miranda); concluindo por o disposto no art. 203.º *não poder ser levado a sério pelo intérprete, em toda a sua extensão*. Sobre estes textos dos Professores Pedro Albuquerque e Francisco Aguilar, ainda que concitem dúvidas, remete-se para os §§ 91 e 131.

Em suma: Vital Moreira tem, na Academia, nos termos acima referidos, a obra que mais se afasta da Lição dominante. Assinala-se, na Magistratura, a refutação da juridicidade, mercê do disposto no art. 203.º, no texto do Juiz-Conselheiro Almeida Lopes, "*Princípios…*", p. 125 e ss. Cabe, a propósito, referir José Lamego no texto logo destacado nas páginas de entrada (ainda que esta invocação não signifique refutação, pelo Professor, do principialismo judicial).

[113] No seu "*Em defesa…*". Assinala-se que no texto do Professor não há referência ao art. 203.º

**§227 (Trechos de "*Quae sunt Caesaris…*")**

*1.º*

*"[…] Para prevenir equívocos, creio ser conveniente começar por esclarecer o sentido da paráfrase a uma conhecida passagem do Evangelho segundo S. Mateus, que ousei escolher para título desta intervenção: as coisas de César, a César (entenda-se: o que é da competência do legislador, ao legislador) e as que são da legitimidade do pensamento jurídico a este último. Não pretendo mais do que tomar posição sobre o candente problema pressuponente de saber qual o valor normativo do cânone metodonomológico (sobre as disposições legais pretensamente regulamentadoras das recorrente – e habitualmente cindidas questões da interpretação jurídica e da integração de lacunas), atrevendo-me ainda a dedicar brevíssimas palavras às, com ele conexas, vexatae quaestiones do sistema jurídico, das fontes do direito e da concorrência de normas no tempo.*

*[…]*

*Esquematicamente, a normatividade jurídica vigente é uma constituenda e singular ordem regulativa, polarizada na pessoa, intersubjectivamente vinculativa e colimada a orientar (e, parcialmente, a desonerar...) a adequada solução de certos problemas atinentes à partilha do mundo: daqueles que, irredutivelmente, se deixem reconduzir aos direitos de autonomia e de participação e aos deveres de solidariedade e de co-responsabilidade.*

*[…]*

*Hodiernamente confrontamo-nos, inter alia, com uma sua versão modelada pela teoria analítica da linguagem, inucleada no "postulado da dedutividade" e em que os jogos especiosos articuladores do "dito"' e do "querido" pela norma (in-)compreendida como operador semântico – e*

*não como categoria genuinamente prático-normativa – não são mais (ou pouco mais são... ) do que uma serôdia tentativa de repristinar a controvérsia tradicional entre o objectivismo e o subjectivismo.*

*[...]*

*Por outras palavras: o Estado-de-Direito, ao implicar o adequado reconhecimento da autonomia e do sentido do direito, envolve, a pari, o adequado reconhecimento da autonomia e do sentido da metodonomologia. Ora se o direito se não reduz mais hoje, unicitariamente, à legislação, a reflexão empenhada em realizá-lo judicativo-decisoriamente também se não deixa confinar ao círculo vicioso do silogismo judiciário.*

*Além das notas que já acentuei, a metodologia jurídica assume hodiernamente um carácter prático-argumentativo e comprova, em termos inequívocos, um continuum entre os tradicionalmente cindidos problema da "interpretação", da "integração" e da "aplicação". Por outro lado, desvelou elementos interpretativos antes inconsiderados (advindos da experiência jurisdicional, da reflexão da dogmática, do contributo disponibilizado pela própria realidade...), concorreu para distinguir os princípios normativos (as experiencialmente radicadas exigências práticas fundamentantes da validade nuclearmente predicativa do direito) dos princípios gerais do direito (meras inferências lógicas feitas a partir dos critérios objectivados e, portanto, ainda normas, só que mais gerais e abstractas), manifestou novos cânones e resultados interpretativos (mencionem-se, respectivamente, a interpretação conforme os princípios, e a adaptação extensiva e restritiva, a extensão e a redução teleológicas, a correcção da norma levada a cabo não só em atenção à especificidade do caso – foi esse um contributo da Jurisprudência dos interesses*

*–, mas também considerados os princípios fundamentantes da norma interpretanda), impôs um caminho diferente à tarefa judicativo-decisória (polarizado na juridicamente intencionada – e controlada!... – exploração da dialéctica articuladora do problema judicando e do constituendo sistema da juridicidade vigente)...*

*8. Nesta verdadeira corrida contra-relógio recuperarei agora um dos tópicos já mencionados com o objectivo de acentuar um ponto de importância nuclear no quadro do que pretendo propugnar. Refiro-me àquele em que convoquei o Estado-de-Direito.*

*Este tipo de Estado, quando adequadamente concebido, implica – já o sublinhei – a autonomização tanto do direito como do específico pensamento encarregado de o realizar judicativo-decisoriamente. Mas, sendo assim, como qualificar, hoje, a iniciativa por vezes tomada pelo legislador de pré-escrever um cânone metodológico?*

*Alguns códigos civis contêm normas com esse objectivo. É sabido radicar esta tradição na circunstância de os citados diplomas terem vindo a ser compreendidos, desde a época do movimento codificatório (marcado pelo ideário moderno-iluminista...), como... o código, por antonomásia. Conhecem-se excepções paradigmáticas. Uma delas é o BGB. Filho bastardo, como foi, da Escola Histórica, não admira que essa linhagem o tenha levado a subscrever a importância que a orientação savignyana atribuía à "ciência do direito" – a quem, portanto, se confiava aquela tarefa.*

*Entretanto, o "mundo do direito" alterou-se. A lei fundamental de qualquer país passou a ser a Constituição, perdendo o Código Civil o seu estatuto privilegiado. Disso tratará o meu Colega Reis Marques, que teve a gentileza de antecipadamente mo comunicar. Acentuei este*

*tópico na medida em que ele me permitirá (creio!...) sustentar pertinentemente que – conquanto num horizonte contextual bem diferente daquele em que o Código Civil alemão de 1900 viu a luz do dia – o pensamento jurídico que mais acuradamente tem reflectido esta problemática propende a defender que questões metadogmáticas como a que ora nos ocupa (que implicam a excogitação e a tematização do deveniente sentido do direito) são – na esfera de um Estado-de-Direito, insisto – da sua própria e responsável competência.*

*9. Que relevância atribuir então a normas como as dos artigos 8.°. 9.°, 10.° e 11.° do nosso Código Civil?...*

*Até ao momento tenho vindo a dar a esta pergunta a resposta que várias vezes ouvi (mas terei ouvido bem?... ) ao meu emérito Professor, aqui presente: elas valem o que ... puderem valer quando postas em confronto com o modo como o pensamento jurídico, entendido como "auditório argumentativo" ou "comunidade científica", as compreende. Muito, se, porventura, se mostrarem em consonância com a posição perfilhada por esta decisiva instância crítica; pouco, ou mesmo nada, se, acaso, parcial – ou totalmente se lhe opuserem.*

*10. Este Congresso – e a minha participação nele – obrigaram-me a reponderar o tema. Se não erro, afigura-se-me indiscutível ter o legislador assumido um problema que não é da sua regedoria, usurpando uma tarefa de outrem e disciplinando-o em termos inconsonantes com o actual estado da arte. Mas, sendo assim, os mencionados preceitos não podem deixar de ser (des-)qualificados como (superveniente – ou derivadamente ... ) inconstitucionais: orgânica – e materialmente inconstitucionais, para ser mais preciso. Organicamente inconstitucionais, por manifestarem "um [claro] desvio [das] competências" da instância que os gerou. E materialmente*

*inconstitucionais porque as normas em causa não se mostram em conformidade com dimensões estruturantes do Estado-de-Direito, nomeadamente com dois dos seus mais nucleares corolários: o do reconhecimento da autonomia e do sentido, quer da normatividade jurídica, quer do específico pensamento chamado a assumir o problema da sua racionalizada realização judicativo-decisória (em virtude da consabida imbricação de ambos...).*

*11. Há, todavia, em meu juízo (mas eu sou míope!...) pelo menos uma razão forte para se considerar mais... fraca a apontada inconstitucionalidade orgânica do que a assinalada inconstitucionalidade material. E essa é a de que os diversos poderes do Estado e as funções que eles titulam são hoje reconhecidamente interdependentes. Ao que acresce a circunstância de se não dever banir o legislador do "auditório argumentativo" ou da "comunidade científica" constitutivos do pensamento jurídico: ele também o integra!*

*12. Ora, se isto é exacto, talvez se deva admitir (sem contradição prática com as explicitações precedentes...) ter o legislador o direito de dizer (declarativamente!) uma palavra sobre as referidas questões, na pressuposição das dimensões que inervam o Estado-de-Direito, tal-qualmente o visualiza, no nosso hemisfério cultural, o pensamento jurídico-constitucional.*

*Note-se bem. Sou dos que partilham o entendimento de que o Estado-de-Direito, como hoje o concebemos, não veio escrever a última palavra na (por vezes involutiva...) evolução das comunidades humanas. À semelhança do que se nos apresenta como manifestamente contingente, também aquilo que tendemos a tomar como intemporal – como o absoluto ou o universal alguma vez alcançados – se encontra, afinal, ex-posto ao fluir da história e à erosão do tempo. Com o Estado-*

*de-Direito não acontece coisa diferente... No livro da vida não está escrito que continuaremos, ad saecula saeculorum, no patamar de humanidade que a ele se associa: poderemos alçar-nos a uma Idade de Ouro perante a qual a presente situação se perfile como jurássica, mas nada impede que venhamos a optar por uma qualquer das "alternativas ao direito", que já hoje nos aliciam e inquietam. Em breves palavras: os essentialia também não são –"devêm! ... Todavia, enquanto nos mantivermos no "ciclo histórico" que é o nosso, ele perfila-se, decerto, com referente indiscutido, inclusive no domínio em que estou centrado. Donde, não se divisar obstáculo inultrapassável a que, pressuposto o mencionado referente, o legislador (e, em certas hipóteses, o próprio legislador constitucional) se pronuncie, a título declarativo, sobre a matéria.*

*Em que termos exactamente, perguntar-se-á.*

*Por mim (e de momento...) não hesito na resposta. Assim:*

*13. a) Em primeiro lugar (e sem pretender desenterrar controvérsias datadas...) deveria levar-se ao n.º 1 (já veremos porquê ao n.º 1...) do artigo 203.° da Constituição da República, de modo expresso, o que já lá está... implicitamente (na medida em que a nossa Lei fundamental, particularmente no seu artigo 2.°, institui, sem margem para tergiversações, o Estado-de-Direito material): "Os tribunais são independentes e apenas estão sujeitos ao direito e à lei".*

*b) Por sua vez, o artigo 202.°, ainda da CR (que tem por epígrafe, recorde-se, a "Função jurisdicional"), integraria um novo n.º 3 (passando, decorrentemente, os actuais n.$^{os}$ 3 e 4 a n. $^{os}$ 4 e 5), com o seguinte teor (naturalmente lapidável – como, de resto, todas as demais sugestões, que ouso): "O problema da [racionalizada] realização judicotivo-decisória da normatividade jurídica vigente [,*

*enquanto expressão emblemática e dimensão constitutiva do Estado-de-Direito,] é da autónoma [e responsável] competência dos tribunais, que deverão pressupor para o efeito [, em dialéctica correlatividade,] o mérito jurídico do caso judicando, o pré-objectivado sistema jurídico e o [deveniente e] específico sentido da juridicidade".*

*c) O alvitrado n.º 3 do artigo 202.° da CR determinaria, corno é óbvio, a revogação dos actuais artigos 8.°, 9.°, 10.° e 11.º do Código Civil.* [114]

**2.º (Comentário)**

A Comunidade disse no art. 203.º que os tribunais "apenas estão sujeitos à lei" (e recusou *Direito além da lei*).

A Comunidade disse no art. 2.º que a "República portuguesa é um Estado de Direito democrático" (e recusou um Estado de direito *tout court*).

A Comunidade disse no art. 3.º/2 que o Estado se funda na "legalidade democrática" (e recusou que se fundasse em *Direito além da lei*).

A Comunidade de forma reflectida reiterou, desde 1976, essa sua posição positivista legalista. Ponderou as alternativas. Deputados por três vezes explicitaram que, nestas matérias, a Lição de Castanheira Neves de *autonomia do Direito ante a lei* (ou seja de que *o jurídico* não se confunde com a *política lei*) era rejeitada.

A Comunidade assim decidiu em sede da própria Assembleia Constituinte e em sede da Assembleia da República em processos de revisões constitucionais, ao longo de décadas.

E tudo depois de uma revolução. Com tudo o que de traumatizante uma revolução acarreta. Revolução que não terá sido feita para entregar ao pensamento jurídico o poder de criar regimes jurídicos (*para mais* em matéria tão fundante quanto a da definição do método.

Neste texto, *Pinto Bronze* considera que o Estado de Direito consagra o Direito além da lei, e, por via dessa autonomia do Direito ante a lei, atribui, em exclusivo, ao *pen-*

[114] "Quae sunt Caesaris, Caesari: Et quae sunt jurisprundentiae, jurisprudentiae", *in Analogias*, Coimbra Editora, Coimbra, 1.ª Edição, 2012, pp. 129 ss (Originariamente publicado em *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Coimbra, 2006, pp. 77-87)

*samento jurídico* (aventa-se forma a um tempo hipostasiada e eufemística para referir *eminentes juristas*, *maxime* os académicos, sem prejuízo de em tal *auditório* o próprio legislador ser admitido) o poder de estabelecer o regime jurídico do método. Consequentemente, por o legislador de 66 (com, designadamente, Manuel de Andrade, Vaz Serra, Pires de Lima, Antunes Varela, Braga da Cruz) ter estabelecido o regime da interpretação e da integração, vê-se com a chegada da Constituição de 76, esses seus regimes declarados inconstitucionais (na hipótese de, já antes, à luz do art. 4.º da Constituição de 33 não serem inconstitucionais).

Ao longo das páginas dos Livros 2.º e 3.º são postos em cima da mesa do diálogo jus-científico *dados*, *grosso modo* as fontes historiograficamente primárias da vontade da Comunidade. Aventa-se: todos os dados contrariam a tese do Professor; e não se conhece *dados* favoráveis à sua tese.

Cabe lembrar, a propósito de *dados* a serem ponderados: não se está na presença de uma empolada controvérsia referente a algum instituto recôndito do ordenamento jurídico português. O tema é *o Direito*; é o apuramento da vontade jus-normativa radicada na Comunidade referente aos limites e caracteres do próprio Direito; é a salvaguarda do fundamento democrático do que seja imputado, a cada momento, à Comunidade, como sendo vontade da Comunidade. O tema prende-se, afinal, com a vida de cada homem quer na magna sociedade nacional, quer em cada uma das micro comunidades de que, no seu quotidiano, faz parte (a família, a empresa, a escola, a agreameação, a igreja…). Justifica-se, pois, o acesso a todos os *dados*. Sejam os da Lição de *Pinto Bronze*, sejam os da Hipótese, sejam outros – para, à sua luz, conhecer o Direito.

## §228 (Trechos de *A Metodonomologia*…)

**1.º** Em nota de rodapé o Professor escreve

> *Aproveitemos o ensejo para retomar, por instantes, o tema capital deste estudo: nem valeria a pena sublinhar o ponto – pois, como se sabe, não é essa a perspectiva que adoptamos –, mas sempre diremos que mesmo que nos fixássemos na hodierna acentuação da dimensão política-estratégica da lei (cfr. CASTANHEIRA NEVES, O instituto dos*

> *«assentos»…, cit., p. 587) e hipertrofiássemos a importância dos acordos parlamentares (e extra-parlamentares) que por vezes lhe subjaz, impostos por uma consequente tentativa de assimilante absorção do «pluralismo» caracterizador de um autêntico Estado democrático-constitucional (cfr. V. BÜCHLER-TSCHUDIN, Demokratie und Kompromiss, Basel und Stuttgart, 1980, esp. P. 51 ss.) – isto é, ainda que, no âmbito metodonomológico, recuperássemos o (há muito concludentemente desacreditado) paradigma positivista-subjectivista –, nunca poderia impedir-se o recurso à analogia (cfr. WILHELM HERSCHEL, «Analogie und Kompromiss», in JZ, 1979, p. 578), que, todavia, nos apareceria então reduzida a um mero operador (materialmente justificado em termos políticos) tecnicamente recompositivo de premissas lógicas, enquanto que nós a compreendemos como a prático-juridicamente fundamentada expressão da intersubjectiva racionalidade dialecticamente projectante dos problemas que convocam e das exigências que interpelam o jurista em ordem à normativamente adequada resolução daqueles primeiros e, por sua mediação, à hermeneuticamente cumprida reconstituição destas segundas.* [115]

**2.ª (Comentário)** Na autonomização do Direito ante a lei (*rectius*, ante o Direito legal), natural é que o jurista seja olhado como Pretor. É um legislador de norma *ad hoc* [a lembrar, esta, o disposto no art. 10.º/3, sem que o limite seja o sistema (podendo deitar mão dos textos legais que existam não com a resposta, mas como indício de valores principais) legal, mas sim, os *mores maiorum*].

Ponderando valores e princípios à luz do caso, chega à norma, à solução. Se encontrarmos nesse jurista-Pretor a consciencialização de pré-compreensão, caracterizar-se-á o labor do jurista à luz da Lição de Pinto Bronze: estabelecer *correspondências* ("analogias") entre a realidade – problema de vida e a realidade jurídica. Por exemplo, entre, por

[115] P. 263, nota 687.

um lado, o esfaqueamento, por A, movido por ciúme, de B, e, por outro lado, o acto culposamente ilícito e danoso constitutivo da obrigação de A indemnizar B.

Correspondência essa consubstanciadora do trabalho do jurista racional (tido na sindicabilidade proporcionada pela dialógica inter-subjectividade no seio de um auditório) de ponderação dos valores e princípios jurídicos que convocam o problema e pelo problema são convocados, dialeticamente convocados pelo caso-problema.

A função do jurista, assim apresentada, concorda com a Lição de autonomização do Direito ante a Lei; mas, não se conhece dados que permitam fundar, radicar esta Lição de autonomização do Direito e do seu corolário que é o referido estabelecimento de correspondência, de analogias características da função do jurista-Pretor, da função do legislador, na Comunidade.

Retomando o exemplo do esfaqueamento, *agora* à luz da Hipótese: cabe ao jurista, no inevitável condicionamento da pré-compreensão semântica e da pré-compreensão axiológica, e, ainda na suspensão da proto-compreensão semântica e no silenciamento da proto-compreensão axiológica, encontrar, no esfaqueamento, a norma legal sistémica, *i. e.*, as realidades jurídicas (acto, culposamente, ilícito e causador de dano a outrem) que, em termos gerais e abstractos, pelo legislador foram criadas e vertidas em textos legais (cf. o disposto nos artigos 70.º/1, 483.º/1 e 496.º/1), e que pelo juiz foram conhecidas mercê da interpretação dos textos legais que convocam o caso-problema e que pelo caso-problema são convocados.

Recorrendo à alegoria culinária, eis a diferença entre a Lição do Professor e a Hipótese: ali, trabalhando, em equipa de cozinha, com os ingredientes típicos da cozinha portuguesa e visando proporcionar nutrientes de que o comensal carece, o cozinheiro cria o *prato*; aqui, seguindo a receita do Chef, o cozinheiro executa o *prato*.

Em poucas palavras: na Lição, o juiz cria; na Hipótese, o juiz executa. Ora, não se conhece dados que permitam dizer que a comunidade quis e quer que o juiz crie; e foram apresentados dados (ao longo dos Livros 2.º e 3.º) que permitem aventar que o juiz executa.

## **Subtítulo 7.º-** Textos de Miguel Teixeira de Sousa

## §229 (Trechos de *Introdução*…)

**1.º** A propósito da *delimitação dos poderes*, Miguel Teixeira de Sousa ensina:

> *"2.2 Papel da jurisprudência*
>
> *a) Numa afirmação muito conhecida, MONTESQUIEU (1689-1755) referiu que "[…] os juízes da nação não são […] senão a boca que pronuncia as palavras da lei". A visão que se tem hoje da jurisprudência é substancialmente diferente, sendo reconhecido que o juiz, longe de ser um autómato que aplica a lei a casos concretos, constrói a decisão do caso concreto a partir das fontes e desempenha uma função enformadora da ordem jurídica. O sentido actual da jurisprudência está muito próximo do seu étimo latino (júris + prudentia), dado que a prudentia latina (deriva da fronesis grega) integra a sabedoria prática e a capacidade de raciocinar e de decidir de forma sensata.*
>
> *Atendendo à vinculação do juiz à lei (cf. art. 203.º CRP), só é possível afirmar que "o juiz «descobre» o direito, mas não tem de o «inventar»". Embora o papel da jurisprudência não deva ser sobrevalorizado – nomeadamente porque a aplicação do direito é uma actividade quotidiana que só numa pequena parte é desempenhada pelos tribunais -, a verdade é que, quando tal sucede, o direito "trabalhado" pela jurisprudência acaba por se sobrepor ao direito definido pelo legislador.*
>
> *b) A jurisprudência não é fonte do direito, mas isso não deve fazer esquecer o importante papel que ela desempenha na vida jurídica. Qualquer decisão dos tribunais – e, principalmente dos tribunais superiores – constitui um modelo para outras decisões sobre a mesma questão de direito. Se é verdade que a jurisprudência não é fonte do*

*direito, ela é sempre uma fonte do conhecimento do direito"* [116].

**2.º (Comentário)** Os termos da contraposição a *juiz autómato* suscitam dúvidas. O juiz tem a função caracterizada pela Constituição. Tendo presente o regime-regra da nomogénese, o juiz é autómato se "autómato" for o que actua na medida do conhecimento e não na medida da vontade, das avaliações e ponderações da realidade social. Entre juiz-autómato servidor da lei democrática e um juiz-criativo solto perante a lei democrática; entre o juiz que *anula* a sua vontade por respeito para com a vontade da comunidade e o juiz que impõe a sua própria vontade suplantando a vontade da comunidade, aventa-se, à luz dos dados colhidos nos Livros 2.º e 3.º, que a comunidade optou, de forma reiterada, pelo *juiz-autómato*.

Tendo presente o que se acaba de dizer, aventa-se que a designação *deste juiz* seja não a designação negativamente conotada e retoricamente impressiva *juiz autómato*, mas, sim, a de juiz servidor da lei, juiz-sujeito-à lei. A expressão negativa "juiz autómato" assenta, sim, no juiz do positivismo legalista não democrático, de oitocentos.

Finalmente: o juiz servidor da lei não será *autómato*, pois trata-se de um homem que decide actuar como autómato; o que *faz toda a diferença*: trata-se de, em tributo à comunidade e por coerência científica, actuar *como autómato*. É o homem que decide, enquanto homem, actuar como se Homem não fosse, actuar como "autómato". É, afinal, o homem que, igual aos outros, quer, julga, avalia, prefere, mas que, ao contrário dos outros, olha à comunidade (eventualmente silenciando reservas sobre a bondade do positivismo legalista democrático), e não apenas às suas convicções. Em suma, não é autómato pois os autómatos não decidem ser autómatos.

**3.º** A propósito do *Estado de Direito*, Miguel Teixeira de Sousa ensina:

*"b) Nos princípios subjacentes ao Estado de Direito destacam-se o princípio da separação e interdependência de poderes (cf. art. 2.º e 111.º, n.º 1, CRP), o princípio da atribuição e protecção de direitos, liberdades e garantias fundamentais (cf. art.º 2.º e 12.º, n.º 1, CRP), o princípio da vinculação da actividade legislativa à ordem*

[116] *Introdução ao Estudo do Direito*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 135 a 136

*constitucional (cf. art.º 3.º, n.º 3, CRP), o princípio da submissão do poder executivo e da função jurisdicional à lei (cf. art. 112.º, n.º 7, e 203.º CRP) e ainda o princípio da sujeição de todos os poderes do Estado à proporcionalidade entre os fins e os meios (cf., como consagração deste princípio, o disposto nos art. 18.º, n.º 2, e 266.º, n.º 2, CRP).''* [117].

**4.º (Comentário)** Acolhe-se o que o Professor aqui ensina, sem prejuízo de assinalar duas dúvidas:

O Estado de Direito é conceito recusado pela Constituinte. Foi consagrado, sim, o Estado de Direito democrático. Quanto à densificação, feita pelo Professor, tem-se dúvidas sobre o alcance da última afirmação acerca de "todos os poderes". Se se afirma que os Tribunais procedem a juízos de proporcionalidade com base nos artigos 18.º/2 e 266.º/2, cabe assinalar que, ao contrário do que acontece com o art. 282.º/4, a proporcionalidade, ali vertida, terá destinatários que não os Tribunais.

**5.º** A propósito da construção da *autonomia do sistema jurídico*, ao referir-se à explicitação da *regra de selecção*, *Miguel Teixeira de Sousa* ensina:

*''Após concluir que todo o sistema normativo requer uma regra de selecção que determina o que nele é válido e inválido, suscita-se a questão de saber se essa regra se encontra positivada no sistema jurídico português. Não parece que aquela regra tenha uma consagração expressa neste ordenamento, embora nele existam afloramentos dessa mesma regra. Um destes afloramentos é a regra que está contida no art. 203.º CRP, segundo a qual os tribunais apenas estão sujeitos à lei. Numa primeira leitura, esta regra parece ser redundante: se o direito é vinculativo para todos os seus*

[117] *Introdução ao Estudo do Direito*, Almedina. Coimbra, 2012, p. 87.

> *destinatários, então os tribunais estão obrigados a aplicar o direito. No entanto, numa segunda leitura, aquela regra revela algo mais: para além do que nela se estabelece de forma expressa, a regra também exclui, de forma implícita, que as regras de outras ordens normativas possam servir de fundamento às decisões judiciais. Assim, a regra constante do art. 203.º CRP pressupõe que há uma regra de selecção que determina o que vale como direito no sistema jurídico português."* [118]

**6.º (Comentário)**

a) O Professor interpreta *lei* como sendo *Direito*. Não se conhece o fundamento desta afirmação que permita conciliá-la com o primeiro sentido de "lei", com quanto foi apresentado no Livro 2.º.

b) O disposto no art. 203.º não pressupõe regras de selecção – *ela é a norma de selecção*. Pois entre todas as juridicidades possíveis, está a seleccionar uma: a *legal*.

**7.º** A propósito das *fontes internas imediatas* do Direito, no que se refere à "Lei", *Miguel Teixeira de Sousa* ensina:

> *"d) Um problema importante é o de saber em que sentido deve ser entendida a referência à lei nos textos legais, pois que, muitas vezes, pode questionar-se se essa referência se reporta a leis em sentido material ou em sentido formal. Não parece que possa ser dada uma resposta única a esta questão, tudo dependendo da interpretação da fonte legal. Por exemplo: a igualdade dos cidadãos perante a lei (cf. art. 13.º, n.º 1, CRP) é uma igualdade perante qualquer lei, seja em sentido material ou formal; a vinculação dos tribunais à lei (cf. art. 203.º CRP) vale quer para a lei material, quer para a lei formal. Em contrapartida, as leis*

[118] *Introdução ao Estudo do Direito*, Almedina, Coimbra, Edição 2012, p. 258.

*restritivas de direitos, liberdades e garantias (cf. art. 18.º, n.º 2 e 3, CRP) só podem ser leis formais, porque essas restrições cabem na reserva relativa da competência da Assembleia da República (cf. art. 165.º, n.º 1, al. b), CRP); o mesmo pode ser dito das leis que criam impostos (cf. art. 103.º, n.º 2, CRP), porque a criação de impostos só pode ser realizada através de uma lei da Assembleia da República ou, na sequência de uma autorização legislativa, de um decreto-lei do Governo (art. 165.º, n.º 1, al. i), CRP).*" [119].

**8.º Comentário:** a Lição é acolhida. *Lei*, no art. 203.º, é usada em acepção maximamente ampla (sempre como acto legiferante).

**9.º** A propósito da *normatividade sobre interpretação*, Miguel Teixeira de Sousa ensina:

> *"A vinculação do intérprete à lei também não pode deixar de exigir um carácter normativo à interpretação: a vinculação à lei abrange necessariamente uma vinculação ao método da sua interpretação. A vinculação à lei – que é uma emanação directa da separação de poderes (cf. art. 111.º, n.º 1, CRP), dado que ela significa que nenhum intérprete pode assumir as funções que cabem ao legislador – encontra-se constitucionalmente estabelecida em relação aos juízes e aos tribunais (cf. art. 203.º CRP), mas ela vale para qualquer intérprete do direito. Portanto, a subordinação do intérprete ou aplicador à lei não pode deixar de se reflectir na atribuição de um carácter normativo aos critérios da interpretação da lei, designadamente àqueles que constam do art. 9.º CC."* [120].

---

[119] *Introdução ao Estudo do Direito*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 146.
[120] *Introdução ao Estudo do Direito*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 324.

**10.º Comentário**: Segue-se a Lição do carácter vinculativo das disposições legais sobre o método jurídico.

**11.º** A propósito da *vinculação à lei* e da *interpretação*, Miguel Teixeira de Sousa ensina:

> *"1. Vinculação à lei*
>
> *O art. 203.º CRP estabelece a vinculação dos tribunais à lei: esta vinculação é uma importante garantia do Estado de direito e da separação de poderes (Cf. art. 111.º, n.º 1, CRP), porque ela não só assegura a prevalência da lei sobre qualquer intuição ou sentimento do juiz, como obsta à substituição do legislador pelo juiz. O que se afirmou sobre a interpretação permite concluir que a vinculação do juiz não é à letra da lei, mas ao resultado da interpretação, ou seja, à interpretação declarativa, à interpretação extensiva ou à interpretação restritiva.*
>
> *A conclusão de que o juiz está vinculado ao resultado da interpretação deixa em aberto o problema de saber em que condições ele – ou qualquer outro intérprete – pode não aplicar a regra inferida da fonte. Isso implica a análise da interpretação ab-rogante e da interpretação correctiva.*
>
> *[...]*
>
> *A generalidade das ordens jurídicas exclui a interpretação correctiva, não admitindo sequer o recurso à equidade para evitar consequências legais tidas por indesejáveis. É esse também o caso do direito português, pois que, conforme se dispõe no art. 8.º, n.º 2, CC, o dever de obediência à lei não pode ser afastado sob pretexto de ser injusto ou imoral o conteúdo do preceito legal. No fundo, do que se trata é de respeitar a separação entre a função legislativa e a função jurisdicional e os*

*limites que são impostos a esta última pela vinculação à lei (cf. art. 203.º CRP): a função jurisdicional não tem poderes de correcção das leis emitidas pelo poder legislativo.*

*Neste contexto é importante fazer duas observações, ambas visando demonstrar que o rigor do estabelecido no art. 8.º, n.º 2, CC não é tão acentuado como, à primeira vista, poderia parecer. Uma primeira observação destina-se a acentuar que uma interpretação correctiva pode ter alguma justificação naquelas ordens jurídicas em que a letra da lei ou a vontade do legislador sejam os elementos determinantes para a interpretação da lei. Ora, não é essa a orientação do direito português, no qual o elemento sistemático (e, em especial, a interpretação conforme à Constituição) e o elemento teleológico da interpretação permitem resultados interpretativos que tornam a necessidade da interpretação correctiva bastante discutível, pois que a colocariam não só em colisão com o sistema, mas também para além de qualquer teleologia da lei interpretada. Uma interpretação correctiva da lei seria, portanto, uma interpretação que não respeitaria os critérios de interpretação definidos no art. 9.º CC e, por isso, uma interpretação contra legem num duplo sentido, dado que seria uma interpretação quer contra a lei interpretada, quer contra os critérios de interpretação da lei.*

*A isto acresce que, sempre que a injustiça ou imoralidade da lei interpretada constitua legalmente uma violação de preceitos ou princípios constitucionais – o que sucederá muito frequentemente –, essa lei é inconstitucional (cf. art. 277.º, n.º 1, CRP) e, por isso, não poder ser aplicada (cf. art. 204.º CRP). Sendo assim, só importa justificar o regime estabelecido no art. 8.º, n.º 2, CC nos casos, verdadeiramente residuais, nos quais a injustiça ou imoralidade da lei não possa ser afastada através da sua interpretação sistemática ou teleológica ou*

*nos quais esses desvalores não conduzem à inconstitucionalidade da lei.*

*b) A solução estabelecida no art. 8.º, n.º 2, CC, encontra a sua justificação na vinculação do decisor (maxime juiz) à lei (cf. 203.º CRP). Esta vinculação, por seu turno, fundamenta-se na falta de legitimidade do decisor para se afastar da lei e para a substituir por qualquer outro critério na solução de um caso concreto. A lei é produzida pelos órgãos competentes e democraticamente legitimados, pelo que ela não pode ser afastada pelo juiz, seja com base nas suas convicções pessoais, seja com fundamento na mundividência de qualquer grupo ou instituição. Por exemplo: o juiz não pode deixar de decretar o divórcio ou a adopção com fundamento em que é contra o divórcio ou a adopção e não pode deixar de condenar aquele que atentou contra a vida do Presidente da República com o argumento de que professa uma ideologia anarquista ou monárquica. A não vinculação do juiz à lei traduzir-se-ia afinal numa vinculação a um qualquer outro critério (ideológico, religioso ou outro) e na substituição da vinculação à lei abstrata e geral pela vinculação a um outro critério de decisão. Tudo isto significaria um inaceitável retrocesso num importante acquis civilizacional.*

*Ao aspecto relativo à separação de poderes acresce ainda um outro respeitante ao estatuto do juiz. O juiz não pode ser responsabilizado pelas suas decisões, salvo, naturalmente, se houver motivos para o responsabilizar em termos disciplinares, civis ou penais (cf. art. 216.º. n.º 2, CRP). Esta irresponsabilidade é uma consequência da vinculação do juiz à lei: o juiz aplica a lei e, por isso, não pode ser responsabilizado pelas consequências, eventualmente nefastas para uma das partes, da decisão que profere. Em contrapartida, qualquer desvinculação do juiz à lei teria de implicar uma revisão do estatuto da sua*

> *irresponsabilidade, porque, de outro modo, permitir-se-ia toda e qualquer aleatoriedade e arbitrariedade nas suas decisões e anular-se-ia todo e qualquer valor de confiança no ordenamento jurídico."* [121].

**12.º Comentário**: Segue-se a Lição. Com as seguintes explicitações:

**a)** Interpretação extensiva e interpretação restritiva são, respectivamente, as doutrinalmente gizadas interpretação declarativa lata e interpretação declarativa restrita.

**b)** O elemento teleológico é admitido, tendo relevância residual e carecendo de especiais precauções na sua invocação.

**c)** O elemento sistemático não se confunde com ponderações principialistas (que teriam cabimento sim, na fixação dos limites do espírito do sistema).

**d)** Atentos os comentários anteriores, a *decisão da comunidade de excluir o Direito além da lei* é de exclusão do *Direito além do direito positivado*, além das normas efectivamente presentes no texto legal. Apontando, assim, para método exegético (§116 e ss.).

## **Subtítulo 8.º-** Textos de Paulo Otero

> ***1.º** Princípio da independência*
>
> *I. O princípio da independência dos tribunais (artigo 203.º), determinando a Constituição que os Tribunais estão apenas vinculados à lei, entendida como sujeição à juridicidade ou ao Direito, sem prejuízo da sua conformidade à Constituição, não se mostra uma ideia nova.* [122]

---

[121] *Introdução ao Estudo do Direito*, Almedina, Coimbra, 2012, pp.281-284.
[122] *Idem*, pp. 427-430.

**2.º Comentário**: também quanto à Lição do Professor não se conhece dados que permitam conciliá-la com os elementos apresentados ao longo do Livro 2.º.

Remete-se para o 1.º comentário feito ao 1.º texto do Professor Castanheira Neves.

## **Subtítulo 9.º-** Textos de Lima Pinheiro

### §230 (Trechos de *Introdução*…)

*1.º Com efeito o texto constitucional estabelece que "a validade das leis e demais actos do Estado (...) depende da sua conformidade com a Constituição" (art. 3.º/3), que na "administração da justiça "incumbe aos tribunais assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos" (art. 202.º/2) e que os "tribunais (...) apenas estão sujeitos à lei" (art. 203.º).*

*Estes preceitos não mencionam qualquer outra fonte do Direito que não seja a lei. O preceito referido em último lugar é especialmente significativo, porque os trabalhos preparatórios dão conta de que uma proposta de aditamento no sentido de colocar o "Direito" a par da "lei" foi rejeitada.*

*Isto pode ser interpretado no sentido de se eleger a lei como única fonte do Direito. Não creio, porém, que seja este o melhor entendimento.*

*Primeiro, porque alguns preceitos da Constituição reconhecem a existência de outras fontes do Direito. Assim, o art. 8.º/1 da Constituição ao referir "as normas e os princípios de direito internacional geral ou comum" engloba, entre as fontes deste Direito, o costume de Direito Internacional. A Constituição admite ainda que certas*

> *decisões do Tribunal Constitucional tenham força obrigatória geral, como se verá oportunamente.*
>
> *Segundo, porque as preocupações manifestadas nos trabalhos preparatórios são satisfeitas pela primazia da lei relativamente a outras fontes do Direito, não exigindo já exclusividade da lei como fonte do Direito.*

2.º Comentários:

**a)** Acolhe-se a Lição do Professor de ter a Constituição como diploma que trata da fonte do Direito. Tal como se acolhe a Lição de procurar na constituição outros actos como fonte. É o caso do disposto no art. 282.º/4 da CRP.

b) Circunscrevendo-nos, agora, à lei como regime-regra (pois, como se acaba de dizer, outras fontes na Constituição, podem ser admitidas): não se conhece dados que permitam conciliar a solução do Professor com a palavra "apenas" no art. 203.º.

c) Explicita-se que outras fontes estabelecidas pela Doutrina requerem que a Constituição o permita à Doutrina. E haver outras fontes por delegação da lei ordinária suscita reservas, atendendo a não delegabilidade nesta matéria (§112).

## **Subtítulo 10.º-** Textos de Rui Medeiros e Maria João Fernandes

### §231 (Trechos de *Constituição*…)

**1.º** Em comentários ao artigo 203.º da CRP, *Rui Medeiros* e *Maria João Fernandes* ensinam:

> *Numa palavra: se é certo que a independência dos tribunais, enquanto garantia de realização do direito, se afirma em princípio por meio de obediência à lei, a verdade é que o respeito pela dignidade da pessoa humana e pelas exigências do*

*Estado de Direito permitem que o tribunal actue para além da lei ou mesmo contra a lei* [123].

2.º (Comentário)

**a)** A Constituição não consagra o Estado de Direito *tout court*, mas, sim, o Estado de Direito democrático. Acresce a densificação do Estado de Direito com "legalidade democrática" no art. 3.º/2.

**b)** Quanto ao disposto no art. 203.º: não se conhece o fundamento das afirmações que permita conciliá-las com os trabalhos parlamentares (quer quanto ao art. 203.º, quer quanto ao art. 3.º/2, ao densificar o *Estado de direito democrático*) que, por sua vez, revelam que, em termos inequívocos, reflectidos e reiterados, a comunidade portuguesa, através dos seus representantes democraticamente eleitos, *quis e decidiu excluir o Direito além da lei* – trabalhos que, aliás, confirmam, assim, o sentido primeiro de *lei*.

**c)** Quanto à dignidade da pessoa humana: tem, quanto aos tribunais, a relevância que a Constituição lhe dá: quer pelos artigos 203.º, 3.º/2 e 2.º, quer pelos trabalhos parlamentares referentes ao art. 16.º/2, os tribunais não podem densificar o conceito *dignidade da pessoa humana*. Dirigindo-se, este, apenas ao legislador.

## **Subtítulo 11.º-** A terminar

§231-A O Livro 4.º ilustra o que foi dito no §12: desde o início da sua vigência, o art. 203.º tem sido, *grosso modo*, um artigo esquecido.

Ao contrário dos Professores Castanheira Neves e Jorge Miranda que, com a sua ímpar autoridade académica, terão proporcionado à Doutrina nacional a certeza do translegalismo pós-Constituição de 76, aventa-se como justificadas as dúvidas que o art. 203.º suscita.

---

[123] *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo III, Artigos 202.º a 296.º, Coimbra Editora, 2007, p. 40.

## Apêndice

O tema *de iure constituendo*.

Ou: do *positivismo legalista* como *mal menor*,

com breve referência histórico-comparada.

*DIZ SÓCRATES A CRÍTON:*

"Se, no momento de nos evadirmos – ou como quer que se chame à acção em causa – as Leis e o Estado viessem ter connosco e, postados na nossa frente, nos perguntassem: "Diz-nos, Sócrates, que tencionas fazer? Essa acção que empreendes pode ter outro fim que não seja destruir-nos, a nós, as Leis, e a todo o Estado, na medida das tuas possibilidades?

Ou parece-te possível que um Estado subsista e não seja derrubado, quando as decisões dos tribunais não têm força e se vêem desrespeitadas e abolidas por simples particulares?" (…)

"E depois de teres nascido e de teres sido criado e instruído poderás afirmar que não és nosso, nosso filho e nosso escravo, tu e os teus antepassados?" (…) "Se deixares esta vida agora, morrerás vítima de uma injustiça, praticada não por nós, as Leis, mas pelos homens; se pelo contrário te evadires assim vergonhosamente, respondendo à injustiça com a injustiça e ao mal com o mal, violando os teus compromissos e os acordos que fizeste connosco, e prejudicando aqueles a quem menos devias prejudicar, a ti próprio, aos teus amigos, à tua Pátria e a nós, a nossa cólera perseguir-te-á durante a vida e quando morreres, as nossas irmãs, as leis do Hades, não te acolherão favoravelmente, sabendo que fizeste todo o possível por nos destruir."

*E conclui, Sócrates, o diálogo:*

"Então deixa isto, Críton, e sigamos este caminho, visto que é por ele que a divindade nos conduz." [124]

[124] PLATÃO, *Apologia de Sócrates, Críton*, trad. de MANUEL DE OLIVEIRA PULQUÉRIO, Edições 70, Lisboa, 1.ª ed. (reimpr.), 2015.

## I) A solução *de iure constituendo*

### §232 (Contextualização do Apêndice)

A Hipótese aventada está apresentada. Houve ocasião de afirmar que a Hipótese reflete o Direito que existe, e não preferências de quem a aventa. Justifica-se, pois, umas linhas sobre o tema *de iure constituendo*, em complemento daquela afirmação. Linhas estas que, por sua vez, concitam, designadamente, brevíssima referência histórico-comparada, na medida em que também o passado e também outros ordenamentos jurídicos podem revelar regimes que ajudem na definição da solução que se defende (*de iure constituendo*).

### §233 (Contextualização do Apêndice)

O tratamento dos temas que ocupam as próximas poucas páginas justificaria muitas vidas. Basta ter presente que, quanto a cada ordenamento passado e quanto a cada ordenamento estrangeiro, seria exigível levantamento e exame das correspondentes *fontes historiograficamente primárias*.

Assim, o que se passa a dizer tem carácter reforçadamente hipotético. Trata-se de trechos em que a dúvida está omnipresente – não ao jeito de dúvida que resta ao terminar um estudo, mas, sim, da dúvida concitada pelo início de um estudo.

### §234 (Sistematização)

Os parágrafos deste Apêndice estão distribuídos (I) pela apresentação da solução *de iure constituendo*, no contexto da comunidade democrática, (II) pela respectiva abonação histórica, (III) pela respectiva abonação comparatística, destacando-se o Direito alemão, pela originalidade, pela marcante influência na Doutrina portuguesa nos temas aqui tratados (fontes e método), tendo ocasião, no final, de evidenciar as diferenças perante o Direito português. Termina-se com (IV) breves considerações acerca da pertinência das considerações *de iure constituendo* em tema a montante do que nos ocupa.

## §235 (A solução de iure constituendo)

Na sociedade da *democracia do one man, one vote* e do pluralismo/ relativismo que lhe é ínsito (na medida em que este *pressupõe* e *propicia* a *igualação de opiniões*), o risco de se cair no *reino do arbítrio* é contrabalançado pela vinculatividade das normas que consubstanciam o *máximo denominador comum* na comunidade: as [democraticamente radicadas na comunidade] normas legais. Apenas a norma legal, nestas sociedades, proporciona certeza e justiça, oferecendo resistência a *pulsões relativistas* que tudo igualizam sob o rótulo de *opinião*. *Rectius*, sociedade de *opiniões absolutizadas*, num *relativismo de absolutos;* sociedade de *grosso modo*, tantos *absolutos* quantos os indivíduos. Explicita-se: tendencialmente, as opiniões de A. não são confinadas, pelo próprio A, às matérias que exclusivamente a A. respeitam. Exceptuando, matérias tão técnicas (logo pela linguagem usada) quanto a matemática pura ou a física quântica, tende-se a ter opinião sobre todos os temas. Opiniões que são convicções, designadamente sobre matérias da vida comunitária (*maxime*, sobre Direito, sobre o que se considera justo, em qualquer hipótese submetida ao opinante). E, por se tratar de convicções, tendem a ser tidas como válidas para si e para os outros (na órbitra da sua acção na vida social). O que convida ao arbítrio e à *força* como factor *superador* de controvérsias entre *opiniões iguais*, nas variadas relações do dia-a-dia, seja no universo do Estado, seja na família, na empresa, na agremiação, seja na escola).

Este retrato pluralista /relativista da sociedade democrática é-nos dado, pelos próprios representantes da comunidade, desde 1976, aquando da institucionalização da democracia, precisamente atentos os debates reproduzidos em que perpassa o medo do arbítrio na sociedade livre e democrática posterior à Revolução de 1974.

O que se acaba de dizer justifica a obediência à *lei de todos*, à lei democrática (prejudicadas que foram, ao longo da História, as alternativas – remete-se para os §§ iniciais do Livro 2.º).

Acrescenta-se, retomando o quanto foi dito nos §§ 120 e ss.: se uma norma legal, desenraizada do sistema, se revela injusta, cabe, ainda assim, obedecer-lhe, quando se revela *sistemicamente válida*, rectius, *sistemicamente justa*. Ou seja, se comungar das *valorações*, das *ponderações principialistas* consumptas nas normas sobre fontes e método (normas estas, por sua vez, consumptas na norma *em causa*). Insiste-se: em cada norma, atenta a dimensão sistémica do Direito, *joga-se* o sistema, *maxime*, os regimes da fon-

te e do método. Pelo que, inobservada *uma norma*, inobservados estão aqueles regimes que, a montante, a suportam.

Por outras palavras: *norma alternativa* a essa norma legal (*per se* tida como *injusta*) consubstanciaria todo um *sistema jurídico alternativo*, na medida em que incorporaria fontes e método extra-sistémicos, ou seja, um *ADN* diferente do *ADN* da norma legal, introduzindo uma *mutação* que afectaria todo o organismo que é o sistema. O que, no referido modelo da actual sociedade relativista, se revelaria acrescidamente nocivo. Em suma: ainda que, *per se*, injusta, cabe, como *mal menor*, aplicar essa norma legal com o sistema nela consumpto.

## §236 (Alternativas. Maxime, da ponderação principialista)

Entre as alternativas ao positivismo legalista, destaca-se, hoje, as *concepções principialistas do Direito*, em que o tribunal tem o referido poder de *ponderação principialista*, criando a norma – aqui designada por *norma judicial* – que, reflectindo considerações de justiça geral e abstracta (e não de equidade), resolve o caso concreto, com a particularidade de se *esgotar* nesse caso. Isto é, sem vinculatividade para outros casos – pelo que a *norma judicial* (ou: *judicialismo*, ou *jurisprudencialismo*) é *fonte* que não se confunde com a *fonte jurisprudência* (por exemplo no sistema anglo-saxónico). Normas estas que são ilustradas pelo disposto no referido art. 10.º/3 do CCiv..

Assinala-se que a *ponderação principialista judicial* é a operação que está no cerne do *judicialismo*, propiciando soluções translegais (isto é, com *apport* normativo relativamente à lei – sempre sem prejuízo da *pré-compreensão*). Fosse ela admitida, e admitidas seriam *operações de criação de Direito pelo juiz* (que, só aparentemente surgem como meras *operações metodológico-cognitivas*). Como sejam, além da integração nos termos do art. 10.º/3 do CCiv., a interpretação extensiva e interpretação restritiva (como maioritariamente caracterizadas na Doutrina), a interpretação enunciativa (quando as suas premissas têm carácter axiológico), a interpretação correctiva, a resolução de conflitos de princípios, a sindicância principialista da validade das normas legais, o preenchimento principialista de conceitos indeterminados normativos, ou, perante as particularidades do caso, a criação *ad hoc* de *norma judicial*. *Sendo certo* que algumas destas *operações* são [eufemisticamente] designadas *interpretação*, todas conduzem a *apport* normativo relativamente ao significado dos textos legais. Em

suma: todas *criam* Direito. Todas estão além das normas legais (ou seja, as exegeticamente apuradas somadas às normas-lacunares).

Entre estas *concepções principialistas*, cabe destacar a concepção em que as *normas judiciais* são feitas a partir da ponderação de princípios *consagrados na lei*, a propósito do preenchimento de conceitos indeterminados normativos, também *consagrados na lei*. Neste sistema, alternativo ao Direito português actual, estes princípios e estes conceitos indeterminados constam da própria [democrática] lei; tem-se, pois, uma *delegação legal nomogenética*; pelo que as *normas judiciais* são, ainda, reconducíveis à legitimidade democrática. Sem prejuízo de, no seio desta última concepção, variar a amplitude da liberdade nomogenética delegada, consoante os princípios estejam *consignados* na lei, ou estejam, apenas, nela *implícitos*. Retomando a *alegoria culinária*: dá-se ao juiz não uma verdadeira *receita culinária*, mas, sim, a mera lista dos *ingredientes possíveis* caracterizadores da cozinha portuguesa (ou expressos ou implícitos). E atribui-se-lhe o poder de, perante o *caso*, optar por uns e recusar outros, fixar dosagens e modos de combinação. Ora, consoante as suas opções, *assim* o resultado final, *assim* a norma por si criada.

### §237 (Cont.: reparos à ponderação principialista)

Ainda que compatível com a democracia, este translegalismo principialista legalista, ou positivismo legalista aberto (espécie no seio do translegalismo principialista) merece reparos:

(i) contraria o cerne da separação dos poderes: aqui, quem julga é quem pondera e hierarquiza (ainda que sem vinculatividade geral e abstracta) interesses contrapostos. Ou seja, o tribunal julga e cria a norma-critério do julgamento, atestando-se, assim, a inutilidade das normas legais e abstractas, pois, repete-se, cada um de todos os casos (aglutinados nas categorias gerais e abstractas da lei) passa a objecto possível de nomogénese judicial. Insiste-se: se legislar não é ponderar e hierarquizar interesses, princípios-vector, valores, então legislar nada é;

(ii) as normas judiciais, comparando com as normas legais, teriam, tendencialmente, menos controlo dialógico, menos co-responsabilização de órgãos soberanos, fundar-se-iam em incipientes levantamentos sociológicos, reflectiriam a vulnerabilidade a uma jurisprudência do sentimento e a metodologias simplistas (passando directamente de valores e princípios para a decisão do caso, sem, de permeio, a correspon-

dente ponderação daqueles, vertida numa *norma*, e apresentada mediante discurso sindicável);

(iii) contende com as normas legais positivas (invalidando, afastando, corrigindo, ampliando, restringindo, completando). De facto, se esse positivismo aberto propicia, em sociedades relativistas democráticas, normas judiciais consagradoras de *tudo e seu contrário*, então, tornaria incertas as certas normas legais, podendo, cada tribunal, em cada caso de todos os casos contemplados na norma geral e abstracta, afastar esta. Insiste-se: ainda que muitos textos legais trouxessem minuciosa regulamentação, há conceitos indeterminados (em especial, os consagrados em matérias transversais na prevalecente Constituição, como a dignidade da pessoa humana) que generalizariam a incerteza, a vagueza. À maneira de uma soma aritmética em que, ao lado de muitas parcelas expressas em valores exactos, se junta a parcela "x" – o rigor daquelas outras parcelas fica prejudicado. Pois o resultado da soma depende do valor, por cada um, em cada caso, atribuído à variável "x". Sendo, aqui, "x" o resultado da ponderação principialista. Impossibilitado, de resto, fica o discurso jus-doutrinal fora de cada caso concreto, pois, só no caso concreto a variável "x" é – por cada juiz, à luz da principiologia por si próprio imputada ao sistema – quantificada. Explicita-se que, fora do caso concreto, tudo seria incompleto, pois apenas a ponderação principialista judicial permitiria concluir acerca de quais as realidades que, no caso concreto, mereceriam *juridicização*, e em que termos tal *juridicização* seria feita.

Assim se fragilizaria, em relativista comunidade da democracia do *one man, one vote*, a barreira ao referido domínio do arbítrio; com perdas na justiça e na certeza jurídica, desencorajando as relações (*maxime*, as contratuais) e potenciando os conflitos (não os magnos conflitos, à escala de guerras civis, mas, sim, os micro-conflitos na família, na empresa, na agremiação, na escola, trazendo, afinal, a lei do mais forte para o quotidiano de cada um). Acrescenta-se: ainda que o fundamento e os procedimentos deste principialismo permitam distingui-lo de outras alternativas ao positivismo legalista (como sejam jusnaturalismos), os respectivos pontos-de-chegada são, *grosso modo*, os mesmos. Pelo que se rejeita, *de iure constituendo*, essas alternativas. Alternativas que, aliás, ainda mais afastadas estariam da comunidade, do máximo denominador comum na comunidade, atenta a sua falta de génese democrática.

### §238 (Explicitação acerca da relação entre textos legais e positivismo)

O que se acaba de dizer evidencia a devida dissociação entre *textos legais* e positivismo: textos legais que, diferentemente do Direito português actual, se dirigissem ao tribunal, consagrando princípios-vector (como *dignidade da pessoa humana*), ou consagrando *conceitos indeterminados normativos enquanto repositórios de normas judiciais* (como seja *boa fé*) não são *positivação* do Direito, pois não *põem normas* diante do jurista. São, apenas, fórmulas delegantes da nomogénese, entregando ao tribunal o poder de ponderar e de optar por normas. Precisamente, de resto, por a densificação de tais conceitos, bem como a ponderação de tais princípios consubstanciarem actos de *criação jurídica* é que a *unanimidade* doutrinal acerca daquelas *fórmulas* dá lugar, quando se passa *do indeterminado ao determinado*, aos mais *díspares* métodos de densificação (*v.g.*, de cunho sociológico, ético, jurisprudencial-doutrinal), e às mais *díspares* normas resultantes desses métodos.

### §239 (Conclusão)

Ao menos em sociedades pluralistas / relativistas, o positivismo legalista surge como o mal (da sujeição a uma normatividade tão abstractamente racional, quanto alheada da realidade da vida social) menor (ao evitar o triunfo de arbítrios na vida social de cada homem).

## II) Brevíssima referência à História do Direito

### §240 (Da hipótese de vector legalista)

Desde a fundação da Nacionalidade, várias são as periodicizações possíveis. Tantas quantos os critérios que a elas presidem [127].

[127] Tenha-se presente as lições de Braga da Cruz, *O Direito subsidiário na História…,* Mário Almeida Costa, *História do Direito…*, pp. 41-42 e 47-49, Nuno Espinosa Gomes da Silva, *História do Direito…*, pp. 34-42, Cabral de Moncada, *O problema metodológico…*, pp. 7-29, Marcelo Caetano, *História do Direito…*, pp. 29-33, Martim de Albuquerque e Rui de Albuquerque, *História do Direito…*, vol. I, 1986, pp. 7-38.

Segue-se a aplicação à História do Direito do critério jus-científico presente ao longo do texto, ou seja, *ouvindo* a comunidade (*rectius*, quem menos afastado dela, institucionalmente, está) acerca de fontes e métodos, aventando *surpreender* neles um vector histórico sobre a matéria, a ponderar em sede de política legislativa, ou seja, em sede do Direito *de iure constituendo*. Os aventados factos marcantes são: as Ordenações Afonsinas, de 1447; a Lei da Boa Razão, de 1769, Código de Seabra, de 1867, o Estatuto dos Magistrados Judiciais de 1944, e a Constituição de 1976.

### §241 (Ainda acerca do critério)

Clarifique-se: o critério não exclui os critérios dos Mestres da História do Direito. Pelo contrário: pressupõe esses critérios, colhendo deles Lições. Lições para a específica questão que, aqui, é a *delimitação do Direito aplicável pelos tribunais*. Os critérios dos Mestres da História do Direito são critérios da História [pura] e, tendencialmente, omniabrangentes (do jurídico e de quantas matérias são por este convocadas ou neste consumptas: sociais, políticas, ideológicas, económicas, *de mentalidades*)… Diferentemente, este é um critério da *História instrumentalizada*, aqui, à *política legislativa*, ou seja, ao Direito *de iure constituendo* (e não, como no texto antes deste Apêndice, instrumentalizado à ciência do Direito).

Insiste-se: olha-se ao passado tentando captar eventuais vectores dominantes na regulação de certa matéria, para uso na política legislativa. Supondo que se pretendia fazer lei sobre a função social do direito subjectivo da propriedade, estudar-se-ia o passado tentando *surpreender* eventuais vectores históricos sobre a matéria.

Em suma: trata-se de um critério (i) no âmbito da História *instrumentalizada* (e não no âmbito da História pura, da História pela História), (ii) instrumentalizada a fins de *política legislativa* (e não, por exemplo, de ciência do Direito), (iii) e de política legislativa sobre a específica matéria *delimitação do Direito aplicável pelos tribunais* (e não sobre, por exemplo, a matéria *função social da propriedade*).

### §242 (Ordenações Afonsinas, de 1447, com o seu Livro II, Título VIIII [sic] - Quando a Ley contradiz aa Degratal, qual dellas se deve guardar)

*Estabelecemos, e poemos por Ley, que quando alguũ caso for trazido em pratica, que seja determinado per algũa Ley do Regno, ou estillo da nossa Corte, ou custume dos nossos Regnos antigamente usado, seja por elles julgado, e desembargado finalmente, nom embargante que as Leyxs Imperiaes acerca do dito caso ajam desposto em outra guisa, por que, onde a Ley do Regno dispoem cessam todalas outras Leys e Direitos; e quando o caso, de que se trauta, nom for determinado per Lei do Regno, mandamos que seja julgado, e findo pelas Leys Imperiaaes, e pelos Santos Canones.*

*E Acontecendo que acerca de tal caso as Leys Imperiaaes sejam contrairas aos Canones, mandamos que assy nas cousas temporaaes, como espirituais, se guarem os Canones, se o caso tal for, que guardando as Leys Imperiaaes, traga pecado; pode-se poer exemplo no possuidor de maa fe, que segundo as Leys Imperiaaes per trinta anos possoindo sem titulo, nprescrepve a cousa alhea, e segundo Direito Canonico, o possuidor de maa fé nom pode prescrepver per nenhuũ tempo; se em tal caso se guardassem as Leys Imperaaes, guardando-as, necessariamente trazeria pecado ao possuidor, o que nom devemos a comsentir, maiormente que em tal caso devemos necessariamente obediência ao Padre Santo, e aa Santa Igreja, de que os Canones procedem, a qual nõ devemos em nenhum caso aos Emperadores, de que as Leys Imperiaaes procedem; e por tanto convem que tal caso, e em outro semelhante se guarde o Direito Canonico, e nom o Direito Imperial: e no caso temporal, que a guarda da Leys Imperiaaes nom traga pecado, ellas devem ser guardadas nom embargante que os Canones sejam em contraira disposiçom.*

*E se o caso, de que se trauta em pratica, nom fosse determinado per Ley do Regno, ou*

*estillo, ou custume fosse dito, ou Leys Imperiaaes, ou Santos Canones, entom mandamos que se guardem as grosas d'Acursio incorporadas nas ditas Leys. E quando pelas ditas grosas o caso nom for determinado, mandamos, que se guarde a opiniom de Bartholo, nõ embargante, […] outros Doutores diguam o contairo; porque somos bem certo, que assy foi sempre usado, e praticado em tempo dos Reys meu Avoo, e Padre da gloriosa memoria; e ainda nos parece, pelo que já algũas vezes vimos, e ouvimos a muitos Leterados, que sua opiniom comunalmente he mais conforme aa razom, que a de nrnhuũ outro Doutor; e em outra guisa seguir-sia grande confusom aos Desembargadores, segundo se mostra per clara esperiencia. E acontecendo caso, ao qual per nenhuũ dos ditos modos nom fosse previsto, mandamos que o notefiquem a Nos pera o determinarmos; porque nom tamsomente taaes determinações som desembargo daquele feito. Que se trauta, mais som Ley pera desembargarem outro semelhante.*

*Item. Despois desto achamos outra duvida. Se acontecesse caso, em o qual nõ fosse materia de pecado, o qual nom fosse determinado per Ley do Regno, nem per estillo da nossa Corte, nem per custume dos nossos Regnos, nem per Ley Imperial, e fosse determinado per Canones per huũ modo, e pelas grosas, e Doutores das Leys per outro modo, se se guardará em tal caso o texto dos Canones, ou as grosas dos Doutores das Leys Imperiaaes; e a causa deste dúvida he, porque as grosas, e Doutores do Direito Civil se fundam per Leys Imperiaaes, quaaes alegam a provar sua teeçom; em tal caso seja remetido aa nossa Corte, e guarde-se sobre ello a nossa determinaçom.*

**(Comentários)**

Aqui, pela primeira vez tenta-se sistematizar, mediante a lei, mediante a autoridade real (em processo de centralização), o regime das fontes do Direito.

No período anterior, essas fontes, (seja o costume, sejam os forais, seja o Direito romano, seja o Direito canónico) vigoravam numa ordem reflexo, por exemplo no caso do costume, da mera espontaneidade na monogénese nas comunidades locais. A *dimensão translegalista do Direito* verificava-se sem que o Rei, de forma centralizada, explicitasse quais as fontes admitidas, quais as excluídas, e qual a relação entre as admitidas.

Cerca de 1447, pelo contrário, o Rei sistematiza as fontes. O costume continuava a ser o mesmo. Mas, agora, era o Rei quem, simbolizando a unidade do Reino, vinha confirmar a autoridade, do costume, a sua aptidão para criar Direito.

As Ordenações Afonsinas surgem, assim, como indício de um 1.º passo de restrição ao translegalismo. Aqui, o costume deixa, pelo menos, de se auto-justificar. Passa a ser um *translegalismo legalmente reconhecido*, legalmente *regulado*.

### §243 (Lei da Boa Razão, Lei de 18 de Agosto de 1769)

> *"Sendo-me presente, que a Ord. L. 3.Tit. 64 no Preambulo, que mandou julgar os casos omissos nas Leis Patrias, estilos da Corte, e costumes do Reino, pelas Leis que chamou Imperiaes, não obstante a restrição, e a limitação finaes do mesmo Preambulo contheúdas nas palavras.*
>
> *- As quaes Leis Imperiaes mandamos somente guardar pela boa razão em que são fundadas -;*
>
> *se tem tomado por pretexto, tanto para que nas Allegações, e Decisões se vão pondo em esquecimento as Leis Patrias, fazendo-se uso sómente das dos Romanos; como para se argumentar, e julgar pelas dias Leis do Direito Civil geral, e indistinctamente, sem se fazer differença entre as que são fundadas naquella boa razão, que a sobredita Ord. do Reino determina por único fundamento para as mandar seguir; e entre as que, ou tem visivel incompatibilidade com a boa razão; ou*

*não tem razão alguma, que possa sustentallas; ou tem por unicas razões, não só os interesses dos differentes partidos, que nas revoluções da Republica, e do Imperio Romano, governárão o espirito dos seus prudentes, e Consultos, segundo as diversas facções, e seitas que seguirão; mas tambem tiverão por fundamento outras razões assim de particulares costumes dos mesmos Romanos, que nada podem ter de communs com os das Nações, que presentemente habitão a Europa, como superstições proprias da gentilidade dos mesmos Romanos, e inteiramente alheias da christandade dos seculos, que depois delles se seguirão: Mando por huma parte, que debaixo das penas ao diante declaradas se não possa fazer uso nas ditas Allegações, e Decisões, de Textos, ou de authoridades de alguns Escriptores, enquanto houver Ordenações do Reino, Leis Patrias, e Usos dos Meus Reinos legitimamente approvados tambem na fórma abaixo declarada: E mando pela outra parte, que aquella boa razão, que o sobredito Preambulo determinou que fosse na praxe de julgar subsidiaria, não possa nunca ser o de authoridade extrinseca destes, ou daquelles Textos do Direito Civil, ou abstractos, ou ainda com concordancia de outros; mas sim, e tão sómente: ou aquella boa razão, que consiste nos primittivos Principios, que contém verdades essenciaes, intrinsecas, e inalteraveis, que a ethica dos mesmos Romanos havia estabelecido, e que os Direitos Divino, e Natural formalisárão para servirem de regras Moraes, e Civís entre o Christianismo: ou aquella boa razão, que se funda nas outras regras, que de unanime consentimento estabeleceo o direito das Gentes para a direcção e governo de todas as Nações civilisadas: ou aquella boa razão, que se estabelece nas Leis Politicas, Economicas, Mercantís, e Maritimas, que as mesmas Nações Christãs tem promulgado com manifestas utili-*

*dades, do soccego publico, do estabelecimento da reputação, e do augmento dos cabedaes dos Povos, que com as disciplinas destas sabias, e proveitosas Leis vivem felices á sombra dos Thronos, e debaixo dos auspicios dos seus respectivos Monarcas, e Principes Soberanos: sendo muito mais racional e muito mais coherente, que nestas interessantes materias se recorra antes em casos de necessidade ao subsidio proximo das sobreditas Leis das Nações Christãs, illuminadas, e polidas, que com ellas estão resplandecendo na boa, depurada, e são jurisprudencia; em muitas outras erudições uteis, e necessarias, e na felicidade; do que hir buscar sem boas razões, ou sem razão digna de attender-se, depois de mais de desesete seculos o socorro ás Leis de huns Gentios; que nos principios Moraes, e Civis forão muitas vezes perturbados, e corrompidos na sobredita fórma; que do Direito Natural tiverão apenas as poucas, e geraes noções, que manifestão os termos com que o difinirão; que do Direito Divino, he certo, que não souberão cousa alguma; e que do Commercio, da Navegação, da Arithmetica Politica, e da Economia do Estado, que hoje fazem tão importantes objectos dos Governos Supremos, não chegarão a ter o menor conhecimento"*

*§ 14:*

*"Porque a mesma Ord. e o mesmo preambulo della, na parte em que mandou observar os Estilos da Corte, e os costumes destes Reinos, se tem tomado por outro nocivo pretexto para se fraudarem as Minhas Leis; cobrindo-se as transgressões dellas, ou com as doutrinas especulativas e praticas dos differentes Doutores, que escreverão sobre costumas, estilos, ou com Certidões extrahidas de alguns Auditorios: declaro que os Estilos da Corte devem ser sómente os que se acharem estabelecidos e approvados pelos sobreditos Assentos*

*da Casa da Supplicação: e que o costume deve ser sómente o que a mesma Lei qualifica nas palavras – longamente usado e tal, que por direito se deva guardar: – cujas palavras Mando que sejão sempre entendidas no sentido de concorrerem copulativamente a favor do costume de que se tratar, os tres essenciaes requisitos: de ser conforme ás boas razões, que deixo determinado que constituão o espirito de Minhas Leis: de não ser a ellas contrario em cousa alguma: e de ser tão antigo que exceda o tempo de cem annos. Todos os outros pertenços costumes nos quaes não concorrem copulativamente todos estes tres requisitos, Reprovo e Declaro por corruptellas, e abusos: prohibindo que se alleguem, ou por elles se julguem, debaixo das mesmas penas assima determinadas, não obstante todas e quaesquer disposições ou opiniões de Doutores, que sejão em contrario: e reprovando como dolosa a supposição notoriamente falsa, de que os Principes Soberanos são, ou podem ser sempre, informados de tudo o que se passa nos foros contenciosos em transgressão das suas Leis, para com esta supposição se pretextar a outra igualmente errada, que presume pelo lapso do tempo o consentimento, e approvação que nunca se extendem ao que se ignora; sendo muito mais natural a presumpção, de que os sobreditos Principes castigarião antes os transgressores das suas Leis, se houvessem sido informados das transgressões dellas nos casos occorrentes."*

**(Comentários)**

Aqui, com a Lei da Boa Razão terá sido dado mais um passo no sentido do legalismo e ao seviço da centralização do poder real.

O costume – forma por excelência do translegalismo, passa a ter de concordar com a Boa Razão e a ter de vigorar pelo prazo de 100 anos.

E o Direito romano e o Direito canónico são restringidos também à Boa Razão. No entanto, há uma *troca* no Direito estrangeiro subsidiário, passando a remeter-se para as leis das nações civilizadas, em matérias que consubstanciavam a modernidade (presumindo-se a falta de fontes antigas para questões *políticas, económicas, mercantis e marítimas*). Mas em termos subsidiários. A primeira e grande fonte é, crescentemente, a lei pátria.

Conclui-se: a Lei da Boa Razão significaria em especial, a restrição ao translegalismo consubstanciada no manifesto desfavor ao Direito consuetudinário.

### §244 (Código de Seabra, 1867)

> *Art. 16.º*
>
> *"Se as questões sobre direitos e obrigações não podérem ser resolvidas, nem pelo texto da lei, nem pelo seu espírito, nem pelos casos análogos, prevenidos em outras leis, serão decididas pelos princípios de direito natural, conforme as circumstâncias do caso."*

**(Comentários)**

Além das normas das leis pátrias, admite-se, com o Código de Seabra, aprovado por Carta de lei de 1 de Julho de 1867, normas aplicadas por analogia, bem como normas de Direito Natural. A novidade, no *vector* contrário ao translegalismo (ou: no *vector* legalista) é a rejeição da *técnica* do Direito subsidiário, em que um Estado soberano delegava em ordenamentos que não o seu os critérios de juridicização da realidade social, bem como os termos da correspondente regulação. Por outras palavras, tem-se, aqui, uma *etapa de rejeição do Direito não-Pátrio*, na medida em que se rejeita o Direito estrangeiro como Direito subsidiário. Também ele consubstancia restrição ao translegalismo. O Direito Pátrio passa a ser *auto-suficiente*. O Direito subsidiário (que tratava *tudo o que não era tratado pelo Direito Pátrio*) dá lugar às lacunas

(em que o Tribunal trata *apenas do que não é tratado pelo Direito legal e que, à luz deste, deve ser tratado*).

### §245 (Estatuto dos Magistrados Judiciais, de 1944)

*Art. 240.º*

*"A magistratura judicial tem por missão julgar em harmonia com as fontes a que, segundo a lei, deva recorrer e fazer executar as suas decisões. Os juízes não podem deixar de aplicar a lei sob pretexto de que ela lhes pareça imoral ou injusta e as suas decisões deverão ter em consideração todos os casos que merecerem o mesmo tratamento, a fim de, tanto quanto possível, se obter uma jurisprudência uniforme. O dever de obediência à lei compreende o de respeitar os juízos de valor legais, mesmo quando se trate de resolver hipóteses não previstas nela. Os juízes não podem deixar de julgar com o fundamento de obscuridade da lei nem, se o caso dever ser jurìdicamente regulado, com o da sua falta."*

**(Comentários)**

Aqui, com o EMJ aprovado pelo Decreto-Lei n.º 33 547, de 22 de Fevereiro de 1944, mais um passo se dá no sentido da restrição do translegalismo (a somar a todos os anteriores): fala-se, agora, não nos "princípios do Direito Natural", mas em "*juízos de valor legais"*. Ou seja: o tribunal continua a poder resolver casos por critério que não a norma legal, atendendo a valores, a princípios (e não a textos com o cunho do legislador); ainda por outras palavras: procedendo a *ponderação de princípios*. Mas, agora, *já* os princípios, *já* os valores estão circunscritos aos princípios, aos valores legais e não aos translegais jusnaturalistas. Insiste-se: trata-se de um translegalismo principialista, isto é abertura a normas *fora* dos textos legais, decorrentes de *juízos de valor*, mas com a particularidade de tais juízos de valor terem o *cariz* da normatividade legal. Ou, ainda: trata-se de um *translegalismo de principialismo legalista*.

Também no sentido da diminuição do poder do juiz, da circunscrição da translegalidade à normatividade inferida apenas da lei, tem-se a exclusão da *consciência do juiz* como factor na decisão (presente no EMJ de 1928, aprovado pelo Decreto-Lei 15.344, de 12 de Abril de 1928).

### §246 (Finalmente: a Constituição da República Portuguesa, de 1976)

> *Art. 203.º* [128]
> *(Independência)*
> *Os tribunais são independentes e apenas estão sujeitos à lei.*

**(Comentários)**

Aqui, os vários passos de restrição do translegalismo culminam na consagração do positivismo legalista fechado (excludente, ou exclusivo) democrático. Caracterizado nos Livros 2.º e 3.º.

### §247 (Em suma: indícios de um vector legalista)

Em suma: estes vários factos seriam, na hipótese que se aventa, passos todos eles no sentido da centralização do poder/legalismo: de um translegalismo espontâneo passa-se a um translegalismo legalmente regulado; vindo a acrescer, sucessivamente, o desfavor ao costume, o desfavor ao Direito não-Pátrio e o desfavor a juízos judiciais axiológicos translegais. No fim, resta a norma positivada em textos legais: o positivismo legalista democrático, com a Constituição vigente.

### §248 (Acerca de outros factos referentes à nomogénese)

É certo que, nesta História quase milenar, muitos outros factos ocorreram. Naturalmente, muitos passos são dados entre cada uma das etapas acima destacadas.

[128] Numeração actual.

Estas não são de *geração espontânea*. Mas, há passos que, pressupondo outros, consubstanciam alterações assumidas e comunitariamente proclamadas. Que se aventa serem os acima referidos.

Basta lembrar:

**1.º** O reinado de D. Afonso III (iniciado em 1248) em que se incrementa a lei pátria como fonte do Direito, coexistindo com o costume, o foral, o Direito Romano (entretanto recebido) e o Direito Canónico. Como acontece com as Ordenações Afonsinas.

**2.º** O movimento codificador, com os primeiros códigos: a Constituição de 1822 e o Código de Ferreira Borges, de 1833 revelam, é certo, intuitos centralizadores. Mas não tratam, estes, das fontes do Direito em geral, pelo que não foram atrás destacados.

**3.º** A Constituição de 1933, com o seu art. 4.º, ao apresentar a *moral e o Direito* como limites à soberania do Estado. Mas este regime não consubstancia novidade quanto a fontes. Já antes, o Código de Seabra falava em normatividade não positivada, com os *princípios de Direito Natural*. Também certo é que, no seguimento da Revolução de 28 de Maio de 1926, a *direcção* das soluções normativas passa de vector dominantemente individualista para vector organicista/ social (continuado com o Código de 66); mas, repete-se, privilegia-se, aqui, não vectores respetitantes ao *conteúdo normativo*, mas, sim, respeitantes, especificamente, aos regimes da nomogénese.

**4.º** O Código de 66.

É certo que regula a matéria das fontes e do método com um pormenor inovador. De resto, com um pormenor raramente igualado no Continente (o que acontecia com o Código Civil italiano). Mas também não consubstancia uma "revolução" no regime da delimitação do jurídico. Compromissoriamente, alia:

a) o vector positivista legalista ao (i) excluir, de entre as fontes, o costume de âmbito nacional, ao (ii) excluir juízos judiciais acerca da justiça e da moralidade das normas legais (art. 8º/2), (iii) ao exigir uma aplicação não diferenciadamente casuística (art. 8.º/3), (iv) ao consagrar o pendor exegético no disposto no art. 9.º/2;

b) ao vector translegalista consubstanciado (i) na admissibilidade da ponderação de princípios (ainda que intra legais), simbolizada no regime do art. 10.º/3), e, ainda na (ii) admissibilidade de preenchimentos judiciais de conceitos indeterminados normativos, estrategicamente consagrados em normas de âmbito transversal como seja a do art. 334.º (bem como as dos artigos 227.º, 437.º e 762.º/2). Sobre o método do seu

procedimento, dúvidas existem: por um lado, a Constituição, no seu art. 4.º, admitiu preenchimentos ético-jurídicos, ou seja, por ponderações de valores e princípios não restringidos aos que tinham cunho legal (ou seja, não restringidos, aos *juízos de valor legais* do Estatuto dos Magistrados Judiciais de 1944), mas, por outro lado, o disposto no art. 8.º/2 do C. Civil apontava para procedimentos sem considerações de carácter ético (ou seja, procedimentos por ponderação de princípios e valores restringidos aos juízos de valor legais).

Cabe recordar, a propósito, que o Professor e Ministro da Justiça, *Antunes Varela*, não considerava o disposto no art. 4.º da Constituição Política como tendo como destinatário o juiz [129]. Apenas se dirigia ao legislador. Posição esta que conferia maior peso ao vector legalista do Código de 66.

Cabe acrescentar: os 2 referidos vectores *acabam* por redundar em prevalência do vector translegalista principialista (seja este restringido, ou não seja, aos juízos de valor legais), atenta, insiste-se, a transversalidade de certos conceitos indeterminados normativos como seja a *boa fé*, em especial, mercê da sua consagração no instituto abuso do direito. Conceitos estes que terão diminuído em muito o alcance do disposto no art. 11.º (ao permitirem *normas judiciais excepcionais relativamente a normas permissivas*).

Rigorosamente, mais do que "compromissório" será, sim, um Código que, nestas matérias, se evidencia como Código de *transição*: entre o translegalismo (ainda subsistente na Constituição de 33) e o positivismo legalista fechado da Constituição de 76, *preparado* para tempos pluralistas /relativistas, plausivelmente antevistos pelo Ministro da Justiça *Antunes Varela*.

### §249 (Ainda o critério de periodicização. Breves referências ao critério da prática do *Direito*)

Explicita-se: o vector aventado respeita apenas ao discurso que, de alguma forma, é imputável, juridicamente, à comunidade. Por outras palavras, atende-se, ao que, seja pelo Rei seja pela Assembleia Constituinte de 76, a Comunidade diz acerca da criação/revelação do Direito que a rege. Ainda, por outras palavras: não se privilegia o que a classe dos magistrados, ou a mais ampla classe dos juristas, diz ser o Direi-

[129] Cfr. Adenda documental, por exemplo, "Propostas Miguel Galvão Teles", p. 11, anotação manuscrita. A acima afirmada ruptura operada pela Constituição de 1976, relativamente ao Direito desde a Fundação da Nacionalidade (pelo legalismo fechado *vs* translegalismo), afasta-se da Lição de Barbas Homem ao considerar a solução no art. 203.º como tradição histórica ("*O justo*…", p. 92). Aventa-se que o Professor, quanto à Constituição de 33, defenda o regime defendido por Antunes Varela.

to; nem o que *sociologicamente*, no mundo dos factos, se verifica no ensino da Academia, ou na prática dos tribunais.

Se o critério de periodicização fosse, por exemplo, o das concepções, entre juristas, sobre os limites do Direito, outro seria o resultado. Basta lembrar períodos de desfasamento entre o Direito delimitado pela comunidade e o Direito delimitado por juristas. Como sejam:

**1.º** A necessidade que houve dos Estatutos Pombalinos (1772), para implementar, na *prática*, a *Lei da Boa Razão*. A ilustrar, de resto, a importância da Academia na consecução, ou na obstaculização dos desígnios da comunidade – atento o seu *papel* de mensageira entre legislador e cidadãos.

Cabe recordar estes Estatutos da Universidade de Coimbra, de 1772, aprovados pela Carta régia de 28 de Agosto de 1772:

> *"15 Em desempenho fiel das Leis da mesma Escola, se deverá sempre unir, e associar aos estudos do Direito o bom conhecimento das Línguas, Latina, Grega e Portugueza; da Rhetórica; da boa Lógica; da sã Metafysica; da Éthica reformada; e igualmente o da História, e Antiguidades das Nações, e Sociedades, a que pertencem as Leis, que hão de servir de assunpto aos mesmos Estudos, e ás Lições das Escolas.*
>
> *16 Em lugar das subtilezas, e especulações vans, ociosas, inuteis e prejudiciais ao bom progresso dos Estudos Juridico; das antinomias captadas, e estudadas ao simples fim de embrulhar os entendimentos dos Juristas, e de ostentar agudeza de engenho; das inteligencias divinatórias e cerebrinas, com que tanto se tem dificultado, e corrompido a Jurisprodencia, (as quais todas Mando, que se proscrevam, e se desterrem das Aulas e dos Escritos Juridicos) porão os professores daqui em diante todo o seu cuidado sómente na indagação das verdadeiras Sentenças das Leis; da genuinas razões de decidir; das dificuldades verdadeiras, e sólidas, deduzidas legitimamente, assim dos Textos, que ou forem realmente, ou*

> *parecerem antinomicos, como dos outros Lugares Juridicos; e em dissolverem as mesmas dificuldades por meio do sobredito conhecimento dos bons subsídios da interpretação genuína dos Textos."*

**2.º** Outros exemplos de desfasamento: o conhecido pendor translegalista circunscrito ao legalismo (pelos *juízos de valor legais*), com traços exegéticos, da Doutrina, na vigência da Constituição de 33 que primava pelo translegalismo *não circunscrito* ao principialismo legalista. Tenha-se presente os textos emblemáticos de Manuel de Andrade [130], Vaz Serra [131] e Marcelo Caetano [132].

**3.º** Por fim, referência à Doutrina dominante, ilustrada no Livro 4.º, de translegalismo (seja ou não seja, de principialismo circunscrito à Lei). Destacando-se a escola jurisprudencialista de Coimbra de Castanheira Neves. Por contraposição à opção constitucional de 1976 e, desde então, ponderadamente reafirmada em todas as ocasiões em que os regimes da fonte e do método foram discutidos pelo Parlamento: o positivismo legalista fechado democrático, explicitado nos Livros 2.º e 3.º.

Remete-se para os §§ 12 e 13 que ensaiaram explicação para este *afastamento*.

### §250 (Conclusão. Dúvida quanto à explicação sócio-política do aventado vector legalista)

Verificando-se, nos termos assinalados, este vector legalista, na História do Direito português, restaria apurar os factores que o explicam. Certo é que, no que respeita à última etapa (Constituição de 76), é a própria comunidade que, através dos seus representantes, mostra recear que, numa sociedade aberta, livre, democrática (com o *one man, one vote*), o translegalismo conduzisse ao arbítrio dos Tribunais.

Atendendo a este facto, e tendo presente o referido vector legalista, plausível é a seguinte explicação: quanto mais extenso o *conjunto* dos cidadãos com opinião, com voz na *coisa pública* (*maxime*, a quem a comunidade reconhece o direito de intervir nos assuntos da governação), menor o translegalismo. Se muitos eram os homens de atitude passiva quanto à governação, não tendo opinião sobre tais assuntos, esperando

[130] "Sentido e valor da jurisprudência…".
[131] *Discurso de 1940*...
[132] "O respeito da legalidade e a justiça das leis"…

que outros (nomeadamente, o Rei) a tivessem, fácil seria a homogeneidade entre os poucos que intervinham na coisa pública. Pelo que o translegalismo não se revela, aí, socialmente *desajustado*. Se pelo contrário, muitos são os que têm opinião sobre esses assuntos (inclusive, sobre, *grosso modo*, *todos os assuntos*, como acontece na democracia do *one man, one vote*), a heterogeneidade é natural, ou seja, o relativismo e o arbítrio tornam-se muito prováveis, e a vida em comunidade passa a exigir uma normatividade centralizada, e *positivada* (evitando preenchimentos, por *cada um*, de fórmulas axiologicamente abertas).

Hipótese esta que explicaria a opção, da própria comunidade, na Constituinte de 76, pelo *legalismo fechado*: como reacção a tantos serem os chamados a pronunciar-se sobre a *coisa pública* na democracia de sufrágio universal. Preservando-se, assim, o máximo denominador comum.

A confirmação ou infirmação desta hipótese seria feita mediante a comparação, ao longo da História, da extensão dos *conjuntos dos homens politicamente activos*, característicos de cada um daqueles períodos. Comparação que exigiria estudo sociológico-jurídico que não é aqui feito.

Se se verificasse que o aventado *vector legalista* coexiste com o *vector crescente alargamento* desses conjuntos, então seria, a explicação, *confirmada*. Em suma, a explicação consistiria no seguinte: quanto mais extenso é esse conjunto, mais a comunidade, receando o relativismo e o arbítrio, caminha para a consagração do positivismo legalista.

Em suma: o positivismo legalista seria o *preço a pagar* pela sociedade aberta, democrática, heterogénea, relativista. O translegalismo seria adequado, sim, em comunidades homogéneas. Pretender-se *abertura social* e *translegalismo jurídico*, tentando-se *um melhor de dois mundos* seria esquecer o que perpassou nos trabalhos preparatórios dos parlamentares portugueses – que *o óptimo é inimigo do bom*.

### §251 (Vector legalista e a solução *de iure constituendo*)

Se era assim, em 1976, e se era assim por ocasião de cada uma das Revisões Constitucionais, não se encontra qualquer sinal, na vida da comunidade que é o Portugal de 2017, para infirmar tais traços, tais receios de domínio do arbítrio. Pelo contrário. Se atendermos ao potenciar da *democracia* consubstanciado na admissibilidade do referendo, trazido para o art. 115.º da CRP, introduzido na Revisão de 1989.

Conclui-se que o vector histórico legalista e aquela aventada explicação desse vector abonam a solução de *iure constituendo* atrás apresentada.

# III) Brevíssima referência comparatística

## A) Resenha de disposições de algumas das Constituições, no Continente europeu

### §252 (Centramento nas disposições constitucionais sobre fontes do Direito/ método)

Circunscrevendo breve notícia comparatística referente a disposições constitucionais sobre a nomogénese e seus corolários metodológicos, e circunscrevendo, ainda, a ordenamentos jurídicos do Continente, cabe sublinhar que vários são os Estados europeus que consagram a *sujeição apenas à lei*.

### §253 (Constituição do Reino de Espanha [133])

> *Art.117.º*
>
> *1. A justiça emana do povo e é administrada em nome do Rei por juízes e magistrados que integram o poder judicial, independentes, inamovíveis, responsáveis e submetidos, unicamente, ao império da lei.*
>
> *[...]*

### §254 (Constituição de Itália)

> *Art. 101.º*

[133] Com excepção da Constituição alemã, recorreu-se às traduções de Jorge Bacelar de Gouveia, *As Constituições dos Estados da União Europeia*, Vislis Editores, Lisboa, 2000.

*A justiça é feita em nome do povo.*
*Os juízes estão apenas sujeitos à lei.*

**§255 (Constituição da Irlanda)**

*Art. 35.º*
*[...]*
*2. Os juízes são independentes no exercício das suas funções judiciais e submetem-se apenas à presente Constituição e à lei.*
*[...]*

**§256 (Constituição da Grécia)**

*Art. 87.º*
*1. ...A justiça é administrada pelos tribunais, constituídos por magistrados ordinários, que gozam de uma independência tanto funcional como pessoal.*
*2. No exercício das suas funções, os magistrados estão apenas submetidos à Constituição e às leis. Em caso algum são obrigados a sujeitar-se a disposições contrárias à Constituição.*
*[...]*

**§257 (Textos constitucionais nucleares nos temas tratados: os artigos 97.º e 20.º/3 da Lei Fundamental alemã).**

*Artigo 97.º:*
*Os juízes são independentes e apenas sujeitos à lei.*

*Artigo 20.º, n.º 3 (podendo ser referido por art. 20/III ou art 20.º/3):*
*O poder legislativo está vinculado à ordem constitucional, o poder executivo e o poder judicial*

*à lei e ao Direito.*

### §258 (Breve comentário)

Já em 1975-76, na Constituinte, Vital Moreira chamava a atenção para o carácter excepcional da solução alemã.

Na Alemanha, é a doutrina e a jurisprudência dos tribunais que elaboram essas directrizes. Assinala-se que a Constituição Alemã, com o seu art. 20.º/3, é, comparando com cada uma das acima referidas, a única que não tem processo de feitura democrático (filiando-se, o Conselho Parlamentar, apenas, na democraticidade de Parlamentos regionais. De resto, será, inclusive, feitura deficitária quanto a soberania – atendendo à influência que ingleses e americanos tiveram, nos anos que antecederam a Constituição).

## B) Retomando a Constituição da Alemanha

### §259 (Da Constituição Alemã)

No Continente, destaca-se o Direito alemão. Por a Constituição consagrar fórmulas não seguidas pelos outros Estados, por ser objecto da Doutrina que, nestas matérias, mais marca, indiscutivelmente, a Doutrina portuguesa; e por ser Direito cuja caracterização suscita dúvidas. E, com elas, dúvidas existem acerca da translegalidade que a Doutrina portuguesa retira das fontes do Direito alemão: em especial a admissão da *ponderação principialista judicial* (num *desenvolvimento do Direito* além das lacunas imanentes à lei). Aventando-se a hipótese de a translegalidade defendida na Lição dominante sobre o Direito português reflectir uma leitura translegalista do Direito alemão (sendo este passível de leitura sem a translegalidade com a relevância que se lhe atribui), e subsequente leitura translegalista semelhante quanto aos dados do Direito português actual (de que a Hipótese está afastada).

**§260 (O problema)**

A leitura das 2 disposições acima referidas (tendo começado pela que mais de perto trata dos tribunais) evidencia o problema: sendo, ambas, disposições da Constituição, como conciliar a norma que *apenas sujeita os tribunais à lei* com a norma que os *vincula à lei e ao Direito*?

**§261 (Lição de Claus-Wilhelm Canaris)**

Antes de atender aos trabalhos preparatórios da Constituição Alemã, de 1948-49, tem-se em atenção textos colhidos na Dourina alemã, destacando-se a Lição de Claus- Wilhelm Canaris, pois o Professor tratou o tema *detecção das lacunas da lei*, fazendo o cruzamento deste tema com as normas constitucionais sobre a delimitação do Direito aplicável pelos Tribunais. Tema de que o tema tratado ao longo do texto está muito próximo (tendo colhido, na Lição do Professor Canaris, ensinamentos como logo dito nas páginas de entrada).

A lição do Professor é a de que os tribunais podem aplicar as normas legais, podem aplicar as normas que preenchem lacunas imanentes à Lei, ou seja, normas cuja falta contraria o plano de juridicidade da própria lei; e, ainda, normas que, para lá destas últimas, *desenvolvem a lei* mediante ponderações de *princípios e valores extra-legais mas intra-jurídicas*. O que fundamenta precisamente no disposto no art. 20.º/3 da Constituição. Cabe recordar, além da citação nas *páginas de entrada*, o trecho sobre o art. 20.º/3 [134].

**§262 (Texto de Claus-Wilhelm Canaris)**

> *"O significado das palavras 'à lei e ao Direito' e a relação entre elas não são pacíficas (cfr., por exemplo, Maunz-Dürig, art. 20.º, número à margem 72, e a literatura aí referida na sua nota 1). Correctamente, deve-se distinguir duas funções do 'Direito' perante a 'lei':*
>
> *1.ª A função 'crítica', no sentido de que o*

[134] Canaris, *Die Feststellung von Lucken…*, página 37, §28.

*juiz tem de avaliar a lei à luz do Direito suprapositivo, e, no caso de contradição, eventualmente recusá-la como 'não-Direito';*

*2.ª A função 'complementar', no sentido de que o juiz deve complementar e desenvolver a lei escrita a partir do Direito não escrito. É possível que os membros do Conselho Parlamentar, por causa da situação histórica particular, tivessem sobretudo em mente a primeira função, mas não pode haver dúvida de que, segundo a letra e o sentido do art. 20.º, III, da Lei Fundamental, também está abrangida a segunda função; porque o legislador não queria remodelar a posição do juiz no que respeitava ao desenvolvimento do Direito, mas, sim, apenas atribuir aos tribunais, de novo, as tarefas e competências que já tinha desempenhado até 1933, neste aspecto. Que a jurisprudência já antigamente se orientou por 'bases de avaliação extralegais' (pense-se, por exemplo, nos acórdãos – certamente correctos – sobre o 'estado de emergência' e sobre 'risco empresarial'!, cfr. sobre isto infra §§ 101 e 112), é indiscutível (cfr. também a literatura mencionada na nota de rodapé anterior); A Lei Fundamental, cujo espírito está profundamente marcado pela grande confiança no 'terceiro poder', com certeza não queria, nesta matéria, remodelar a posição dos juízes. De resto, não é admissível – pelo menos, no âmbito da referida 2.ª função (a única função aqui tida em atenção, no tema que nos ocupa) – reconhecer como 'Direito', nesta segunda função, apenas os valores fundamentais da Constituição, exprimidos pela Lei Fundamental (em sentido contrário, Maunz Dürig, no lugar citado). Isto, já para o Direito público provavelmente seria demasiado restritivo. Visto que, por um lado, é pouco provável que o sistema da Lei Fundamental contenha um catálogo exaustivo de valores, e, por outro lado, a própria*

*Lei Fundamental, por exemplo no seu empenho em prol das formas – historicamente alteráveis! - do Estado de Direito e do Estado Social, apresenta pontos de partida do tipo cláusulas gerais, para a introdução de novos valores; ainda menos correcto é para o Direito privado, pois este baseia-se em valorações em grande parte independentes da Lei Fundamental, e apenas por esta reconhecidas. Deve-se ter presente que a Constituição é apenas uma parte do ordenamento jurídico, pelo que a Lei Fundamental deve ser interpretada a partir deste (tal como este deve ser interpretado a partir da Constituição, num processo que apenas pode ser compreendido como processo dialético). Nomeadamente, deve-se, na interpretação da palavra 'Direito' no art. 20.º/3, da Lei Fundamental, tomar em consideração, de modo decisivo, a 'visão geral pré-constitucional', da qual fazem parte, da mesma forma, quer a posição tradicional do juiz, quer os fundamentos tradicionais do nosso Direito privado. De resto não queremos negar que as valorações da Lei Fundamental, podem ser de significado decisivo como limite do desenvolvimento do Direito pelo juiz (cfr. sobre isso recentemente Stein, NJW 64, 1745 ss)."* [135]

### §263 (Canaris. Conclusão)

Assinala-se que, para a conclusão alcançada, o Professor não refere o art. 97.º da Constituição, não cuidando do [pelo menos, aparente] conflito entre as 2 normas reveladas nesses artigos. Também não se colhe elementos sobre o problema, no seu "Pensamento sistemático e conceito de sistema …" (onde também refere o art. 20.º/3, não referindo o art. 97.º) [136].

[135] *Die Feststellung von Lucken…*, página 37, nota de rodapé 95.
[136] Cfr. *Pensamento sistemático…*, FCG, Lisboa, 1989, p. 264.

### §264 (Outras breves referências doutrinais)

Muitos são os Autores que tratam do disposto nestas duas disposições constitucionais: tenha-se em atenção, designadamente: Engisch [137], Larenz [138], Fikentscher [139], Klaus Stern [140], Maunz/Dürig [141], e Bernd Rüthers [142].

Assinala-se que todos os Autores encontram em "Direito" no art. 20.º, n.º 3, a consagração de normas jurídicas além das normas legais. Normas essas que, *per se*, resolvem casos como os resolvem as normas legais. Varia a medida da admissibilidade dessas normas extra-legais, ou seja, discute-se se abrange apenas as lacunas por analogia, se abrange as lacunas além destas [143]; ou se abrange normas que, pelo menos em alguns casos, podem afastar a norma legal (sendo esta, explicita-se, não desconforme à Constituição, pois se é inconstitucional o problema resolve-se no seio da própria lei), corrigindo-a (tendo, aqui, o problema da lei injusta) [144]; ou se abrange casos carecidos de solução (ainda que a correspondente falta de regulamentação não contrarie o plano do Direito) [145].

Sublinha-se: ainda que varie a fronteira deste Direito além da lei, certo é que todos os Autores referidos admitem que o Tribunal *pondere princípios, valores*. Nas palavras elucidativas de Canaris (acima referidas), trata-se de *trabalhar* com os princípios gerais do Direito, chegando a normas *extra-legais* e *intra-jurídicas*.

Ora, não cuidando, neste Apêndice, do estabelecimento da dita fronteira nas obras jurídicas referidas, certo é que tal desenvolvimento principialista põe o juiz na posição de *optar* (conforme a alegoria culinária). E, nessa medida, convoca o problema da conciliação com o disposto no art. 97.º da Constituição alemã. Pois, à seme-

---

[137] *Introdução ao pensamento…*, pp. 207-208; 326-342 (*vd.*, também, as breves referências nas notas5, pp. 106-110, e 5, pp. 203-204.

[138] *Metodologia…*, pp. 446 e, sobretudo, 519-524.

[139] *Methoden des Rechts*…, IV, pp. 131 e ss, 325-356.

[140] *Das Staatsrecht…*, Band I, pp. 761 ss; Band II, pp. 889-932.

[141] *Grundgesetz: Kommentar…* (anotações aos §§20 e 97).

[142] *Rechtstheorie…, passim.*

[143] Numa função complementadora da lei.

[144] Aqui, no âmbito de uma função correctora da lei.

[145] Os Autores oriundos do Direito público tendem a tratar estas matérias enquadradas, não no campo metodológico, mas no campo do conceito e da função jurídico-constitucional do *Estado de Direito*. A vinculação do poder judicial e do poder executivo à "lei e ao Direito" corresponde, na Lição da generalidade dos constitucionalistas, à consagração de um Estado de Direito *material* e não meramente formal (cfr., por exemplo, Klaus Stern, *Das Staatsrecht…*, Band I, pp. 761 ss). Esta relação entre, por um lado, a vinculação ao Direito, e, por outro lado, o Estado de Direito é também notada por Larenz, *Metodologia…*, p. 479.

lhança do que foi dito quanto ao art. 203.º, dificilmente se concilia a *sujeição a, apenas* e *lei* com a *margem de opção* presente na ponderação principialista.

Quanto a este problema, não se encontra, nos textos dos Mestres acima referidos, a dita conciliação. Reconhece-se que esses textos enfatizam a sujeição à lei, a separação dos poderes; tal como enfatizam a aplicabilidade do *Direito além da lei* (que, insiste-se, variando no seu âmbito, tem, em comum, ser resultado de *ponderação de princípios gerais do Direito*). Mas não se encontre a correspondente conciliação. É certo que, por exemplo, em *Bernd Rüthers*, encontra-se fórmulas de conciliação. Ao dizer que a conciliação é feita mediante *a maximização da separação dos poderes e da democracia*. Mas também essa fórmula, bastante vaga, não evidencia a conciliação (sem prejuízo de se encontrar, noutros passos da sua obra, a apresentação de regimes metodológicos restritivos do poder dos juízes) [146].

Assim, aventa-se que o disposto nos artigos 20.º, n.º 3 e 97.º conduz, nas obras jurídicas referidas, à prevalência do disposto no art. 20.º, n.º 3, comprometendo o sentido útil do art. 97.º.

Nota-se ainda que, à semelhança do que se verificou acerca do art. 203.º, também os Autores alemães não consideraram especialmente importante a investigação e estudo dos trabalhos preparatórios da Constituição alemã, designadamente no que

[146] Coincidindo com o discurso jus-doutrinal acima referido, no que respeita a enfatizar a separação dos poderes, cabe destacar este Autor na densificação, na clarificação, em sede de nomogénese e em sede metodológica, da fronteira entre legislar e julgar, na vigência da Constituição de 1949. Num discurso que lembra *Savigny* (adiante reproduzido) e *Heck*, na sua *Jurisprudência dos interesses* (pp. 22, 29-44, 54 e ss, 65 e ss, 99, 108-109, 115 e 119-120).

Basta recordar:

1.º A teoria das fontes e do método jurídico como questões constitucionais. Em especial, a democracia e a separação dos poderes como directrizes à luz das quais se caracteriza o método de interpretação da lei e de aplicação do Direito ao caso – pp. 123 e ss, 157, 217 e ss, 279, 369 e ss, 373 (pt. 655), 396 (pt. 704), 397 (pt. 705 e ss).

2.º O carácter subjectivista-historicista da interpretação (contrapondo, aqui, a Lição de Philipp Heck à de Karl Larenz [com a sua defesa do objectivismo-actualista, na adaptação das leis velhas ao ideário da Alemanha dos anos 30, trendo presente trecho adiante reproduzido] – pp. 315 (pt. 544), 403 (pt. 717), 404 (pt. 720).

3.º A enfática afirmação de que o juiz é servidor da lei, e não legislador (p. 354, pt. 614). Sem prejuízo das situações excepcionais do direito de resistência e de revolução. Sublinha-se: a Alemanha é um Estado de Direito democrático e não um Estado de juízes (p. 399, pt. 710).

Acrescenta-se: também (como aqui e ali, ao longo do texto é aventado) *Bernd Rüthers* lembra a doutrina alemã (juízes e professores) comprometida com a Alemanha nazi, no esforço de adaptação das leis velhas (anteriores a 1933) ao ideário da Alemanha de 1933-45 (pp. 263 e ss e pt. 455).

A Lição de *Bernd Rüthers*, porém, não é importável para o Direito português. Basta ter presente que admite, em alguns pontos, a ponderação de princípios. Mas é, à luz das fontes do Direito alemão, voz incontornável.

concerne aos artigos 20.º, n.º 3, e 97.º [147]. Eventualmente, pelo domínio de directrizes interpretativas objectivistas-actualistas.

**§265 (Da atenção aos trabalhos preparatórios)**

Atendendo a que não se encontra regime legal sobre a interpretação da lei, no Direito alemão, não se encontra obstáculo legal a atender aos trabalhos preparatórios dos artigos 20.º/3 e 97.º. Estar-se-ia na posição do jurista que, na presença de um sistema jurídico com normas sobre a matéria, tem, incontornavelmente, de lançar mão de método a montante desse para interpretar tais textos legais. Vale, *grosso modo*, o que se disse sobre tal *método a montante* nos parágrafos 30.º e seguintes. Sublinha-se: também aqui, na Alemanha de 1949 foi consagrada a democracia (cf. o disposto no art. 20.º/1, enfatizado nos termos do art. 20.º/2): estranho seria que se se desprezasse textos do próprio legislador, em representação da comunidade, quedando-se, o intérprete, pela Literatura jus-doutrinal). Cabendo não desperdiçar esclarecimentos por eles eventualmente proporcionados.

Assinala-se que parêntesis rectos, itálicos e negritos não constam dos originais.

Os volumes referidos ao longo do relato referem-se a:

Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Akten und Protokolle, Ausschuß für Organisation des Bundes / Ausschuß für Verfassungsgerichtshof und Rechtspflege (O Conselho Parlamentar 1948-1949, documentos e protocolos)

## C) *Cont.*: acerca do art. 97.º da Constituição alemã

**§266 (Projecto de Herrenchiemsee: art.115.º, antecessor do art. 132.º do Projecto de Herrenchiemsee, por sua vez antecessor do art. 97.º)**

[147] Assinala-se que a generalidade das Constituições federais alemãs dispõe de um artigo muito semelhante ao art. 97.º, mas não de um artigo semelhante ao art. 20.º, n.º 3.

Começa-se por recordar a norma que, na Constituição de Weimar, regula a função judicial, quanto aos limites do Direito aplicável pelos tribunais:

> *Artigo 102.º*
> *Os juízes são independentes e apenas sujeitos à lei.*

No seguimento desta disposição, vem o informal Convénio de Herrenchiemsee (de Agosto de 1948, antecedente dos trabalhos do Conselho Parlamentar que, ainda que sem ter resultado de eleições destinadas à feitura de uma Constituição, funcionou como Assembleia Constituinte da Constituição de 1949, a designada Lei Fundamental de Bona, ainda hoje vigente), propor, como ponto de partida dos seus trabalhos, o art. 115.º - coincidente com o referido art. 102.º):

> *Artigo 115.º*
> *"Os juízes são independentes e apenas sujeitos à lei."*

**§267 (Projecto de Herrenchiemsee: relatório final, vol. 2, p. 555-556)**

Neste Relatório, lê-se sobre *matéria paralela* (reserva de lei – art. 101.º) o seguinte:

> *"Atendendo às experiências do passado recente [período nazi], o Conselho considera conveniente tratar, no início da sessão sobre a legislação, uma reserva expressa de lei. O 1.º artigo desta sessão começa, portanto, com as palavras 'Qualquer exercício do poder do Estado necessita estar fundamentado na lei'. Este artigo determina, em seguida, que direitos e deveres do cidadão apenas podem ser constituídos por lei."*

**§268 (Projecto de Herrenchiemsee: discussão; sessão plenária, 23 de Agosto; *Beyerle*, vol. 2, p. 432)**

> *"[...] sobre o art.115.º preferia que ele consagrasse a 'sujeição dos juízes à lei e à sua consciência'. Pelo menos peço que se inclua no Relatório que com 'apenas à lei' não se está a consagrar um positivismo rígido. Justamente por estes últimos 12 anos, temos de dar ao juiz a possibilidade de decidir segundo a sua consciência e não só pela letra da lei. Eu sei que esta discussão não pode ser feita com poucas palavras […]".*

Explicita-se: o texto seria o seguinte:

> *Os juízes são independentes e apenas sujeitos à lei e à sua consciência.*

**§269 (Projecto de Herrenchiemsee: sessão plenária; 23 de Agosto; discussão; *Süsterhenn*, vol. 2, p. 433 e ss)**

Depois de concordar com o seu colega, *Süsterhenn* diz:

> *"[...] o juiz não pode ser apenas um técnico frio da lei, mas deve aplicar a lei a partir de fundamento ético, enraizado na sua consciência. Os juristas, na época nazi, pela sua obediência à lei são, hoje, condenados. [...] Estes juízes deveriam ter avaliado a lei de então, para saber se tal correspondia às exigências éticas".*

**§270 (Projecto de Herrenchiemsee: sessão plenária; 23 de Agosto; discussão; *Nawiasky*, vol. 2, p. 434)**

*Nawiasky* vem discordar, invocando a discussão havida acerca da Constituição da Baviera, já posterior ao fim da Guerra. Aí, a decisão foi outra. Lembra o Conselheiro que, com a *consciência*, poderiam

> *"os juízes pôr de parte a lei; os juízes nazis poderiam dizer 'as leis antigas não me interessam'; podendo, o juiz nacional-socialista, decidir segundo os pontos de vista nazis."*

**§271 (Projecto de Herrenchiemsee: sessão plenária; 23 de Agosto; discussão; *Drexelius*, vol. 2, p. 437-438)**

Antes da votação, *Drexelius* intervém dizendo que a frase é muito perigosa. E manifestando estar contra a dita inclusão. Lembra que muitos juízes, na época, poderiam, precisamente, pela *consciência* e o *espírito do tempo*, afastar as *leis antigas*.

Acrescenta:

> *"[...] em democracia deve-se presumir que lei positiva é de tal maneira que não pode suscitar um conflito fundamental com uma consciência democrática. Neste caso deve-se sujeitar o juiz apenas à lei. Pelo menos, dizer que a consciência submete-se à lei. Estou contra este binómio."*

**§272 (Projecto de Herrenchiemsee: sessão plenária; 23 de Agosto; discussão; *Pfeiffer* e *Süsterhenn*, vol. 2, p. 438)**

O Presidente *Pfeiffer* sugere que se aceite o acrescento, sublinhando que é tema controverso.

Segue-se nova intervenção de *Süsterhenn*, em que reconhece a pertinência do problema, não tendo a pretensão de toda a discussão ser feita naquela ocasião.

**§273 (Projecto de Herrenchiemsee: sessão plenária; 23 de Agosto; discussão; *Schmid*, vol. 2, p. 438 e ss)**

Segue-se a intervenção do parlamentar tido como um pai da Constituição e decisivo nestas matérias fundantes do Direito alemão (com a caracterização do *Estado de Direito* e com a caracterização do *poder judicial*): *Carlo Schmid*.

> -*"Não interpreto o pedido de inclusão [de "e à sua consciência"] como sendo uma oposição entre lei e consciência. No entanto, queria, com esta fórmula, que o juiz devesse aplicar a lei de tal maneira que ela esteja iluminada pela sua consciência.*
>
> *Se soubéssemos que a fórmula seria assim entendida, seria de a incluir. Receio que se vá ler o contrário: cá, a lei; lá, a consciência.*
>
> *Quando a lei não está de acordo com a consciência, então o juiz passa a ter o poder de seguir o caminho da consciência. Que é o mais confortável.*
>
> *Mas isso é voltarmos ao são sentimento do Povo (Gesundes Volksempfinden).*
>
> *Este perigo parece maior do que o perigo de diminuir a segurança jurídica. Assim, voltamos ao Direito subjectivo, ao Direito arbitrário, ao Direito de o que é bom para o povo, ao Direito de o que ao juiz parece ser aplicável (que é, para ele, o mais confortável).*
>
> *Assim, defendo não incluir as palavras, mas incluir o que se entende por "aplicação da lei". Lei não é só a lei formal. Na nossa opinião, não se trata de um simplista olhar aos textos da lei, nem de uma estéril subsunção de palavras em palavras. Mas, sim, trata-se da realização de princípios cuja expressão geral é a lei, e cuja expressão concreta deve ser a sentença."*

Esta intervenção, ao ter a lei como instância que tem consumptos os princípios e que a estes é instrumental, lembra os caracteres da *jurisprudência dos interesses*. Na mesma época, *Vaz Serra* e *Manuel de Andrade* defendem os *juízos de valor legais*. Recorda-se, ainda, que é *Vaz Serra* quem põe fim à referência a *consciência do juiz* (que vinha do EMJ de 1928). Como adiante se recorda, semelhante discussão é tida em Itália (ao ser recusada a "consciência", no art. 101.º da Constituição italiana).

**§274 (Projecto de Herrenchiemsee: sessão plenária; 23 de Agosto; discussão*; Brill*, vol. 2, p. 439)**

> *"Vou votar a favor da inclusão das palavras. Mas quero dar uma explicação: Na minha opinião, na redacção proposta por Süsterhenn, o problema é posto, mas não é resolvido. Deve-se acentuar o "e". O destinatário é o juiz. Na sua personalidade inteira. E não apenas na sua consciência. Ele deve resolver o problema concretamente em cada caso".*

**§275 (Projecto de Herrenchiemsee: sessão plenária; 23 de Agosto; discussão; *Drexelius*, vol. 2, p. 439)**

> *"Defendemos que o Supremo Tribunal do Estado deve avaliar se a lei, isto é, o Direito aplicável corresponde à Constituição, nomeadamente, se está conforme aos direitos fundamentais.*
>
> *Assim, o conflito com a consciência não pode surgir. Por este motivo (sujeição aos direitos fundamentais, à Constituição), já é suficiente a sujeição apenas à lei."*

**§276 (Projecto de Herrenchiemsee: sessão plenária, 23 de Agosto; discussão; *Beyerle*, vol 2, p. 439)**

> *"O essencial, para mim, é o problema estar posto. Em seguida chegar-se-á a uma conclusão. Podemos optar pela redacção lei e consciência. No entanto, não se deve pensar numa hierarquia entre os dois. Mas, sim, numa síntese razoável. Poderia esta ideia também ser expressa pelo seguinte acréscimo: «deve-se entender por lei não apenas a lei escrita, mas também a lei geral moral.*
>
> *Isto tudo, no entanto, é problemático. Quero aqui apenas indicar que na redacção final da Constituição se deve tentar fazer frente a um positivismo extremo.*

**§277 (Projecto de Herrenchiemsee: votação; 23 de Agosto; vol. 2, p. 439)**

A proposta de Süsterhenn foi aprovada.

**§278 (Projecto de Herrenchiemsee: relatório final; vol. 2, p. 628)**

O Relatório, sobre o art. 132.º, esclarece, em comentário:

> *"[...]o juiz está sujeito não apenas ao Direito positivo, mas também à sua consciência ; isto é o juiz deve verificar a conformidade do 1.º com o Direito não escrito." Esta formulação não significa a reintrodução, de modo algum, do são sentimento do Povo. Decisivo, neste contexto, é a cópula 'e'."*

**§279 (Conselho Parlamentar: Comissão pelo Tribunal Constitucional e para a Administração da Justiça, 3 de Novembro de 1948, proposta *Straus* e *Zinn*; vol. 13-II, p. 1265)**

Já no Conselho Parlamentar, a matéria tem como ponto de partida a proposta dos parlamentares Strauß (CDU) e Zinn (SPD):

> *Artigo E*
> *Juízes […] são independentes e apenas sujeitos à lei.*

Do debate havido, verifica-se que a preocupação era semelhante à de Herrenchiemsee, quanto à referência a "sua consciência". Aqui, a proposta era a de regressar à fórmula de Weimar.

**§280 (Conselho Parlamentar: Comissão para o Tribunal Constitucional e para a Administração da Justiça, Justificação da proposta *Straus* e *Zinn*; vol. 13-II, p. 1267)**

> *"De modo algum deve-se aceitar lei e consciência, pois cria-se a ideia totalmente errada de que a consciência seria fonte igual ou até superior à lei. O juiz que não consegue conciliar a lei com a sua consciência deve renunciar ao cargo. Se o juiz insiste em ignorar a lei, então deve saber que está a cometer um acto revolucionário apenas justificado pelo direito de resistência".*

**§281 (Conselho Parlamentar: Comissão para o Tribunal Constitucional e para a Administração da Justiça; 6 de Dezembro; Discussão da proposta *Straus* e *Zinn*; vários; vol. 13-II, p. 1417-1418)**

Nesta sessão, *Becker* sublinha a necessidade de esclarecer o significado de *lei*.

*Straus* responde dizendo:

> *"Naturalmente, inclui a Lei Fundamental"*

Continua *Becker*:

> *"Lembram-se das sentenças de Nurenberga, nas quais foi dito que o Direito positivo deve ceder perante os comandos, os mandamentos da humanidade em geral. Justamente, ficar preso ao tal direito positivo, à obediência à lei foi motivo para atenuar penas. Não para desculpar. […]*
>
> *A questão é: referem-se, estas palavras, ao direito positivo escrito ou ao direito superior à lei"?*

*Strauss, sonoramente*:

> *"ao Direito!"*

Continua *Becker*:

> *"Em certas circunstâncias pode acontecer que a ideia básica da nossa Constituição possa ser ultrapassada por um juiz que invoque o Direito superior".*

Novamente, *Strauss*:

> *"Acho que deveríamos deixar isso à interpretação. A questão do Direito natural ganhou mais vida, do que no século XIX, por causa da experiência nazi". "Só queria sublinhar que lei não é lei formal, mas sim, lei na acepção mais alta".*

**§282 (Conselho Parlamentar: Comissão Principal/Comissão de Redacção /Comissão para o Tribunal Constitucional…; 9- 17 de Dezembro; discussão da proposta *Straus* e *Zinn*; vários; vol. 13-II, p. 1509, vol. 14-I, p. 746. Assinala-se que não há actas do Conselho de redacção – apenas relatórios)**

Continua a discussão sobre o âmbito de *lei*.

Há duas formulações intermédias (de Comissões diferentes):

> *"[…] apenas sujeitos à lei e às leis"*
>
> *"[…]apenas sujeitos à lei fundamental e às leis"*

*Becker*, na Comissão Principal, diz:

> *"Em Nuremberga, ficou claro que lei não significa apenas letra da lei positiva; mas, sim, o Direito. Pelo que o acréscimo não é necessário."*

*Zinn* sublinha que

> *"quando se fala em lei é a lei material: Constituição, lei formal, regulamentos e costume."*

*Dehler* e *Leforet* concordam.

Os parlamentares têm receio de que essas fórmulas sejam restritivas a leis formais. Regressa-se à formulação original (vol. 7, p 189):

> *"[…] apenas sujeitos à lei."*

**§283 (Conselho Parlamentar: Comissão Principal, 5 de Maio de 1949; votação, vol. 7, p 557).**

Na reunião da Comissão Principal, de 5 de Maio de 1949, foi aprovado o texto que corresponde à redacção final, já sob a designação artigo 97.º.

## D) *Cont.*: acerca do art. 20.º/3 da Constituição alemã

**§284 (Conselho Parlamentar: Comissão para as Questões Fundamentais; 14 de Outubro de 1948; proposta de *Mangoldt*, vol. 5-I, p. 288).**

O ponto de partida do art. 20.º/3 é o Conselho Parlamentar (atendendo a que Herrenchiemsee, no que respeitava aos tribunais, terá tratado a matéria no art. 132.º, com a *sujeição à lei e consciência*).

Proposta de *Mangoldt*, para o aí designado art. 21.º/4

> *"(4) Poder judicial e administração estão sob o domínio da lei igual para todos."*

**§285 (Conselho Parlamentar: Comissão para as Questões Fundamentais; 14-18 de Outubro de 1948; discussão, vol. 5-I, pp. 288 e ss, 292, 295, vol. 7, p. 6).**

Segue-se discussão centrada não neste trecho, mas no facto de *também o legislador dever ter limites*; na caracterização do *povo* como titular da soberania. Ilustra-se:

*Mangoldt* concorda, ainda que diga que tal limite já estava estabelecido a propósito dos direitos fundamentais, com a necessidade de o legislador observar a lei.

*Berstrasse* também suscita a dúvida acerca da necessidade de insistir nos limites do legislador.

*Mangoldt* acrescenta: "A essência do Estado de Direito consiste no domínio da lei, e isso significa tanto a lei escrita como o Direito dos costumes."

*Schmid* insiste na consagração, ainda que repetida, de limites ao legislador: "Eu tenho ainda um pensamento valioso para mim: dever-se-ia exprimir que nem tudo pode ser tornado Direito pelo legislador".

Repete-se: a contraposição *Recht* a *Gesetz* não existe. O tema é a limitação do legislativo, mediante fórmulas que não *Recht*.

Passa-se a discutir a justeza da palavra *domínio,* tendo sido substituída por *subordinados* (*stehen unter*); e a necessidade da consagração de que a "lei é igual para todos", atendendo a que já consta do regime dos direitos fundamentais. Decide-se pela sua eliminação. Conclui-se, pois, a 18 de Outubro, pela seguinte redacção:

**"O poder judicial e a administração estão subordinados à lei."**

**§286 (Conselho Parlamentar: Comissão Principal, 17 de Novembro a 15 de Dezembro de 1948; discussão do texto resultante da Comissão para as Questões Fundamentais, em paralelo com o texto resultante da Comissão de Redacção; respectivamente, vol. 14-I, p. 116-119 e vol. 7, p. 42).**

O Presidente desta Comissão, *Carlo Schmid*, abre o período de discussão sobre o texto acima reproduzido, *grosso modo* apresentado por *Mangoldt* e que tinha contado com o apoio do próprio *Schmid*.

O texto é recordado por Schmid:

*"(4) o poder judicial e a administração estão subordinados à lei."*

Durante a reunião de 17 de Novembro, *Schmid* dá a palavra ao parlamentar *Dehler* para que apresente e defenda o artigo em causa já revisto pela Comissão de Redacção. *Dehler* apresentou o seguinte texto:

> *"[...] poder judicial e poder executivo estão vinculados à lei e ao Direito."*

As diferenças eram: substituição de "Administração" por "poder judicial"; de "subordinados" passam a "vinculados"; e introduz a palavra "Recht".

Ao longo da discussão, duas alterações vão ser introduzidas: inversão da ordem na indicação dos dois poderes e introdução dos artigos definidos. Daí resultando a versão aprovada e hoje, 2017, vigente:

> *"[...] o poder executivo e o poder judicial estão vinculados à lei e ao Direito."*

Como fundamentação, *Dehler* diz:

> *"Acho que posso desistir de justificar, pois a justificação consta da própria formulação".*

Segue-se comentário de *Schmid*:

> *"Eu não consigo ver diferenças materiais. Trata-se apenas de diferenças de redacção."*

Especificamente sobre o n.º 4, Dehler diz:

> *"Consideramos necessário para delimitar a qualidade do Estado de Direito dizer que a legislação está vinculada pela ordem constitucional. [...] Poder judicial e poder executivo estão vinculados pela lei e pelo Direito. Com isso, achamos, fica mais bem expresso o*

*fundamento da nossa Constituição.".*

*Mangoldt* critica o protagonismo da Comissão de Redacção, ao alterar o projecto da Comissão própria que é a das Questões Fundamentais. Recorda-se, quanto ao n.º 4, que, desta, não consta "Direito".

No seguimento do texto da Comissão das Questões Fundamentais:

> *"O cumprimento do princípio da legalidade de todo o poder estadual é óbvio no caso do poder judicial. Pois este apenas tem a tarefa de aplicar e interpretar a lei".*

**§287 (Conselho Parlamentar: Acompanhamento pelos Governos Militares dos Aliados dos trabalhos do Conselho; Memorando de 22 de Novembro de 1948; vol 8, p 40).**

Entretanto, os Governos Militares acompanham de perto a feitura da Constituição. Incluindo o art. 132.º e, atenta a directriz abaixo reproduzida, o art. 20.º/3. Assinala-se que *Carlo Schmid* é um dos deputados que mais contactos tem com os *Aliados*. Verifica-se que os Aliados pretendem que se consagre formas de controlo do legislativo e do executivo pelos tribunais:

> *"[…] e) that the constitution should provide for an independent judiciary to review: federal legislation, to review the exercise of federal executive power, and to adjudicate conflicts between federal and land authorities as Well as between land authorities, and to protect the civil rights and freedom of the individual;"*

**§288 (Conselho Parlamentar: aprovação – vol. 14-I, p. 119)**

Seguiu-se a aprovação do texto da Comissão de Redacção, por 17 votos contra 2. Assinala-se que, mais tarde, aquando de uma das acima referidas alterações (introdução dos artigos), a votação foi de aprovação dessas alterações, por 19 contra 1.

A 5 de Maio de 1949 (vol. 7, pág. 537), foi aprovado o texto já identificado como artigo 20.º/3. Hoje vigente:

> *"[...] o poder executivo e o poder judicial estão vinculados à lei e ao Direito."*

## E) *Cont.*: em tema de aventadas hipóteses de conciliação entre as duas normas da Constituição alemã. Com referência ao Direito italiano e ao Direito português

### §289 (Acerca da conjugação do disposto nos artigos 20.º/3 e 97.º)

A solução acima apresentada por *Canaris*, tendo presente o art. 20.º/3, é dificilmente compaginável com *sujeição*, com *apenas*, com *lei* – palavras presentes no art. 97.º. Sempre que o juiz decide o caso por norma fora do campo semântico da lei e fora do campo *lacunas* (imanentes à lei), o juiz estaria a ponderar princípios, os tais *princípios gerais do Direito* referidos pelo Professor (pelo que não estaria em posição de *sujeição-a*) e estaria, patentemente além da lei (e não *apenas* no âmbito da lei).

Ora, procurando conjugação que salvaguarde a *utilidade* de cada texto legal (quer o disposto no art. 20.º/3, quer o disposto no art. 97.º), aventa-se que o "Direito" consagrado no art. 20.º/3 signifique normas jurídicas extra-legais com *função cassatória* de normas legais. Assim, o juiz está

(i) *sujeito apenas às leis;*

(ii) *e não a todas as leis.*

Sublinha-se: não há contradição: o juiz está sujeito apenas às normas legais que são cumulativamente (i) válidas à luz de leis hierarquicamente superiores (*maxime*, a Constituição, e (ii) válidas à luz do *Direito* (não legal) referido no art. 20.º/3.

Em suma: o juiz, ao caso, aplica sempre a lei *mas* nem toda a lei.

Insiste-se: o Direito não teria *função desenvolvimentista*. Ou seja, função já no campo além do campo imanente à lei (sendo, este, aventa-se, o da analogia). Por outras palavras: não seria porta de entrada de *normas resultantes da ponderação principialista* aplicáveis, como critério de resolução *per se* (sem prejuízo, naturalmente, da sua inserção sistémica), a casos. Ou, ainda: seria porta de entrada de normas resultantes de ponderação principialista, mas tendo, estas, *exclusiva função cassatória*. Por comodidade, fale-se em *função reguladora* (ou *desenvolvimentista*) por contraposição a *função cassatória*.

Explicita-se: é certo que o tribunal tem amplo espaço de ponderação principialista para chegar a normas de função reguladora. Basta ter presente a vinculatividade directa da própria *dignidade da pessoa humana* Sobre este amplo campo de ponderação judicial, basta ter presente o disposto nos artigos 1.º/1 e 3, 2.º (com *lei moral*), 19.º/2, 22.º, todos da Constituição. Pela referida tentativa de conciliação, nenhum destes espaços é posto em causa; apenas se negaria a ponderação principialista judicial com a abrangência coincidente com a função jurisdicional. Ou seja, o disposto no art. 97.º seria *restringido* por regimes como os acima referidos. Mas não seria inutilizado pelo disposto no art. 20.º/3. Precisamente, por aparentemente o campo de aplicação deste ser coincidente com o daquele. O que suscita o problema aqui aludido. Clarifique-se: aqueles regimes (no âmbito dos direitos fundamentais) são *lei*, para efeitos de "lei" no art. 97.º; e não inutilizam a norma do art. 97.º, pois o campo de aplicação daqueles (ainda que seja transversal) é diferente do campo de aplicação desta norma. Pelo contrário, se se ler "Direito" no art. 20.º/3 como sendo, também ele, mais uma *lei* para efeitos de "lei" no art. 97.º, já este seria inútil. Pois bastaria existir o disposto no art. 20.º/3.

Repete-se: a utilidade do disposto no art. 20.º/3 é a de admitir normas judiciais (na acepção dada ao longo do texto fora deste Apêndice) com função cassatória.

Explicita-se, ainda: também "lei" no art. 97.º não significa *Direito*, sob pena de também estar contemplada no art. 20.º/3 – pelo que disposto no art. 97.º seria inútil.

Segue-se parágrafos em que se confronta o que se aventa com os trabalhos preparatórios e outros dados interpretativos.

## F) *Cont.*: Da aventada hipótese de conciliação à luz de outros dados interpretativos, *maxime* à luz dos trabalhos preparatórios.

### §290 (Explicitações referentes aos trabalhos preparatórios)

**1.º** O ponto de partida é a tradição do art. 102.º de Weimar, com o seu legalismo. Alternativa seria, por exemplo, manter a solução anterior a Weimar. Recorda-se: em tempos de vigência do Direito romano como Direito comum, com o esforço doutrinal de actualização desse Direito, a Constituição de 1871 não tratava do tema que é a delimitação do Direito aplicável pelos tribunais. O tema cabia à Doutrina. Como acontecia com o tema metodológico (lembrando que a inexistência de normas sobre o método manteve-se no Código Civil alemão de 1896).

**2.º** Assinala-se que muitos dos participantes no informal convénio de Herrenchiemsee foram os que debateram o tema dos *limites do Direito* no Conselho Parlamentar. E muitos eram juristas. Entre os que participaram nessas duas fases, encontra-se *Carlo Schmid*, professor de Direito, e político, considerado um dos pais da Lei Fundamental de Bona. Ora, somadas as discussões sobre o binómio *lei versus translegalidade* verifica-se que o tema foi tratado com cuidado e de forma apaixonada, de ambos os lados.

De um lado a *lei*: abrangente dos actos que perfazem o bloco de legalidade (constituição, leis formais, outros *decretos*) e, inclusive, do costume. Como resume *Dehler*, o deputado que avança com a defesa da inclusão de "Direito" no art. 20.º/3, confirmando que *lei*, no art. 97.º, ainda que abrangente não se confundia com "Direito".

Do outro lado, a *consciência*, como Direito supra-legal, como *lei moral* juridicamente recebida. Vindo, mais tarde, já no Conselho Parlamentar, a surgir o *aberto* "Direito" (além da lei).

**3.º** A discussão tida evidencia as duas *versões históricas* sobre o Direito e a Alemanha nazi:

(i) a Alemanha nazi como tendo um Direito informal, Direito aberto, [prevalecentemente] não legalista, fundado em fórmulas axiologicamente vagas como *são sentimento do Povo*; a Alemanha nazi como concitadora de desconfiança perante os juízes que haviam aderido ao ideário de então. Por exemplo, em *Carlo Schmid*, encontramos a preocupação com o perigo de a *consciência* ser instrumentalizada por ideário como o nazi.

Assinala-se que o *são sentimento do Povo* chegou a ser critério de decisão judicial, consagrado naquele que é o paradigma do *bastião do Direito formal*, do Direito legal de um ordenamento jurídico: o Código Penal. Tendo presente o seu art. 1.º/2 [148], na redacção de 1935. Permitindo ao juiz a qualificação como crime de condutas contrárias ao *são sentimento do Povo* (aplicando molduras penais por *analogia*);

(ii) a Alemanha nazi como Estado de legalidade, de um positivismo legalista espartilhante da acção dos magistrados. No entanto, nesta concepção do passado nazi, a preocupação, nos trabalhos, não foi tanto a de manifestar confiança nos juízes, mas, sim, a de manifestar desconfiança no legislador, nos governantes (o legislativo e o executivo). Tenha-se presente a discussão centrada no seguinte problema: *quais os limites do legislativo?* Recorde-se a enfatizada afirmação de *Carlo Schmid* de que *nem tudo pode o legislador fazer* (acerca do art. 20.º).

Em suma: nos trabalhos preparatórios, estas duas teses confrontam-se[149] [150]. Ora desconfiando do juiz (atenta a experiência nazi), ora desconfiando do legislador (aten-

[148] Lei para a alteração do Código Penal, de 28 de Junho de 1935.
"O Governo do Imperio aprovou a seguinte lei que por este meio está promulgado:
[…]
§2
"É punido quem pratica um facto que a lei declara punível ou merece, segundo a ideia subjacente à lei penal e o *são sentimento do povo*, uma pena. Se a norma não for directamente aplicável, o facto é punido segundo a lei cuja ideia subjacente seja a mais adequada.
[…]"

[149] Tese a que se fez referência no texto antes deste Apêndice. Lembre-se, designadamente, *José Luís Nunes* em 1975/76, *José Lamego* na conferência de 2015, a Aula de *Michael Stolleis*. Tenha-se, ainda, presente que a tese oposta seria de verificação pouco provável: sendo antípodes, por um lado, o ideário individualista de oitocentos e de Weimar, e, por outro lado, o ideário organicista totalitário da Alemanha nazi, seria de esperar uma substituição, grosso modo da totalidade do ordenamento jurídico;

ora, tal substituição demoraria décadas (lembre-se que, por exemplo, o projecto de novo código civil não foi concluído); ora, antes de decorridas essas décadas (que se quedaram pelos 12 anos de 1933 a 1945), a adaptação teria de ser feita; precisamente por releitura objectivistas-actualistas à luz do novo catálogo dos grandes princípios do ideário nazi. Tenha-se presente, a propósito da *metodologia não neutra*, da *metodologia politicamente comprometida*, da *metodologia co-criadora do Direito*, da metodologia *não cognitiva*, da metodologia comprometida com a *realização do Direito* a partir da *ideia do Direito* radicada no povo (e não na lei), da metodologia que *densifica a vagueza axiológica caracterizadora dos alicerces do edifício jurídico da Alemanha nazi*, a Lição de *Karl Larenz*. Mais uma vez mediante longa transcrição. De textos cujo somatório convidam à dúvida. Insiste-se: explicitar e comentar exige *pôr em cima da mesa* os textos objecto dessas explicitações e comentários. A ausência dessa presentificação de texto-objecto de estudo propiciará a glosa à glosa, o esquecimento ou menosprezo da *fonte*; com resultados que não são os da ciência sobre x, mas, sim, os da ciência sobre a ciência sobre x; no esquecimento que cada sujeito e sua pré-compreensão (nas suas várias acepções) pode dificultar o acesso ao objecto de estudo – pré-compreensão bem conhecida do povo com o seu *quem conta um conto…*

Procure-se, pois, o que, a cada momento, é a fonte historiograficamente primária. Neste caso, pois é dele que se trata, a *fonte* é o texto do incontornável Professor alemão. Oiça-se, pois Karl Larenz no seu *La Filosofía contemporánea…,* pp. 178-183 e 215:

> "[…] Sobre el positivismo como fenómeno espiritual general, ya se ha dicho todo lo necesario en el primer capítulo de este libro. Tal vez en nada se exprese mejor el desvío de la nueva ciencia jurídica alemana respecto del positivismo, como en la exigencia de que la ciencia jurídica deba convertirse en una disciplina conscientemente «politizada». Evidentemente, ello no significa que la ciencia jurídica deba dejarse utilizar como medio de *cualesquiera* finalidades políticas. Antes bien, esta exigencia indica que la ciencia jurídica debe recapacitar sobre su peculiar esencia, la cual le impone el adaptar su problemática y métodos a los valores políticos nacionales. A nada concedía el positivista de los últimos decenios mayor valor que al aparecer «apolítico» en su ciencia, soslayando de esta suerte un proprio juicio estimativo para acatar de un modo tanto más puro las valoraciones de la «classe hegémona» o de cualquier legislador. Que la ciencia jurídica no sólo no haya de reflejar una situación jurídica en todo caso existente, sino que deba cooperar, credora y responsablemente, a moldear el espíritu jurídico nacional, es algo que contradice de lleno su concepción fundamental. En cambio, la ciencia jurídica alemana de hoy ve en ello su propia tarea.
>
> Pero la repulsa del positivismo no significa el retorno al Derecho natural en ningua forma entendido. Ciertamente que al iusnaturlismo le era inmanente una fuerza al parecer casi invencible, ya que arraiga en la apetencia del hombre hacia el conocimiento de una legalidad absoluta que le domine, hacia dla posesión de valoraciones firmes, inmutables e indubitables. Quien se vea en posesión de tales criterios estimativos, se verá libre de la angustia del buscar y preguntar; en medio de todas las fluctuaciones de las concepciones del mundo y de las formas históricas de vida, le queda la certeza de un orden eterno no afectado por esos cambios y al que él puede atenerse porque le es, sin más, dado. Precisamente en los momentos de grandes transmutaciones de la conciencia estimativa, de erosión relativista y escéptica de lo tradicional, el deseo hacia la posesión de criterios estimativos absolutos, dados simplemente como tales, puede tornarse prepo-

tente hasta el punto de acallar todos los posibles reparos. Surge la cuestión: ¿hay entre el Derecho natural, que exonera al hombre de la zozobra del perguntar y del buscar, y el corrosivo relativismo, una tercera actitud, una concepción que nos aquiete sin amenguar nuestra responsabilidade? ¿No nos queda otra posibilidad que la elección entre la creencia en lo absoluto dado y la duda acerca de todo lo suprapositivo?

Se há objetado frecuentemente al Derecho natural, el dar como eternos y de validez universal principios propios de una concepción temporalmente anclada. De hecho, es tendencia del hombre el considerar, sin más, como justo precisamente lo para él evidente y no problemático, aun cuando solamente sea para él evidente por el hecho de corresponder a su limitado y peculiar punto de vista y a sus sentimentos puramente personales. También la doctrina iusnaturalista católica de hoy nos revela ejemplos de tales generalizaciones temporalmente vinculadas a la época de Weimar. Así hallamos en SCHILLING un «Derecho natural» a la libertad de coalición y de huelga y la observación de que el Estado no puede limitar la propriedad «exageradamente» (¿qué quiere decir esto?). Declaraciones de esta índole se revelan a simple vista como generalización de determinados principios del Estado liberal de Derecho y de partidos. Pero ¿no es esto acaso una aplicación falsa de una idea básica en sí misma justa? ¿No tienen razón los representantes del Derecho natural cuando afirman que al menos los principios más generales y fundamentales, sobre los cuales descansa nuestro sistema ético y jurídico de hoy, son atemporales y de validez universal? ¿No es, por ejemplo, cierto que, en todos los tempos y pueblos civilizados, el homicidio y el robo constituyen actos punibles, que los hijos deben obediencia a los padres y éstos, a su vez, deben a sus hijos la necessária asistencia, o que la legítima defensa excluye la pena?

Certamente que el homicidio y el robo aparecen como reprobables en todos los pueblos tan pronto como en ellos se ha desarrollado una cierta consciencia juridica; pero homicidio y robo no son conceptos abstractos; reciben su caracterización tan sólo a través de cada orden singular concreto. No todo acto de matar a un hombre, en efecto, constituye para nosotros homicidio; el matar en la guerra, en la legítima defensa y en cumplimiento de una justa sentencia penal, no cae bajo el concepto de homicidio. O piénsese, verbigracia en la muerte acaecida en duelo. Son decisivos aqui conceptos, muy concretos, del honor, que se afirman frente a toda normación abstracta. De igual manera, la prohibición del robo adquiere tan sólo su sentido concreto a tenor de la estructuración de una determinada ordenación de la propriedad; la valoración del robo está condicionada por la de la propriedad. Vemos, por consiguiente, que los principios abstractos que nos son presentados como preceptos de Derecho natural requieren una previa concretización en un determinado orden de vida, a fin de adquirir la precisión suficiente para su aplicación. Táles principios generales, como la prohibición del homicidio y del robo, sólo significan para todos los pueblos y tiempos una misma verdad atemporal, porque son ya en cada caso compreendidos e interpretados a base de la ordenación ética y jurídica cor-

respondiente al pueblo en cuestión. Aislados de tal orden concreto, carecen de toda precisión material. También conceptos como libertad, justicia, equidad, bien común, fidelidade y honor adquieren sempre su contenido únicamente a partir de la determinada ordenación ética de una comunidad. Sin este trasfondo concreto, permanecen meramente formales y vacíos.

Tanto el positivismo como el iusnaturalismo destruyen, por ende, la figura concreta del Derecho, su totalidad y plenitud de sentido, en cuanto que lo consideran ya solamente como algo particular contingente sin un principio unitario inmanente, ya como algo abstracto general, y por consiguiente, falto de contenido material. Por lo tanto, la ciencia jurídica sólo está en el caminho recto si se aparta tanto de uno como del outro, y toma conciencia de la peculiar esencia del Derecho, que escapa así a ala abstracciones del positivismo jurídico como a las del iusnaturalismo.

Pero ¿dónde há de encontrar la ciencia jurídica el principio íntimo de unidad del Derecho, si éste no puede ser hallado ni en lo fáctico como tal, ni en una ley abstracta general, en una norma o idea *abstractas?* Arnol GEHHLEN, en una reciente conferencia sobre el Estado y la folisofía, há dicho hace poco que, de realidades como Dios, pueblo, Estado cabe decir que tienen que ser pensadas desde dos puntos de vista: desde el punto de vista de su precipitado fáctico, de su realización efectivamente dada, y desde el punto de vista de su esencia de su idea pensable tan sólo, pero que necesariamente se concretiza en forma determinada, y que sobrevive necessariamente a cada una de sus maneras de ser, sin resultar no obstante aislada nunca de ellas. Lo que aquí se dice del Pueblo y del Estado vale igualmente respecto del Derecho. El Derecho que el positivista contempla, o sea el conjunto de las representaciones jurídicas, leyes y decisiones existentes empíricamente en una comunidad, en un determinado momento, ha de ser considerado como expresión y realización de una potencia creadora que em él se revela, y que como idea concreta es el espíritu jurídico del pueblo, el espíritu del pueblo como principio determinante de la vida de la comunidad. Pues el Pueblo es la comunidade que en su orden jurídico se da la ordenación vital a ella adecuada y que sólo como espíritu popular singular es la sustancia creadora que constituye la base del mundo, una fuerza y una realidad determinantes de la vida de la comunidad.

El espíritu nacional del Derecho se nos presenta en sus manifestaciones en el Derecho positivo y en la historia nacional del Derecho; no puede ser aprehendido y descrito abstracta y aisladamente, pero tampoco se agota em su manifestación fáctica, sino que siempre es algo más que su realización momentánea em el Derecho positivo. Ciertamente que la historia del Derecho y la filosofía jurídica puenden desarrollar las ideas fundamentales que emanan de la raíz nacionale y que dan al desenvolvimento de este Derecho su carácter peculiar. Pero no podrán derivar de ella un sistema abstracto de normas. Yerros históricos, desarrollos falidos, desvíos del Derecho empírico y de la empírica convicción del pueblo respecto de la sustancia del espíritu jurídico

nacional, no pueden ser verificados a base de un abstracto criterio de valor, pero si, en cambio, a partir de la conciencia de la esencia del espíritu jurídico nacional alcanzada al presente, válida en cada caso, pero que por lo demás tampoco logra agotarlo. La referencia del Derecho al espíritu del pueblo como idea y sustancia inmanentes del mismo (y no al modo de una mera causa psicológica o de una norma abstracta) imprime, por consiguiente, su carácter filosófico a la tercera posición, a la posición superadora del positivismo y del iusnaturalismo.

Las consecuencias más importantes de la posición aquí espuesta com respecto al Derecho positivo atañen a la relación del juez com la ley y a la interpretación jurídica. Según tal posición, el juez se halla vinculado a la ley como expresión de la valuntad jurídica nacional; pero la ley, a su vez, no es sino un medio expresión de la idea jurídica nacional, y así tiene que ser comprendida y aplicada. Habrá de ser considerada, pues, no meramente en su existencia empírica, sino a la par también en su significación supraempírica, como concreción del espíritu del pueblo. La tarea de concretizar la idea nacional, en cuanto tarea configuradora de la vida de la comunidad, es, en primer lugar, cometido del caudillaje político. Lá ley, como expresión de la voluntad de éste, es la voluntad general en su existencia y no tan sólo un mero deber ser o una infraestructura sociológica para un auténtico deber ser. Pero ninguna ley puede garantizar por sí sola la realización de la justicia nacional, pues toda norma general significa necesariamente una abstracción y contradice el carácter de la totalidad. El juez há de insertar, pues, de nuevo la ley en la ensambladura concreta del Derecho; no ha de subsumir simplemente tipos singulares bajo la generalización típica abstracta de la ley, sino que ha de realizar la idea jurídica contenida en la ley, y por ende, concretizar el *Derecho*, que en la ley tiene meramente su expresión. La significación concreta de la ley le es dada mediante «el remontar la disposición legal a las decisiones y valores fundamentales, a la idea concreta del Derecho que palpita en esta comunidad jurídica y determina su Derecho como todo unitario y lleno de sentido». El juez no se ve libre de la ley, pero sí lo es para comprenderla como forma de expresión del espíritu del pueblo; esta libertad atribuída al juez significa su responsabilidad ante la comunidad nacional[…]. La peculiaridad característica de este pensamiento jurídico estriba en que ni desplaza a la ley ni la acepta de un modo aboluto, sino que en la ley y por la ley persigue la realización del Derecho, el cual no puede nunca expresarse en leyes de un modo exhaustivo, porque no es una suma de disposiciones abstractas, sino el espíritu vivo de este pueblo, que precipita en todas las manifestaciones de la vida jurídica y se concretiza com más o menos plenitude de sentido. […] Muy viva ha sido en los últimos años la discusión acerca de los problemas metódicos de la ciencia jurídica. No se trata simplemente de una continuación de las polémicas que antes de 1933 se ventilaban. Ya no importan tan sólo, como entonces, cuestiones gnoseológicas y de teoria de la ciencia en sentido estricto, sino que importa la adquisición de una nueva actitud científica fundamental, la repercusión de la

> crisis de la concepción del mundo sobre el espíritu y la conciencia que de su cometido haya de tener la ciencia jurídica. Ciertamente, numerosos juristas siguen creyendo que la renovación jurídica en sentido nacionalsocialista puede detenerse ante los «métodos consagrados» tradicionales del pensamiento científico-jurídico; que com algunas modificaciones de las leyes y una labor de reforma limitada a complejos vitales singulares, todo quedaría ya terminado. Quien así piensa, no ha comprendido aún que estamos ante una renovación total de nuestra vida espiritual, renovación de la cual tampoco el Derecho queda excluído; se halla todavía en la creencia errónea de que la ciencia jurídica es una técnica que se basta a sí misma y que puede prescindir de la base espiritual de una concepción del mundo. En realidad, es por necesidad inmanente a toda ciencia jurídica que merezca la denominación de tal una actitud espitual determinada, más aún, una concepción determinada del Derecho y del Estado, tengan o no conciencia de ello los representantes particulares de esta ciencia.

[150] De resto, além da Constituinte portuguesa, também a Constituinte italiana presentificou o problema (a propósito do seu art. 101.º: *"[…] I giudici sono soggetti soltanto alla lege"*), nos seus trabalhos de 1946/47, um ano antes do início dos trabalhos na vizinha Alemanha. Recorda-se a paralela discussão sobre a *consciência além da lei*. De resto, com esclarecedoras alusões ao problema do Direito além da lei, à relação entre democracia, separação de poderes e subjectivismo na interpretação da lei, ao perigo do conceito aberto *consciência* e o "Hitlerismo", ao fascimo e suas más leis, à ligação entre, por um lado as matérias fonte e método, e, por outro lado, a sede constitucional para tratar matérias nesse âmbito (não obstante a Itália ter o então recente Código Civil de 1942, com as *suas Diposições preambulares* de que faz parte o acima referido art. 12.º), e finalmente, alusões à proximidade entre grandes Juristas e o ideário da Alemanha nazi. Começando por estas, proferidas por Giovanni Persico na sessão da Assembleia Constituinte de 8 de Novembro de 1947 (acedidas em http://www.nascitacostituzione.it/05appendici/05p2generali/03/index.htm?005.htm&2)

> "Persico: Noi siamo stati per tanti anni gli ammiratori della sapienza giuridica dei tedeschi. Io ricordo quando, studente, i miei professori mi parlavano della filosofia giuridica del Trendelenburg, di Jhering e del suo *Der Kampf ums Recht*, la lotta per il diritto, quasi che noi non comprendessimo la lotta per il diritto. Ricordo come i miei compagni di università accorressero a Berlino, ad Heidelberg, a Bonn, per ascoltare le lezioni dei professori di diritto, quasi che noi avessimo la nobile tradizioni, che va da Beccaria a Carrara, e non avessimo le gloriose università di Pavia, di Bologna e di Napoli, fari di civilità e di sapienzia attraverso i secoli.
>
> Non si supponeva allora che gli *Herr Professor* e gli *Herr Doktor*, sarebbero divenuti le iene e i torturatori di Buchenwald, che i dotti professori avrebbero affermato il *Führer Prinzip*, cioè che la legge la fa il *Führer* e che, tranne la volontà del dittatore, non vi è altra fonte legislativa.
>
> Noi italiani amiamo il diritto, amiamo veramente la lotta per il diritto.
>
> Appena riconquistata la libertà, abbiamo nominato primo cittadino della Repubblica un grande avvocato, intesa questa parola nel senso più alto: *advocatus*, cioè colui che è chiamato a

difendere la libertà, la giustizia, il diritto. Per i romani l'avvocato era il *vir bonus dicendi peritus*; e tale è Enrico De Nicola.

Questa Assemblea è presieduta da un avvocato, il quale dimostra quotidianamente, oltre che vastità di cultura e di sapienza politica, acume e finezza giuridica nel dirigere i nostri dibattiti.

Noi siamo in quest'Aula circa duecento fra avvocati, professori di diritto e magistrati, quasi un terzo dell'Assemblea.

Questo dimostra la passione che il popolo italiano ha sempre avuto per il diritto, la sua sete di giustizia. La nostra classe forense ha mantenuto intatta la dignità della sua nobile missione, fieramente levata contro la dittatura. Quando a Torino l'avvocato Duccio Galimberti e a Roma l'avvocato Placido Mastini venivano trucidati, essi apponevano il diritto alla tirania, e segnavano la loro fede col sangue.

Onorevoli colleghi, facciamo di questo Titolo quarto della nostra Costituzione cosa veramente degna del popolo italiano; diamogli uma Magistratura – qui possiamo adoperare il termine Magistratura – che sia garanzia di giustizia alta: serena ed eguale per tutti.

Ricordiamo il motto della sapienza romana, che oggi chiameremmo uno *slogan: justitia est fundamentum rei publicae*."

[…]

Il Presidente Conti apre la discussione sull'articolo 2 del progetto Calamandrei, così formulato:

*«Indipendenza funzionale dei giudici.*

I giudici, nell'esercizio delle loro funzioni, dipendono soltanto dalla legge, che essi interpretano ed applicano al caso concreto secondo la loro coscienza, in quanto la riscontrino conforme alla Costituzione.

[…]

[Targetti:] Sebbene il principio che «i giudici nell'esercizio delle loro funzioni diopendono soltanto dalla legge» sia stato inserito in altre Costituzioni, crede che la dizione, presa in senso letterale e logico, abbia un significato abbastanza discutibile, perché, se si vuole intendere che i giudici debbono rispettare la legge, è superfluo, in quanto tutti i cittadini sono tenuti a rispettare le leggi. Propone perciò la seguente formulazione: «Nell'esercizio delle loro funzioni il magistrato e il pubblico ministero ubbidiscono soltanto alla legge e alla loro coscienza».

Callamandrei, *Relatore*, è d'accordo per il rinvio del primo comma dell'articolo 3 alla seconda Sottocommissione e del secondo comma di tale articolo alla discussione sulla Suprema Corte costituzionale. Accetta parimenti di eliminare nel primo comma dell'articolo 2 le perole: «in quanto la riscontrino conforme alla Costituzione», avvertendo però che, se al problema circa la pronuncia della incostituzionalità delle leggi sarà data una soluzione conforme alle sue proposte, proporrà di ripristinare l'inciso a cui adesso rinuncia.

Ritiene invece che sia necessario affermare, contrariamente al parere dell'onorevole Leone, il principio della dipen-

denza del giudice dalla legge, che ha una grande importanza anche pratica, in relazione particolarmente a quegli ordinamenti giudiziari in cui il giudice non è vincolato dalla legge, ma decide soltanto caso per caso. Cita l'esempio di quello che avveniva nei primi anni della rivoluzione russa, in cui la norma giudiziaria nasceva di volta in volta ed il giudice, operaio o contadino, era scelto no per la sua cultura giuridica, ma per la sua sensibilità politica e per la sua conscienza proletaria.

[…]

Targetti voleva riferirsi all'obbligo del giudice di applicare la legge secondo la legge stessa.

Leone Giovanni, *Relatore,* essendosi convinto delle osservazioni dell'onorevole Calamandrei, accetta la sua formula, anche se un po' vaga e solene. Sopprimerebbe però le parole: «nell'esercizio delle loro funzioni», che gli sembra restringano il concetto della indipendenza del giudici.

Calamandrei, *Relatore,* spiega che l'indipendenza del giudice deve affermarsi nel momento in cui questi esplica la sua funzione; ma per tutto il resto egli è soggetto agli obblighi del su ufficio.

Leone Giovanni, *Relatore,* ritiene che si potrebe usare la seguente dizione:

«I giudici interpretano ed applicano il dititttto e la legge e non dipendono che da essa».

Bulloni esprime l'avviso che la dipendenza del giudice dalla legge debba avere anche un limite, il quale non può essere altro che quello stabilito dalla costituzionalità della legge. Per questo motivo ritiene che debba essere mantenuto l'ultimo inciso del primo comma, in modo che la coscienza del giudice si sentirà vincolata alla legge soltanto quando agli avverta che è conforme alla Costituzione.

Propone il seguente emendamento formale:

«I giudici, nell'esercizio delle loro funzioni, dispendono soltanto dalla legge, che essi interpretano e applicano secondo coscienza, in quanto conforme alla Costituzione».

Ravagnan è favorevole allo spirito della formulazione Calamandrei e pensa che il concetto della dipendenza dei giudici soltanto dalla legge debba essere mantenuto ed anzi rafforzato. Però, invece delle parole «secondo la loro coscienza», direbbe più semplicemente «secondo coscienza», volendo alludere alla coscienza generale, mentre l'aggettivo possessivo potrebbe far pensare che il giudizio sulla interpretazione ed applicazione della legge venga lasciato all'apprezzamento individuale del magistrato.

È d'accordo per eliminare le parole «in quanto la riscontrino conforme alla Costituzione», perché il controllo da parte del giudice non potrebbe essere di merito, ma solo formale.

Manniromi semplificherebbe la formula nella seguente maniera: «I giudici, nell'esercizio delle loro funzioni, dipendono solo dalla legge che applicano al caso concreto». Sopprimerebbe le parole «secondo la loro coscienza», che devono intendersi sottintese, e l'ultimo inciso, che farebbe sorgere un problema assai

delicato, attribuendo ai giudici un compito che sarebbe bene non fosse loro demandato.

Il Presidente Conti crede che possa rimaner deciso fin d'ora che dell'articolo 3 si rinvia alla seconda Sottocommissione il primo comma e si sospende la discussione del secondo.

(*Così rimane stabilito*).

Per quanto riguarda l'articolo 2, mette ai voti l'emendamento dell'onorevole Targetti:

*«Nell'esercizio delle loro funzioni i giudici e i magistrati del pubblico ministero obbediscono soltanto alla legge e alla loro coscienza»*.

**(*Non è approvato*).**

[…]

Presidente Terracini. L'onorevole Costa ha presentato i seguenti altri emendamenti:

«*Sopprimere il secondo comma.*

«*Subordinatamente, alle parole:* dipendono, *sostituire le altre:* sono vincolati, *e sopprimere le parole:* che interpretano ed applicano secondo coscienza»

Ha facoltà di svolgerli.

Costa. Ritengo che il secondo comma sia superfluo. E ad ogni modo, non si dica che i magistrati «dipendono» soltanto dalla legge, ma che i magistrati «sono vincolati» soltanto dalla legge.

È un'espressione tecnica, che mi sembra assai più appropriata di quella della dipendenza, la quale fa pensare a un rapporto gerachico, mentre il concetto è che i magistrati non hanno altro vincolo, altra soggezione che quella della legge. Mi sembra, poi, superfluo dire che questa legge i magistrati «interpretano ed applicano secondo coscienza».

È inutile che ciò dica la Costituzione. Trattasi di un principio di ordine morale e giuridico il quale è nella coscienza comune. Quindi considero una superfluità che se ne occupi la Costituzione.

Poi, quanto all'ultimo comma, quello riguardante i parti politici, propongo che sia soppresso per le ragioni che da vari oratori sono state svolte nella discussione generale.

[…]

E vengo al secondo comma, che nel testo del progetto dice «i Magistrati dipendono soltanto dalla legge, che interpretano ed applicano secondo coscienza». È affermazione questa che prelude alla concreta dichiarazione di indipendenza che faremo fra poco risolutamente all'articolo 97. Mi pare che sia perfettamente inutile questa prolusione astratta, superflua, vaga e di stile che vorrei superato. Che cosa significa: i magistrati «dipendono soltanto dalla legge»? È poi elementare, che il magistrato ha per compito specifico di interpretare e di applicare la legge e di farlo secondo la propria coscienza. Questa è una cognizione così estesa, di così generale dominio, che appare assolutamente pretenzioso sentire il bisogno di enunciarla in una Costituzione.

Per queste ovvie considerazioni, e per evitare il più possible il superato stile iluminista ad allegerimento del testo, io ho proposta la soppressione del comma. E la raccomando all'As-

semblea. E soggiungo che, se qualche cosa si sentisse il bisogno di proclamare qui in riferimento al tema annunciato, sarebbe preferibile la concreta affermazione che il magistrato requirente, il pubblico ministero, non rappresenta, come fin'ora si è tenuto ad affermare, il potere esecutivo, ma soltanto la legge della quale è depositario, custode e vindice. (*Approvazioni*). Questo potrebbe útilmente inserirsi ove non piacesse meglio inserirlo altrove.

[…]

«*All secondo comma, dopo le parole:* secondo coscienza, *sostituire le altre:* secondo la volontà, che vi è espressa».

L'onorevole Caroleo ha facoltà di svolgerlo.

Caroleo. Il mio emendamento è questo: alle parole «secondo coscienza» sostituere le altre: «secondo la volontà, che vi è espressa».

È ben detto che i magistrati devono dipendere esclusivamente dalla legge, ma bisogna intendersi bene a proposito di questa dipendenza, che verrebbe in certo qual modo superata dall'aggiunta delle parole «secondo coscienza».

Io penso che quando ci si riferisce ai magistrati italiani sia inutile fare un appello alla coscienza, mentre è necessario, se non si vuol cadere in una specie di contraddizione, fare un espresso richiamo alla volontà della legge, altrimenti sarebbe quasi inutile afermare che i magistrati dipendono dalla legge.

In ogni paese democratico, più che di separazione, deve parlarsi di delimitazione di poteri, e la legge segna il limite della sovranità devoluta ai magistrati, come la legge segna il limite per tutti gli altri poteri dello Stato. Ho sentito da taluno affermare che l'indagine del giudice intorno al pensiero del legislatore sia quasi un conformismo, uno zelo inammissibile per il magistrato. Ma questo mi pare che non sia rispondente al principio della indipendenza della Magistratura, che trova il limite nella legge, e soltanto nella legge.

[…]

«*Sostituire il secondo comma col seguente:*

«I magistrati sono soggetti soltanto alla legge, che applicano secondo coscienza».

L'onorevole Grassi ha facoltà di svolgerlo.

Grassi. Ho presentato un emendamento per il secondo comma, perché per il primo comma io non avrei nessuma diffilcoltà ad accettare il testo della Commissione. Però ritengo utile il secondo comma, per quanto l'onorevole Oro Nobili abbia detto che si tratta di affermazione generica, ed effettivamente questa affermazione generica potrebbe essere superflua, dato che nell'articolo successivo si parla di indipendenza della Magistratura. Tuttavia io penso sia necessario che rimanga, perché mentre lì parliamo di Magistratura in genere, che è indipendente ed autonoma, qui invece parliamo dei singoli, facenti parte dell'organo generale. Dire la frase «dipendono dalla legge» mi sembra più corretto, in magistrato di ricercare, ogni qual volta applichi o interpreti la norma, il vero pensiero del legislatore, Taluno confonde spesso la péssima legge com il pressuposto conformismo del magistrato; ma ocorre tener presente che, anche quando si ha riguardo al período fascista e si fa rimprovero ai

magistrati di essersi conformati alla legge, quel rimprovero e quel processo andrebbero più rettamente fatti alla péssima legge che si poté emanare durante il fascismo e non al cosiddetto conformismo del magistrato.

Su questo punto, onorevoli colleghi, credo ci si debba fermare e ci si debba chiaramente intendere, se non si vuole assistere a quello spettacolo poco edificante a cui noi abbiamo assistito a proposito di certe sentenze che hanno trattato dell'applicazione dei decreti Gullo prima, e Segni poi.

Se si vuol fare questo riferimento alla coscienza del magistrato, lo si mantenga; ma prima che alla coscienza, si faccia obbligo al magistrato di obbedire al pensiero ed alla volontà del legislatore.

Presidente Terrscini. Sullo stesso articolo 94 è stato presentato dagli onorevoli Conti, Perassi, Bettiol, Leone Giovanni, Reale Vito un emendamento del seguente tenore:

«La giustizia è amministrata in nome del popolo.

«I magistrati sono soggetti soltanto alla legge».

Si intende così assorbito l'emendamento dell'onorevole Bettiol del seguente tenore:

«*Al secondo comma, sopprimere le parole:* che interpretano ed applicano secondo coscienza».

L'onorevole Conti ha facoltà di svolgerlo.

Conti. Rinunzio a svolgerlo.

Presidente Terracini. L'onorevole Ruini ha facoltà di esprimere il parere della Commissione sugli emendamenti presentati.

[…]

Secondo comma: «I magistrati dipendono soltanto dalla legge, che interpretano e applicano secondo concienza».

È stato proposto di sostituire alla parola «dipendono» le parole «sono vincolati» oppure «obbediscono» oppure «sono soggeti». Il Comitato accetta quest'ultima espressione, che pare migliore, o almeno ha minori inconvenienti, e comunque rientra piuttosto nella revisione stilistica.

Riguardo alla seconda parte del secondo comma, «che interpretano ed applicano secondo coscienza» si presenta un dilemma: o questa è una dichiarazione generica di ovvio significato, ed allora possiamo anche abbandonarla, senza molto rincrescimento, o apre la via, e di ciò si espresse il timore, ad una interpretazione che sarebbe pericolosa, ed allora vi è una ragione di più per abbandonarla. Io non credo che, parlando di coscienza del giudice, si possa intendere la tendenza e l'ammissione del cosidetto «diritto libero», costruzione teórica per me inammissibile; ma non discara, fra gli altri, all'hitlerismo. Ad ogni modo, poiché è stato manifesto un dubbio; ed il togliere l'inciso non nuoce – anzi, Dio sia lodato, abbrevia il testo – il Comitato acconsente alla soppressione.

[…]

La formulazione dell'articolo si riduce così a due brevi commi. Nel primo si tien conto dell'emendamento degli onorevoli Conti, Perassi e Bettiol e degli altri emendamenti degli onorevoli Collito e Targetti. Nel secondo comma si tien conto

dell'emendamento Grassi. In complesso il testo che noi proponiamo è molto breve (Dio sia lodato) ed è questo: «La giustizia è amministrata in nome del popolo. I magistrati sono soggeti soltanto alla legge».

[…]

Laconi. Chiedo di parlare.

Presidente Terracini. Ne ha facoltà.

Laconi. Vorrei fare una proposta sull'emendamento presentato dall'onerevole Caroleo. Domando se egli sarebbe disposto a combinare il suo emendamento com quello accettato dalla Commissione, e che in questa forma il nostro Gruppo sarebbe disposto a votare: «I magistrati sono soggetti soltanto alla legge, che interpretano ed applicano secondo la volontà che vi è espressa». (*Comenti*).

Presidente Terracini. Quale è il suo parere, onorevole Ruini?

Ruini. *Presidente della Commissione per la Costituzione*. Prego l'onorevole Laconi di non insistere su questa proposta, perché l'affermare che la legge va interpretata secondo la volontà che vi è espressa è cosi elementare e tautológico, che non è davvero il caso di inserirlo in una Costituzione. Ripeto: avrebbe avuto un significato mettere: «che interpretano ed applicano secondo coscienza»; ma poiché è sorto un dubbio e non è necessario inserire una tale disposizione ritiene opportuno limitare il secondo comma alla sola frase: «i magistrati sono soggetti soltanto alla legge».

(*Approvazioni*).

Targetti. Chiedo di parlare.

Presidente Terracini. Ne ha facoltà.

Targetti. Onorevoli colleghi! A nome anche di alcuni colleghi, come l'onorevole De Michelis, l'onorevole Costa ed altri, propongo la soppressione di questo secondo comma presentato dalla Commissione per queste considerazioni. Che cosa si intende di significare com la frase: «i magistrati sono soggetti soltanto alla legge»?

Evidentemente, si vuole affermare l'indipendenza del magistrato; ma vi sarà modo di affermarla in un altro articolo e, me lo permetta l'onorevole Ruine e gli altri sostenitori di questa formula, ci sarà anche modo di esprimerla un po' meno rale, un po' meglio, non so come dire. Certamente questa espressione, per la quale il magistrato si dice soggeto alla legge, non è la più felice per riconoscere ed affermare la superiorità del magistrato, la sua indipendenza. Tanto peggio poi quando si aggiunge «che interpreta secondo coscienza». Non già perché io mi preoccupi dell'aggiunta, mentre non approverei in nessun modo la frase «secondi la volontà che vi è espressa», perché non vi sarà nessun magistrato che interpreterà una disposizione di legge secondo una volontà che non vi è espressa o che è espressa in un'altra disposizione di legge, ma è che mi sembra che vi sia un contrasto fra questi due concetti. Da una parte si dice che il magistrato sta sotto la legge, che vi è soggetto, e dall'altra si dice che la interpreta. Cioè interpreta ciò a cui è soggetto. È un insieme di espressioni che non mi sembrano le più felici.

ta a mesma experiência nazi). Inclusive quando, em Herrenchiemsee, se defende a *consciência do juiz*, como factor de decisão ao lado da lei, é por desconfiança perante o legislador, é pela necessidade de *alguém controlar o legislador*. O que justifica a enfática referência, no Relatório final, à conjunção copulativa "e", a sublinhar que a *consciência* não prescindia da lei; ou seja, a sua acção – cassatória – verificar-se-ia no seio da lei.

---

Per queste considerazioni, proponiamo la soppressione di questo comma.

Presidente Terracini. Onorevole Mastino Pietro, mantiene il suo emendamento?

Abbozi. L'onorevole Mastino Pietro non è presente. Faccio mio il suo emendamento e lo mantengo.

Presidente Terracini. Sta bene. Onorevole Targetti, mantiene il suo emendamento?

Targetti.Lo mantengo.

Presidente Terracini. Onorevole Caccuri, mantiene il suo emendamento?

Caccuri. Lo ritiro. Aderisco in pieno alla nuova formulazione Conti, Bettiol e altri.

[…]

Termina-se: surpreendente seria que, na Alemanha após 1945, não fosse essa versão da História uma versão tida presente nos trabalhos da Constituição. Com os correspondentes reflexos no clausulado (ou seja, os aventados artigos 20.º/3 e 97.º como fruto de uma dupla desconfiança do Conselho Parlamentar: a desconfiança perante o legislador e a desconfiança perante o juiz.

Diz-se que a ausência, na Alemanha, deste discurso histórico seria "surpreendente", atentos estes vários testemunhos acerca da associação entre o Direito da Alemanha nazi e as fórmulas vagas, o Direito translegal (sem prejuízo de, nessa translegalidade haver lugar para leis como as de Nuremberga de 1935). Testemunhos que se prolongam ao longo de décadas e além fronteiras alemãs (encontrando-os no decisivo constituinte *José Luís Nunes*, na Assembleia Constituinte, como se acaba de verificar, na Constituinte italiana de 1946/47). Impõe-se referência aos incontornáveis 5 minutos de *Radbruch*, na sua *Filosofia do Direito – Apêndice II*): aparentemente, tem-se aí, a contraposição legalismo /translegalismo (designadamente jusnaturalista ou jusracionalista); no entanto, aventa-se, ter-se o confronto entre dois translegalismos, atendendo ao próprio discurso de *Radbruch*, no 2.º minuto, ao reconhecer penas sem lei e práticas nazis ilegais, ou a informalidade e vagueza de conceitos como "útil para o povo" (que mais caracterizarão o Direito da Alemanha nazi do que o legalismo nas leis de Nuremberga). Ora, estando em causa dois translegalismos, natural é que o defensor de cada um considere o seu preferível. É, de resto, essa a fragilidade do translegalismo: cada homem tenderá a ter o seu (ao menos, em sociedades pluralistas/relativistas – como naturalmente o são as sociedades democráticas). Adiante, far-se-á breve referência a modelos sócio-políticos. Assinala-se que o translegalismo de Radbruch abrange a *fórmula de Radbruch*, pela qual se pretende resolver os conflitos entre a normatividade legalista e a normatividade translegalista. Tal como já acontecia com a *fórmula* de São Tomás (*Suma Teológica*, I, II, questão 96, art. 4.º). Ainda que semelhantes, há 700 anos a separá-las: o mundo de Radbruch é o do pluralismo/ relativismo desajustado a fórmulas legais axiologicamente abertas; o de São Tomás é o da homogeneidade comunitária axiológica ajustado ao Direito translegal. Como a mesma receita médica pode conduzir a resultados inconvenientes ou a resultados convenientes, consoante as peculiaridades do doente a quem a receita é prescrita.

Insiste-se: não sobressai das discussões, não sobressai das intervenções dos parlamentares, de qualquer dos lados da contenda, manifestações de *confiança no juiz*: ou se desconfia do juiz, pelo que se reserva ao legislador [democrático] o poder de criar o Direito; ou se desconfia do legislador, pelo que se dá poder ao juiz para controlar o legislador.

O que se acaba de sublinhar quanto aos trabalhos preparatórios aponta na direcção da hipótese atrás apresentada: o disposto no art. 97.º evidencia a desconfiança ante o juiz, pelo que o limita à "lei" (ainda que numa acepção tão ampla que abrange o costume); o disposto no art. 20.º/3 evidencia desconfiança ante o legislador, pelo que dá poder ao juiz para sindicar o legislador, à luz de normas que já não radicam no próprio legislador (pois se nele radicassem não estaria ele a ser cabalmente controlado): o "Direito". Recorda-se que se discutiu (logo em Herrenchiemsee, e no Conselho a propósito do art. 20.º/3) se era, ou não era, suficiente o regime dos direitos fundamentais para limitar o legislador.

**4.º** Assinala-se que vários dos parlamentares pertenciam, simultaneamente a várias das Comissões intervenientes nestas matérias (além de, repete-se, vários terem estado em Herrenchiemsee): Comissão para o Tribunal Constitucional e o Poder Judicial, Comissão para as Questões Fundamentais, Comissão Pincipal, Comissão de Redacção. E participaram nos debates. É o caso de *Schmid*, *Dehler*, *Zinn*, *Mangoldt*, *Leforet*, *Straus*; acresce que o período de feitura foi curto.

O que se acaba de recordar evidencia que a aprovação do art. 20.º/3 tinha presente o que se passava no *paralelo* art. 97.º (ambos foram discutidos e votados em Novembro/Dezembro de 48). Ora, o facto de o art. 20.º/3 ter sido aprovado quase por unanimidade, e sem discussão (ainda que antecedida da discussão sobre fórmulas limitadoras do poder do legislador, e também antecedida da discussão sobre a *consciência* em sede de caracterização do poder judicial), permite a hipótese de os parlamentares não terem tido as duas normas como contraditórias (pois, repete-se, teriam bem presente cada uma das duas). Precisamente, por terem a *lei* como critério de *aplicação* da solução ao caso, e, diferentemente, terem a *lei e o Direito* como critérios de *desaplicação* da norma legal ao caso. Por outras palavras: a função regulativa cabe ao legislador

através da *lei*; a função cassatória cabe ao juiz através da *lei e do Direito*. Insiste-se: a conciliação entre as duas fórmulas não se faz *tanto* pela fronteira entre o conceito *Direito* e o conceito *lei*; a conciliação faz-se, sim, pela função de um e de outro: a *lei* com função reguladora; o *Direito* (e também a lei) com função cassatória. *O que fica de fora* é a função – do "Direito" do art. 20.º/3 – desenvolvimentista judicial da lei (para lá do costume e, naturalmente, para lá das lacunas imanentes à lei). Ou seja, *o que fica de fora* é o judicialismo/ jurisprudencialismo, ou, ainda por outras palavras, o juiz com o poder de desenvolver a lei mediante a ponderação de *princípios* de que falava *Canaris*, o juiz com o poder de ponderação principialista (para lá da função cassatória).

Esta hipótese é reforçada pelo facto de, na sistematização da Constituição, estar-se perante matérias muito diferentes: o art. 97.º sobre, especificamente, o poder judicial. Diferentemente, o art. 20.º/3 sobre a caracterização do Estado, do *Estado de Direito*, logo a seguir aos direitos fundamentais e a propósito da estrutura federal da Alemanha: duas matérias em que a limitação do poder legislativo era imperiosa, era central na preocupação dos parlamentares. Como, aliás, relatado, a propósito dos direitos fundamentais – recorda-se que se duvidou da necessidade do art. 20.º/3 atendendo à consagração dos direitos fundamentais como limite ao legislador. Atente-se, ainda, no emblemático art. 1.º: ao mesmo tempo que consagra a dignidade da pessoa humana, limita o poder do Estado. Recorda-se, de resto, que essa era exigência primacial dos Governos Militares aliados (como já de seguida se relembra).

Voltando aos trabalhos preparatórios: a *pacífica* aprovação do art. 20.º/3, ao contrário da discutida e rejeitada *consciência* no art. 97.º serão reflexo destas distintas funções: no art. 97.º a *consciência*, além da função cassatória teria função reguladora; o que terá ditado a exclusão da fórmula; no art. 20.º, pelo contrário, o "Direito" teria apenas função cassatória; o que terá ditado a sua fácil aprovação. Assim, se *respondia*, respectivamente, ao medo perante o *arbítrio do juiz* e ao medo perante o *arbítrio do legislador*.

**5.º** Acresce que a introdução de "Direito" no art. 20.º/3 está temporalmente próxima do memorando (acima reproduzido) em que os Aliados, através dos seus

Governos Militares (que governavam, então, a Alemanha), exigem formas de controlo do legislativo e do executivo. O que permite a hipótese de a introdução do art. 20.º/3 ter sido exigência dos Aliados [151] [152]. Nesta hipótese, realça-se que o memorando não trata de teses desenvolvimentista do Direito – apenas se preocupa com a cassação. Pelo que também esta hipótese não contraria a conjugação aventada entre as duas normas.

**6.º** Assinala-se, ainda, que os tribunais *já* tinham (como enfatizado por *Mangoldt*) o poder de sindicar a lei à luz de *conceitos tão axiologicamente abertos* quanto a dignidade da pessoa humana (como acima lembrado). Ora, acrescer a esse poder, nesse âmbito, o poder de ponderação principialista judicial em qualquer matéria (com a fórmula "Direito") seria *surpreendente*: ter-se-ia um *ordenamento jurídico criado pela lei democrática* todo ele em suspenso atento o poder de nomogénese judicial. O

---

[151] A propósito, recorda-se: a Constituição alemã é feita num curto espaço de tempo, sob pressão dos Aliados, com os seus Governos Militares, sem que tivesse havido eleições para uma Assembleia Constituinte, sem sequer os Parlamentos Regionais (que indicaram os parlamentares do Conselho Parlamentar) terem sido mandatados, em eleições já posteriores à Guerra, para a específica feitura de uma Constituição para a Alemanha no seu todo (a que viria a ser *Federação*).

No seu texto *Estado de Direito…, pág., 580, Emílio Kafft Kosta recorda o documento* que evidencia o *protectorado da Alemanha após a Guerra:*

> «SUBJECT: Constituent Assembly.
>
> *«The Military Governors of the US, UK, and the French Zones of occupation in Germany,* in accordance with the decisions of their respective Governments, authorise the Ministers-President of the states of their respective zones *to convene a constituent assembly to be held not later than 1 September 1948»* (...).
>
> «The total number of delegates to the constituent assembly will be determined by dividing the total populations at the last census by 750.000 or some similar figure as may be recommended by the Ministers-President and approved by the Military-Governors» (...).
>
> *«The constituent assembly will draft a democratic constitution* wich will establish for the participating states a *governmental structure of federal type* wich is best adapted to the eventual re-establishment of German unity at present disrupted, and wich will protect the rights of the participating states, provide adequate central authority, and contain *guarantees of individual rights and freedoms.*
>
> «If the constitution as prepared by the constituent assembly does not conflict with these general principles, the Military Governors will authorize the submission for ratification».

Factos estes que são parte do contexto da feitura da Constituição da Alemanha de 1949 (então conhecida por Lei Fundamental de Bona).

[152] A hipótese de exigência, pelos Aliados, da exigência da consagração de um *Direito além da lei*, teria, de resto, cabimento, tendo presente a invocação de juridicidade não circunscrita à legalidade, com a norma penal retroactiva e aberta, abarcando *condutas contra a humanidade*, no julgamento de Nuremberga.

resultado seria um Direito todo ele assente na vaga fórmula *Direito* como vaga era a fórmula *são sentimento do povo* (censurada por *Carlo Schmid*). Certo que os conteúdos com que, agora 1949 (ou, agora 2017), o juiz preencheria *conceitos indeterminados como esses* seriam muito diferentes dos conteúdos normativos com que tais fórmulas foram densificadas na Alemanha nazi. Por outras palavras: a vagueza na lei vulnerabilizaria o Direito a critérios do julgador. Certo que não se teria um Estado do *governante Hitler*, com os seus específicos conteúdos jurídicos, mas, ainda assim, não se teria um Estado de Direito radicado na comunidade; tendo, sim, um Estado dos juízes. Ter-se-ia, sim, um aberto *Direito* tão aberto quanto o Direito da Alemanha nazi; as pessoas e os ideários preenchedores dessas fórmulas é que haviam mudado. O que não lograria o objectivo por todos tido, em reacção aos 12 anos nazis: um Estado sujeito a normas que se lhe impõem (*rectius*, a normas que só por procedimentos exigentes e maiorias qualificadas poderiam ser removidas – *maxime*, os procedimentos e maiorias exigidos para revisões constitucionais), impedindo eventuais arbítrios e excessos conjunturais do Poder. Em suma: o Estado continuaria *vulnerável a preenchimentos arbitrários* – hoje, preenchido de forma que os parlamentares de 48/49 considerariam aceitável; mas, amanhã, passível de ser preenchido de forma que os parlamentares de 48/49 considerariam trágica. Pois *preencher fórmulas abertas* sempre seria mais fácil do que *seguir os referidos procedimentos e maiorias qualificadas*. O receio desta *vulnerabilidade* é receio muito presente nos trabalhos preparatórios. A apontar, também aqui, para a conciliação [entre o disposto nos artigos 20.º/3 e 97.º] acima aventada: consagra-se a fórmula aberta "Direito", mas restringindo-a a sua *função sistémica* à *função cassatória*. E não ao desenvolvimento judicial da lei (isto é, afinal, aos atrás referidos judicialismo/ jurisprudencialismo).

A *conciliação* feita, à luz, nomeadamente, dos trabalhos preparatórios, traduz não no *Estado de Direito tout court*, mas sim num *Estado de lei juridicamente sindicável*. Ou seja, Estado de lei (em que só a lei pode ser aplicada pelos tribunais), mas em que a lei é passível de cassação judicial à luz de Direito não legal.

Passar o Estado de Direito do *âmbito do art. 20.º/3* (ou seja, em sede de controlo do governante, seja, este, o da legislação, seja ele o da administração) para o *âmbito do art. 97.º* é passar da função cassatória para a função da nomogénese. Aí passar-se-ia do *Estado do juiz-cassatório* para o *Estado do juiz-jus-criador-no-caso.*

Insiste-se: pelo menos nos trabalhos preparatórios não se encontra qualquer intervenção no sentido desse juiz; nem algo se encontra no sentido da confiança no juiz (pressuposto em tal sistema jurisprudencialista).

**7.º** Nas linhas que seguem testa-se, à luz dos trabalhos preparatórios, a hipótese de o art. 20.º/3 consagrar o *Direito* com função não apenas cassatória, mas, também, *reguladora*, *desenvolvimentista*, *jurisprudencialista*.

Nesta hipótese, *fica por explicar* o seguinte:

(i) o carácter pacífico com que a proposta de *Dehler* foi recebida. Recorda-se que *Schmid* afirmou que a diferença entre a proposta de *Mangoldt* (apenas a *lei*, já que considerava que os *direitos fundamentais* já desempenhavam a suficiente função cassatória) e a de *Dehler* era *apenas diferença de redacção*. Pois propostas de translegalidade no *âmbito do art. 97.º* (onde, inequivocamente, estava em causa a função reguladora e não apenas cassatória) foram objecto de vivas controvérsias (desde Herrenchiemsee), entre vários dos que estavam presentes nessa reunião do Conselho Principal. Tendo acabado, de resto, essas outras propostas em sede do art. 97.º, por ser rejeitadas;

(ii) a contradição entre o disposto nas duas normas. Pois, na hipótese de o "Direito" ter função reguladora, o disposto no art. 97.º é inútil. Ou, se se der prevalência ao disposto no art. 97.º (por exemplo, pelo seu carácter de norma especial), é o disposto no art. 20.º/3 correspondentemente inútil.

**8.º** Acresce que na preparação da Constituição da Baviera, de 1946, o problema *lei /consciência* é suscitado: *Dehler* intervém nesses trabalhos. Trata-se de um dos representantes da Baviera no Conselho Parlamentar – o parlamentar que, em 1948, no Conselho Parlamentar, vem propor o acrescento "Direito" à proposta de *Mangoldt*, apresentando *lei* como conceito que não se confunde com *Direito*: incluindo, sim, recorda-se, a Constituição, as leis formais, os *regulamentos* e o costume.

Nos trabalhos da Constituinte bávara, *Dehler* diz:

> *"O juiz não pode estar sujeito apenas à lei [atendendo às leis dos 12 anos nazis anteriores]. Mas, sim – é claro que só no âmbito da lei –, também à sua consciência."*

Conforme documento junto na Adenda documental, acedível através de http://geschichte.digitale-sammlungen.de/verfassung1946/seite/bsb00009496_00065.

A intervenção evidencia que a *consciência* (e – aventa-se – a fórmula que lhe sucedeu: o "Direito") não é fórmula que permite a nomogénese ao juiz; apenas lhe permite a cassação. Por outras palavras: não é fórmula que permite a resolução do caso pela norma não legal, ou seja, o *desenvolvimento da lei*; apenas fórmula que permite a sua *desaplicação da lei*, a sua sindicância à luz de norma não legal.

**9.º** Conclui-se: os trabalhos preparatórios não põem em causa a hipótese aventada.

Em resumo: com excepção da função cassatória, os tribunais apenas podem aplicar a lei (incluindo, nesta, as lacunas imanentes e o costume). Reflectindo, de resto, a separação dos poderes e a democracia.

Acerca da separação de poderes, impõe-se recordar a Lição de *Friedrich Carl von Savigny*, quando, em meados de oitocentos, longe da democracia do *one man, one vote* (e do seu correspondente reforço de legitimidade e autoridade do legislador eleito), bem como longe de um mundo tão pluralista/ relativista quanto o mundo democrático de *igualação de opiniões* (e do correspondente aumento do perigo de desagregação comunitária), *já Savigny* preconiza sistema que guarda a fronteira entre legislar e julgar, não admitindo que, em sede de aplicação do Direito, o juiz crie Direito: atente-se no seu *Sistema del Derecho Romano Actual*, tomos I-II, p. 255 (ou na tradução francesa, *Traité de Droit Roman*, I, p. 318 e 319):

> *"Por último, si se trata de saber las reglas más apropriadas á las necesidades de la época actual, creo que, en el dominio de la interpretación*

*verdadera, debería dejarse al juez una completa independencia, prohibiéndole todo lo que se ha considerado equivocadamente como interpretación; y como de ordinario los límites entre la interpretación pura y la formación del derecho resultan bastante inciertos, debería existir una autoridad superior cuya acción no estuviese embarazada por esta distinción; dicha autoridad especialmente instituída para velar por el progreso del derecho (§31), habría de intervenir también siempre que se suscitasen dudas sobre la interpretación de una ley. En defecto de esta autoridad, y aun donde existiera, podría, sin peligro, confiarse la interpretación transcendental á un cuerpo judicial organizado de una manera semejante al tribunal de casación de Francia. El tribunal ejercería sobre la administración de justicia la influencia saludable que ejercieron en la antigua Roma el pretor y los jurisconsultos, y tendría en su poder esta interpretación extensiva y restrictiva que he distinguido de la interpretación verdadera y que excede de los poderes de un juez ordinário."* [153].

## §291 (Explicitações jus-comparatísticas. Reflexos *de iure constituendo*)

**1.º** O art. 203.º tem formulação semelhante à formulação de artigos de Constituições de muitos Estados europeus.

**2.º** A solução alemã, na tese em que o tribunal *aplica a lei e o Direito*, quer em sede cassatória, quer em sede não cassatória (ou *desenvolvimentista*), será, no Conti-

[153] A terminar: a solução defendida por *Savigny* convida, nestas poucas linhas de Apêndice *de iure constituendo*, a recordar a justeza e o cabimento do luso instituto *assentos*. Ainda que – continuando *de iure constituendo* – ponderando um *assento* proferido por órgão que reunisse o Supremo Tribunal de Justiça e o Governo através da Presidência do Conselho de Ministros e de quem esta considerasse ajustado à matéria a tratar por *assento*.

nente europeu, rara ou única. Será antípode da solução *legalismo exegético fechado* no Direito português.

Assinala-se que, a ser esta a solução do Direito alemão, trata-se de

- solução que não foi discutida, não foi ponderada pelos parlamentares de 48/49 (recorda-se: a discussão centrou-se no *poder judicial de controlo do legislador*, e não no *jurisprudencialismo desenvolvimentista*);

- solução de democraticidade fraca (atendendo a que o Conselho Parlamentar não resultou de eleições para uma Constituinte Federal – conforme atrás recordado);

- solução no âmbito de trabalhos, do Conselho Parlamentar, tutelados pelos Governos Militares dos Aliados, restando apurar até que ponto a fórmula "lei e Direito" decorre de pressões destes, e, entre estes, de juristas de *Common Law* (remete-se para os documentos atrás lembrados); nessa hipótese, tratar-se-ia de solução imposta por potências militares ocupantes, e não ponderadamente decidida;

- solução que potencia as dificuldades de conciliação entre o disposto nos dois artigos que têm vindo a ser tratados;

- solução que, a não haver uma inequívoca *delegação constitucional* da nomogénese nos tribunais (a propósito da resolução do caso – com a admissão das referidas *normas judiciais*), é solução dificilmente compaginável com a democracia e com a separação dos poderes;

- solução que, em comunidades pluralistas/ relativistas, concita os reparos atrás feitos em "I". Cabendo ao juiz *resistir* a usar fórmulas vagas, como "Direito", no art. 20.º/3 (isolada do art. 97.º, isolada dos trabalhos parlamentares, e isolada do respectivo contexto histórico) para fazer valer as suas preferências, as suas proto-compreensões axiológicas, fazendo eco, afinal, do pluralismo/relativismo prevalecente na sociedade;

- solução que não ponderaria a hipótese de, ironicamente, traduzir-se num Direito tão translegal, informal, aberto, vazio, vulnerável a bons e a maus preenchimentos, quanto o Direito por todos, em 48/49, rejeitado: o Direito da Alemanha nazi.

**3.º** Tendo presente o acima aventado, cabe, *de iure constituendo*, não seguir esta solução alemã.

**4.º** Quanto à hipótese de o Direito ter apenas função cassatória: trata-se de solução menos afastada do Direito português. Mas, ainda assim, muito diferente: pois este não admite a ponderação principial cassatória (atente-se no que foi dito acerca do art. 203.º e do art. 204.º da CRP), tem clara fronteira entre interpretação e integração, e

reconduz os conceitos indeterminados normativos ao instituto lacuna (e não à ponderação principialista).

Esta restrição à função cassatória, atendendo à aplicabilidade directa de normas como a da consagração da dignidade da pessoa humana, consistiria em solução em que os inconvenientes acima referidos seriam apenas atenuados.

Pelo que, *de iure constituendo*, trata-se de solução que concita reservas.

### §292 (Da singular coerência axiológica, e da singular adequação a modelo pluralista/relativista de sociedades, do Direito português)

Na comparação entre o quanto foi aventado acerca do Direito alemão e a Hipótese acerca do Direito português, apresentada ao longo dos Livros 2.º e 3.º, cabe assinalar a coerência do Direito português com o *fundamento democrático* do Direito, e com a *separação dos poderes*. Coerência evidenciada

- não tanto pela recusa da normatividade jusnaturalista (hoje, em tempos relativistas, esquecida – sem prejuízo do seu sempre possível *retorno*),

- não tanto pela recusa de normatividade consuetudinária (a que as sociedade abertas, heterogéneas, relativistas não são propícias),

- mas, sim, pela recusa constitucional do translegalismo principialista judicial, pela consagração do carácter exegético do método jurídico, explicitado no art. 9.º/2 (no seguimento da sua consagração em sede jurídico-constitucional, com o disposto no art. 203º), pela ausência de *apport* normativo no momento aplicativo, e pela recondução da lacuna à normatividade com o *selo do legislador*, atenta a norma-lacuna como resultado da exegese cujo objecto é a conjugação de *textos legais publicados* com os *trabalhos preparatórios* reveladores da extensão teleológica.

Sistema jurídico que, assim, em sociedade pluralista /relativista /democrática salvaguarda o máximo denominador comum normativo na comunidade, reforça e expande o jurídico, e propicia, no que depende do sistema jurídico, certeza e justiça.

## IV) Breve referência à pertinência de considerações *de iure constituendo* quanto aos pressupostos sócio-políticos do positivismo legalista

## §293 (Da pertinência de *tema de filosofia social e política*-também *de iure constituendo* e a montante do tema privilegiado)

A montante da controvérsia *de iure constituendo* entre *positivismo legalista fechado* e *positivismo legalista aberto*, encontra-se tema, cuja apreciação *de iure constituendo* se impõe, por, nomeadamente, dele depender, em muito, a justeza ou falta de justeza de cada um daqueles dois modelos jurídicos. Trata-se da *apreciação dos modelos sócio-políticos*, entre os quais se destaca o *modelo de sociedade [relativista] democrática.*

Procedendo-se, pois, à prévia problematização desse modelo sócio-político, clarificar-se-ia o que seja defeito e o que seja virtude de, por um lado, esse modelo, e, por outro lado, o que seja defeito e o que seja virtude de cada termo do binómio.

Clarifica-se, com mero exemplo:

- será a *incerteza (e, com ela, a implicada negação de justiça) propiciada pela abundância e volatilidade de diplomas legais* defeito do legalismo?, ou será defeito imputável ao funcionamento da democracia?

Assim se distinguiria o que é defeito do *legalismo fechado*, e o que seja mero corolário do modelo democrático actual. Evitando pôr em causa o *legalismo fechado* por defeitos que, afinal, lhe estão a montante, radicando no próprio modelo democrático. De facto, um mau diagnóstico pode conduzir não só à não resolução de um problema, como à criação de outro.

Clarifica-se o que se acaba de dizer, com um exemplo:

Se, problematizado o modelo sócio-político que é a democracia do *one man one vote*, se concluísse que aquela abundância e volatilidade de diplomas legais é ínsita à democracia, então o uso de *conceitos indeterminados normativos* pelo próprio legislador (servindo de mera ilustração o disposto no recente art. 8.º do Código do Procedimento Administrativo) como remédio contra tal abundância e volatilidade de diplomas legais não resolveria o problema (na hipótese, repete-se, de o problema estar a montante do legalismo). Mas, além de o não resolver, criaria um problema: em comunidade pluralista/ relativista, o uso banalizado de tais conceitos potenciaria o pluralismo/ relativismo. Por outras palavras: aí, o próprio governante, o legislador democrático, estaria a *decidir não decidir*, delegando a positivação das normas no juiz, em cada indivíduo, institucionalizando, como Direito, o que seria, afinal, densificação, por parte de cada juiz, à luz das suas próprias preferências axiológicas. Aí, far-se-ia

perigar a existência de um *denominador comum jus-normativo comunitário*, viabilizador da *vida do indivíduo com os outros*.

Está ilustrada a pertinência de a problematização *de iure constituendo* abranger o patamar do modelo sócio-político a montante do tema aqui presente. Problematização que não tem aqui lugar. Servindo este parágrafo para sublinhar que a defesa *de iure constituendo* do legalismo fechado (neste Apêndice, depois de, nos Livros 2.º e 3.º, o legalismo fechado ter sido explicitado *de iure constituto*) ser, além de defesa de um *mal menor*, uma defesa no pressuposto da democracia do *one man on vote* e seu ínsito relativismo. Fosse outro o modelo sócio-político, por exemplo propiciador de homogeneidade axiológica comunitária, e *já* justificada estaria a translegalidade; revelando-se, aí, o positivismo legalista, como inútil ou como nefasto.

**BIBLIOGRAFIA,**

**segundo os critérios fundamentados no §22**


**AA.VV. (traduzido por Álvaro d'Ors)**

**———** *El Digesto de Justiniano*, Tomo I, constituciones preliminares y libros 1-19, Pamplona, Editorial Aranzadi, 1968.

**———** *El Digesto de Justiniano*, Tomo III, Libros 37-50, Pamplona, Editorial Aranzadi, 1975.

**AA.VV. (org. Paulo Ferreira da Cunha)**

**———** *Instituições de Direito (Filosofia e metodologia do Direito)*, Coimbra, Almedina, 1998.

**AA.VV**. **(org. Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa)**

**———** *Comentário ao Código Civil, Parte Geral*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2014.

**ABREU, António José Teixeira d'**

——— *Curso de Direito Civil, vol. I, Coimbra, 1910.*

**AFONSO, Orlando Viegas Martins**

**———** *Poder Judicial – Independência in Dependência*, Coimbra, Almedina, 2004.

**AGUILAR, Francisco**

**———** *A Norma do Caso como Norma no Caso, Sobre a Prático-Axiológica Natureza da Intersubjectiva Realização (Unitária) do Direito*, Coimbra, Almedina, 2016.

**AGOSTINHO, Francesco D'**

——— *Direito e Justiça – Para uma Introdução ao Estudo do Direito,* Cascais, Principia, 2014.

**ALARCÃO, Rui de**

——— *Programa, conteúdos e métodos do ensino teórico e prático de introdução ao estudo do Direito* – Relatório, 1976.

**ALBUQUERQUE, Martim / ALBUQUERQUE, Ruy**

——— *História do Direito Português*, vol. I (Lisboa, Danúbio, 1986), II e III (Lisboa, polic.).

**ALBUQUERQUE, Pedro de**

——— *Direitos Reais - Relatório Sobre o Programa, Conteúdo e Métodos de Ensino*, Coimbra, Almedina, 2009.

**ALBUQUERQUE, Pedro de / RAIMUNDO, Miguel Assis**

——— *Direito das Obrigações, - Contratos em Especial,* Vol. II, 2.ª ed. revista, Coimbra, Almedina, 2013.

**ALBUQUERQUE, Ruy**

——— *V.* Albuquerque, Martim / Al buquerque, Ruy

——— "Direito de Juristas – Direito de Estado", *in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XLII, n.º 2, 2001, pp. 751-807.

**ALEXANDRINO, J. de Melo**

——— *V.* Sousa, Marcelo Rebelo de

——— *Direitos Fundamentais,* 2.ª ed., Cascais, Principia, 2011.

——— *Lições de Direito Constitucional I* e *II,* Lisboa, AAFDL, 2015.

——— *Lições de Direito Constitucional,* Vol. II, 2.ª ed., Lisboa, AAFDL, 2017.

——— "Jurisprudência da Crise. Das Questões Prévias às Perplexidades", *in O Tribunal Constitucional e a Crise – Ensaios Críticos*, Org. Gonçalo de Almeida Ribeiro e Luís Pereira Coutinho, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 49-68.

——— *Lições de Direito Constitucional*, Vol. II, Reimpressão, Lisboa, AAFDL, 2016.

**ALMEIDA, João Rui P. Mendes de**

——— V. Coelho, José Gabriel Pinto.

**ALMEIDA, Mário de / LOUREIRO, José Pinto**

——— V. Loureiro, José Pinto.

**ALMEIDA, Pedro Basto de**

——— *V.* Carvalho, Luís Nandin de

**ALPA, Guido**

——— *Trattato di Diritto Civile, I, Storia, Fonti, Interpretazione*, Milano, Giuffrè Editore, 2000.

**AMARAL, Diogo Freitas do**

——— *Sumários de Introdução ao Direito*, Lisboa, Principia, 1998.

——— "Da Necessidade de Revisão dos Artigos 1.º a 13.º do Código Civil", *in Themis*, Ano I - n.º 1, 2000, Coimbra, Almedina, 2000, pp. 9 e seguintes.

——— *Manual de Introdução ao Direito*, Vol. I, com a colaboração de Ravi Afonso Pereira, 2004.

**AMARAL, Maria Lúcia**

——— *A Forma da República – Uma Introdução ao estudo do direito constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

**ANDRADE, Abílio de**

——— *O breviário do intérprete das leis*, Editora Gráfica Portuguesa, Lisboa, 1938.

**ANDRADE, J. C. Vieira de**

——— "Legitimidade da justiça constitucional e o princípio da maioria", *in Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, - Colóquio no 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional – Lisboa, 28 e 29 de Maio de 1993, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pp. 75-84.

**ANDRADE, Manuel A. Domingues de**

——— Prefácio a «Interpretação e aplicação das leis» de Francesco Ferrara, subsequentemente titulado como «*Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*», Coimbra, Arménio Amado, 1933.

———"Sobre a recente evolução do Direito Privado Português", *in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. XXII (1946), 1947, pp. 284 e seguintes.

——— *Noções elementares de Processo Civil* (com a colaboração de João de Matos Antunes Varela), Coimbra, Coimbra Editora, 1956.

——— "Fontes de Direito. Vigência, interpretação e aplicação da lei", *in Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 102, Janeiro, Lisboa, 1961, pp. 141-152.

——— *Noções Elementares de Processo Civil*, 1.ª ed. (sem data), 2.ª ed., (1956), 3.ª ed. (1963), Coimbra.

——— "Fontes de Direito. Vigência, interpretação e aplicação da lei", *in Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 102, Janeiro, Lisboa, 1961, pp. 141 e ss.

——— *Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis*, 3ª ed., Coimbra, Arménio Amado Editor, 1978.

——— *Teoria Geral da Relação Jurídica - Sujeitos e Objecto, Vol. I,* Coimbra, Almedina, 1987.

——— *Teoria Geral da Relação Jurídica - Facto Jurídico em especial Negócio Jurídico, Vol. II,* 7.ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 1987.

**ANTUNES, José Engrácia**

——— "A hipótese autopoiética", *in Juris et de Jure*. Nos vinte anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Porto, Porto, UCP, 1998, pp. 1269-1290.

**ARNAUT, Joana Liberal**

——— *A Inteligência das Leis - Os "Elementos da Hermenêutica do Direito Portuguez" de José Manuel Pinto de Sousa (1754-1818) professor e diplomata*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011.

**ASCENSÃO, José de Oliveira**

——— "A integração de lacunas da lei e o novo Código Civil", *in O Direito*, ano 100.º (1968), fasc. n.º 3, Julho-Setembro.

——— "O Código Civil de 1966 é interpretativo do Direito anterior?", Separata do *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 229, 1973.

——— "A reserva constitucional de jurisdição", in Separata da *Revista O Direito*, ano 123.º (1991), II-III, pp. 465-485.

——— "Interpretação das leis. Integração das lacunas. Aplicação do princípio da analogia", *in Revista da Ordem dos Advogados*, ano 57 (1997), Dezembro, pp. 913 e seguintes.

**ASSEMBLEIA CONSTITUINTE**

——— *V.* Estado português

**AUGUSTO, António Ferreira**

——— *Subsídios para a boa interpretação do Código Civil Portuguez*, Porto, Imprensa Litterario-Commercial, 1878.

———*Anotações ao Código do Processo Civil*, 1.º Vol., Porto, 1881.

**BAPTISTA, José João**

——— *Introdução às Ciências Jurídicas*, Lisboa, SPB, 1994.

**BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda**

——— "O problema da integração das lacunas contratuais à luz de considerações de carácter metodológico – algumas reflexões", *in Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. II – A Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pp. 367-392.

**BASTOS, Jacinto Fernandes Rodrigues**

——— *Das Leis, sua Interpretação e Aplicação, segundo o Código Civil de 1966*, Lisboa, 1967.

——— *Notas ao Código de Processo Civil*, vol. III, 2.ª ed., Lisboa, 1972.

——— *Notas ao Código Civil*, Vol. I, Lisboa, 1987.

**BATALHÃO, Carlos José**

——— *Direito – Noções Fundamentais*, Porto, Porto Editora, 2012.

**BELEZA, Teresa Pizarro**

——— *Direito Penal*, Lisboa, AAFDL, 1.º Vol., 2.ª ed., 1998.

**BENTO, Messias José Caldeira**

——— "Refletindo sobre o poder dos juízes", *in Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 275 e seguintes.

**BRANCO, Ricardo**

——— "Ainda a submissão do Juiz à Lei – Breve apontamento sobre os paradigmas clássicos da resolução do problema e sobre o modo como se coloca no direito português", *in Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, Vol. II, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 271-292.

——— *O Efeito Aditivo da Declaração de Inconstitucionalidade com Força Obrigatória Geral*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

**BRITO, António José Lopes de**

——— *O Problema da Filosofia do Direito*, Porto, 1966.

——— *Breve Introdução ao Direito*, Loulé, Instituto Universitário Dom Afonso III, 1998.

**BRITO, José de Sousa e**

——— "A lei penal na Constituição", *in Estudos sobre a Constituição, coordenação de Jorge Miranda* , Lisboa, Petrony, 2.º Vol., 1978, pp. 197 e seguintes.

——— "Hermenêutica e Direito", Separata do Vol. LXII (1986) do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1990.

——— "Jurisdição constitucional e princípio democrático", *in Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, Colóquio no 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional – Lisboa, *28 e 29 de Maio de 1993*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pp. 39-47.

**BRITO, Mário de**

——— *Código Civil Anotado*, Vol. I, ed. de autor, 1968.

**BRITO, Miguel Nogueira de**

——— *Lições de Introdução à Teoria da Constituição*, Lisboa, s.n., 2013.

——— "Medida e Intensidade do Controlo da Igualdade na Jurisprudência da Crise do Tribunal Constitucional"**,** *in O Tribunal Constitucional e a Crise – Ensaios Críticos*, Org. Gonçalo de Almeida Ribeiro e Luís pereira Coutinho, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 105-131.

——— *Introdução ao Estudo do Direito*, Lisboa, AAFDL, 2017.

——— "Comentário ao Acórdão n.º 353/2012 do Tribunal Constitucional", *in Direito & Política*, n.º 01, Outubro – Dezembro 2012, pp. 108-123.

**BRITO, Wladimir**

——— "O Poder Judicial", *in Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, LXXX (2004), pp. 231 e seguintes.

**BRONZE, Fernando José**

——— "Breves considerações sobre o estado actual da questão metodonomológica", *in Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXIX (1993), pp. 177 e seguintes.

——— *A Metodonomologia entre a Semelhança e a Diferença*, Coimbra Editora, Coimbra, 1994.

——— *Analogias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

——— *Apontamentos sumários de Introdução ao Direito (memória das aulas teóricas do ano lectivo de 1996-1997)*, Coimbra, Universidade de Coimbra – Faculdade de Direito, 1997.

——— *Apontamentos sumários de Introdução ao Direito*, Coimbra, polic., 1996.

——— *As margens e o rio (da retórica jurídica à metodonomologia)*, Comunicação apresentada ao Congresso sobre "A retórica greco-latina e a sua perenidade", organizada pelo Instituto de Estudos Clássicos da Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, no dia 14 de Março de 1997.

——— Comunicação na "Sessão de homenagem ao Doutor António Castanheira Neves", *in Boletim da Faculdade de Direito*, ano 75 (1999), pp. 705-730.

——— *Lições de Introdução ao Direito*, 2.ª ed., reimpressão, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal / Coimbra Editora, 2010.

——— *Lições de Introdução ao Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.

——— *Pensamento Jurídico (Teoria da Argumentação)*, Coimbra, polic., 2003.

——— *Relatório com o programa, os conteúdos e os métodos de ensino teórico e prático da disciplina de "Introdução ao Direito"*, Coimbra, 1996.

———"Quae sunt Caesaris, Caesari: et quae sunt iurisprudentiae, iurisprudentiae", *in Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. II – A Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pp. 77-87.

**BRUSCHY, Manoel Maria de Silva e**

——— *Manual do Direito Civil Portuguez segundo a novíssima legislação*, Vol. I, Lisboa, Rolland & Semiond, 1868.

**BYDLINSKI, F.**

——— *Juristische Methodenlehre und Rechtsbgriff*, zweite ergänzte Auflage, Wien New York, Springer-Verlag, 1982 und 1991.

**CAENEGEM, R. C. van**

——— *Uma Introdução Histórica ao Direito Constitucional Ocidental*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

**CAETANO, Marcelo**

——— *V.* Caetano, Marcello.

——— "A analogia em Direito Penal", *in O Direito,* ano 71 (1939), n.º 1 (Jan.), pp. 3-10.

——— "Algumas notas sobre aspectos jurídicos do ano de 1954", *in O Direito,* ano 87, n.º 1 (1954).

——— "O projecto do Código Civil", *in O Direito,* ano 98 (1966), fasc. 3 (Jul-Set), pp. 211-216.

——— "O respeito da legalidade e a justiça das leis", *in O Direito,* ano 81.º (1949), pp. 5-23.

——— *Introdução ao Estudo do Direito Político,* Separata da Revista «O Direito», n.º 4 de 1953 – Lisboa – 1954, pp. 277 e ss.

——— *Legislação Civil comparada (Introducção, noções gerais sôbre os sistemas legislativos àcêrca da constituïção da relação jurídica em geral, pessoas, coisas, factos jurídicos, garantia da relação jurídica)*, Lisboa, J. Fernandes Júnior, 1926.

——— *Manual de ciência política e Direito constitucional,* 4ª ed., Lisboa, 1963.

——— *Manual de Direito Administrativo,* 9.ª ed. revista e actualizada pelo Prof. Doutor Diogo Freitas do Amaral, Coimbra Editora, 1970, e 10.ª ed., 1973.

——— *História do Direito Português (Fontes – Direito público. 1140-1495),* Lisboa/S. Paulo, Ed. verbo, 2.ª ed., s.d.

**CAETANO, Marcello**

——— *V.* Caetano, Marcelo.

**———** *A Constituição de 1993 - Estudo de Direito Político*, Coimbra, Coimbra Editora, 1956 e 2.ª ed., 1957.

——— *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, 4.ª ed., Lisboa, Coimbra Editora, 1963.

——— *Constituições Portuguesas*, 5.ª ed., segundo a ed. revista e actualizada pelo autor com a análise da Constituição de 1976, Lisboa/São Paulo, Verbo, 1981.

**CANARIS, Claus – Wilhelm**

**———** *Die feststellung von Lucken im Gesetz*, 2., überarbeitete Auflage, Berlin, Duncker e Humblot, 1983.

——— *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989 (tradução da 2.ª ed., de 1983).

**CANELAS, Maurício**

——— *V.* Cunha, Paulo

**CANOTILHO, José Joaquim Gomes**

**———** *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*, Coimbra, Coimbra Editora, 1982.

——— *Relatório sobre programa, conteúdos e métodos de um curso de teoria da legislação*, Coimbra, 1990.

**———** *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 3.ª ed., 1999 e 7.ª ed., 2003.

**CANOTILHO, José Joaquim Gomes / MOREIRA, Vital**

**———** *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, 1978.

**———** *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2.ª ed. revista e ampliada, 1.º Vol., Coimbra Editora, 1984.

——— *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2.ª ed. revista e ampliada, 2.º Vol., Coimbra Editora, 1985.

——— *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª ed. revista, Coimbra Editora, 1993.

——— *Constituição da República Portuguesa Anotada, Artigos 1º a 107º*, CRP Anotada Vol. I, 4.ª ed. Revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

——— *Constituição da República Portuguesa Anotada*, artigos 108.º a 296.º, CRP Anotada Vol. II, 4.ª ed. revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 514 e 515.

——— *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol.s I e II, 3.ª ed., de 1993, e 4.ª ed. revista e actualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

——— *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 1991.

**CARDOSO, Álvaro Lopes**

——— *Estatuto dos Magistrados Judiciais Anotado*, Coimbra, Almedina, 1999.

**CARDOSO, Ângelo**

——— *V.* Rodrigues, Manuel

**CARDOSO, João Eloy Pereira Nunes**

——— *Código Civil Português actualizado e anotado*, 1.º Vol., Lisboa, Procural, 1940.

**CARLOS, Adelino da Palma**

——— *A Dinâmica da Lei*, Lisboa, 1936.

——— "Um tema eterno: A Justiça", *in separata da «Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa»* - Vol. XX, Lisboa, 1966.

——— "José Dias Ferreira – Discurso pronunciado na inauguração do seu monumento em Lagares da Beira, em 29 de Maio de 1955", *in* Separata do *Jornal do Foro*, ano 20 (1956) [sendo publicada, porém, em 1958]

**CARNEIRO, Bernardino J. da S.**

——— *Primeiras linhas de hermenêutica jurídica e diplomática*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1855.

**CARNEIRO, Manuel Borges**

——— *Direito Civil de Portugal contendo três livros I. Das pessoas; II. Das cousas; III; Das obrigações e acções*, Lisboa, Impressão Régia, 1826.

**CARVALHEIRO, Regina**

——— *Manual do Código Civil*, Art.º 1 a 13, Vol. I, Coimbra, ed. de autor, aprox. 1967.

——— *Manual do Código Civil*, Art.º 14 a 48, Vol. II, Coimbra, ed. de autor, aprox. 1967.

**CARVALHO, Orlando de**

——— *Direito Civil (Teoria Geral da Relação Jurídica)*, Coimbra, 1968-69.

——— *Os Direitos do Homem no Direito Civil Português*, Coimbra, 1973.

——— "Indi partissi povero e vetusto - meditação sobre Manuel de Andrade trinta anos depois da sua morte", *in Boletim da Faculdade de Direito*, ano 45 (1989), pp. 467 e seguintes.

**CARVALHO, Luís Nandin de/PINTO, Natália da Silva/ALMEIDA, Pedro Basto de**

——— *Introdução ao estudo do Direito e do Estado*, Lisboa, Universidade Aberta, 1998.

**CARVALHO, Pedro Nunes de**

——— *Introdução ao estudo do Direito*, Lisboa, SPB, 1993.

**CASAL, Fernando**

——— *V.* Cunha, Paulo Ferreira da

**CASANOVA, J. F. Salazar**

——— *O Direito nas Revistas Portuguesas*, Coimbra, Almedina, 1992.

**CASTRO, Manuel de Oliveira Chaves e**

——— *Estudo sobre o artigo XVI do Código Civil Portuguez e especialmente sobre o direito subsidiário civil portuguez*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1871.

**CASTRO, Mário de**

——— "Ensaio de ensaio sobre a ética do Arbítrio Judicial como função adjuvante da lei na creação do Direito*", in Cadernos de Cultura Jurídica, Jornal do Foro*, Lisboa, 1937

——— *Nova contribuição para o estudo da Jurisprudência como fonte de Direito*, Lisboa, Editorial do Foro, 1940.

**CHORÃO, Mário Emílio F. Bigotte**

——— "Crise da ordem jurídico-política e proposta jusnaturalista", *in* Separata da Revista *O Direito*, ano 133.º, n.º II (2001).

——— "Integração de lacunas", *in Polis - Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, 3.º Vol., Lisboa/São Paulo, Verbo, 1985, pp. 618 e seguintes.

——— *Introdução ao Estudo do Direito*, Vol. I e Vol. II, apontamentos das aulas ao curso do 1.º ano de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 1982-1983.

——— *Pessoa Humana, Direito e Política*, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2006.

——— *Temas fundamentais de Direito*, Coimbra, Almedina, 1986.

**CHUMBINHO, João**

——— *A Constituição e a Independência dos Tribunais*, Lisboa, Quid Juris, 2009.

**COELHO, Carlos Z. Pinto**

——— "Processos de interpretação", in *O Direito*, ano 76.º (1944), n.º 1 e 2, Janeiro e Fevereiro, p. 194 e ss.

**COELHO, José Gabriel Pinto**

———*Direito Civil (Noções Fundamentais)*, lições ao curso do 1.º ano jurídico de 1936/37, coligidas por João Rui P. Mendes de Almeida e José Agostinho de Oliveira, Lisboa.

**COELHO, LUCAS**

——— *Conceito e Validade do Direito. O Direito dos Juízes*, Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. LXXXVI, 2010.

**COELHO, Luiz Pinto**

——— *Direito Civil*, segundo as prelecções ao curso do 1.º ano jurídico de 1940/41, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, coligidas por Mário Rodrigues Nunes e F. Borges de Lacerda, 1942.

——— *Introdução ao estudo do Direito (apontamentos das Lições ao 1.º ano jurídico de 1954-1955)*, Lisboa, AAFDL, 1954.

**COMISSÃO DA DIVULGAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL, presidida pelo Prof. Doutor Guilherme Braga da Cruz**

——— *Código Civil Português – Exposição documental*, Lisboa, Ministério da Justiça, 1966.

**COMISSÃO REVISORA DO CÓDIGO CIVIL PORTUGUEZ**

——— *Actas das Sessões*, p. 8, Lisboa, Imprensa Nacional, 1869.

**CONSCIÊNCIA, Eurico Heitor**

——— *Breve introdução ao Estudo do Direito*, Coimbra, Almedina, 1997.

**CORDEIRO, António M. da Rocha e Menezes**

——— *Noções Gerais de Direito*, lições proferidas ao 1.º ano do Curso de Administração e Gestão de Empresas, Lisboa, 1979.

——— *Da boa-fé no Direito Civil*, Vol. I e II, Coimbra, Almedina, 1984.

——— "Lei (aplicação da)", *in Polis - Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, 3.º Vol., Lisboa/São Paulo, Verbo, 1985, pp. 1046 e seguintes.

——— "Como fazer Leis", Oeiras, 1986, pp. 135-149.

——— *"*Tendências actuais da interpretação da lei: do juiz-autómato aos modelos de decisão jurídica*", in Tribuna da Justiça*, ano I (1985) n.º 12, pp. 1 e seguintes. Texto subsequentemente publicado na *Revista Jurídica*, n.º 9 e 10 (1987), Janeiro/Junho, Lisboa, 1987.

——— «Problemas de sistematização», *in A Feitura das Leis*, vol. II, 1986

——— *Ciência do Direito e metodologia jurídica nos finais do séc. XX*, Separata da *Revista da Ordem dos Advogados,* Lisboa, 1989.

——— *"*Da inconstitucionalidade da revogação dos assentos*", in Perspectivas Constitucionais – nos 20 anos da Constituição de 1976* – Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, pp. 799 e seguintes.

——— *Tratado de Direito Civil Português*, - Parte Geral, Tomo I, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2005.

——— *Tratado de Direito Civil, - Parte Geral*, Tomo I, 4.ª ed. reformulada e actualizada, Coimbra, Almedina, 2012.

——— *Tratado de Direito Civil, I, - Introdução, Fontes do Direito, Interpretação da Lei, Aplicação das Leis no Tempo, Doutrina Geral,* 4.ª ed. reformulada e Atualizada, Coimbra, Almedina, 2012.

——— *Tratado de Direito Civil, IX, Direito das Obrigações, Cumprimento e Não-Cumprimento, Transmissão, Modificação e Extinção,* 2.ª ed. totalmente revista, Coimbra, Almedina, 2016.

——— "Das fontes do Direito e da Lei: a História presente", *in Direito e Justiça, Estudos dedicados ao Professor Doutor Nuno José Espinosa Gomes da Silva, V*ol. I, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2013, pp. 117-142.

——— *Noções Gerais de Direito, Lições,* Lisboa, 1979.

**CORREIA, António Simões**

——— *Código Civil Português actualizado,* Livraria Ferin, Lisboa, 2.ª ed., 1947

——— *Novo Código Civil*, Lisboa, 1967

**CORREIA, José d'Almeida**

———*V.* Vilela, Álvaro da Costa Machado / Pacheco, António Faria Carneiro.

———*V.* Vilela, Álvaro da Costa Machado.

**CORREIA, José Gomes**

——— *Introdução ao estudo do Direito*, Coimbra, Livraria da Universidade, 1995.

**CORREIA, José Manuel Sérvulo**

——— *O controlo jurisdicional da administração no Direito inglês*, Separata de *Estudos de Direito Público em honra do Professor Marcelo Caetano*, Lisboa, Ática, 1973.

**CORTÊS, António**

——— *Jurisprudência dos princípios, Ensaio sobre os Fundamentos da Decisão Jurisdicional*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2010.

**COSTA, J. P. Cardoso da**

——— *O Princípio da Reserva do Juiz Face à Administração Pública na Jurisprudência Constitucional Portuguesa*, Coimbra, polic., 1994.

**COSTA, Manuel Pinheiro da**

——— "A interpretação viciosa das leis e seus perniciosos efeitos", *in Scientia Juridica*, revista trimestral portuguesa e brasileira, tomo III, n.º 9, Jul.-Set. 1953, pp. 113-115.

**COSTA, Mário Júlio de Almeida**

——— *O novo Código Civil" (discurso proferido na reunião plenária da Câmara Corporativa, no dia 25 de Novembro de 1966)*, Separata do *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 165 (1967).

——— *Introdução ao estudo do Direito e elementos de Direito Civil*, Coimbra, policopiado, 1967.

——— *Introdução ao Estudo do Direito e Elementos de Direito Civil, Lições*, Coimbra, 1967.

——— *Apontamentos de História do Direito Português*, polic., 1982/1983.

——— *História do Direito Português*, com a colaboração de Rui Manuel de Figueiredo Marcos, 4.ª ed. Revista e Actualizada, Coimbra, Almedina, 2009.

**COUTINHO, Luís Pedro Pereira**

——— *A Autoridade Moral da Constituição – Da Fundamentação da Validade do Direito Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

**COUTINHO, Luís Pereira**

——— "Os direitos sociais e a crise: algumas notas", *in Direito & Política*, n.º 01, Outubro – Dezembro 2012, pp. 74-81.

——— "Formular e Prescrever: a Constituição do Tribunal Constitucional", *in O Tribunal Constitucional e a Crise – Ensaios Críticos*, Org. Gonçalo de Almeida Ribeiro e Luís Pereira Coutinho, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 243-261.

**CRORIE, Benedita Mac**

——— "O recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Tribunal Constitucional", *in Estudos em Comemoração do Décimo Aniversário da licenciatura em Direito da Universidade de Minho*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 151.

**CRUZ, Alfredo Daniel da**

——— *V*. Ferrão, Fernando de Abranches.

**CRUZ, Emídio B. Pires da**

——— *A dinâmica da lei*, Separata da *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XVII, Lisboa, 1965, pp. 19.

**CRUZ, Guilherme Braga da**

——— *O direito subsidiário na história do direito português*, Separata da *Revista Portuguesa de História*, tomo XIV, Coimbra, 1975.

**CUNHA, J. M. da Silva**

——— "Fontes do Direito colonial português", *in Revista da Ordem dos Advogados*, ano 13 (1953), n.os 1-2, Lisboa, pp. 67-99.

——— *Direito Internacional Público – Introdução e Fontes*, 2.ª ed., tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 1967.

**CUNHA, Paulo**

——— *Cadeira de introdução ao estudo do Direito*, Vol.s I e II, apontamentos do aluno Maurício Canelas (na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa), 1946/1947.

——— *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Lisboa, AAFDL, 1960.

**CUNHA, Paulo Ferreira da**

——— "Hermenêutica Jurídica: do problema em geral e da clássica visão «factualista» e «interpretativa»", *in Instituições de Direito*, vol. I, Almedina, Coimbra, 1998.

——— *Hermenêutica Constitucional - entre Savigny e o neoconstitucionalismo*.

——— *Introdução à teoria do Direito, s.d.*

——— "Da Justiça na Constituição da República Portuguesa", *in Nos 25 Anos da Constituição da República Portuguesa de 1976, - Evolução Constitucional e Perspectivas Futuras*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2001, pp. 63-121.

——— *Faces da Justiça*, Coimbra, Almedina, 2002.

——— "Da Hermenêutica Jurídica: Fundamentos, desafios e fascínios", *in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Teles*, Vol. V (Direito Público e Vária), Almedina, Coimbra, 2003.

——— *Raízes da República – Introdução Histórica ao Direito Constitucional,* Coimbra, Almedina, 2006.

——— *Filosofia do Direito,* Coimbra, Almedina, 2006.

——— *Direito Constitucional Geral,* Lisboa, Quid Juris, 2006.

——— *Direito Constitucional Anotado,* Lisboa, Quid Juris, 2008.

**CUNHA, Paulo Ferreira da / FALCÃO, José / CASAL, Fernando / OLIVEIRA, A. Sarmento**

——— *Noções Gerais de Direito*, Porto, Rés ed., 2015.

**DIAS, Joana Forte Pereira**

——— *Algumas reflexões em torno do Direito Espontâneo,* Curso de Mestrado 2001/2002.

**DIAS, Jorge Figueiredo**

——— "Nótula sobre temas de Direito Judiciário", *in Revista de Legislação e de Jurisprudência,* ano 127, (1995), pp. 354 e seguintes.

———"A pretensão a um juiz independente como expressão do relacionamento democrático entre os cidadãos e a justiça", *in Sub Judice,* 19, pp. 27 e seguintes.

**DIOGO, Luís da Costa / JANUÁRIO, Rui**

——— *Introdução ao Estudo do Direito,* AAFDL, Lisboa 2003.

——— *Noções e Conceitos Fundamentais de Direito,* Editora Quid Juris, 2007.

**DREIER, HORST**

——— *Grundgesestz Kommentar*, Band II, Artikel 20 - 82, Mohr Siebeck, 1998.

**DUARTE, Maria Luísa**

——— *Introdução ao Estudo do Direito,* Lisboa, AAFDL, 2003.

——— *Direito Internacional Público e Ordem Jurídica Global do Século XXI*, Lisboa, AAFDL, 2016.

**EIRÓ, Pedro**

——— *Noções Elementares de Direito*, Lisboa, Editorial Verbo, 1997.

**ENGISH, Karl**

——— *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 6.ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1988 (tradução da edição de 1983)

**ESTADO PORTUGUÊS**

——— *Diários da Assembleia Constituinte*, 2 de Junho de 1975 a 2 de Abril de 1976, Lisboa, Assembleia da República, 3 volumes, 1995.

——— Ordenações Afonsinas, Livro II, 2.ª Ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

——— *Trabalhos Preparatórios da Revisão Constitucional*, Segunda Revisão, 1989, Lisboa, Assembleia da República, 5 volumes, 1991.

——— *Trabalhos Preparatórios das demais revisões constitucionais consultados em* http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar .

**ESTEVES, Maria da Assunção**

——— "Legitimação da justiça constitucional e o princípio maioritário", *in Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, Colóquio no 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional – Lisboa, *28 e 29 de Maio de 1993*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pp. 127-138.

**ESCOLA SUPERIOR DE POLÍCIA**

——— *Introdução ao estudo do Direito*, Escola Superior de Polícia, 1996.

**FALCÃO, José**

——— *V.* Cunha, Paulo Ferreira da.

**FERRÃO, Fernando de Abranches**

——— *Noções gerais e elementares das instituições de Direito Civil*, apontamentos coligidos por Alfredo Daniel da Cruz, Nova Gôa, 1921.

**FERREIRA, José Dias**

——— *Código Civil Portuguez Annotado*, Vol. I, 1870 e Vol. II, 1871.

**FERREIRA, José Eugénio Dias**

———"Regras gerais de interpretação e aplicação das leis no Direito privado português", *in Revista da Ordem dos Advogados*, ano 10.º (1950), n.º 3 e 4 trimestres.

**FERREIRA, Manuel Cavaleiro de**

——— *Noções Gerais de Direito*, lições proferidas ao Curso de Ciências Empresariais, Lisboa, 1972/1973.

——— *O fundamento do Direito*, Separata da *Revista Direito e Justiça*, Vol. VI (1992), pp. 409-415.

**FIKENTSCHER, Wolfgang**

——— *Methoden des Rechts (In vergleichender Darstellung)*, Band IV/Dogmatischer Teil, Tübingen, Mohr (Paul Siebeck), 1977.

**FONTES, José**

——— *Teoria geral do Estado e do Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, 2.ª ed., 2009.

——— *Teoria geral do Estado e do Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, 4.ª ed., 2014.

**FRADA, Manuel A. Carneiro da**

——— *A verdade e o Direito, João Paulo II e o Direito, Estudos por ocasião do 25.º aniversário do seu pontificado*, Principia, 2003.

——— *Relativismo, Valores, Direito*, Separata da *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 68, II/III, Setembro/Dezembro, 2008.

——— *Direito Civil, Responsabilidade Civil, O Método do Caso*, Coimbra, Almedina, 2006.

——— *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Coimbra, Almedina, 2003.

——— "Equidade (ou a "justiça do coração")", *in Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Vol. VI, ed. da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2012, pp. 295-322.

**FRAGA, Carlos Alberto**

——— *Subsídios para a Independência dos Juízes. O Caso Português*, Lisboa, Cosmos, 2000.

——— *Sobre a independência dos juízes e magistrados*, Lisboa, Vislis, 2003.

**FREIRE, Paschoal José de Mello**

——— "Instituições de Direito Civil Português tanto público como particular, Liv. I do Direito Público, Tít. I, Das Leis, Tít. II, Dos Juízos", 1789-1794, tradução de Miguel Pinto Meneses, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 161, Dezembro, 1966, pp. 90 e seguintes.

——— *História do Direito Civil Português*, 1777 (tradução de Miguel Pinto Meneses), reimpresso em separata do *Boletim do Ministério da Justiça*, n.os 173, 174 e 175, Lisboa, 1968.

**GAITTO, Fausto**

——— *V.* Lima, Fernando Andrade Pires de.

**GALVÃO, Sofia**

——— *V.* Sousa, Marcelo Rebelo de

**GARCIA, Maria da Glória**

——— *Justiça administrativa*, Separata do 1.º Suplemento do *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, s.d., pp. 125-141

**GASPAR, Alfredo**

——— *Instituições da retórica forense*, Minerva, Coimbra 1998.

**GILISSEN, John**

——— *Introdução Histórica ao Direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1979.

**GOLDSCHMIDT, Werner**

——— *La Ciência de la Justicia (Dikelogia)*, Aguilar, Madrid, 1958.

**GOMES, Nuno Sá**

——— *Introdução ao Estudo do Direito*, apontamentos das lições de 1979/1980, Lisboa.

——— "Interpretação autêntica e interpretação normativa oficial", *in Ciência e Técnica Fiscal*, n.os 283/288 (Julho-Dezembro), Lisboa, 1983 (= em separata de *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal* (129), Lisboa, 1984).

**GONÇALVES, Diogo Costa**

——— "Dogmáticas de transição e o seu lugar na evolução dos sistemas", *in Revista de Direito Civil*, n.º I (2016), Coimbra, Almedina, 2009.

**GONÇALVES, Luiz da Cunha**

——— *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*, Vol. I, Vol. II, Vol. IV e Vol. XI, Coimbra, Coimbra Editora, 1929, 1930, 1932 e 1932, respectivamente.

——— *Princípios de Direito Civil Luso-Brasileiro*, Vol. I Parte Geral, São Paulo, Max Limonad, 1951.

**GONÇALVES, Maria de Jesus / MATOS, Manuel de Carvalho**

——— *Noções elementares de Direito*, ed. dos autores, 1988.

**GONZÁLEZ, José Alberto**

——— *Código Civil Anotado*, Vol. I, Parte Geral (artigos 1.º a 396.º), Lisboa, Quid Juris, 2011.

**GOUVEIA, F. C. Andrade de Nunes**

——— *V.* Gouveia, Jaime Augusto Cardoso de

**GOUVEIA, Jaime Augusto Cardoso de**

——— *Estudo sobre a interpretação das leis e técnica do Direito, I parte – métodos de interpretação das leis*, compilação por Carlos Mota das lições magistrais ao Curso Complementar de Ciências Jurídicas em 1934/1935.

——— *Direito Civil*, prelecções coligidas por F. Andrade de Gouveia e Mário Rodrigues Nunes, 1939.

**GOUVEIA, Jorge Bacelar**

——— *Manual de Direito Constitucional*, Vol. I e II, Coimbra, Almedina, 2011.

——— *As Constituições dos Estados da União Europeia*, Lisboa, Vislis Editores, 2000.

**GREGÓRIO, Jorge**

——— *Introdução ao Estudo do Direito teoria a prática*, Lisboa, Quid Juris, 2009.

**GUASTINI, Riccardo / PIZZORUSSO, Alessandro**

——— "La magistratura", *in Commentario della Costituzione*, Tomo I, Bologna, Zanichelli Editore, 1994.

**GUEDES, Armando Marques**

——— "Interpretação, aplicação e integração das normas jurídicas", *in Boletim da Direcção Geral das Contribuições e Impostos*, série A, Agosto – Setembro, n.$^{os}$ 44-45, Lisboa, 1962, pp. 171-208.

——— *Ciência Política II, Teoria Geral do Estado,* 2.ª ed., Lisboa, 1982.

**GUEDES, Armando Marques**

——— "Interpretação, aplicação e integração das normas jurídicas", in *Boletim da Direcção Geral das Contribuições e Impostos,* série A, Agosto – Setembro, n.º 44-45, Lisboa, 1962, pp. 171 e seguintes.

**JUNIOR, António Ferreira Augusto**

——— *V.* Augusto, António Ferreira.

**JUNIOR, Manuel Rodrigues**

——— *V.* Rodrigues, Manuel.

**HECK, Philipp**

——— *Interpretação da Lei e Jurisprudência dos Interesses*, Coimbra, Arménio Amado Editor, 1947.

**HEIDEGGER, Martin**

——— *Escritos Políticos (1933-1966),* Instituto Piaget

**HESPANHA, António Manuel**

——— *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia*, Publicações Europa-América, 2.ª ed., 1998.

——— "Tomando a história a sério. Código dos homens e ordem de Deus na "era da exegese", *in Direito e Justiça, Estudos dedicados ao Professor Doutor Nuno José Espinosa Gomes da Silva,* Vol. I, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2013, pp. 87-116.

**HOMEM, António Pedro Barbas**

——— "A utilização de princípios na metódica legislativa", *in Cadernos de Ciência da Legislação,* Legislação, n.º 21 (Janeiro-Março de 1998).

——— *A lei da liberdade*, Principia, Lisboa, vol. 1, 2001.

——— *O que é o Direito*, Principia, Lisboa, 2001.

——— *O justo e o injusto*, AAFDL, Lisboa, 2001.

——— "Considerações acerca da função jurisdicional e do sistema judicial", *in Julgar*, n.º 2, Maio-Agosto, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

**JANEIRO, Domingos**

——— "A interpretação das leis no Direito Civil português", in *Revista do Notariado*, ano I (1981), n.º 5, pp. 2 e seguintes, ano II (1982), n.º 9, p. 17 e ss.

**JUSTO, A. Santos**

——— *Introdução ao Estudo do Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

——— *Nótulas de História do Pensamento Jurídico (História do Direito)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

**KATCHI, António**

——— *Dicionário da Parte Geral do Código Civil Português*, Almedina, Coimbra, 2006.

**KAUFMANN, Arthur**

——— *Gesetz und Recht*, Saarbrücker Universitätsreden 4, Universitas Saraviensis, 1961.

——— *Filosofia do Direito*, 3.ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

**KAUFMANN, Arthur / HASSEMER, Winfried**

——— *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

**KOSTA, E. Kafft**

——— *Estado de Direito – O Paradigma Zero: Entre Lipoaspiração e Dispensabilidade*, Coimbra, Almedina, 2007.

**LACERDA, F. Borges de**

——— *V.* Coelho, Luiz Pinto.

**LAMEGO, José**

——— "A discussão sobre os princípios jurídicos", *in Revista Jurídica*, n.º 4, Outubro/Dezembro, Lisboa, 1985, pp. 103-119.

——— "Fundamentação «material» e justiça da decisão", *in Revista Jurídica*, n.º 8, Outubro/Dezembro, Lisboa, 1986, pp. 69-93.

——— "Hermenêutica e Jurisprudência", *in Revista Jurídica*, n.º 6, Abril/Junho, Lisboa, 1986, pp. 61-83.

——— *Hermenêutica e Jurisprudência*, Editorial Fragmentos, Lisboa, 1990.

——— *Elementos de Metodologia Jurídica*, Coimbra, Almedina, 2016.

——— *Hermenêutica e Jurisprudência, Análise de uma «Recepção»*, Lisboa, Editorial Fragmentos, 1990.

——— *Elementos de Metodologia Jurídica*, Coimbra, Almedina, 2016.

**LARENZ, Karl**

——— *Derecho Justo, Fundamentos de Etica Juridica*, Madrid, Editorial Civitas, S. A., 1985.

——— *La filosofía contemporánea del Derecho y del Estado*, Madrid., Editorial de Derecho Privado, 1942.

——— *Metodologia da Ciência do Direito*, 3.ª Ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

**LIMA, Fernando Andrade Pires de**

——— *Vide* LIMA, Fernando Andrade Pires de / VARELA, João de Matos Antunes

——— *Direito Civil*, prelecções ao curso do 1º ano de 1940-1941, coligidas por Fausto Gaitto, Coimbra, Coimbra, 1941.

——— "*A reforma do Direito privado português (oração de sapiência proferida na Universidade de Coimbra*), Separata do *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 110, Lisboa, 1961.

——— *Código Civil Português*, 4.ª ed., Coimbra, 1965.

**LIMA, Fernando Andrade Pires de / VARELA, João de Matos Antunes**

——— *Noções Fundamentais de Direito Civil*, vol. I, 6.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, reimpressão em 1973.

——— *Código Civil Anotado*, vol. IV, Coimbra Editora, Coimbra, 1975.

——— *Código Civil Anotado*, vol. I, 1.ª ed. e 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1987.

——— *Código Civil Português*, 4.ª Ed. Actualizada e Anotada, Coimbra, Coimbra Editora, 1965.

**LINHARES, José Manuel Aroso**

——— "O dito do direito e o dizer da justiça – Diálogos com Levinas e Derrida", *in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Stvdia Ivridica 89, Entre Discursos e Culturas Jurídicas, Coimbra Editora, 2006, pp. 181-236.

**LOBÃO**

——— ***V.* Souza, Manoel de Almeida e.**

**LOPES, J. J. Almeida**

——— "Princípios Constitucionais da Separação de Poderes, da "Reserva do Juiz" e do Estado de Direito Democrático. Evolução do Contencioso Tributário Aduaneiro*", in Revista do Direito Público*, ano III, 1989, n.os 5 e 6.

——— *Constituição da República Portuguesa*, 6.ª Revisão Anotada, Coimbra, Almedina, 2005.

**LOPES, José Mouraz**

——— "Separação de poderes e criação do Direito: alguns tópicos para reflexão – Discurso de abertura das III Jornadas Açorianas de Direito", *in Julgar, n.º 25 – Janeiro/Abril 2015*, Coimbra Editora, pp. 11-18.

**LOPES, Ricardo**

——— "O valor actual da jurisprudência como fonte de Direito", *in Scientia Juridica*, Set.-Dez. 1966, pp. 422-433.

——— *Alguns aspectos do novo Código Civil*, Separata da *Revista Scientia Ivridica* tomo XVI – n.os 86-88 – Julho-Dezembro de 1967.

**LOPES, Vitor Silva**

——— *Constituição da República Portuguesa 1976 (anotada)*, 4ª ed. revista e aumentada, Lisboa, A União, 1977.

**LOUREIRO, José Pinto**, e **ALMEIDA, Mário de**

——— *Código Civil nos tribunais (Actualizações e anotações)*, Coimbra Editora, Coimbra, vol. I, 1922.

**LÚCIO, Álvaro Laborinho**

——— "O poder judicial na transição", *in Portugal – O sistema político e constitucional* (org. M. Baptista Coelho), Lisboa, 1989.

——— *O Julgamento – Uma narrativa crítica da Justiça*, Editora D. Quixote, Outubro de 2012.

**LUÍS, Sandra Lopes**

——— *Introdução ao Estudo do Direito, Sumários das Aulas Práticas e Hipóteses Resolvidas*, Lisboa, AAFDL, 2013.

**MACHADO, Francisco Falcão**

——— *O Direito privado português actual (Alguns apontamentos)*, Separata do *Jornal "Expansão*", Coimbra, 1964

**MACHADO, João Baptista**

——— Prefácio a «*Introdução ao pensamento jurídico»* de Karl Engisch, 6.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, 1977.

——— *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, Almedina, 1985.

——— *O sistema científico e a teoria de Kelsen*, Separata da *Revista da Faculdade de Direito*, Ano XXVI.

**MAGALHÃES, Barbosa de**

——— "A Revisão Geral do Código Civil, a Autonomia do Direito Comercial e o Problema da Codificação", *in Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, 1950, pp. 1-58.

——— *A distinção entre Matéria de Facto e de Direito em processo civil, a Interpretação dos Negócios Jurídicos e a Competência do Supremo Tribunal de Justiça*, Jornal do Foro, Lisboa – 1958

**MARQUES, Dias**

——— *Introdução ao Estudo do Direito*, 1964/1965.

**MARQUES, José Dias**

——— *Código Civil aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47344, de 25 de Novembro de 1966, com nótulas, tabelas de correspondência, resenha, índice dos trabalhos preparatórios e índice ideográfico*, Petrony, Lisboa, 1967.

——— *Introdução ao estudo do Direito*, Danúbio, Lisboa, 1986.

——— *Índice dos vocábulos do Código Civil Português (cont.)*, Separata da *Revista da Faculdade de Direito*, Lisboa, 1987.

——— *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, Lições ao curso de 1956-57 da Faculdade de Direito de Lisboa, Coimbra, Coimbra Editora, 1958.

——— *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. II, Lições ao curso de 1957-58 da Faculdade de Direito de Lisboa, Coimbra, Coimbra Editora, 1959.

**MARQUES, M. M. Leitão / RAMOS, M. Elisabete / FRADE, Catarina / PEDROSO, João**

——— *Manual de Introdução ao Direito – Saber Direito para entender o mercado,* Coimbra, Almedina, 2012.

**MARQUES, Mário Reis**

——— *Introdução ao Direito I*, Figueira da Foz, Universidade Internacional, 1992.

——— *Introdução ao Direito I,* Almedina, Coimbra, 2009.

**MARTINEZ, Pedro Soares**

——— *Comentários à Constituição portuguesa de 1976*, Lisboa, Verbo, 1978.

**MARTINEZ, Soares**

——— *V.* Martinez, Pedro Soares.

**MARTINS, Alcides**

——— "Noções Fundamentais de Direito", *in Cadernos de «Recursos Humanos»,* Associação Portuguesa dos Gestores e Técnicos dos Recursos Humanos, Lisboa, 1994.

**MARTINS, Manuel Flamínio dos Santos**

——— *Princípios das leis que todos precisam de conhecer (obra de divulgação),* Coimbra, 3.ª ed., 1957.

**MATA, José Caeiro da**

——— *Direito Civil Português*, vol. I, Coimbra, ed. de autor, 1907.

**MATTA, José Caeiro da**

——— *V*. Mata, José Caeiro da.

**MAUNZ/DÜRIG**

——— *Grundgesetz Kommentar*, Beck, München

**MEDEIROS, Rui**

——— *A decisão de inconstitucionalidade*, Lisboa, UCP, 1999.

——— *Introdução ao Estudo do Direito*, Plano do curso 1999/2000, UCP, Lisboa, 1999.

——— *A Constituição Portuguesa num Contexto Global*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2015.

——— "A Jurisprudência Constitucional Portuguesa sobre a Crise: Entre a Ilusão de um Problema Conjuntural e a Tentação de um Novo Dirigismo Constitucional", *in O Tribunal Constitucional e a Crise – Ensaios Críticos*, Org. Gonçalo de Almeida Ribeiro e Luís Pereira Coutinho, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 263-288.

**MELO, A. Barbosa de, COSTA, J. M. Cardoso da,** e **ANDRADE, J. C. Vieira de**

——— *Estudo e Projecto de Revisão da Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 1981.

**MENDES, João de Castro**

——— "Nótula sobre o artigo 208.º da Constituição - independência dos juízes", *Estudos sobre a Constituição*, coordenação de JORGE MIRANDA, Lisboa, Petrony, 3º vol., p. 653 e ss, 1979.

——— *Introdução ao estudo do Direito*, Lisboa, Danúbio, 1984.

——— *Introdução ao estudo do Direito*, 3.ª ed., revista por Miguel Teixeira de Sousa, com a colaboração de Diogo Costa Gonçalves, Lisboa 2010.

——— "Art. 206.º (Função jurisdicional)", *in Estudos Sobre a Constituição*, 1.º Vol., Lisboa, 1977, pp. 395 e seguintes.

**MERÊA, Paulo**

——— *Estudos de Filosofia Jurídica e de História das Doutrinas Políticas*, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, Lisboa, 2004.

**MESQUITA, A. L. Costa de**

——— "Tribunal", *in Polis: Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado,* Lisboa/São Paulo 1987.

**MIRANDA, Jorge**

——— "Em vez do Código Civil, uma lei sobre leis", *in Legislação – Cadernos de Ciência de Legislação,* ano 47 (2007), Out.-Dez., pp. 5-23 (= *Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, vol. I, Almedina, 2008)

——— "O artigo 1.º e o artigo 2.º da Constituição", *Estudos sobre a Constituição*, coordenação de JORGE MIRANDA, Lisboa, Petrony, 2.º vol., pp. 9 e seguintes, 1978.

——— *A Constituição de 1976 – Formação, estrutura, princípios fundamentais,* Lisboa, 1978.

——— *As Constituições Portuguesas – 1822-1826-1838-1911-1933-1976,* Lisboa, Petrony, 1981 (reimp).

———*Constituição e Democracia*, Lisboa, Livraria Petrony, 1976.

——— *Constituições de Diversos Países*, I Vol., 3.ª Ed., Lisboa INCM, 1986.

——— *Constituições de diversos países*, Vol. II, 3.ª ed., Lisboa, INCM, 1987.

——— *Constituições Políticas de Diversos Países*, 2.ª Ed., Lisboa, INCM, 1975.

——— *Da Revolução à Constituição – Memórias da Assembleia Constituinte,* Cascais, Principia, 2015.

———*Direito Constitucional II (Parte III- Direitos Fundamentais),* Lisboa, 1988.

——— *Direito Constitucional – Funções, órgãos e actos do Estado,* Lisboa, 1990.

——— *Direito Internacional Público I,* Apontamentos das aulas ao 2.º ano jurídico, Lisboa, 1991.

——— *Fontes e Trabalhos Preparatórios da Constituição*, Vol. I e II, Colecção Estudos Portugueses, Lisboa, INCM, 1978.

——— *Funções, Órgãos a Actos do Estado*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 1990.

——— *Introdução ao Direito Público*, Lisboa, Faculdade de Ciências Humanas da Universidade Católica Portuguesa, 1983.

——— *Manual de Direito Constitucional*. Foram consultadas as seguintes versões:

——— *tomo I (Preliminares, o Estado e os Sistemas Constitucionais)*, 5.ª ed, revista e actualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 1996; 9.ª ed, revista e actualizada, Coimbra, Coimbra Editora/W. Kluwer, 2011.

——— *tomo II (Introdução à Teoria da Constituição)*, Coimbra Editora, 3.ª ed. (reimp. 3.ª ed., de 1991), 1996; 7.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2013.

——— *tomo III (Estrutura Constitucional do Estado), 5.*ª ed., revista e actualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

——— *tomo IV (Direitos Fundamentais)*, 9.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora/W. Kluwer, 2012.

——— *tomo V (Actividade Constitucional do Estado)*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2000; 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora/W. Kluwer, 2010.

——— *tomo VI (Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001; 4.ªed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

——— "Os «Princípios Fundamentais» em Geral, *in Estudos Sobre a Constituição*, 1.º Vol., Lisboa, 1977, pp.. 27 e seguintes.

———*Teoria do Estado e da Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.

——— *Textos Históricos do Direito Constitucional*, Lisboa, INCM, 1980.

———"Tribunais, Juízes e Constituição", *in Revista da Ordem dos Advogados*, ano 59 (Janeiro 1999), pp. 5-28.

——— *Um Projecto de Revisão Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1980.

——— *Constituição e Democracia*, Lisboa, Livraria Petrony, 1976.

**MIRANDA, Jorge / MEDEIROS, Rui**

——— *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I – Introdução Geral, Preâmbulo, Artigos 1º a 79º,* Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

——— *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo II – Organização Económica, Organização do Poder Político, Artigos 80º a 201º,* Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

——— *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo III – Organização do Poder Político, Garantia e revisão da Constituição, Disposições finais e transitórias, Artigos 202º a 296º,* Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

**MONCADA, Luís Cabral de**

——— "Epistemologia Jurídica", *in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XXIV (1948), pp. 167 e seguintes; vol. XXV, (1949), pp. 409 e seguintes; vol. XXVI (1950), pp. 154 e seguintes; vol. XVII (1951), pp. 211 e seguintes, Lisboa.

——— *Estudos Filosóficos e Históricos – artigos, discursos, conferências e recensões críticas*, vol. I, por ordem da Universidade – 1958.

——— *Estudos Filosóficos e Históricos – artigos, discursos, conferências e recensões críticas*, vol. II, por ordem da Universidade – 1959.

——— *Filosofia do Direito e do Estado*, vol. 1.º (1955), parte histórica; vol. 2.º (1966), doutrina e crítica – Coimbra Editora.

——— "Integração de lacunas e interpretação do Direito", *in Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano VII (1954), n.º 3, Jul-Set, pp. 159-195, Lisboa, 1954.

——— *Lições de Direito Civil, parte geral*, Almedina, Coimbra, 1995.

——— *Lições de Direito Civil*, vol. 1, 2.ª ed., Coimbra, 1954 (4.ª ed., póstuma, em Vol. único, Coimbra, Almedina, 1995).

——— *Lições de Direito Civil*, vol. II, 2.ª ed., Coimbra, 1955.

——— "O problema metodológico na ciência da História do Direito português (critério para uma nova divisão cronológica)", sep. de *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1933.

**MONCADA, Luís S. Cabral de**

——— ——— *Estudos de Direito Público*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

**MONTEIRO, António Pinto**

——— "A Parte Geral do Código, a Teoria Geral do Direito Civil e o Direito Privado Europeu", *in Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, Vol. II – A Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pp. 57-76.

——— *Noções Gerais de Direito*, Centro de Estudos e Formação Autárquica, Coimbra, 2003.

——— *Sumários de Introdução ao Estudo do Direito*, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1978.

**MONTEIRO, António Sinde**

——— "Manuel de Andrade e a influência do BGB sobre o Código Civil Português de 1966", *in Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 132.º (1999), pp. 34-40 e 69-76.

**MORAIS, Carlos Blanco de**

——— "Segurança jurídica e justiça constitucional", in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra, vol. XLI – n.º 2, 2000, pp. 619-630

——— *As Leis Reforçadas, As leis reforçadas pelo procedimento no âmbito dos critérios estruturantes das relações entre actos legislativos*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998.

——— *Curso de Direito Constitucional – A Lei e os Actos Normativos no Ordenamento Jurídico Português*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

——— *Curso de Direito Constitucional, Teoria da Constituição em Tempo de Crise do Estado Social*, Tomo II, Vol. 2, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

———*Curso de Direito Constitucional, Tomo I (As Funções do Estado e o Poder Legislativo no Ordenamento Português),* 2.ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

**MORAIS, Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva**

——— *Hipóteses para a disciplina de Introdução ao Estudo do Direito*, Lisboa, AAFDL, 2007.

**MOREIRA, Guilherme Alves**

———*Instituições do Direito Civil*, vol. I, Coimbra, 1907

**MOREIRA, J. Carlos**

——— *O princípio da legalidade na administração*, Coimbra Editora, Coimbra, 1950 (separata do *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. XXV, fasc. II)

**MOREIRA, Vital**

——— *V.* Canotilho, José Joaquim Gomes.

——— "A formação dos 'princípios fundamentais' da Constituição", *Estudos sobre a Constituição*, coordenação de Jorge Miranda, Petrony, Lisboa, 3.º vol., p. 9 ss

——— "Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional", *in Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional,* Colóquio no 10.º Aniversário do Tribunal constitucional – Lisboa*, 28 e 29 de Maio de 1993,* Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pp. 177-198.

**MOTA, Carlos**

———*V.* Gouveia, Jaime Augusto Cardoso de

**NETO, Abílio**

——— *Código Civil Anotado*, 17.ª ed. Revista e Actualizada, Lisboa, Ediforum, 2010.

——— *Código Civil Anotado*, Ediforum, Coimbra, 2015 (reimpressão da 18.ª ed., de 2013)

**NEVES, António Castanheira**

——— "Entre o "legislador", a "sociedade" e o "juiz" ou entre "sistema", "função" e "problema" os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito", *in Boletim da Faculdade de Direito*, ano 74 (1998), pp. 1 e ss.

——— "Escola da Exegese", *in Polis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, vol. 2, p. 1031 e ss., Lisboa/São Paulo, Verbo, 1984.

——— "Escola do Direito Livre", *in Polis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, vol. 2, p. 1022 e ss., Lisboa/São Paulo, Verbo, 1984.

——— "Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros", *in Digesta, Vol. I*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.

——— "Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros", *in Digesta, vol. III*, pag.s 191 ss, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

——— "Fontes de Direito", *in Polis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, vol. 2, pp. 211 e ss, Verbo, Lisboa/São Paulo, 1986. (e *in Digesta*, vol. I, p. 337 e ss., Coimbra Editora, Coimbra, 1995)

——— "Interpretação jurídica", *Polis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, 3.º vol., pp. 651 e ss., Verbo, Lisboa/São Paulo, 1985 (e *in Digesta*, vol. I, p. 337 e ss., Coimbra Editora, Coimbra, 1995).

——— "Jurisprudência dos interesses", *Polis - Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, 3.º vol., p. 854 e ss., Lisboa/São Paulo, Verbo, 1985.

——— "Método Jurídico", *in Polis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, vol. 4, pp. 211 e ss, Verbo, Lisboa/São Paulo, 1986.

——— "Metodologia jurídica – Problemas fundamentais", *in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, Coimbra, 1993.

——— "O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais", Coimbra, 1983 (com reprodução parcial em: "Da «Jurisdição» no actual Estado-de-Direito, *in AB VNO AD OMNES, 75 Anos da Coimbra Editora*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, pp. 177-227).

——— "O poder judicial (a jurisdição), o direito e o Estado-de-Direito*", in Revista Brasileira de Direito Comparado*, Publicação semestral do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, Rio de Janeiro, 2011, pp. 35-65.

——— "O princípio da legalidade criminal*", in Digesta*, vol. 1.º, p. 349 e ss., Coimbra Editora, Coimbra, 1995.

——— *A crise actual da filosofia do Direito no contexto da crise global da filosofia*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.

——— *A Revolução e o Direito – A situação de crise e o sentido do Direito no actual processo revolucionário*, Ordem dos Advogados Portugueses, 1976, Lisboa.

——— *A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido*, Separata do número especial do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* «Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro», Coimbra, 1979 (= *Digesta*, vol. 2.º, p. 109 e ss., Coimbra, Coimbra, 1995).

——— *Apontamentos de metodologia jurídica* (segundo as lições de A. Castanheira Neves no ano lectivo de 1988-1989).

——— *Curso de Introdução ao Estudo de Direito (relatório, o sentido do Direito, o pensamento moderno iluminista como factor determinante do positivismo jurídico, fontes do Direito, interpretação jurídica)*, Coimbra, 1976.

——— *Introdução ao Estudo do Direito, II Parte, O Pensamento Jurídico*, (*metodologia*), Coimbra, 1977.

——— *Introdução ao Estudo do Direito*, III *As Fontes do Direito*, 1976/1977.

——— *O actual problema metodológico da interpretação jurídica I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

——— *O Direito hoje e com Que Sentido? O problema actual da autonomia do direito*, Instituto Piaget, 2002.

——— *O papel do jurista no nosso tempo*, Separata do vol. XLIV (1968) do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1968 (= *Digesta*, vol. 1.º, pp. 9 e ss., Coimbra Editora, Coimbra, 1995).

——— *O Problema da Constitucionalidade dos Assentos (Comentário ao Acórdão n.º 810/93 do Tribunal Constitucional)*, Coimbra, Coimbra Editora, 1994.

——— *O sentido actual da Metodologia Jurídica*, ciclo de Conferências em Homenagem Póstuma ao Prof. Doutor Manuel de Andrade, Almedina, 2002.

——— *Quadro das principais perspectivas actuais de compreensão da juridicidade, na sua projecção metodológica (notas introdutórias)*, Coimbra, 1995.

——— *Questão-de-Facto – Questão-de-Direito ou O Problema Metodológico da Juridicidade (Ensaio de uma reposição crítica) I, A Crise*, Coimbra, Almedina, 1967.

——— *Relatório de Introdução ao Direito*, Coimbra, 1976.

**NOGUEIRA, José Duarte**

——— "Objecto e método na História do Direito (Algumas considerações)", *in Estudos em homenagem ao Professor Raúl Ventura*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 241-261

**NOVAIS, Jorge Reis,**

——— *A Dignidade da Pessoa Humana. Dignidade da Pessoa Humana*, Vol. II, Coimbra, Almedina, 2016.

——— *A Dignidade da Pessoa Humana. Dignidade e Direitos Fundamentais*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2015.

——— *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*, Coimbra, Almedina, 2006.

——— *Em Defesa do Tribunal Constitucional, Resposta aos Críticos*, Coimbra, Almedina, 2014.

——— *Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

**NUNES, Mário Rodrigues**

——— *V.* Coelho, Luiz Pinto

——— *V.* Gouveia, Jaime Augusto Cardoso de

**OLIVEIRA, A. Sarmento**

——— *V.* Cunha, Paulo Ferreira da.

**OLIVEIRA, José Agostinho de**

——— *V.* Coelho, José Gabriel Pinto.

**ORTEGA Prado, Gregório G.**

——— *La Revisión del Código Civil Portugues*, aportación para la reforma Española, Coimbra 1948, separata do *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. XXI.

**OSÓRIO, Augusto Carlos Cardoso Pinto**

——— *No campo da justiça,* Porto, 1914.

**OTERO, Paulo**

——— "A crise na concretização jurisdicional da justiça", *in O debate da justiça* (org. António Pedro Barbas Homem e Jorge Bacelar Gouveia), Vislis, Viseu, 2001, pp. 157 e ss.

——— "Os limites à analogia em Direito Administrativo", *in Analogia em direito administrativo: os limites à integração analógica de normas administrativas* (coord. Filipa Lemos Caldas), Lisboa, AAFDL, 2016, pp. 7-18.

——— *Direito Constitucional Português*, I e II, Almedina, Coimbra, 2010.

——— *Direito Constitucional Português. Organização do Poder Político*, Vol. I, Almedina e pré-impressão G. C. Gráfica de Coimbra, Lda, Maio 2010.

——— *Direito Constitucional Português. Organização do Poder Político,* Vol. II, Coimbra, Almedina, 2010.

——— *Instituições Políticas e Constitucionais,* Vol. I, Coimbra, Almedina, 2009.

——— *Legalidade e Administração Pública, O sentido da vinculação administrativa à juridicidade,* Coimbra, Almedina, 2003.

——— *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, I Vol., 1.º Tomo, Lisboa, ed. de autor, 1998.

——— *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, I Vol., 2.º Tomo, Lisboa, ed. de autor, 1999.

**PACHECO, António Faria Carneiro**

———*V.* Vilela, Álvaro da Costa Machado.

———*Código Civil Português Actualizado*, vol. I, Coimbra, 1920.

———*Direito Civil*, prelecções ao curso do 1.º ano jurídico de 1929/30, coligidas por Joaquim da Silva Pinto, Lisboa, 1931.

**PALMA, Maria Fernanda**

——— "Constitucionalidade e Justiça: novos desafios para a justiça constitucional", *in Themis*, Ano I, n.º 1 (2000),21-31

——— *Direito Penal – Parte geral*, AAFDL, Lisboa (polic.), 1994.

——— "Eichmann em Jerusalém - a banalidade do mal ou a excepcionalidade do bem nas sociedades totalitárias", *in Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*, Ed. da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, vol. VI, 2012, pp. 245-351

**PEDROSO, J.**

——— "Percurso (s) da (s) reforma da administração da justiça – uma nova relação entre o judicial e o não judicial", *in Sub judice*, n.º 19, Julho-Dezembro 2000.

**PEREIRA, André Gonçalves**

——— "O Direito Internacional na Constituição de 1976", *in Estudos Sobre a Constituição*, 1.º Vol., Lisboa, 1977.

**PEREIRA, André Gonçalves / QUADROS, Fausto de**

——— *Manual de Direito Internacional Público,* 3.ª Ed., revista e aumentada, Coimbra, Almedina, 1993.

**PEREIRA, António Pinto**

——— *Princípios Gerais de Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013.

**PEREIRA, João Aveiro**

——— "A Função Jurisdicional", *in O Direito,* ano 133, 2001-1.

**PEREIRA, M. S. D. Neves**

——— *Introdução ao Direito e às Obrigações*, Coimbra, Almedina, 1992.

**PEREIRA, Ravi Afonso**

——— "Interpretação constitucional e justiça constitucional", *in Tribunal Constitucional – 35.º Aniversário da Constituição de 1976*, Vol. II, Coimbra, Wolters Kluwer / Coimbra Editora, 2012, pp. 43-81.

**PIÇARRA, Nuno**

——— "A separação de poderes na Constituição de 1976. Alguns Aspectos." *in Nos dez anos da Constituição,* Lisboa, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1986.

——— "Separação dos Poderes"*, in Polis - Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, 5.º Vol., Lisboa/São Paulo, Verbo, 1987.

——— *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1989.

**PINHEIRO, Luís de Lima**

——— *Introdução ao estudo do Direito,* Vol. I e II, ano lectivo 2015/2016, diapositivos 351-360

**PINTO, Carlos Alberto da Mota**

——— *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 1980.

**PINTO, Joaquim da Silva**

———*V.* Pacheco, António Faria Carneiro.

**PINTO, Natália da Silva**

——— *V.* Carvalho, Luís Nandin de

**PINTO, Paulo Mota**

——— "A Protecção da Confiança na "Jurisprudência da Crise"", *in O Tribunal Constitucional e a Crise – Ensaios Críticos*, Org. Gonçalo de Almeida Ribeiro e Luís Pereira Coutinho, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 133-181.

**PITÃO, José António de França**

——— *V.* Sousa, Rabindranath Capelo de.

**PRATA, Ana**

——— *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*, Coimbra, Almedina, 1982.

**PRETO, António Martinez Valadas**

——— "Jurisdição", *in DJAP*, Vol. V, Lisboa, 1993, pp.319 ss.

**PROENÇA, José João Gonçalves**

——— *Introdução ao Estudo do Direito*, Lisboa, SPB, 1995.

**QUEIRÓ, Afonso**

——— *Lições de Direito Administrativo*, Coimbra, 1976

**QUEIROZ, Cristina**

——— "A interpretação jurídica", *in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marce-*

*lo Caetano, No Centenário do seu Nascimento*, Vol. I, Ed. da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2006.

——— "Constituição e Poder Judicial", *in 20 anos do Código das Sociedades Comerciais*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 523-534.

——— *Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a Epistemologia da Construção Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000.

———*Direito Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

**RADBRUCH, G.**

——— *Filosofia do Direito*, Coimbra, Arménio Amado, 6.ª ed., 1979.

——— **"**Introducción a la Ciencia del Derecho", Revista de Derecho Privado, Madrid, 1930.

**RALHA, Eduardo M.**

——— ***V.* Serra, Adriano Paes da Silva Vaz.**

**RANGEL, Paulo Castro**

——— "A Separação de Poderes segundo Montesquieu", *in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2001, pp. 347-365.

——— "Jurisdição", *in Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Vol. V, Lisboa Porto, 1979, pp 653 ss.

——— *Repensar o Poder Judicial. Fundamentos e Fragmentos*, Porto, 2011.

———*Reserva de Jurisdição. Sentido Dogmático e Sentido Jurisprudencial*, Porto, 1997.

**RAPOSO, Mário**

——— "A revisão constitucional e a independência dos juízes", *in Revista da Ordem dos Advogados*, ano 1982, vol. II, Maio-Agosto 1982, pp. 347-365.

——— *Os Juízes, a Lei e o Direito*, in Separata do *Boletim do Ministério da Justiça, n.º 348*, Lisboa, 1985, pp. 5-10.

**REIS, Alberto dos**

——— *V.* Reis, José Alberto dos.

**REIS, José Alberto dos**

——— *Organização judicial*, lições feitas ao curso do 4.º ano jurídico de 1908 a 1909, Coimbra, 1909.

——— *Código de Processo Civil anotado*, vol. I, Coimbra, Coimbra, 1948, com 3.ª ed. – reimpressão em 1982.

——— *Código de Processo Civil anotado*, vol. III, Coimbra, Coimbra, *s.d.*, 4.ª ed. – reimpressão em 1985.

**REIS, Paschoal José de Mello Freire dos**

——— *V.* Freire, Paschoal José de Mello.

**RESCIGNO, Pietro**

——— *LE FONTI DEL DIRITTO ITALIANO, I testi fondamentali commentati com la dottrina e annotati com la giurisprudenza*, Quarta edizione, Milano, Giuffrè Editore, 2001.

**RIBEIRO, Gonçalo de Almeida**

——— "O Constitucionalismo dos Princípios", *in O Tribunal Constitucional e a Crise – Ensaios Críticos*, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 69-103.

**RIBEIRO, Manuel de Almeida**

——— *Introdução ao Direito para as Ciências Sociais*, Coimbra, Almedina, 2013.

**ROCHA, Joaquim Freitas da**

——— *Constituição, Ordenamento e Conflitos Normativos – Esboço de uma Teoria Analítica da Ordenação Normativa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

**ROCHA, Manuel António Coelho da**

———*Instituições de Direito Civil Portuguez*, tomo I, 1848, sendo a 8.ª ed. aperfeiçoada reimpressa em 1917, Lisboa, Livraria Clássica Ed.

**RODRIGUES, J. Cunha**

———*A Constituição e os Tribunais*, Diabril, 1977.

**RODRIGUES, Luís Barbosa**

——— *Introdução ao Direito geral, interno, da União Europeia e Internacional,* Quid Juris, Lisboa, 2012.

——— *Manual de Introdução ao Direito interno e Internacional,* ResXXI, 2009.

**RODRIGUES, Manuel**

———*A Justiça no Estado Novo*, Lisboa, Empreza Jurídica, 1933.

——— *Direito Civil* (apontamentos das aulas proferidas ao 1.º ano do curso jurídico de 1924-1925, coligidos por Ângelo Maria de Sousa Pinto Cardoso), Tipografia Bizarro, Coimbra, 1924.

——— *Direito Civil*, apontamentos das prelecções na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra ao curso do 1.º ano jurídico de 1924-1925, coligidos por Ângelo Maria de Sousa Pinto Cardoso, Coimbra, 1924.

**RODRIGUES, Maria Auxiliadora**

——— *Relatório de Filosofia do Direito – Tema: Integração Analógica*, Faculdade de Direito de Lisboa, 2000.

**ROGEIRO, Nuno**

——— *Constituição dos EUA – Anotada e Seguida de Estudos Sobre o Sistema Constitucional dos Estados Unidos*, Lisboa, USIS / Gradiva, 1993.

**RUIVO, Fernando**

——— "Aparelho Judicial, Estado e legitimação", *in Revista Crítica das Ciências Sociais*, n.º 6, 1981, pp. 113 e ss.

**RÜTHERS, Bernd**

——— *Rechtstheorie (Begriff, Geltung and Anwendung des Rechts)*, Beck, München, 1999

**SANTOS, Beleza dos**

——— "Interpretação e integração das lacunas da lei em Direito e Processo penal", *in Boletim da Faculdade de Direito*, ano XI (1929), Coimbra, pp. 102-131.

**SANTO, João Espírito**

——— *Código Civil – Anotações aos artigos 1º a 13º*, AAFDL, Lisboa, 2011.

**SARAIVA, José Hermano**

——— "A Crise do Direito", *in Revista da Ordem dos Advogados*, ano 24 (1964), 1.º e 2.º trimestres, p. 56 e ss., 3.º e 4.º trimestres, p. 379 e ss.

——— "Apostilha Crítica ao Projecto de Código Civil (Capítulos I e II) ", *in* R*evista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, 1966.

——— "No limiar de um novo Código Civil", *in O Direito*, ano 98 (1966), fasc. 3 (Jul-Set), pp. 217-233.

——— *O que é o Direito? Seguido de a crise do Direito e outros estudos jurídicos*, 1.ª ed. (Gradiva), 2009.

———*Lições de Introdução ao Direito*, curso professado no Instituto Superior de Ciências Sociais e Política Ultramarina da Universidade Técnica de Lisboa, em 1962-63.

**SAVIGNY, F. Von**

——— *De la Vocacion de Nuestro Siglo para la Legislacion y la Ciencia del Derecho*, Buenos Aires – República Argentina, Editorial Heliasta, 1977.

——— *Sistema del Derecho Romano Actual*, Tomos I-II, Pamplona, Analecta editorial, 2004.

——— *Traité de Droit Romain*, Tome Premier, Paris, Librairie de Firmin Didot Frères, 1855.

**SCHNEIDER, Hans Peter**

——— *Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht*, Germany, Vittorio Klostermann Frankfurt am Main, 1969.

**SEABRA, António Luiz de**

——— *Código Civil Portuguez, Projecto*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1859.

——— *Código Civil Portuguez, Projecto, examinado pela respectiva commissão revisora*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1863.

——— *Resposta ás reflexões do Sr. Doutor Vicente Neto Paiva sôbre os sete primeiros títulos do Projecto do Código Civil Portuguez*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1859.

**SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz**

——— "A Revisão Geral do Código Civil – Alguns factos e comentários", *in Boletim da Faculdade de Direito*, vol. XXII, Coimbra, 1946.

——— "Discurso do Ministro da Justiça, pronunciado na sessão de abertura dos tribunais em 1 de Outubro de 1940", sem título, subordinado ao tema «*o papel do juiz na interpretação da lei*» (cf. título atribuído na subsequente publicação deste discurso na *Revista da Ordem dos Advogados*, ano I (1941), n.º 1, 1.º e 2.º trimestres, Lisboa), in *Boletim Oficial do Ministério da Justiça*, ano I, n.º 1, 1940.

——— "Discurso do Ministro da Justiça, pronunciado na sessão de abertura do ano judicial em 24 de Janeiro de 1944", sem título, subordinado ao tema *«valor prático dos conceitos e da construção jurídica»* (cf . p. 2 do texto), in *Boletim Oficial do Ministério da Justiça*, ano IV, n.º 21, 1944.

——— "Discurso do Ministro da Justiça", pronunciado na sessão de abertura do ano judicial em 3 de Janeiro de 1942, *in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 2.º, (1942) n.ºs 1 e 2.*

——— "Discurso proferido pelo Excelentíssimo Senhor Prof. Adriano Paes da Silva Vaz Serra, na sessão de encerramento dos trabalhos da Comissão Revisora do Anteprojecto do Direito das Sucessões, em 25 de Janeiro de 1957, *in Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 63, Fevereiro, pp. 14 e ss..

——— "Liberalismo, democracia e totalitarismo em J.J. Rousseau", *in Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 2 (1947), pp. 5-76.

——— *Código Civil Português,* 6.ª ed., Coimbra, Atlântida Ed., 1954.

——— *Código Civil Português*, Atlântida Editora, Coimbra, 1967

——— *Direito Civil*, sumários do 1.º ano jurídico de 1929/1930, coligidos por Eduardo M. Ralha e Adelino M. Simão.

**SILVA, António E. Duarte / PIMENTEL, Margarida Menéres**

——— "Identificação de 22 Acórdãos marcantes em fiscalização da constitucionalidade", *in Tribunal Constitucional – 35.º Aniversário da Constituição de 1976*, Vol. II, Coimbra, Wolters Kluwer / Coimbra Editora, 2012, pp. 453-508.

**SILVA, Eduardo Norte Santos**

——— *Introdução ao estudo do Direito,* vol. I, Sintra, Pedro Ferreira, 1998.

**SILVA, Fernando Emígdio da**

——— "A letra da lei e a palavra forense", *in Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 4 (1944), 3.º e 4.º trimestres, n.º 3 e 4, p. 32 e ss..

**SILVA, Germano Marques da**

——— *Introdução ao estudo do Direito,* Universidade Católica Editora, Lisboa, Setembro 2006.

**SILVA, Joana Aguiar e**

——— *Para uma Teoria Hermenêutica da Justiça – Repercussões Jusliterárias no Eixo*

*Problemático das Fontes e da Interpretação Jurídicas*, Almedina, Coimbra, 2011.

**SILVA, Nuno Espinosa Gomes da**

**———** "Jurisprudência dos conceitos", *in Polis - Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, 3.º vol., p. 850 e ss., Lisboa/São Paulo, Verbo, 1985.

**———** *História do Direito Português – Fontes de Direito*, 4.ª ed. revista e actualizada, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.

**SIMÃO, Adelino M.**

**———** *V.* Serra, Adriano Paes da Silva Vaz.

**SOARES, António Goucha**

——— "A transformação do poder judicial e os seus limites", *in Revista do Ministério* Público, Ano 21, n.º 82, 2000.

**SOUSA, António Francisco de**

——— "Estado de Direito – Estado de justiça", *in Estado & Direito*, n.º 12 (1993), pp. 95-101

**SOUSA, Domingos Pereira de**

——— *Noções Fundamentais de Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013.

**SOUSA, Marcelo REBELO de**

**———** *Ciência Política [lições ao 1º ano do curso de Direito - 1984/85]*, AAFDL, Lisboa, 1984.

**———** *Direito Constitucional I - Introdução à Teoria da Constituição*, Livraria Cruz, Braga, 1979.

**———** *Direito Constitucional, Sumários Desenvolvidos*, ed. da Associação Académica da Faculdade de Direito, Lisboa, 1976/1977.

**SOUSA, Marcelo Rebelo de / ALEXANDRINO, J. de Melo**

——— *Constituição da República Portuguesa Comentada*, Lisboa, Lex, 2000.

**SOUSA, Marcelo Rebelo de / GALVÃO, Sofia**

——— *Introdução ao estudo do Direito*, 5.ª ed., Lisboa, Lex, 2000.

**SOUSA, Miguel Teixeira de**

——— *Introdução ao Direito*, Coimbra, Almedina, 2012.

——— "Positivismo e valores", *in Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Vol. VI, Ed. da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2012, pp. 403-414.

**SOUSA, Rabindranath Capelo de / PITÃO, José António de França**

——— *Código Civil e Legislação Complementar*, vol. I, Coimbra, Almedina, 1978.

**SOUZA (LOBÃO), Manoel de Almeida e**

——— *Notas de uso pratico, e criticas; addições, illustrações, e remissões. (Á imitação das de Muller a Struvio). Sobre todos os Títulos, e todos os §§ do Liv. primeiro das Instituições do Direito Civil Lusitano do Doutor Paschoal José de Mello Freire*, Parte I, Lisboa, Impressão Régia, 1816.

**STERN, Klaus**

——— *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band I (2. Auflage) e II, Beck, 1980

**TAMBÁ, Vassanta Porobo**

——— *A Jurisprudência – seu sentido e limites*, Coimbra, Almedina, 1971.

**TAVARES, José**

———*Os princípios fundamentais do Direito Civil*, vol. I, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra, 1929.

**TEIXEIRA, António Ribeiro de Liz**

———*Curso de Direito Civil Portuguez, ou Commentario ás Instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire sobre o mesmo Direito*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1848.

**TEIXEIRA, Aloysio Maria**

——— "Considerações sobre o novo Código Civil Português", conferência realizada na Academia Nacional de Direito, em 26 de Abril de 1967, *in Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 171, Dezembro, 1967.

**TELES, Inocêncio Galvão**

——— *V.* Telles, Inocêncio Galvão.

**TELLES, Inocêncio Galvão**

——— *Introdução ao estudo do Direito*, Vol.s I e II, lições ao ano lectivo 1952/1953 (reimpresso em 1988, com notas de actualização), Lisboa 1989.

——— *Revisão do Código Civil Português*, texto de la conferencia pronunciada en nuestra faculta del dia 30 de Marzo de 1955, *in Publicaciones de la universidade de Murcia,1955*.

——— *Introdução ao estudo do Direito*, Vol.s I (1999) e II (2000), 11.ª ed. (refundida e actualizada), Coimbra, Coimbra, 1999.

——— *Dos Contratos em Geral* (Lições proferidas no ano lectivo de 1945-1946), Coimbra, Coimbra Editora, 1940.

**TELLES, José Homem Corrêa**

——— *Commentário crítico á Lei da Boa Razão, em data de 18 de Agosto de 1769*, seguido do *Discurso sobre a equidade, para servir de Suplemento ao Preambulo desta Lei*, Lisboa, 1845.

——— *Digesto Portuguez, ou tratado dos direitos e obrigações civís, accommodado ás leis e costumes da Nação Portugueza: para servir de subsidio ao «novo Código Civil»*, tomo I, 2.ª ed., Coimbra, Imprensa da Universidade, 1840, reimpresso pela Livraria Clássica Ed., Lisboa, 1909.

——— *Theoria da interpretação das leis e ensaio sobre a natureza do censo consignativo*, Lisboa, 1845.

**TELES, Miguel Galvão**

——— *Escritos Jurídicos*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2013.

**TORRES, António Maria M. Pinheiro**

——— *Introdução ao Estudo do Direito*, Rei dos Livros, Lisboa, 1998.

**TORRES, Carlos**

——— *Noções Fundamentais de Direito para estudantes de turismo I*, Escola Superior de Hotelaria e Turismo do Estoril.

**URBANO, Maria Benedita**

——— ""Criação judicial" e "activismo judicial": as duas faces de uma mesma função?", *in Tribunal Constitucional – 35.º Aniversário da Constituição de 1976*, Vol. II, Coimbra, Wolters Kluwer / Coimbra Editora, 2012, pp. 7-41.

——— "A Jurisprudência da Crise no Divã. Diagnóstico: Bipolaridade?", *in O Tribunal Constitucional e a Crise – Ensaios Críticos*, Org. Gonçalo de Almeida Ribeiro e Luís Pereira Coutinho, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 9-48.

——— *Curso de Justiça Constitucional – Evolução Histórica e Modelos do Controlo da Constitucionalidade*, 2.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2016.

**VALDÁGUA, Maria da Conceição Santana**

——— *Aspectos da legítima defesa no Código Penal e no Código Civil*, Sep. da *Revista da Faculdade de Direito*, Lisboa, 1990

**VARELA, João de Matos Antunes**

——— *V.* Lima, Fernando Andrade Pires de.

——— "A reforma do Direito Civil" (discurso proferido em 10 de Maio de 1966, no Supremo Tribunal de Justiça, publicado com o *Projecto de Código Civil*, INCM, 1966 (*Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 156 (1966), Maio, pp. 51 e ss.)

——— "A teoria e a prática na formação do Direito (Texto de comunicação inédita apresentada na Academia das Ciências de Lisboa, em 25 de Janeiro de 1990)", Sep. da *Lusíada. Série de Direito. Revista de Ciência e Cultura,* n.º 1, Março de 1991, pp. .

——— "Código Civil", *in A Feitura das Leis, Vol. II*, INA, 2007**.**

——— "Código Civil", *in Polis: Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, vol. 1.º, Verbo, Lisboa.

——— "Comunicação sobre o projecto de Código Civil", discurso proferido na sessão solene de 10 de Maio de 1966, no salão nobre do Supremo Tribunal de Justiça, *in Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 156, Maio, pp. 8 e ss., 1966.

——— "Discurso proferido na inauguração do Tribunal da comarca de Pombal, em 30 de Julho de 1966" (aqui titulado "Sobre a equidade"), *in Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 158, Julho, pp. 20 e ss., 1966, também publicado *in Ciência e Técnica Fiscal*, n.os 92-93 (Agosto-Setembro de 1966), pp. 9 e ss, com o título "Valor da Equidade como fonte de Direito".

——— "Discurso proferido por sua Excelência o Ministro da Justiça, Prof. João de Matos Antunes Varela, na sessão de encerramento dos trabalhos da Comissão Revisora do Anteprojecto do Direito das Sucessões, em 25 de Janeiro de 1957, *in Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 63, Fevereiro, pp. 5 - 13, 1957.

——— "Do projecto ao Código Civil", comunicação feita na Assembleia Nacional, no dia 26 de Novembro de 1966, *in Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 161, 1966, pp. 5-85.

——— "O Papel do Jurista na Sociedade Portuguesa Contemporânea", Discurso na Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Ciências Humanas, cerca de 1981.

——— "Projecto de Código Civil", Conferência de Imprensa realizada em 14 de Maio de 1966, *in Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 156, Maio, pp. 51 e ss., 1966.

——— *Homenagem ao Prof. Doutor João Baptista Machado,* Scientia Juridica, Separata especial do Tomo XL (1991) n.ºs 229/234, pp.43 e ss..

——— *Introdução ao estudo do Direito,* segundo as prelecções ao ano jurídico 1951-52, Coimbra 1952.

**VILELA, Álvaro da Costa Machado**

——— *Noções Geraes e Elementares das instituições do Direito civil Portuguez,* prelecções coligidas por José d'Almeida Correia, 2.ª ed., Coimbra, Livraria Neves, 1914.

**VILELA, Álvaro da Costa Machado / PACHECO, António Faria Carneiro**

——— *Noções Geraes e Elementares das Instituições do Direito Civil Português,* prelecções coligidas por José d'Almeida Correia, 3.ª ed Coimbra, Livraria Neves, 1919.

**WENGLER, Wilhelm**

——— *O projecto de um novo Código Civil português*, Separata do *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 168, Lisboa, 1967

**WIEACKER, Franz**

——— *História do Direito Privado Moderno,* 2.ª Ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1976.

**XAVIER, Alberto**

——— *O fundamento do direito, a natureza da função jurisdicional, a missão do julgador na vida jurídica contemporânea*, Conferência realizada na Ordem dos Advogados no dia 29 de Janeiro de 1948, Ed. do autor.

**OUTROS**

——— *Trabalhos da Assembleia Constituinte do Estado da Baviera (1946/1947):* http://geschichte.digitale-sammlungen.de/landtag1946/online/angebot

——— *Trabalhos do Parlamentarische Rat alemão (1948/1949): Akten und Protokolle, Ausschuß für Organisation des Bundes / Ausschuß für Verfassungsgerichtshof und Rechtspflege*, (org. Michael F. Feldkamp), München, Oldenbourg, 14 volumes, 2009

——— *Trabalhos da Assembleia Constituinte da República Italiana (1946/1947):* http://www.nascitacostituzione.it/

## ADENDA DOCUMENTAL

**Documentos inéditos e alguns outros documentos que, por motivos variados, são de acesso difícil. Explicita-se que muitos outros textos existem (de fácil acesso) no âmbito da feitura do Código Civil. Basta lembrar a Apostilha Crítica ao projecto do Código Civil de José Hermano Saraiva.**

**1.º Doc. – Trabalhos referentes ao artigo 3.º (actual artigo 203.º) na Assembleia Constituinte;**

**2.º Doc. – Diários da Assembleia da República VII Legislatura - referentes à Revisão Constitucional de 1996/1997;**

**3.º Doc. – Preâmbulo do EMJ de 1944 (Decreto-Lei 33 547 de 23 de Fevereiro);**

**4.º Doc. – Discurso do Ministro da Justiça, de 1940, para o qual aquele preâmbulo remete, publicado no Boletim Oficial do Ministério da Justiça, n.º 1, de 26 de Novembro de 1940;**

**5.º Doc. – Decreto-Lei 33.908, de 4 de Setembro de 1944;**

**6.º Doc. – Da revisão do Código Civil, de Vaz Serra (trechos);**

**7.º Doc. – Noções elementares de Processo Civil, de Manuel de Andrade (trechos);**

**8.º Doc. – Sobre a recente evolução do Direito privado português, de Manuel de Andrade (trechos);**

**9.º Doc. – Sentido e valor da jurisprudência, de Manuel de Andrade (trechos);**

**10.º Doc. – Fontes de Direito Vigência, Interpretação e Aplicação da Lei (de 1948) Boletim do Ministério da Justiça, n.º 102, de Janeiro de 1961;**

**11.º Doc. – Código Civil – Livro I Parte Geral (Primeira Revisão Ministerial), 1961;**

**12.º Doc. – Código Civil – Livro I Parte Geral (Revisão Intercalar), 1964;**

**13.º Doc. – Propostas de Miguel Galvão Teles com comentários de Antunes Varela;**

**14.º Doc. – Propostas do Conselheiro Lopes Cardoso (com comentários de Antunes Varela);**

**15.º Doc. – Código Civil – Livro I Parte Geral (Revisão Intercalar, s/d, mas posterior à de Miguel Galvão Teles);**

**16.º Doc. – Código Civil - Observações ao Livro I (Parte Geral), de Paulo Mêrea;**

**17.º Doc. – Código Civil – Livro I Parte Geral (Segunda Revisão Ministerial), 1965;**

**18.º Doc. – Código Civil, Projecto do Código Civil, Ministério da Justiça, 1966;**

**19.º Doc. – Propostas de Manuel Júlio Gonçalves Salvador (Juiz), em dois exemplares com texto igual;**

**20.º Doc. – Propostas, a alguns artigos do projecto, de António Viegas Calçada (Advogado);**

**21.º Doc. – Propostas do Conselheiro António Cândido da Cruz Alvura;**

**22.º Doc. – Anotações Pires de Lima, com comentários de Antunes Varela;**

**23.º Doc. – Discurso do Ministro Antunes Varela "Do Projecto ao Código Civil" (Comunicação à Assembleia Nacional, no dia 26 de Novembro, 1966);**

**24.º Doc. – Epítome respeitante aos artigos 3.º e 4.º, do Estatuto dos Magistrados Judiciais;**

**25.º Doc. – Epítome respeitante aos artigos 8.º, 9.º, 10.º e 11.º, do Código Civil;**

**26.º Doc. – Assembleia Constituinte do Estado da Baviera, Sessão de 19 de Julho de 1946;**

**27.º Doc. – Constituição da Alemanha, Trabalhos preparatórios, Der Parlamentariche Rat 1948-1949, Akten und Protokolle (trechos);**

**28.º Doc. – Do Código Penal Alemão, alterado por lei de 1935.**

# Trabalhos referentes ao artigo 3.º (actual artigo 203.º) na Assembleia Constituinte

n.º /

ARQUIVO
Reg. 15662 Sec. XXXIb
Caixa 4 N.º 5

Iniciativa:

Assunto: "Constituicad Politica"

1975/76

6ª comissad - "TRIBUNAIS".

ASSEMBLEIA CONSTITUINTE
Presidência
Entrada N.º 3280
DATA 12/12/87

6ª Comissão

O SR FERNANDO AMARAL (PMDB): — Sr. Presidente
Srs. Deputados

É na qualidade de Presidente da VI comissão - Dos Tribunais - que cumpro o dever, que a prática regimental estabeleceu sempre que se inicia a apreciação, em Plenário, dos trabalhos das comissões.

Faço-o na perspectiva de dois motivos:

- primeiro, para prestar um testemunho;
- segundo, para formalizar a entrega ao Plenário do Trabalho da Comissão, recolhida da leitura do Relatório que o Sr. Deputado Lysâneas Pereira empreston todo o peso da sua esclarecida experiência na síntese fiel dos fatos que marcaram o ritmo dos trabalhos.

Desvanecido e profundamente preocupado com a incumbência da Presidência que me fora cometida, esqueci o primeiro sentimento e fui descobrindo, ao longo dos meses que o segundo não tinha razão de ser, ainda que focado, especialmente, no desejo de realizar trabalho útil.

Efetivamente, os meus companheiros de trabalho, em diletto e franco convívio, na lhaneza do trato, na lealdade dos seus juízos, realizaram um trabalho notável.

Daí que aquela infundada preocupação servira, excelentemente e apenas de dividente contraste para melhor apreciar os resultados obtidos.
A todos fiquei devendo a gratidão pela delicadeza e audiência que me dispensaram prodigalizar.
Quanto ao outro motivo importará dizer, essencialmente o seguinte:
Ao longo de cerca de duas dezenas de sessões, procurou-se caporizar o Poder Judicial.
O diálogo, o comentário, as adesões, o peso e a dimensão das palavras, a definição de conceitos, foram matéria prima para a formulação do articulado que vos foi presente.
Fez-se, refez-se, alterou-se, substituiram-se artigos e alíneas, capítulos e rubricas, num esforço constante para que o Poder Judicial e a organização judiciária refletissem a natureza do Estado na sociedade concreta em que vivemos, assegurando o equilíbrio

primento da legalidade democrática.
os seus orgãos, desempenhando a função de garante
da ordem jurídica, haverão de cumprir a Força
missão de prosseguir e defender os conceitos e os
valores da Justiça.
Na verdade, a proclamação dos direitos, das liberda
des fundamentais, não terá qualquer sentido útil
se as garantias jurídicas da sua efectivação não
for firmada pelos Tribunais.
Eles são a expressão orgânica do mais nobre
dos Poderes porque deles depende o sentido da
justiça. Sem justiça não haverá verdadeira
paz nem liberdade autêntica.
Por isso, tratar da organização dos Tribunais
foi trabalho aliciante.
Vai o Plenário apreciá-lo. Como o contribu
to de todos será completado e corrigido para
que a nossa Revolução seja eficiência e
realização da autêntica justiça ao serviço
dum Povo que se pretende realizar e dizer,
mesmo ao socialismo.

Fernando Monteiro do Amaral

a) Fernando Monteiro do Amaral

# 6ª.COMISSÃO
# TRIBUNAIS

PRINCIPIOS GERAIS

CAPITULO I

ORGANIZAÇÃO DOS TRIBUNAIS

CAPITULO II

DA MAGISTRATURA DOS TRIBUNAIS JUDICIAIS

CAPITULO II

DO MINISTÉRIO PÚBLICO

## PRINCIPIOS GERAIS

### ARTº.1º
### DEFINIÇÃO

Os tribunais são os orgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo.

### ARTº.2º
### FUNÇÕES

Na administração da justiça incumbe aos tribunais assegurar a defesa dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, reprimindo a violação da legalidade democrática e dirimindo os conflitos de interesses públicos e privados.

### ARTº.3º
### INDEPENDÊNCIA

Os tribunais são independentes e apenas estão sujeitos à lei.

### ARTº.4º
### PRINCIPIO DO CONTRADITÓRIO

A administração da justiça subordina-se ao princípio do contraditório.

..../.

11/12/75

ASSEMBLEIA CONSTITUINTE

6ª COMISSÃO

RELATÓRIO

1. Nos dias 6, 13, 22, 27 e 28 de Agosto, 3, 10, 12, 17, 18, 24, 25 e 26 de Setembro, 8, 9, 10, 15, 16, 17, 24 e 29 de Outubro, 5, 12 e 19 de Novembro, 4, 5, 9 e 10 de Dezembro de 1975, numa das salas do Palácio de S. Bento, em Lisboa, reuniu-se a 6ª Comissão, encarregada de formular parecer sobre o Titulo VII, Tribunais, da Parte III da Constituição, respeitante à "Organização do Poder Político".

Para a constituirem foram, inicialmente, designados os seguintes Deputados: Adelino Augusto Miranda de Andrade, António José de Sousa Pereira, Manuel João Vieira e Mário de Deus Branco, do PS; Afonso de Sousa Freire Moura Guedes, Fernando Monteiro do Amaral e Luis Fernando Argel de Melo e Silva Biscaia, do PPD; Adriano Lopes da Fonseca e José Alves Tavares Magro, do PCP; António Francisco de Almeida, do CDS; Luis Manuel Alves de Campos Catarino, do MDP/CDE.

Os Deputados Adriano Lopes da Fonseca (PCP), Afonso de Sousa Freire Moura Guedes (PPD) e José Alves Tavares Magro (PCP) foram substituidos pelos Deputados Fernando dos Santos Pais (PCP), Carlos Francisco Cerejeira Pereira Baeslar (PPD) e José Pinheiro Lopes de Almeida (PCP), respectivamente; e, ocasionalmente, tomaram parte nos trabalhos da Comissão os Deputados Armando António Correia e João Baptista Machado (PPD), Fernanda Leja Patrícia e Vital Martins Moreira (PCP), e Manuel Joaquim de Sousa Pereira e Manuel Dinís Jacinto (MDP/CDE).

2. Deharmonia com o preceituado no artigo 27º do Regimento da Assembleia Constituinte, a Comissão elegeu, na sua 1ª reunião, os Deputados Fernando Monteiro do Amaral (PPD) para Presidente, José Alves Tavares Magro (PCP), para Secretário e António José de Sousa Pereira (PS) para Relator. Mas, em virtude da substituição do Deputado José Alves Tavares Magro (PCP) pelo Deputado José Pinheiro Lopes de Almeida (PCP), passou este a exercer as funções de Secretário.

3. Seguidamente, a Comissão discutiu o método a adoptar para a elaboração de um projecto a apresentar ao Plenário, dadas as divergências existentes entre aqueles que haviam sido entregues pelos Partidos representados na Assembleia Constituinte, o que desaconselhava se tomasse qualquer deles como

...////

///...

base de discussão. E assentou, após haver estabelecido uma sistematização provisória, em que a discussão recaísse sobre os textos que, de acordo com ela, lhe fossem sendo submetidos, inspirados, entre outras fontes, nos projectos dos Partidos, e tendo em conta as divergências e as concordâncias entre eles existentes. Este trabalho foi, sobretudo, realizado pelo Deputado Manuel João Vieira (PS), cujas propostas constituiram um valioso elemento para a discussão.

4. No articulado que se apresenta, e que se propõe sirva de base à discussão e votação, procuraram-se fixar as linhas mestras de uma organização judiciária digna do Estado em que se deverá integrar. Precisamente por isso, não se hesitou em aceitar a formulação de certos princípios que -como o da inamovibilidade dos juizes ou o do contraditório- dispensavam talvez uma consagração constitucional, tão indiscutiveis eles sempre nos aparecem. E, principalmente, cuidou-se de abrir caminho a uma real independência dos Tribunais e dos juizes, sem, por outro lado, se contribuir para a criação duma classe fechada ou elitista.

5. O Ministério Público, mercê do articulado que se sugere, certamente virá a ter uma nova organização, como orgão autónomo junto dos tribunais, estruturado de acordo com principios mais conforme com as suas funções.

6. A Comissão é de parecer que a organizaçao dos tribunais e do Ministério Público, e a definição dos estatutos dos respectivos magistrados, deverão ser da exclusiva competência da Assembleia dos Deputados. E só não formulou um articulado em tal sentido, por entender que a sede própria para esse preceito constitucional é o capítulo respeitante à competência da Assembleia dos Deputados.

7. Entende esta Comissão que, como último capítulo do seu articulado, deverá figurar o relativo à inconstitucionalidade das leis. Considera, porém, atento o que consta, quanto a esta matéria, no articulado da 5ª Comissão, que só terá de se pronunciar depois de saber qual a posição definida após a discussão deste último articulado.

8. A Comissão aprovou, para ser integrado na parte da Constituição respeitante a "disposições finais e transitórias" um artigo do teor seguinte: "No período transitório os tribunais militares têm competência para o julgamento de responsáveis, funcionários e colaboradores das extintas Direcção-Geral de Segurança e da Polícia Internacional e de Defesa do Estado".

...//

ASSEMBLEIA CONSTITUINTE

///...

E isto por que, não obstante se tratar de uma disposição transitória entendeu que ela concerne à administração da justiça, matéria atinente ao projecto sobre os "Tribunais".

9. É óbvio que os principios orientadores da organização judiciária só esquematicamente devem constar do texto constitucional. Por isso, a Comissão procurou evitar que as formulações apresentadas possam impedir a adopção de soluções conducentes a uma profunda reorganização judiciária.

10. Como anexo deste relatório, mas considerados integrados nele, serão apresentadas as declarações de voto que os partidos entendam dever fazer.

Lisboa, Palácio de S. Bento, aos 10 de Dezembro de 1975.

ASSEMBLEIA CONSTITUINTE

ENTRADA 3488
DATA 17/12/75

Parlamento

16/12/75

PROPOSTA DE aditamento ao art. 3º

~~Formulado~~ oralmente pelo deputado Fernando Amaral do PPD

"e ao direito"

O Secretário da Mesa

Aditamento.

Total:

contra (PS)
abst. 1 PCP - MDP
a favor - 4/4 - PPD - CDS e independente

# DIÁRIO

## da Assembleia da República

VII LEGISLATURA

2.ª SESSÃO LEGISLATIVA (1996-1997)

IV REVISÃO CONSTITUCIONAL

Reunião de 4 de Setembro de 1996

Reunião de 15 de Abril de 1997

Quinta-feira, 5 de Setembro de 1996 II Série-RC — Número 17

# DIÁRIO da Assembleia da República

VII LEGISLATURA 2.ª SESSÃO LEGISLATIVA (1996-1997)

# IV REVISÃO CONSTITUCIONAL

## COMISSÃO EVENTUAL PARA A REVISÃO CONSTITUCIONAL

## Reunião de 4 de Setembro de 1996

## SUMÁRIO

*O Sr. Presidente (Vital Moreira) deu início à reunião às 10 horas e 25 minutos.*

*Procedeu-se à discussão das propostas relativas aos artigos 8.º, 9.º, 10.º, 13.º, 15.º e 16.º constantes dos diversos projectos de revisão constitucional, tendo dado entrada um aditamento ao projecto de revisão constitucional n.º 1/VII, apresentado pelo CDS-PP.*

*Usaram da palavra, a diverso título, além do Sr. Presidente, que também interveio na qualidade de Deputado do PS, os Srs. Deputados Mota Amaral (PSD), José Magalhães (PS), Barbosa de Melo (PSD), Luís Sá (PCP), Luís Marques Guedes (PSD), Alberto Martins (PS), Jorge Ferreira (CDS-PP), Cláudio Monteiro e Elisa Damião (PS), Maria Eduarda Azevedo (PSD), Odete Santos (PCP), Heloísa Apolónia (Os Verdes), Calvão da Silva (PSD), Strecht Ribeiro (PS) e Guilherme Silva (PSD), e António Filipe (PCP).*

*O Sr. Presidente encerrou a reunião às 19 horas e 40 minutos.*

tive ocasião de adiantar a posição que temos em relação a esta proposta. Gostaria apenas de acrescentar que a alteração aventada implicaria, entre outros aspectos, uma outorga, concessão ou definição de um direito, prescindindo da condição de reciprocidade que tanto o actual n.º 4 como o n.º 5 do citado preceito consideram como pressuposto deste acto do Estado português, o que não tem justificação. Não sei se não se tratará de um lapso – infelizmente não temos a possibilidade de discutir este ponto com os proponentes —, mas trate-se ou não de um lapso não há fundamento para tal.

Por outro lado, tudo aquilo que, desejavelmente, se deve fazer nesta matéria — o que, aliás, aconteceu recentemente, por unanimidade — pode ser feito sem mais. Não vejo por isso vantagem em operar esta alteração.

O Sr. **Presidente**: — Tem a palavra o Sr. Deputado Guilherme Silva.

O Sr. **Guilherme Silva** (PSD): — Sr. Presidente, a minha intervenção visa reforçar esta ideia do Sr. Deputado José Magalhães. Como é óbvio, não me parece minimamente curial, designadamente em sede constitucional, que se entre num tratamento indirecto dos Estados de língua oficial portuguesa e dos cidadãos que a eles pertencem num processo com um certo renascer de paternalismo que não se justifica. O que se pretende é tratar esses Estados de igual para igual.

Apesar de não ter nada à ver com esta proposta, como é natural, aproveito para responder à dúvida levantada pelo Sr. Deputado José Magalhães sobre a possibilidade de haver ou não um lapso, porque parece-me óbvio que não se trata de um lapso, porque se assim fosse, para manter a reciprocidade não era preciso alterar a norma! A ideia é, realmente, inovar, prescindindo do princípio da reciprocidade, e essa supressão parece-nos de todo errada.

A reciprocidade é, exactamente, um problema de princípio e não prático, de execução. Naturalmente, se houver em Portugal mais cidadãos provenientes de países de língua oficial portuguesa em condições de acesso a esses cargos de órgãos autárquicos, eventualmente surgirá um maior número de cidadãos dessa origem nos órgãos autárquicos portugueses do que portugueses nos países de onde esses cidadãos são originários, mas esses são problemas conjunturais.

Ora, o que aqui está em causa é uma questão de princípio que, independentemente de ter maior ou menor aplicação concreta, deve manter-se na Constituição.

O Sr. **Presidente**: — Não havendo mais inscrições, passamos então ao artigo 16.º da Constituição.

Em relação a este preceito, o PSD apresentou uma proposta de alteração ao n.º 1. Actualmente, pode ler-se no n.º 1 o seguinte: «Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional». E a proposta do PSD acrescenta, na parte final do citado preceito: «(...) ou decorrentes da dignidade e da inviolabilidade da pessoa humana».

Para fazer a apresentação da proposta de alteração, tem a palavra o Sr. Deputado Luís Marques Guedes.

O Sr. **Luís Marques Guedes** (PSD): — Sr. Presidente, Srs. Deputados: A proposta do PSD deve ser analisada em conjunto com uma alteração que propomos, mais à frente, de aditamento de um novo artigo à Constituição, o artigo 25.º-A.

No fundo, esta proposta de alteração tem a ver com a necessidade de se prever sempre o respeito e a inviolabilidade da pessoa humana. De facto, no actual texto deste n.º 1 do artigo 16.º, ao definir-se o âmbito e sentido dos direitos fundamentais, pode ler-se que os direitos fundamentais expressamente consagrados na Constituição «(...) não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis ao direito internacional».

Ora, temos assistido, fruto da evolução das tecnologias, por vezes a ritmos dificilmente acompanháveis por nós, humanos, à abertura de novos campos onde, não poucas vezes, essa própria dignidade e inviolabilidade da pessoa humana, que deve ser garantida, é posta em causa. Há variadíssimos exemplos disso, nomeadamente nos anos mais recentes. Por essa razão, o PSD propõe o aditamento de um novo artigo (o artigo 25.º-A), relacionado com a consagração constitucional deste novo campo de direitos que têm de ser salvaguardados e que exigem uma resposta a uma nova realidade a que todos assistimos, a par e passo.

Nesse sentido, parece-nos que quando se define, no artigo 16.º, o âmbito e sentido dos direitos fundamentais, vale a pena acrescentar, porque nenhum de nós pode ter a pretensão de ser exaustivo nesta matéria — aliás, já o legislador constituinte do texto actualmente em vigor teve esse cuidado, ao dizer que os direitos fundamentais consagrados nesta Constituição não excluem quaisquer outros constantes «(...) das leis e das regras aplicáveis no direito internacional» —, uma ideia genérica, salvaguardando, no fundo, aquilo que está em causa nesta matéria, ou seja, a dignidade e a inviolabilidade da pessoa humana. Este é o sentido útil desta norma ou é assim que o sentido útil desta norma, no entender do PSD, ficará salvaguardado de uma forma mais conseguida.

O Sr. **Presidente**: — Srs. Deputados, está aberta a discussão relativa à proposta de alteração ao n.º 1 do artigo 16.º, apresentada pelo PSD.

Para uma intervenção, tem a palavra o Sr. Deputado José Magalhães.

O Sr. **José Magalhães** (PS): — Sr. Presidente, Srs. Deputados: O n.º1 do artigo 16.º é, sem dúvida, uma disposição de grande importância na definição da malha jurídico-constitucional de protecção de direitos fundamentais, uma vez que é um espaço de liberdade e de articulação do quadro normativo constitucional com todos os outros espaços de garantia de direitos fundamentais. Nesse sentido, «abre» a Constituição e garante algo que é fundamental: a Constituição, não é um espaço fechado mas, sim, interligado com outros espaços. Mas esses espaços têm uma característica, porque a Constituição foi precisa ao remeter para instrumentos normativos definidos e sobre os quais as regras constitucionais são, elas próprias, claras: refere-se aos direitos fundamentais constantes das leis, estabelecendo assim um patamar de articulação entre direitos constitucionais e legais, e das regras aplicáveis de direito internacional.

Ora, coisa bem diferente e instrumento e realidade distinta é a alusão à dignidade ou inviolabilidade da pessoa humana, em geral.

Vejamos: quanto ao que seja a lei e os direitos fundamentais que a mesma define, nenhuma incerteza se coloca, porque as leis os definirá, nos termos e condições nela constantes, com a configuração e a arquitectura que deva ser acolhida ou aplicável; quanto ao direito internacional, qualquer que seja o seu regime e a sua configuração

específica, também temos meios constitucionais de apurar os modos de revelação e de formação de direito internacional vinculativo e configurador de situações jurídicas subjectivas e de verdadeiros e próprios direitos fundamentais, como tais protectores dos cidadãos, das pessoas.

Tem natureza totalmente diferente a alusão à dignidade ou à inviolabilidade da pessoa humana invocada em abstracto, quase diria *a se*, sem recepção e vazamento em fonte normativa certa, concreta, espessa, densa e invocável, oponível ou criadora daquilo a que chamaríamos direitos fundamentais «extra-catálogo» ou extra-Constituição. Com isto, nasceria um espaço de incerteza, com contornos que, francamente, não sou capaz de definir — e suponho que ninguém é capaz de o fazer!

A alusão a esta fonte informe e imprecisa de direitos não oferece nenhum critério, nenhum princípio para uma definição ou densificação de contornos, a não ser que aquilo que se pretenda é o que decorre já do artigo 1.º da Constituição.

Com efeito, o artigo 1,º ao aludir à dignidade da pessoa humana como uma das características e um dos pilares da República portuguesa, tem algumas implicações, para as quais temos, aliás, modos de revelação e de definição de consequências jurídico-práticas para a esfera jurídico-individual. Se aquilo que se pretende é apelar ao mesmo, isso já consta do artigo 1.º e de outros artigos da Constituição, mas se o que se pretende é criar uma espécie de superfonte, informe e de contornos imprecisos e insondáveis, está por provar que tal não possa ter consequências perversas, porventura originadoras de espaços de confusão, e até, em alguns casos, de perturbação da protecção de determinados direitos de cidadãos, ou de conflitos com outros direitos — sérios conflitos de direitos, com dificuldades de compatibilização bastante difíceis de ultrapassar com êxito.

O Sr. **Presidente**: — Tem a palavra o Sr. Deputado Luís Sá.

O Sr. **Luís Sá** (PCP): — Sr. Presidente, Srs. Deputados: Em primeiro lugar, creio que há que louvar a persistência do PSD, que já apresentou esta proposta por ocasião das revisões da Constituição em 1982, 1989 e em 1994. Mas há que sublinhar, na sequência da verificação da posição de outros partidos sobre esta matéria, que foi reconhecido que com esta consagração ou sem ela a dignidade da pessoa humana é um critério fundamental para, por um lado, aferir do sentido de alcance dos direitos fundamentais na Constituição mas, por outro lado, que a Constituição contém um «catálogo» aberto nesta matéria, o que significa que, como todos reconheceremos, princípios como o que consta do artigo 1.º, que diz que a República portuguesa baseia-se na dignidade da pessoa humana, são inequivocamente fonte de novos direitos e, inclusivamente, um princípio aplicável na resolução de novos problemas como aqueles que vários partidos querem enfrentar quando propõem o enriquecimento do «catálogo» concreto de direitos fundamentais neste plano.

Portanto, a partir do momento em que há um «catálogo» aberto de direitos, na medida em que este «catálogo» é aberto, não apenas em função de outros direitos que a lei consagre, de outros direitos que decorram do direito internacional, mas também de princípios que constam da Constituição, nós não vemos razões decisivas para acrescentar nem vemos que benefícios concretos resultariam nesta matéria.

Ainda há pouco, colocava-se a questão de saber que benefícios concretos resultariam de uma proposta e pensamos que, neste momento, há que devolver a pergunta, independentemente de outras considerações que, eventualmente, viriam ao caso.

O Sr. **Presidente**: — Tem a palavra o Sr. Deputado Barbosa de Melo.

O Sr. **Barbosa de Melo** (PSD): — Sr. Presidente, Srs. Deputados: Esta questão é uma daquelas recorrências de todos os processos de revisão da nossa Constituição: o Partido Social Democrata sempre propõe a introdução desta norma aqui e sempre vê derrotado o seu ponto de vista.

O problema que se coloca tem uma origem histórica, que remonta a 1975, porque, como VV. Ex.as saberão, na acta final da Conferência de Helsínquia, a dignidade humana aparece como referente imediato para novos direitos fundamentais. Ora, é na linha dessa abertura antropológica a direitos fundamentais novos que o PSD, logo de princípio, teve a pretensão de ver figurar este aspecto na Constituição.

O problema que reside por trás de tudo isto é o de saber como se positiva a dignidade humana. VV. Ex.as dizem que são as leis,...

O Sr. **Presidente**: — E as convenções internacionais! E o direito internacional geral!

O Sr. **José Magalhães** (PS): — E o Direito Internacional Público! Eventualmente, o próprio costume!

O Sr. **Barbosa de Melo** (PSD): — Exacto! E se for o costume interno? E se forem os comportamentos fácticos internos? E se forem as sentenças dos tribunais internos, a jurisprudência?

Há miríades de formas de positivação do direito. Hoje, todos sabemos disso e não vale a pena estar aqui a «chover no molhado». As formas de positivação do direito estão muito para além da lei e da convenção, passam por *n* tipos de acção social em que, digamos, pode coalhar-se uma ideia jurídica que há-de valer depois como critério de decisão normativo.

A ideia da dignidade humana, introduzida assim, como critério de referência para a formulação de novos direitos de decisão pública que hão-de ser positivados através de várias formas, nomeadamente as sentenças, sobretudo a jurisprudência interna, retira da mão dos detentores do poder político saber quem é que tem acesso à revelação do direito. São só os Deputados, os titulares do poder político, ou é também a comunidade jurídica no seu conjunto?

No fundo, a ideia que está aqui é a de que estamos perante dois tipos de mentalidade jurídica: a positivação tradicional do legalismo, que é a de VV. Ex.as — permitam-me este «baptismo» tão fácil —, e uma positivação aberta, um sistema aberto, onde são possíveis várias formas de positivação do direito. Eis a questão...

O Sr. **José Magalhães** (PS): — E o «alegalismo»!

O Sr. **Barbosa de Melo** (PSD): — Exactamente! Eis outras dimensões da ordem jurídica.

O Sr. **José Magalhães** (PS): — E o direito natural!

O Sr. **Barbosa de Melo** (PSD): — Também o direito natural, obviamente!

Aliás, está aqui em causa uma ideia que transcende o poder político positivado através de formas de práticas

sociais, repito. E o precedente é a acta final da Conferência de Helsínquia de 1975.

O Sr. **Luís Sá** (PCP): — A acta final da Conferência de Helsínquia está coberta pela referência ao direito internacional.

O Sr. **Presidente**: — Tem a palavra o Sr. Deputado Alberto Martins.

O Sr. **Alberto Martins** (PS): — A nossa ideia é precisamente a de que os direitos fundamentais têm uma fonte, que é a constituinte, quer seja de forma directa, que é a Constituição, quer seja por remissão e incorporação das normas do direito internacional e convencional. Por isso, aderimos a uma ideia de um «catálogo» concretizado, aberto. Aliás, a própria Constituição o abre pela via do direito internacional e até pelos direitos análogos...

O Sr. **Guilherme Silva** (PSD): — Mas mais redutor, apesar de tudo.

O Sr. **Alberto Martins** (PS): — No entanto, consideramos que há que estabelecer uma destrinça clara entre direitos concretos, sancionáveis, oponíveis, com titulares, e princípios.

Estamos de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana. Aliás, na nossa proposta relativa ao artigo 26.° consagramos a ideia de que a lei garantirá a dignidade pessoal, a identidade genética e a integridade do ser humano — os objectivos que os senhores pretendem salvaguardar estão salvaguardados na nossa iniciativa legislativa. Mas, enquanto fonte geradora de direitos fundamentais, pensamos que tem de haver um valor que consideramos fundamental que é o da segurança jurídica. É que a remissão para uma invocação de princípio, que é justa, que é a dignidade da pessoa humana, tratada de certa forma, até na alusão que foi feita ao costume jurídico ou parajurídico, poderia levar a que a consolidação dos pareceres de eventuais comissões de ética, com a valoração que muitas vezes têm nalguns domínios, pudesse vir a ser aceite como fonte que, ao pretender ser uma fonte de abertura ao direito, era de fechamento de alguns direitos fundamentais e que poderiam até pôr em causa a dignidade da pessoa humana. Seria um risco muito grande, seria uma abertura quase sem princípios porque o cientismo, o fazer tudo o que pode ser feito na evocação de valores ditos como superiores, pode constituir, no limite, a negação absoluta desses valores. Portanto, a segurança da positividade dos direitos parece-nos um caminho mais consistente e seguro, até em termos de uma ideia mais propositiva, futurante e aberta.

O Sr. **Barbosa de Melo** (PSD): — Sr. Presidente, peço a palavra para fazer um pedido de esclarecimentos.

O Sr. **Presidente**: — Faça favor, Sr. Deputado.

O Sr. **Barbosa de Melo** (PSD): — Há um passo da exposição do Sr. Deputado Alberto Martins que não entendi bem.

Entende o Sr. Deputado que os direitos constantes das leis, só das leis, sem convenções, sem costume internacional, como está explícito no n.° 1 do artigo 16.° vigente, isto é, que são positivados por via da lei, não podem ser direitos fundamentais?

Faço-lhe a pergunta porque, repito, perante a exposição que fez fiquei com esta dúvida e entrei em pânico.

O Sr. **Alberto Martins** (PS): — Falo dos direitos constantes das leis e das regras aplicáveis do direito internacional...

O Sr. **Barbosa de Melo** (PSD): — Mas é uma conjunção?

O Sr. **Alberto Martins** (PS): — Se for relativamente às leis, é no enquadramento constitucional.

Este texto pode ser lido de duas formas: ou leis na base do enquadramento constitucional e, portanto, o comando é constitucional, ou leis e regras aplicáveis do direito internacional — e é desta forma que entendo que deve ser lido. Portanto, extraio essa leitura que não permite...

O Sr. **Barbosa de Melo** (PSD): — Portanto, é um produto lógico e...

O Sr. **Alberto Martins** (PS): — São as duas fontes, naturalmente.

O Sr. **Barbosa de Melo** (PSD): — É leis e...

O Sr. **Alberto Martins** (PS): — E regras, naturalmente.

O Sr. **Barbosa de Melo** (PSD): — Se for só leis, já não...

O Sr. **Alberto Martins** (PS): — Pode também ser apenas leis aplicáveis no direito internacional, mas no quadro constitucional, naturalmente!

Não estou a ver que haja convenções que sejam supraconstitucionais.

O Sr. **Barbosa de Melo** (PSD): — Mas eu refiro-me às leis. Só me interessa o problema das leis; quanto a isso é que fiquei confuso.

O Sr. **Alberto Martins** (PS): — Então, o processo equitativo não é aplicável?

O Sr. **Barbosa de Melo** (PSD): — O problema que coloquei é outro.

Eu disse que manifestações especiais da dignidade humana podem ser positivadas pelas leis, pelas convenções internacionais, pelos costumes internos, pela jurisprudência dos tribunais, etc. Há *n* formas de positivação do direito que podem ser válidas para a formulação dos direitos fundamentais e reconhecidas como tais na ordem interna jurídica portuguesa. Foi isto que eu disse.

Ora, a forma como o argumento foi desenvolvido pareceu excluir daqui as leis como tais...

O Sr. **Alberto Martins** (PS): — Não, não!

O Sr. **Barbosa de Melo** (PSD): — Tem de ser a Constituição? Então, nega-se o que está no n.° 1! Era esta a questão que queria ver esclarecida.

O Sr. **Alberto Martins** (PS): — Não, não!

O Sr. **José Magalhães** (PS): — Pelo contrário!

O Sr. **Guilherme Silva** (PSD): — O Sr. Deputado Alberto Martins insistiu de novo em que só admite novos direitos consagrados pela lei, decorrentes da lei, em conformidade com a Constituição.

O Sr. **Alberto Martins** (PS): — Ora bem!

O Sr. **Guilherme Silva** (PSD): — A ser assim, então, não é preciso a lei!

O que o artigo 16.º parece pretender consagrar é uma ideia de amplitude ou de maior ampliação dos direitos fundamentais. Ora, de acordo com a leitura que faço — penso que o Sr. Deputado Barbosa de Melo estará de acordo e se assim não for corrigir-me-á —, a Constituição admite que possam aparecer na lei, por evolução ou por qualquer outra razão, direitos que ela própria não consagra mas que acolhe e aceita...

O Sr. **Barbosa de Melo** (PSD): — E que vão ter o tratamento de direitos fundamentais!

O Sr. **Guilherme Silva** (PSD): — Exactamente!

O Sr. **Alberto Martins** (PS): — Mas que não a contrariam, naturalmente.

O Sr. **Guilherme Silva** (PSD): — Mas V. Ex.ª insiste em dizer «só aceita direitos fundamentais que a lei venha a consagrar em conformidade com a Constituição». Ora, os que estão na Constituição já estão consagrados! Isto é um «mais»...

O Sr. **Alberto Martins** (PS): — Estou de acordo com isso.

O Sr. **Guilherme Silva** (PSD): — ... ou, eventualmente, será um «mais».

O Sr. **Alberto Martins** (PS): — Pode haver direitos fundamentais que não estão consagrados na Constituição mas que não estão à revelia dela, e todos nós já travámos conhecimento com isso. Essa é uma questão óbvia.

Por outro lado, há direitos fundamentais que estão consagrados em convenções, como, por exemplo, na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, em que está consagrada a proibição de trabalhos forçados, que não constam da nossa própria Constituição e que são aplicáveis pois, naturalmente, são direitos fundamentais.

Portanto, a menos que tenha sido menos feliz na exposição que acabei de fazer, a verdade é que o objectivo é este que acabei de dizer.

O Sr. **Guilherme Silva** (PSD): — Mas essa dúvida surgiu-nos, realmente.

O Sr. **Alberto Martins** (PS): — Então, é porque fui menos feliz na minha exposição.

O Sr. **Presidente**: — Srs. Deputados, de acordo com a ordem de inscrições, é a minha vez de intervir.

Em primeiro lugar, devo dizer que a cláusula do n.º 1 do artigo 16.º é uma cláusula de abertura de direitos fundamentais *praeter constitutionem*, na observância da Constituição...

O Sr. **Guilherme Silva** (PSD): — Porque a própria Constituição o diz!

O Sr. **Presidente**: — Nem a lei nem as regras de direito internacional podem criar direitos fundamentais contra a Constituição, é *praeter constitutionem*. Mas o problema não é esse. O problema é o de saber se além das convenções internacionais e da lei, o juiz ou a administração podem invocar directamente, a partir da dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais mesmo contra a lei. Eu entendo que não e, por isso,...

O Sr. **Barbosa de Melo** (PSD): — Mesmo para além da lei!

O Sr. **Presidente**: — Não, não! A partir do momento em que invoquem um direito fundamental directamente a partir da dignidade da pessoa humana, por efeito da Constituição, podem invocá-lo contra a lei.

O Sr. **Barbosa de Melo** (PSD): — E *praeter legem?*

O Sr. **Presidente**: — A mesma coisa!

O que eu entendo é que o juiz, o aplicador do direito, não pode ser ao mesmo tempo formador e criador do direito em matéria de direitos fundamentais, porque isso pode pôr em causa interesses públicos fundamentais.

Basta-me ver as posições, por exemplo, da Comissão de Ética para as Ciências da Vida, para verificar o que pode ser uma invocação directa da dignidade da pessoa humana nas mãos do julgador para, pura e simplesmente, considerar todo e qualquer interesse público como insusceptível de ser contraposto a uma interpretação conservadora ou reaccionária da dignidade da pessoa humana. Por exemplo, nenhum transplante de órgão que atentasse contra o parecer subjectivo do julgador poderia ser invocado sob o ponto de vista do interesse público. É esta discrição do aplicador, seja juiz seja administrador, que, a meu ver, é intolerável em termos de direitos fundamentais.

O que está aqui em causa é saber quem é que tem legitimidade de positivar direitos a partir da dignidade da pessoa humana. Ora, entendo que não é o aplicador, que está sujeito à Constituição e à lei. É que a admitir isso, as normas constitucionais, segundo as quais o juiz não está sujeito a outra coisa senão à Constituição e à lei, invertiam-se pura e simplesmente, isto é, o juiz poderia passar a invocar a dignidade da pessoa humana para se sobrepor à lei e, se calhar, também à própria Constituição. É que a partir do momento em que haja dois direitos fundamentais contrapostos tem de fazer-se um balanço entre eles. Portanto, bastaria o julgador invocar um direito fundamental que entendesse derivar da dignidade da pessoa humana para, imediatamente, estar habilitado a reduzir, comprimir, quiçá aniquilar, outro direito, esse expresso na Constituição. Essa prática e essa possibilidade é que, a meu ver, não nos habilitam a aprovar uma norma como a que o PSD pretende.

Prescindo de vos apresentar, Srs. Deputados, uma colectânea das reflexões da Comissão Nacional de Ética para verem até que ponto pode ir, em termos de pura discrição, o subjectivismo na interpretação do que é a dignidade da pessoa humana, do que podem valer os verdadeiros valores positivados na Constituição face à interpretação subjectivista, o que uma mentalidade retrógrada e reaccionária pode fazer a partir da dignidade da pessoa humana. Basta referir o que isto daria, por exemplo, a favor das teses antiabortistas, para além daquilo que os que defendem a inconstitucionalidade do aborto já retiram do actual texto da Constituição — a meu ver sem qualquer legitimidade, como, aliás, declarei quando tive de decidir isso como juiz do Tribunal Constitucional —, teriam agora mais um argumento, não despiciendo, para invocarem a favor dessa tese. Portanto,

pela minha parte, penso que esta proposta não deve merecer o nosso apoio.

O princípio da dignidade da pessoa humana é, obviamente, uma referência incontornável em matéria de direitos fundamentais, mas é uma referência como princípio de interpretação, como princípio que compele o legislador, desde logo o legislador constituinte, o legislador ordinário, as convenções internacionais, que, aliás, são muitas, que apelam para a dignidade da pessoa humana para, daí, positivarem direitos. Agora, que isso seja gerador directo para o aplicador, recuso-me a aceitar isso.

Portanto, o Sr. Deputado Barbosa de Melo tem razão quando diz que a questão é exactamente a de saber quem é que positiva os direitos fundamentais decorrentes da dignidade da pessoa humana. É, de facto, essa a questão fundamental.

O Sr. **Barbosa de Melo** (PSD): — Ganhou, mais uma vez, o legalismo!

O Sr. **Presidente**: — Não! Se eu apelo para o direito internacional comum, não só para a lei. Em todo o caso, apelo é para uma autoridade democraticamente legitimada e não para o subjectivismo do juiz. Qual é a legitimação de um juiz ou de um aplicador administrativo? Qual é a sua legitimidade para contrapor a sua concepção da dignidade da pessoa humana aos valores constitucionais, tal como transpostos pelo legislador democraticamente instituído?

O Sr. **Barbosa de Melo** (PSD): — Para mim, é evidente que, ao raciocinar assim, o Sr. Deputado está a excluir do seu campo de observação o momento institucional das coisas.

Se um juiz de 1.ª instância diz uma coisa, se uma comissão algures diz uma coisa, há toda uma série de aproximações, de controlos, de recursos, etc., e essa estabilização normativa à margem do poder político mas com base noutro poder, no poder do direito, pode formular coisas que o jurista pode argumentativamente considerar como correctas para poder decidir depois. É esta a minha atitude.

Portanto, digo que triunfou uma perspectiva legalista, bem argumentada como sempre. Triunfou esta perspectiva, como sempre tem acontecido, mas a outra visão das coisas fica de pé.

O Sr. **Presidente**: — Tem a palavra o Sr. Deputado Strecht Ribeiro.

O Sr. **Strecht Ribeiro** (PS): — No fundo, não vou repetir o que já foi dito nesta última intervenção e que aprovo integralmente.

O Sr. **Guilherme Silva** (PSD): — A última intervenção foi a do Sr. Deputado Barbosa de Melo!

*Risos.*

O Sr. **Strecht Ribeiro** (PS): — Não! Essa foi um comentário. Refiro-me à intervenção do Sr. Presidente, Deputado Vital Moreira.

Aliás, não sou um jus-naturalista e, portanto, estou arredado claramente do comentário do Deputado Barbosa de Melo.

Apenas quero fazer dois comentários simples.

A defesa do texto actual e o rebater da posição avançada é simples. É que mil vezes as limitações, se é que diz que há, de um poder democrático, do poder sufragado, do que as do arbítrio eventual, do juízo de quem não é sufragado. Portanto, se já não tenho dúvidas, para não dizer que tenho certezas, sobre a questão do poder judicial e a forma como ele seria alterado com a introdução desta proposta de alteração do PSD, deixaria de ter qualquer dúvida no sentido de não aceitar o que propõem e de rebatê-lo integralmente.

A verdade é que não dou a ninguém o direito de constituir-se simultaneamente em legislador, sem estar democraticamente avalizado para o efeito, e em julgador. Acho até que alguma limitação teremos de considerar em relação ao poder judicial para evitar alguma distorção democrática por via jurisprudencial.

Sou advogado e tenho a noção exacta de que a realidade exposta na intervenção do Deputado Vital Moreira não é um discurso, é uma realidade que há que travar. Portanto, não tenho dúvidas em estar de acordo com as intervenções que, claramente, rejeitam a alteração proposta pelo PSD, ainda que conhecendo os seus bons propósitos personalistas.

O Sr. **Presidente**: — Srs. Deputados, não há mais inscrições relativas a este ponto.

Ainda em relação a este artigo 16.º foram apresentadas duas propostas: uma de aditamento ao n.º 3, apresentada pelo PS, e uma outra, apresentada pelo PCP, de aditamento de um artigo 16.º-A, as quais são convergentes em grande parte. Trata-se de acrescentar uma norma constitucional sobre os parâmetros de criação de deveres ou obrigações para os cidadãos, naturalmente obrigações públicas, como está bem dito na proposta do PCP e deveria estar na do PS.

Para apresentar a proposta de aditamento do PS, tem a palavra o Sr. Deputado José Magalhães.

O Sr. **José Magalhães** (PS): — Sr. Presidente, Srs. Deputados: Nesta matéria também tem havido um debate recorrente que culminou sempre com determinado resultado. Esperemos que consigamos agora uma espécie de ruptura ou de inversão de praxe.

É que, neste domínio, há, de facto, uma lacuna constitucional. A doutrina, habilmente e com esforço e mérito, tem vindo a procurar estear em outras versões da Constituição alguns limites concretos no tocante à criação de deveres e obrigações públicas para os cidadãos, mas a verdade é que, sendo um esforço hermenêutico, sem dúvida meritório, é extraordinariamente espinhoso devido a uma lacuna constitucional.

A Constituição gerou esta lacuna, por razões que os Srs. Deputados seguramente conhecerão melhor do que eu próprio, algumas das quais aparecem espelhadas sobretudo no n.º 1 do projecto do PCP mas também na própria versão do projecto do Partido Socialista. E têm falhado todas as versões até hoje adiantadas para colmatar esta omissão.

Quais são, então, os méritos da proposta que hoje adiantamos e que surge depurada em relação a alguns «antropopithecus» jurídicos anteriores, menos perfeitos e menos bem concebidos? A proposta tem o cuidado de sublinhar que há deveres previstos na Constituição e, quanto a esses, nenhuma dúvida existe. É a segunda parte, fundamentalmente, que releva para este efeito.

Quarta-feira, 16 de Abril de 1997 II Série-RC — Número 75

# DIÁRIO da Assembleia da República

VII LEGISLATURA 2.ª SESSÃO LEGISLATIVA (1996-1997)

# IV REVISÃO CONSTITUCIONAL

## COMISSÃO EVENTUAL PARA A REVISÃO CONSTITUCIONAL

## Reunião de 15 de Abril de 1997

## SUMÁRIO

*O Sr. Presidente (Jorge Lacão) deu início à reunião às 10 horas e 35 minutos.*

*Procedeu-se à apreciação e votação das propostas de alteração aos artigos 10.º, 13.º, 15.º, 16.º, 20.º e 20.º-A.*

*Intervieram, a diverso título, os Srs. Deputados Luís Marques Guedes (PSD), Isabel Castro (Os Verdes), Luís Sá (PCP), Maria José Nogueira Pinto (CDS-PP), José Magalhães (PS), Guilherme Silva (PSD), Odete Santos (PCP), Cláudio Monteiro (PS), Moreira da Silva (PSD), Osvaldo Castro (PS) e Nuno Correia da Silva (CDS-PP).*

*O Sr. Presidente encerrou a reunião eram 18 horas e 45 minutos.*

O Sr. **Cláudio Monteiro** (PS): — Dá-me licença, Sr. Presidente?

O Sr. **Presidente**: — Tem a palavra, Sr. Deputado.

O Sr. **Cláudio Monteiro** (PS): — Sr. Presidente, relativamente a esta proposta, se me permitisse,...

O Sr. **Presidente**: — O Sr. Deputado Cláudio Monteiro, deseja inaugurar um debate sobre esta proposta...

O Sr. **Cláudio Monteiro** (PS): — Não!

O Sr. **Presidente**: — ... ou quer pedir alguma clarificação?

O Sr. **Cláudio Monteiro** (PS): — Pedir uma clarificação será difícil! O Sr. Presidente já tinha encerrado todo o debate?

O Sr. **Presidente**: — Já sim, Sr. Deputado.
Srs. Deputados, vamos, então, passar à votação.

*Submetida à votação, foi rejeitada com votos contra do PS, do PSD e do CDS-PP, votos a favor de Os Verdes e a abstenção do PCP.*

*Era a seguinte:*

4 — Os cidadãos dos países de língua portuguesa residentes no território nacional têm capacidade eleitoral activa e passiva para a eleição dos titulares de órgãos de autarquias locais.

O Sr. **Presidente**: — Srs. Deputados, passamos à proposta de alteração ao n.º 5, apresentada pelo Partido Ecologista Os Verdes,...

O Sr. **Cláudio Monteiro** (PS): — Sr. Presidente, se me permite, agora queria fazer uma interpelação à Mesa.

O Sr. **Presidente**: — Faça favor, Sr. Deputado.

O Sr. **Cláudio Monteiro** (PS): — Sr. Presidente, creio que a proposta de alteração ao n.º 5 está prejudicada pela rejeição da proposta anterior.

O Sr. **Luís Sá** (PCP): — Sim, está prejudicada.

O Sr. **Presidente**: — Tem toda a razão, Sr. Deputado. Obrigado pela interpelação e pela ajuda.

O Sr. **Cláudio Monteiro** (PS): — Se me permite, Sr. Presidente, queria fazer uma declaração de voto.

O Sr. **Presidente**: — Tem a palavra, Sr. Deputado.

O Sr. **Cláudio Monteiro** (PS): — Sr. Presidente, Srs. Deputados: Queria dizer que votei contra todas estas propostas de alteração, designadamente as apresentadas pelo Partido Ecologista Os Verdes, não, obviamente, pelo sentido que elas possam comportar em termos de privilegiar as relações de Portugal com os países de língua portuguesa e, eventualmente, de ampliar o direito dos seus cidadãos residentes em Portugal. Aliás, estou à vontade para falar nessa matéria porque nasci com nacionalidade brasileira, vivi em Portugal com a nacionalidade brasileira durante muitos anos, e, portanto, contra mim falaria se estivesse a repudiar essa ideia. Mas, obviamente, julgo que essas alterações ou não são necessárias ou são perversas, designadamente a alteração proposta para o n.º 3, que implica a concessão automática de direitos aos cidadãos de língua portuguesa residentes em Portugal e tem como efeito, designadamente em relação aos cidadãos de nacionalidade brasileira, a perda automática dos correspondentes direitos no Brasil contra a vontade dos seus titulares.

Portanto, julgo que estas propostas, particularmente por esta razão que acabei de expor, não fariam o menor sentido.

O Sr. **Presidente**: — Para uma declaração de voto, tem a palavra o Sr. Deputado Guilherme Silva.

O Sr. **Guilherme Silva** (PSD): — Sr. Presidente, Srs. Deputados: Em sede própria já inserimos a preocupação constitucional de privilegiar os laços e a solidariedade com os países de língua oficial portuguesa e com os cidadãos desses países e, naturalmente, entendemos que estas alterações ao artigo 15.º devem ser deixadas — como, aliás, em certa medida, a redacção actual da Constituição prevê — para a lei ordinária.

Queremos expressar que não temos um desacordo de fundo em relação a algumas das preocupações que estas propostas veiculam, mas entendemos que elas não devem ser expressas nestes termos em sede constitucional e que a mediatização, digamos assim, dos princípios constitucionais já consagrados em termos de Comissão, deve ser expressa, desenvolvida e concretizada na lei ordinária.

O Sr. **Presidente**: — Também para uma declaração de voto, tem a palavra o Sr. Deputado Luís Sá.

O Sr. **Luís Sá** (PCP): — Sr. Presidente e Srs. Deputados, a minha declaração de voto vai no seguinte sentido: tudo o que diz respeito ao reforço das relações entre Portugal e os países de língua oficial portuguesa é, para nós, importante.

Porém, as questões aqui colocadas pelo Sr. Deputado Cláudio Monteiro são pertinentes e, para além desse facto, entendemos que o conteúdo útil desta disposição já está assegurado pela lei ordinária. Há, no entanto, um aspecto que julgamos importante garantir: o princípio da reciprocidade, princípio que, em todo o caso, não é acautelado por esta formulação.

O Sr. **Presidente**: — Srs. Deputados, vamos passar ao artigo 16.º, para o qual não novas propostas.

O Sr. **Luís Marques Guedes** (PSD): — Peço a palavra, Sr. Presidente.

O Sr. **Presidente**: — Para que efeito, Sr. Deputado, uma vez que não existem propostas de alteração novas?

O Sr. **Luís Marques Guedes** (PSD): — Sr. Presidente, essa regra, obviamente que não é dogmática e haverá casos, como é o caso do artigo 16.º, em que a reflexão que foi feita internamente pelo PSD, na sequência da primeira leitura, leva a que o PSD queira fazer aqui, em sede da segunda leitura, porque essa reflexão foi feita e participa-

da internamente, algumas considerações suplementares, pois há alguns dados que gostaríamos de acrescentar.

Assim, nesse sentido, peço a palavra para uma intervenção.

O Sr. **Presidente**: — Sr. Deputado Luís Marques Guedes, quer fazer uma nova reflexão sobre o artigo 16.º, a propósito da proposta do PSD?

O Sr. **Luís Marques Guedes** (PSD): — A propósito da proposta do PSD e da proposta do PS, porque há duas propostas sobre este artigo e, depois, há um artigo novo.

O Sr. **Presidente**: — Vamos aguardar com expectativa o novo contributo do Sr. Deputado Luís Marques Guedes, mas peço-lhe, na medida do possível que seja sucinto.

Tem a palavra, Sr. Deputado.

O Sr. **Luís Marques Guedes** (PSD): — Sr. Presidente, as matérias que são tratadas neste artigo, quer as que decorrem da proposta do PSD quer as que decorrem da proposta do PS para o n.º 3 — e trato-as em conjunto por uma questão de economia —, do ponto de vista do PSD, não são questões de pormenor; são questões que têm a ver com uma filosofia global dos próprios valores e dos próprios pilares em que assenta o Estado de direito em termos jurídico-filosóficos.

Nesse sentido, relativamente à nossa proposta de acrescento da parte final, ficando o artigo a dizer que «os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes da lei, das regras aplicáveis de direito internacional ou decorrentes da dignidade e da inviolabilidade da pessoa humana», devo dizer que se trata de uma proposta que o PSD já fez várias vezes em outras revisões constitucionais e que tem a ver com o princípio, não excessivamente positivista, do direito.

Ou seja, o PSD entende, sempre entendeu e continua a entender, e isso decorre do seu próprio programa — era essa afirmação que queria aqui deixar nesta segunda leitura, com clareza —, que os direitos fundamentais dos cidadãos não devem assentar numa lógica estritamente positivista, numa concepção estritamente positivista do direito, porque, do ponto de vista do PSD, a pessoa humana é anterior ao próprio direito e, nesse sentido, é o direito que deve conformar-se com a realidade da dignidade e a inviolabilidade da pessoa humana e não o contrário.

É por essa razão que, sem entrar em outras polémicas, como a questão do direito natural, enfim, que abre campo para uma discussão mais alargada, o PSD queria deixar aqui claro que entendeu, como já aconteceu em anteriores revisões constitucionais, que, eventualmente, ainda não haverá, pese embora a evolução em muitos outros domínios, abertura suficiente, da parte da maioria de aprovação necessária para a revisão constitucional, a estes valores, o que lamentamos, como é evidente, mas o PSD, porque tem isto no seu programa, continua e continuará sempre a insistir e, a seu tempo, esperamos que a Constituição da República possa vir a conformar-se com esta maneira de ver o direito, o Estado de direito que somos, que nos parece a mais adequada.

Quanto à proposta do PS, o PSD reafirma aquilo que, de algum modo, resultou, de uma forma bastante aberta e participada, do debate da primeira leitura e que, como houve, nomeadamente da parte do Sr. Presidente da Comissão, que não é o actual, era o Sr. Professor Vital Moreira, algumas achegas até muito veementes e convictas sobre esta matéria, isso levou a que, internamente, o PSD, entre a primeira e a segunda leituras, fizesse uma reflexão e um reequacionamento da sua posição face à proposta do PS.

Queria aqui expressar que, dessa reflexão, o PSD reiterou, por um lado, que, de facto, na forma como está gizada literalmente a proposta do PS, que fala na criação de deveres e obrigações *lato sensu*, é evidente que, quanto aos deveres e obrigações de natureza privada ou particular, não faria qualquer sentido, porque também convencionalmente, através da lógica do consentimento... O consentimento é fonte de deveres numa sociedade aberta, há deveres e obrigações que podem ser voluntariamente assumidos entre os cidadãos, esse é um princípio básico que ficou mais ou menos adquirido na primeira leitura.

Mas mesmo que se acrescentasse o termo «deveres e obrigações públicas», o PSD, relativamente a isto, pese embora a veemência com que o Professor Vital Moreira, na primeira leitura, insistiu para que uma norma deste tipo ficasse na Constituição, parece ao PSD, pesados todos os prós e contras, que, de facto, esse princípio de que os deveres públicos só podem ser criados por via de lei, decorre do princípio geral que a Constituição tem, que é o princípio da legalidade e da constitucionalidade de toda a actividade do Estado.

Portanto, criar-se aqui uma norma nova só para esta questão, do nosso ponto de vista, vinha erradamente pôr em causa o princípio lato de legalidade e de constitucionalidade da actividade do Estado, que é o princípio que, doutrinariamente, está construído e adquirido, pacificamente, em termos da doutrina constitucional nacional. E este inciso poderia vir pôr em crise esse adquirido doutrinário no sentido em que se poderia vir a questionar da seguinte forma: bom, o legislador constituinte sentiu a necessidade de vir dizer isto relativamente à criação de deveres ou obrigações, o que talvez não seja líquido, ao contrário do que se pensava anteriormente, pois existe um princípio transversal de legalidade e de constitucionalidade de toda e qualquer actividade do Estado.

Por essa razão, entendemos que é negativa a inclusão deste princípio ou de um texto que venha incorporar, expressamente a propósito dos direitos fundamentais, um princípio desta natureza, que já está na Constituição — está-o transversalmente —, e abarca toda a actividade do Estado e não só a relativa aos direitos fundamentais como é bom de ver.

Por essas razões, o Partido Social-Democrata, apesar de ter feito uma declaração, que gostaríamos aqui de assinalar porque foi bastante participada, entende que não pode concordar com a proposta que o Partido Socialista fez, inicialmente, ainda que reformulada com o termo «público».

O Sr. **Presidente**: — Tem a palavra o Sr. Deputado José Magalhães.

O Sr. **José Magalhães** (PS): — Sr. Presidente, creio que, graças à proposta do Partido Socialista, foi conseguida, neste domínio, a imposição de deveres e obrigações públicas aos cidadãos, aquilo a que chamaria uma clarificação positiva e, aliás, basta atentar naquilo que o Sr. Deputado Marques Guedes acaba de vazar para a acta para isso

transparecer, de uma maneira inequívoca, e, aliás, razoavelmente eloquente. Resta agora evitar que se gere um efeito negativo, pelo facto de o PS proceder à retirada da sua proposta.

Em relação à questão introduzida pelo Sr. Deputado Marques Guedes, na primeira parte da intervenção, também nós insistiremos em não diluir a normatividade constitucional. Sabemos bem que a Constituição não é tudo, sabemos que não substitui a moral, os códigos de honra, o bom senso e a própria bondade, mas é a Constituição e, nesse sentido, é lei suprema e não introduzimos qualquer elemento de diluição das fronteiras do normativo e de incertificação dos limites da própria fronteira constitucional.

Isto quer dizer que votaremos contra o aditamento ao artigo 16.º, proposto pelo PSD.

O Sr. **Presidente**: — Termos em que, relativamente à matéria sobre deveres fundamentais, sendo retirada a proposta do PS, subsistirá a proposta do PCP relativamente a um artigo 16.º-A.

O Sr. **Luís Marques Guedes** (PSD): — E a nossa, Sr. Presidente?

O Sr. **Presidente**: — E a do PSD...

O Sr. **Luís Marques Guedes** (PSD): — Pelas razões que explicitei, que são razões de filosofia, o PSD pede para manter esta proposta.

O Sr. **Presidente**: — Mas eu estava a referir-me à dos deveres fundamentais.

Naturalmente que a proposta do PSD para o n.º 1, subsiste.

Tem a palavra a Sr.ª Deputada Odete Santos.

A Sr.ª **Odete Santos** (PCP): — Desejava pronunciar-me sobre a proposta do PSD. Aliás, devo dizer que, antes da intervenção do Sr. Deputado Luís Marques Guedes, estávamos a pensar em abstermo-nos, mas, depois dela, o nosso voto é contra.

A nossa abstenção baseava-se no entendimento de que os direitos fundamentais decorrentes da dignidade da pessoa humana já estão noutros preceitos constitucionais, mas não podemos, de facto, aceitar afirmações como se na Constituição existisse algo que defina o que é a dignidade da pessoa humana e é por isso que, depois da intervenção que foi feita, votaremos contra.

O Sr. **Presidente**: — Está a ver, Sr. Deputado Marques Guedes, a virtualidade da sua intervenção! Bem me parecia que talvez não a tivesse por indispensável.

O Sr. **Luís Marques Guedes** (PSD): — Não, não, bem pelo contrário, exemplar e clarificadora!

O Sr. **Presidente**: — Separou as águas.

O Sr. **José Magalhães** (PS): — Altamente positiva! Aliás, se alguém propuser a instauração da pena de morte...

O Sr. **Presidente**: — Foi um contributo para a definição do conceito constitucional.

A Sr.ª **Odete Santos** (PCP): — Mas isto está clarificado por debates muito recentes na Assembleia. Em debates muito recentes, foi clarificado o que é que as pessoas pensam acerca de um direito sobrenatural.

O Sr. **José Magalhães** (PS): — É a chamada clarificação inútil!

O Sr. **Presidente**: — Srs. Deputados, a questão está efectivamente clarificada.

O Sr. **Luís Marques Guedes** (PSD): — É preciso que não se misturem as coisas.

A Sr.ª **Odete Santos** (PCP): — Mas é natural fundado na natureza. Não é «sobre» mas é natural.

O Sr. **Luís Marques Guedes** (PSD): — Não, não misture as coisas porque eu aqui também...

A Sr.ª **Odete Santos** (PCP): — Não, não misturo porque «natural» e «sobrenatural» são coisas diferentes.

O Sr. **Presidente**: — Vamos, então, votar a proposta de alteração ao n.º 1, apresentada pelo PSD.

*Submetida a votação, foi rejeitada, com votos contra do PS e do PCP, com votos a favor do PSD e do CDS-PP e sem abstenções.*

*Era a seguinte:*

Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes da lei, das regras aplicáveis de Direito Internacional ou decorrentes da dignidade e da inviolabilidade da pessoa humana.

O Sr. **Presidente**: — Dado que a proposta para o n.º 3, apresentada pelo PS, foi retirada, subsiste uma proposta de artigo 16.º-A, apresentada pelo PCP, sobre a matéria dos deveres fundamentais, que também já foi objecto das apreciações que acabamos de ouvir e de que vamos passar à votação.

Sr.ª Deputada Odete Santos, podemos votar o artigo em bloco?

A Sr.ª **Odete Santos** (PCP): — Por mim, podemos.

O Sr. **Presidente**: — Não há objecção e, portanto, vamos votar o artigo em bloco, ou seja, a proposta do artigo 16.º-A, apresentada pelo PCP.

*Submetida a votação, foi rejeitada, com votos contra do PSD e do CDS-PP, votos a favor do PCP e a abstenção do PS.*

*Era a seguinte:*

1 — Além dos previstos na Constituição, a lei só pode criar deveres públicos dos cidadãos quando e na medida em que tal se torne necessário para a salvaguarda dos direitos fundamentais ou de interesses constitucionalmente protegidos.

2 — As leis que instituírem deveres têm carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo.

# Preâmbulo do EMJ

# de

# 1944

# (Decreto-Lei n.º 33 547, de 23 de Fevereiro)

*Declara-se, também, que o juiz não pode abster-se de julgar com o fundamento de que a lei é obscura; nem com o de que não há lei que regule o caso a decidir, quando este deva ter regulamentação jurídica.*

*A declaração de que o juiz não pode abster-se de julgar com o fundamento de que a lei é obscura encontrava-se já no artigo 97.º do Código de Processo Civil de 1876, e é óbvia; a de que o juiz não pode deixar de julgar com o fundamento de que não há lei que regule o caso a decidir, quando este deva ter regulamentação jurídica, carece de breve explicação.*

*É notório que nas legislações e nos escritores existem sérias disputas quanto a saber como há-de determinar-se o chamado «espaço livre de direito» ou, o que é afinal o mesmo, o domínio que há-de considerar-se dever ser disciplinado pelo direito.*

*É claro que o direito não pode ter a pretensão de regular toda a vida, da qual uma parte se encontra apenas sob a alçada de outras normas. Nem toda a vida, com efeito, exige aquela mais enérgica sanção que é característica das normas jurídicas.*

*Mas também se admite geralmente que, além dos casos que a lei e regula, outros deverão julgar-se sujeitos a uma disciplina jurídica.*

*Suscitam-se, então, dois problemas: em primeiro lugar, o de saber quais são precisamente esses casos que a lei não prevê e não regula, mas que, apesar disso, devem sujeitar-se ao direito; em segundo lugar, o de apurar qual a fonte ou quais as fontes onde o juiz deve ir procurar a norma jurídica reguladora de tais matérias.*

*É assim que, no que respeita ao primeiro destes problemas, enquanto uns sustentam que só devem considerar-se objecto possível de regulamentação jurídica aqueles casos em relação aos quais a lei mostra querer que não escapem a essa regulamentação, outros entendem que esta limitação não é de fazer, deixando ao juiz uma liberdade, mais ou menos extensa, de circunscrever o campo de aplicação do direito; e quanto ao segundo, quando o juiz não possa recorrer à analogia da lei, grandes divergências se notam igualmente, desde aqueles que apenas consentem ao juiz o recurso aos princípios gerais do direito positivo (era o sistema do antigo Código Civil italiano), ou, mais largamente, aos princípios gerais da ordenação jurídica do Estado (como no artigo 12.º do novo*

*(...)*

*11. No artigo 240.º estabelecem-se algumas normas sobre o exercício da função Judicial.*

*Não houve o propósito de tomar posição acerca de todos os problemas que a actividade do juiz, como executor ou criador do direito, pode suscitar, nem semelhante atitude seria razoável.*

*E não o seria porque ainda se não obteve unanimidade, nem sequer um decidido predomínio a respeito destes importantíssimos problemas, aliás pedra angular de toda a actividade do jurista prático. Embora se trate dos problemas capitais da ciência do direito, é neles que se notam as maiores dúvidas, oscilando os espíritos entre as soluções mais opostas.*

*Sendo assim, e porque é útil não impedir, com uma disposição legal, a livre discussão destes problemas, o que poderia comprometer o progresso jurídico, deixa-se a sua solução à doutrina e à jurisprudência, na esperança de que conseguirão encontrar a que melhor satisfazer os interesses da comunidade, acompanhando a evolução do pensamento jurídico e as necessidades da vida. Posto isto far-se-á uma breve justificação das diferentes regras que se contêm neste artigo e que traduzem apenas aquilo que neste domínio pode considerar-se mais seguro.*

*A primeira – aos juízes compete julgar de harmonia com as fontes a que, segundo a lei, devam recorrer – traduz a doutrina de que a acção do juiz deve desenvolver-se em obediência à lei.*

*Esta disposição seria estranha num país onde nada se dissesse acerca das possíveis fontes do direito a observar pelos tribunais. E isso sucede, na verdade, em alguns, nos quais se quis deixar à doutrina e à jurisprudência o trabalho de determinar as fontes que hão-de inspirar as decisões judiciais. Mas no nosso País as cousas passam-se de outra maneira, como se vê do artigo 16.º do Código Civil onde se indicam, pela sua hierarquia, as fontes do direito civil.*

*Este mesmo preceito tem sido considerado aplicável no domínio de outros ramos de direito, de modo que a primeira parte deste artigo do Estatuto significa apenas que o juiz deve conformar-se com as fontes de direito a que a lei manda atender e pela ordem nela estabelecida.*

*Código Civil italiano), até aos que impõem ao juiz que atenda à chamada convicção ou consciência jurídica do povo ou de certa classe do povo, ou mesmo à sua própria convicção.*

*Diz-se ainda que o juiz não pode deixar de aplicar a lei com o pretexto de que ela lhe parece imoral ou injusta. Quer dizer, o juiz não pode substituir a lei – resultado da vontade dos órgãos legislativos – por normas criadas por ele: o seu primeiro dever é cumpri-la.*

*Isto não significa, como é manifesto, que o juiz deva interpretar literalmente as leis e executá-las sem mais nada. As leis devem ser entendidas de harmonia com as regras de interpretação conhecidas; mas, uma vez averiguado que a sua significação é uma certa, não é legítimo pô-la de parte e fazer prevalecer outra solução, produto do arbítrio judicial.*

*Outras regras se incluíram neste artigo do Estatuto, cujos princípios informadores foram expostos no Boletim do Ministério da Justiça, I, pp.5 e seguintes.*

*(...)*

# BOLETIM OFICIAL

# do

# MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

ANO I

N.º1

Lisboa, 26 de Novembro de 1940

Discurso do Ministro da Justiça, *Vaz Serra*

para o qual aquele preâmbulo remete

# BOLETIM OFICIAL

do

# MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

ANO I N.º 1

LISBOA, 26 DE NOVEMBRO DE 1940

BIBLIOTECA

94-3840

# DISCURSO DO MINISTRO DA JUSTIÇA

## pronunciado na sessão da abertura dos Tribunais, em 1 de Outubro de 1940

I

Abrem, hoje, solenemente, os trabalhos judiciais e esta sessão destina-se a chamar a atenção de todos os que intervêm na actividade dos tribunais para a grandeza dos objectivos que servem e para a alta função em que colaboram.

Esta é, pois, como que uma reünião magna da família judicial, para que foram convocados, não só aqueles a quem cabe administrar justiça, mas todos os que com êles cooperam. É a todos que se dirigem, antes de mais nada, as minhas saüdações, com o respeito merecido aos que exercem nobremente uma função que, pelos fins a que visa, não poderia ser mais elevada e, pelo esfôrço que exige quando bem exercida, mais espinhosa e torturante.

No limiar dos novos trabalhos, convem que nos recolhamos um momento, para meditarmos sôbre as responsabilidades da nossa condição, e nos prepararmos, com ânimo puro e reflectido, para as duras tarefas que nos esperam.

As vossas profissões são daquelas que requerem um permanente exame de consciência. Todos aqueles que alguma vez tiverem que julgar, promover, aconselhar ou pleitear, e o fizerem com o propósito de honestamente encontrarem a solução recta, sabem como é difícil, e pode ser angustioso, por entre os interesses divergentes das partes, o ambiente de paixão em que se desenvolve o litígio e a complexidade do direito, descobrir a verdade e, depois, a norma que deverá ser aplicada à hipótese controvertida.

Trata-se, meus Senhores, de profissões que só por vocação podem ser exercidas e que reclamam, por isso, naqueles que as escolhem, um chamamento de consciência, uma aspiração superior, um fogo espiritual bem vivo, que os solicite, através dos interesses que se degladiam, para as idealidades, para os valores.

Faz-se mister que todos tenham sempre diante dos olhos que a sua actividade deve dirigir-se à descoberta da verdade e à solução acertada, por muito que isso custe o sacrifício de quantas tentações possam procurar desviá-los daquele caminho. Quem assim não fizer, atraiçoará o Estado, a comunidade nacional e os particulares que nêle confiaram, e tornar-se-á, por conseguinte, indigno de servir uma função que foi criada para dar a cada um o que fôr seu.

E, pois que é preciso, para vencer todos os obstáculos que podem opôr-se a êste resultado, muita fôrça de vontade e uma alma bem formada, serena e esclarecida, pode dizer-se que hão-de ser excepcionais, constituindo um verdadeiro escol, uma genuína magistratura moral e intelectual, as pessoas a quem devem ser entregues tão árduas, mas também tão honrosas funções.

Os juízes, em particular, guardas do Direito, devem representar o que há de melhor na sociedade civil e ser, portanto, o exemplo e o orgulho do seu próprio povo.

II

Não deve, porém, esquecer-se que o juiz, em princípio, não é senão o executor da lei e que tem, por isso, que submeter-se aos juízos de valor imanentes do direito positivo, por muito injustos que lhe pareçam.

Muitos serão tentados a ver nisto uma degradação da sua actividade, em contraste com as exigências do seu espírito. E', na verdade, trágico o conflito em que o magistrado pode ver-se, entre a prescrição da lei injusta e a norma que se lhe afigura a regulamentação ideal do caso submetido à sua apreciação. E pode parecer que se torna preciso violentar a sua consciência para cumprir a lei e que tal sacrifício é demasiadamente pesado, e tanto maior quanto mais apurada fôr a consciência do julgador.

Daí a tentação para substituir à solução legal a solução justa, à lei escrita a lei moral, ao arbítrio do legislador o próprio arbítrio.

Afirmando-se que o tribunal não pode sancionar uma injustiça ou uma imoralidade, formular-se-á para a hipótese em causa a solução que pareça satisfazer as reclamações da moral ou da justiça.

Mas esta atitude não teria justificação. Além de ser contrária a lei expressa, não teria, em si mesma, fundamento.

Com efeito, opôr-se-lhe-ia o artigo 16.º do Código Civil, que manda, na aplicação do direito, atender, antes de mais, ao texto e ao espírito da lei, o que claramente impede o juiz de proscrever a aplicação da lei, onde ela existir.

E isto não é senão coerente, pois, segundo a Constituïção, o poder de fazer leis, isto é, de ordenar, com fôrça vinculante e coactiva, as relações da vida, compete a outros orgãos, que, *brevitatis causa*, designarei por legislador.

O juiz, quando houver lei que preveja o caso, não tem o poder de exorbitar do quadro da lei, erigindo-se em legislador. A sua função é executá-la, mediante a sua aplicação aos casos concretos, às relações particulares da vida.

Não há nisto qualquer deminuïção do prestígio ou do valor da acção do juiz, nem êle pode considerar-se aqui, quando a lei fôr injusta ou imoral, como participando numa injustiça ou imoralidade.

Note-se, em primeiro lugar, que bem pode suceder que a lei contenha, intencionalmente, disposições injustas ou imorais, no que não há nenhuma contradição essencial, visto que o direito, se bem que impregnado normalmente de moral e de justiça, é coisa diferente delas, pois o seu fim não é a realização da moral ou da justiça, mas a regulamentação coactiva das relações dos homens, de modo a evitar ou resolver os conflitos que entre êles podem surgir.

E se êste fim é atingido, em regra, por meio de preceitos de conteúdo moral ou inspirados numa preocupação de justiça, também pode acontecer que o seja por fôrça de normas de outra natureza.

E' que podem intervir, no espírito do legislador, considerações que, a-pesar-de não assegurarem uma justiça perfeita, se lhe afiguram mais adequadas à realização da paz jurídica, fim primeiro e último do Direito.

Haja em vista as normas que se propõem uma decisão rápida (prazos, prescrição, muitas disposições de processo) ou a prevenção de controversias futuras, como as que exigem certa forma para a validade de negócios jurídicos ou só admitem a demonstração do facto com determinados meios de prova.

Em casos dêstes pode o titular de direito perdê-lo só porque deixou decorrer o lapso de tempo fixado na lei, obtendo a parte contrária uma vantagem, que pode parecer injusta ou imoral; ou, com a exigência de certa forma ou de certo meio de prova, pode o crédor ou proprietário, por exemplo, ver desconhecido o seu direito só porque não pode exibir ou produzir a forma ou prova exigida pela lei, conseqüência que ainda será mais grave quando essa impossibilidade derivar precisamente da confiança depositada naquele que dela vem a aproveitar-se.

Mas, acima de quaisquer preocupações de ordem moral ou sentimental, a lei orientou-se no sentido já exposto, pelas vantagens que daí advêm para a certeza do direito, para a necessidade de que reine, quanto possível, entre os homens um estado não litigioso, de segurança jurídica.

O legislador, que deve legislar tendo em conta as realidades e todos os interesses em apreciação, vê-se, assim, forçado por vezes a considerar preferível o sacrificio da justiça a deixar multiplicar os litígios ou prolongar-se a sua duração. Há aqui concessões da verdade material à vantagem duma decisão pronta da causa ou da prevenção dela.

Coisa análoga pode dar-se com disposições legais destinadas a defender os interesses de terceiros, como sejam as que estabelecem o registo predial, a teoria das pertenças ou partes integrantes, os negócios abstractos ou o critério da declaração na interpretação dos negócios jurídicos.

Em qualquer destas hipóteses podem produzir-se resultados susceptíveis de parecer imorais ou injustos a certos espíritos, vendo-se o adquirente destituído do seu direito em virtude de posterior transmissão registada; o alienante privado de coisas afectadas ao serviço da coisa alienada, embora não fôsse sua vontade transmiti-las juntamente com esta; o subscritor dum negócio formal ou abstracto compelido ao cumprimento da obrigação, a-pesar-de esta não ter causa; ou o declarante vinculado pelo sentido objectivo da sua declaração, não importando se coincide com a sua vontade concreta ou com o conteúdo psicológico que com ela quis traduzir. Visto que o legislador tem que abraçar a realidade em tôda a sua amplitude, considerar e valorar todos os interesses que podem ser atingidos pela lei, vê-se obrigado a editar normas que podem por vezes dar lugar a situações violentas, mas que se justificam pela necessidade de evitar maiores males.

Trata-se, em todas estas emergências, de leis que propositadamente se desviam duma regulamentação que sempre tornasse possível o respeito da justiça, ou da moral, mas que não são destituídas de fundamento suficiente.

Procurar, em presença de leis desta espécie, afastar com qualquer

pretexto a sua aplicação leal, só porque ferem o sentimento de justiça do juiz, é violar claramente o preceito legal e desconhecer as razões que o inspiram.

Mas não é sempre intencionalmente que a lei consagra soluções injustas ou imorais, e, então, a posição do juiz pode afigurar-se mais dramática ainda.

Umas vezes o legislador não fez uma completa apreciação dos interesses e, por isso, a lei, formulada precipitadamente, não dá as soluções que deveriam corresponder a um direito justo e conveniente; outras vezes modificaram-se desde o aparecimento da lei as concepções da vida e do mundo, donde resulta que a lei, justa naquela epoca, já o não é agora.

A-pesar-de tudo, o juiz deve-lhe acatamento sincero e terá que a executar, pois a alteração da lei só cabe aos orgãos constitucionalmente competentes.

E nem aqui pode ver o juiz afrontada a sua consciência, pois a observância da lei, seja qual fôr, mesmo injusta, é também um dever de consciência, que o juiz não pode iludir.

Na verdade, a lei, como diz um escritor, «independentemente da justiça do seu conteúdo, pela sua simples existência, realiza já um fim moral, enquanto põe termo à luta das opiniões jurídicas opostas e cria uma situação da «certeza e segurança jurídica». Reconhecendo-se isto, assegura-se de um modo geral um fundamento de obrigatoriedade moral à vigência jurídica. Se esta obrigatoriedade não deriva da justiça do conteúdo do preceito jurídico, funda-se, em compensação, na certeza e segurança jurídicas, que se obtêm pela mera existência do preceito. Com isto afirmamos que não só a justiça é um valor moral, mas também o jurídico, ainda que se trate de uma lei injusta».

O juiz não pode ter, em face da lei injusta, o ponto de vista do leigo, que, ignorando o alto valor da certeza e previsibilidade da jurisprudência, tende naturalmente a sobrepor à lei a pura justiça.

O juiz, porém, sabendo que, sem certeza e segurança do direito, não poderemos assentar em base firme as nossas previsões e, portanto, orientar a nossa vida, deve reconhecer a função capital que a observância da lei tem em todos os casos, seja qual fôr, justa ou injusta, a solução que ela consagra.

E' evidente que, quando afirmo dever o juiz conformar-se com os juízos de valor do direito positivo, pressuponho tratar-se dos juízos de valor que informam o direito positivo correctamente interpretado, pelo seu texto e pelo seu espírito.

Se o juiz se apegar exclusivamente à letra da lei, sem investigar o conteúdo espiritual que ela se destina a revelar, pode suceder, e sucede a cada passo, que ela pareça injusta, quando, se fôsse adequadamente interpretada, logo se mostraria justissima.

Em casos dêstes, bem pode dizer-se que o mal não está na lei, mas no espírito do julgador.

## III

E' visivel que não pode concluir-se do que fica dito que o juiz seja uma simples máquina de execução das prescrições legais.

Ao contrário, cabe-lhe «um papel fundamental como auxiliar do legis-

lador na defesa dos interesses da comunidade, embora numa posição dependente e subordinada».

Com efeito, não só raras vezes é univoco o texto legal, o que deixa ao juiz alguma liberdade de interpretação, como sucede frequentemente que a lei se não pronuncia sôbre o caso sujeito ao tribunal, o que pode implicar lacuna a preencher.

Então, é indispensável completar a obra legislativa mediante interpretação ou integração, e nesta actividade move-se o juiz com certa liberdade.

Não consentem os limites naturais dêste discurso que procure focar todos, nem mesmo a maior parte dos aspectos de tão difíceis problemas, que são, todavia, a base de todo o trabalho do jurista prático, sem os quais êste não pode razoàvelmente dar um passo.

Permitir-me-ei apenas aludir a alguns pontos que me parecem dignos de especial referência.

Algumas doutrinas modernas têm alargado consideràvelmente o campo de acção do juiz, quer na interpretação, quer no domínio das lacunas.

Em matéria de interpretação, porque substituem ao critério tradicional, que manda investigar a vontade concreta do legislador, um critério objectivista e actualista, segundo o qual o intérprete deve decidir de harmonia com o sentido que, dentre os permitidos pelo texto e pelo sistema, lhe parecer mais adaptável às necessidades e à adequada solução do caso *sub-judice*. Em matéria de lacunas, porque, devendo elas ser preenchidas pelo recurso à analogia, e, depois, em conformidade com o direito natural (Cód. Civil, art. 16.º), só se reputa verdadeiro, quanto à analogia, o método conhecido por «jurisprudência dos interesses», e, quanto ao direito natural, se confere ao juiz a faculdade de criar direito, como se fôra legislador.

Mais ainda: sendo evidente que, nem sempre que a lei deixa de prever uma hipótese, se pode afirmar que estamos em presença duma lacuna da lei, porque o direito não pode ter a pretensão de regular todas as relações dos homens, mas sòmente algumas que se julga preciso sancionar coactivamente e havendo, portanto, a necessidade de delimitar a esfera de acção do direito, separando-a do chamado «espaço livre de direito» ou vácuo jurídico — entendem muitos que haverá lacuna, a preencher juridicamente, não apenas quando a lei revele querer tratar juridicamente o caso (como quando regula determinada relação da vida, mas deixa algumas questões sem solução), mas também quando o juiz creia que o caso, independentemente de qualquer manifestação da lei nesse sentido, merece regulamentação jurídica, ou porque extraia essa convicção da sua própria mente, ponderadas embora todas as circunstâncias, ou porque isso resulte da opinião ou sentimento jurídico do povo ou de certa classe dêle.

Seja como fôr, admitam-se ou não todos estes pontos de vista — e se a verdade de alguns é fortemente discutível, como o critério objectivista na interpretação da lei, a de outros não parece sê-lo, como acontece com o metodo da jurisprudência dos interesses — sempre será certo que a acção do juiz vem a ser alargada muito além do que consentiam os canones ou dogmas tradicionais da interpretação da lei ou da integração das suas lacunas.

E' claro êsse alargamento dos poderes do juiz, quando se aceite a teoria objectivista da interpretação e as doutrinas referidas a propósito do recurso ao direito natural e da delimitação do espaço jurídico. Mas é tam-

bém claro o mesmo resultado com a jurisprudência dos interesses, que, obrigando a apreciar as relações da vida pelos interesses que nelas se opõem, só vê analogia onde, ponderados os interesses que a decisão pode afectar, seja de concluir que a mesma razão que justifica determinada regulamentação do caso previsto justifica regulamentação análoga do caso que o não está. Abandonando, portanto, o logicismo da orientação conceitual (jurisprudência conceitual), não pode já encontrar a solução do caso omisso numa simples dedução dos princípios descobertos pela construção jurídica, que tinham a pretensão de validade geral. Tem que proceder à investigação e valoração dos interesses, para que, só onde houver a mesma razão, haja a mesma solução, assim se formulando soluções adequadas à realidade das coisas e respeitando as exigências duma bem entendida justiça relativa. Ora, logo se vê que, com semelhante metodo, se abrem novas perspectivas à acção do juiz, até porque, restringindo a aplicação da analogia, aumenta, na mesma medida e automàticamente, a região onde hão-de dominar as soluções do direito natural e onde, por conseguinte, melhor pode exercer-se a iniciativa do julgador.

Não posso — não mo permite o tempo nem a vossa paciência — tentar a análise das doutrinas a que acabo de aludir. Quero apenas acentuar que, independentemente de outras considerações, esta extensão dos poderes do juiz seria extremamente perigosa quando êles se não confinassem dentro de limites, que excluam o arbítrio puro e simples. Êsses limites são impostos sobretudo pela necessidade de certeza que anima a vida e sem a qual esta não poderia desenvolver-se em condições aceitáveis.

Insistirei em dois dêsses limites, que têm a mais alta importância.

*a*) O primeiro é que não é lícito ao julgador desprezar os juízos de valor do direito positivo. Mesmo quando o juiz tenha de recorrer ao direito natural e êste seja havido como o que ao juiz se afigure preferível, a regulamentação ideal do caso, não pode êle abstrair das directrizes ou ideias que informam o direito positivo.

Pois que é ao legislador que compete, principalmente pelo menos, orientar a vida jurídica, e imprimir-lhe a coloração que melhor lhe parecer, não podem os juizos de valor que infunde na legislação ser negados ou ignorados pelo juiz.

Seria, por isso, inadmissível que o espirito das decisões judiciais se afastasse do espirito do direito positivo e que pudesse assistir-se ao espectáculo de legislador e tribunais, guiados por ideais diferentes, sancionarem soluções insusceptíveis de conciliação razoável.

O princípio da obediência à lei compreende o respeito, em tanto quanto seja possível, dos juízos de valor ou directrizes que ela contém. De modo que o julgador não deverá observá-los apenas quando no domínio da actividade pròpriamente interpretativa, mas ainda quando, sendo omisso o caso, tenha que recorrer à integração, hipótese em que os juizos de valor da lei exercem o que já se chamou uma acção longínqua.

Esta exigência satisfaz também a necessidade de certeza e segurança jurídica, porque, limitando o arbitrio do julgador e levando-o a orientar-se pelos juizos de valor da legislação, facilita uma jurisprudência uniforme e previsível.

A importância dêste limite é particularmente grande nos estados modernos que, como o nosso, tomam posição em relação a muitos problemas da vida e da sociedade, que anteriormente se entendia não lhes interessarem.

*b*) O segundo limite consiste em dever a decisão basear-se numa ponderação, tão profunda e completa quanto possível, de todos os interesses que a decisão pode afectar, de maneira que esta seja a aplicação ao caso concreto de uma norma abstracta igualmente válida para todos os casos que mereçam o mesmo tratamento.

Nunca será demais insistir neste ponto.

Quer na interpretação da lei, quer na integração das suas lacunas, é sempre irrecusável dever do julgador considerar todos os interesses que a decisão pode tocar, todos os aspectos sob os quais pode ser encarado o caso particular pendente de julgamento e os mais da mesma natureza.

Se o juiz se deixar impressionar pelas particularidades do caso a resolver e não atender às repercussões que a solução virá a ter em outros casos que mereçam o mesmo tratamento, é porque olha ao acidental e não ao aspecto juridicamente relevante da espécie vertente, não fazendo, portanto, uma análise dela de modo a decompô-la nos seus diversos elementos, afim de a atenção se fixar naquele que deve ser decisivo para a solução e que ela tem de comum com outras espécies.

Desta análise imcompleta podem resultar grandes males, correndo o julgador o risco de formular, para a hipótese em causa, uma solução injusta ou inoportuna; ou, quando não aconteça tal coisa, pelo menos de a solução não convir em outras hipóteses que, todavia, o ideal da justiça relativa quereria que fôssem resolvidas do mesmo modo. E, então, ou a estas outras aplica solução diferente, o que ofende o princípio da justiça relativa, que a lei manda observar antes de quaisquer considerações derivadas da razão (Cod. Civil, art. 16.º, na referência à analogia e ao direito natural), ou aplica a mesma solução, e dar-se-á a conseqüência de a parcial investigação do julgador, quando apreciou a primeira hipótese, determinar a injusta ou inadequada resolução das outras. Qualquer dos termos da alternativa é manifestamente contrário aos interesses da comunidade e pode causar o descrédito e o desprestigio dos tribunais.

Acrescente-se que é mais provável que o mesmo ou outros juízes chamados a resolver casos análogos, e em presença duma decisão precipitada, optem pelo primeiro termo da alternativa, isto é, resolvam de maneira diversa, e daí a incerteza da jurisprudência e, com ela, a instabilidade da vida jurídica.

Ora, é indispensável que o direito seja, quanto possível, certo e previsível a jurisprudência, sem o que não pode saber-se que rumo deve dar-se à vida, como deve contratar-se ou, duma maneira geral, como devem constituir-se relações jurídicas. Junte-se a isto a multiplicação dos litigios, provocada por uma jurisprudência indefinida, com a qual tudo pode esperar-se, e teremos a vida jurídica reduzida a um estado caótico, em que ninguém pode saber qual é o seu direito.

É, pois, imprescindível que a solução adoptada seja objectivamente rigorosa, só assim podendo aspirar à adesão dos outros juízes e, portanto, à constituïção de uma jurisprudência uniforme.

Não basta que ao sentimento jurídico do julgador apareça como boa, desde logo ou depois duma investigação sumária, determinada solução.

É certo que muitas vezes o jurista, em presença da hipótese, «sente» imediatamente a solução, tem a «intuição» de que deve ser resolvida de certa maneira, e, reflectindo devidamente sôbre ela, conclue que o seu sentimento jurídico o não tinha enganado.

«Esta descoberta intuitiva de direito resulta da intervenção inconsciente de todos os conhecimentos e experiências do jurista, não só em relação ao conteúdo da lei, mas também ao alcance e significação dos interesses da vida que na espécie se encontram»; por isso, será tanto mais fácil quanto mais afinado estiver, por aqueles conhecimentos e experiências, o espírito do julgador.

Mas, por mais bem formado que esteja o espírito do juiz, a decisão do sentimento jurídico é sempre um fenómeno inconsciente que carece de ser confirmado pela reflexão, sem o que todos os êrros são possíveis.

De outro modo, seria o simples arbitrio dos juízes elevado a fonte das decisões e a anarquia da jurisprudência.

## IV

Tais são, meus Senhores, as considerações que, embora leves, me pareceu oportuno fazer, nesta reabertura dos trabalhos judiciais, porque elas contendem com as próprias bases ou orientações gerais da vossa actividade.

A-pesar-das limitações expostas e de outras que porventura devessem ainda fazer-se, é de suma importância a acção do juiz, como auxiliar do legislador na descoberta e criação do direito.

Ao mesmo tempo que o direito processual moderno confere ao juiz mais largos poderes, vimos como também — embora se não aceitem tôdas as correntes doutrinais a que se aludiu — nos domínios da interpretação da lei e da integração das suas lacunas a tendência é para chamar o juiz a novas e graves responsabilidades.

Ambas estas orientações colocam, em grande parte, nas mãos do juiz, mais do que o faziam as concepções tradicionais, os interesses, materiais e imateriais, dos homens e da colectividade.

Importa, por isso, que os magistrados, e todos os que, na sua esfera de acção, devam concorrer para a decisão correcta do litígio, cada vez mais se mostrem à altura da função que o Estado lhes entrega ou permite que exerçam, e assim revelem compreender as necessidades do seu tempo.

Dentro dos limites que lhes são impostos, fica-lhes larga possibilidade de ajudar o progresso da comunidade, de satisfazer as exigências da vida e de tornar o direito uma realidade inteligível e fecunda, que não amorteça as fôrças da Nação, mas as estimule e revigore.

Colaboram com o juiz os magistrados do Ministério Público, os advogados e os funcionários de justiça. Todos devem ser auxiliares do tribunal, pois as suas actividades dirigem-se tôdas ao fim último da decisão judicial. Todos, portanto, devem ter-se como empenhados na mesma luta pelo Direito e participes da honra e do dever de contribuir para o seu triunfo.

Meus Senhores:

As calamidades que afligem o Mundo chamam os homens a uma visão profunda das coisas.

O momento é propício, como poucos, para as resoluções austeras.

Formemos, pois, o propósito, firme e radicado no íntimo do nosso peito, de servir, com o supremo bem da Pátria, os mais altos ideais da vida.

ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA

# Decreto-Lei 33.908,

# de 4 de Setembro de 1944

Artigo 28.º O pagamento das contribuïções totais relativas aos beneficiários desempregados e doentes, nos termos dos artigos 22.º e 23.º, e das contribuïções devidas pelos beneficiários vítimas de acidentes de trabalho, nos termos do § único do artigo 23.º, far-se-á por fôrça de uma conta especial intitulada «Contribuïções de desempregados e doentes».

§ 1.º Desde o início do pagamento das contribuïções para as caixas sindicais de previdência as entidades patronais contribuintes descontam para o Fundo de Desemprêgo, na parte que compete ao seu pessoal, apenas 1,5 por cento, devendo o restante 0,5 por cento reverter a favor da conta referida neste artigo.

§ 2.º Às caixas que não concedam subsídio de doença poderá ser autorizado pelo Sub-Secretário de Estado das Corporações e Previdência Social que 50 por cento do saldo anual da referida conta reverta para os seus fundos de assistência.

§ 3.º Havendo receitas regulares, destinadas a fundos de assistência, para refôrço dos benefícios de previdência, reverte para aqueles a percentagem a que se refere êste artigo, e êles ocorrerão ao pagamento das contribuïções dos beneficiários doentes, caso esteja estabelecido o subsídio de doença, e dos beneficiários acidentados, nos termos do artigo 23.º

§ 4.º As importâncias provenientes dêste desconto de 0,5 por cento nos ordenados ou salários pagos aos beneficiários da caixa deverão ser depositadas na Caixa Geral de Depósitos, Crédito e Previdência ao mesmo tempo que as contribuïções referidas no artigo 1.º do decreto-lei n.º 33:533, de 21 de Fevereiro de 1944.

Art. 2.º É aplicável às caixas de reforma ou de previdência o disposto no § 1.º do artigo 18.º e nos artigos 22.º, 23.º e 28.º do decreto n.º 25:935.

Art. 3.º O disposto neste diploma é aplicável às caixas sindicais de previdência e às caixas de reforma ou de previdência já constituídas, independentemente de alteração dos respectivos regulamentos.

Art. 4.º São revogados os artigos 29.º do decreto-lei n.º 33:533, de 21 de Fevereiro de 1944, e 19.º do decreto n.º 28:321, de 27 de Dezembro de 1937.

Publique-se e cumpra-se como nêle se contém.

Paços do Govêrno da República, 4 de Setembro de 1944. — António Óscar de Fragoso Carmona — *António de Oliveira Salazar — Mário Pais de Sousa — Adriano Pais da Silva Vaz Serra — João Pinto da Costa Leite — Manuel Ortins de Bettencourt — Francisco José Vieira Machado — Mário de Figueiredo — Rafael da Silva Neves Duque.*

## MINISTÉRIO DO INTERIOR

### 3.ª Repartição da Direcção Geral da Contabilidade Pública

#### Decreto n.º 33:907

Com fundamento nas disposições do artigo 3.º do decreto-lei n.º 24:914, de 10 de Janeiro de 1935, e mediante proposta aprovada pelo Ministro das Finanças, nos termos do mesmo artigo;

Usando da faculdade conferida pelo n.º 3.º do artigo 109.º da Constituïção, o Govêrno decreta e eu promulgo o seguinte:

Artigo único. É autorizada a 3.ª Repartição da Direcção Geral da Contabilidade Pública a mandar satisfazer em conta da verba inscrita no artigo 179.º, capítulo 9.º, do orçamento do Ministério do Interior para o corrente ano económico, e mediante fôlha a processar pela polícia de vigilância e defesa do Estado, a importância de 3.357$50, proveniente de alimentação fornecida no ano económico de 1941 a presos da cadeia de Vila Nova de Fozcoa.

Publique-se e cumpra-se como nêle se contém.

Paços do Govêrno da República, 4 de Setembro de 1944. — António Óscar de Fragoso Carmona — *António de Oliveira Salazar — Mário Pais de Sousa — Adriano Pais da Silva Vaz Serra — João Pinto da Costa Leite — Manuel Ortins de Bettencourt — Francisco José Vieira Machado — Mário de Figueiredo — Rafael da Silva Neves Duque.*

## MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

#### Decreto-lei n.º 33:908

1. O Código Civil português, aprovado pela carta de lei de 1 de Julho de 1867, deu um grande impulso à actualização do nosso direito civil.

Libertou-se êste da confusão do direito antigo, disperso por numerosíssimos diplomas, quantas vezes incompletos e contraditórios, e contido, numa parte apreciável, em fontes de difícil apreensão; por outro lado introduziram-se no direito pátrio muitas reformas que o espírito daquela época reclamava, e, finalmente, acompanhando o movimento de codificação, que tomara sobretudo por modêlo o código napoleónico, trouxeram-se ao direito civil português os benefícios de uma regulamentação mais harmónica em todas as suas partes, dominada por princípios gerais destinados a fornecer uma ordenação coerente de todas as matérias nêle compreendidas.

Tem sido êste Código, no seu conjunto, objecto de juízos opostos, gabando-o uns como grandioso monumento legislativo e havendo-o outros como obra em que apenas pode admirar-se a linguagem clássica e elegante em que estão redigidas muitas das suas disposições.

Nenhuma destas opiniões radicais se afigura justa: nem o Código Civil pode pôr-se a par de alguns famosos códigos de outras nações, que têm servido de padrão a muitos mais e que são o produto do trabalho de pléiades de jurisconsultos fortemente treinados no estudo dos problemas da vida jurídica civil e fecho por vezes de longos e brilhantíssimos períodos de investigação que aqui se não fez e para que não estávamos preparados, nem, ao contrário, tem como único merecimento a clareza e simplicidade da sua redacção.

Para a época em que foi feito, e tendo em conta a escassez de meios de trabalho então existentes, que quási se reduziam ao código civil francês de 1804, a certos comentários a êste código e aos escritos de alguns eméritos jurisconsultos nacionais, pode dizer-se, de uma maneira geral, que o Código Civil é obra séria, fruto de saber e de reflexão.

As soluções que consagra são, em regra, sensatas, mas evidentemente não podia esperar-se que o fôssem todas. É preciso ter em consideração a extraordinária complexidade de um trabalho desta natureza, que só quem alguma vez teve de aprofundar um problema de direito civil pode compreender, para se dar o devido valor ao que, apesar de tudo, se fez.

Impõe-se, porém, uma revisão geral dêste Código.

Alguns trabalhos se fizeram já nesse sentido e o presente diploma destina-se a tornar possível a sua extensão a todo o campo da reforma.

**2.** A mudança de legislação afecta ou pode afectar gravemente a vida dos indivíduos, cujos hábitos transtorna e perturba, e tem sempre como conseqüência um período de incerteza emquanto se não fixa a interpretação das novas leis.

O direito deve servir os interêsses da colectividade e entre estes tem importância fundamental a paz ou tranqüilidade da existência, apoiada na estabilidade das normas que a regulam. Estas não deverão, portanto, ser alteradas senão com a maior circunspecção e quando possa entender-se que no agregado social produzem maior mal a injustiça ou quaisquer outras deficiências do direito vigente do que o abalar, pela substituïção dêste, a segurança das relações.

Se êste princípio é verdadeiro relativamente a qualquer lei, muito mais o é tratando-se de um código, pela maior amplitude e constância das suas normas, e atinge a mais elevada acuïdade quando referido a um código civil.

Este regula os actos ou as situações mais freqüentes da vida dos homens: são aqueles actos que cotidianamente têm necessidade de praticar, as relações em que, desde o nascimento à morte, estão envolvidos. Logo que nascem, ou antes do nascimento, estabelecem-se relações jurídicas desta natureza entre êles e outros homens e nunca mais deixarão de estar submetidos ao direito civil na sua vida comum, já pelos laços da família, já pelos da propriedade, das obrigações ou outros, só a morte os libertando desta espécie de normas porque lhes tira a vida.

Porque são as situações mais conhecidas e aquelas a que a generalidade das pessoas atribue maior valor e ainda porque são extremamente variadas e complexas, em todos os tempos os juristas lhes dedicaram a maior parte da sua atenção, tendo constituído o campo de eleição do maior número e aquele onde se têm suscitado as mais difíceis controvérsias.

Daí que a elaboração de um código civil seja havida em todos os povos como trabalho de altíssimo melindre, marcando um grande momento na história da legislação.

Quási pode dizer-se que a propósito de cada um dos seus preceitos haverá que ter em conta uma biblioteca, tantas as opiniões emitidas no decorrer dos tempos sôbre esta categoria de relações, tam rica por vezes a sua evolução legislativa e tam diferentes as soluções do direito comparado, e, por outro lado, é o direito civil que, mais do que qualquer outro, pode reflectir ou orientar os costumes de um povo, as qualidades que, desde a família, como membros dela, à propriedade e aos contratos, como elementos activos da comunidade, melhor podem servir para a formação moral dos homens nas suas mútuas relações.

Compreende-se, pois, a hesitação sôbre tamanho empreendimento, que já de há muito vozes autorizadas reclamam, mas que não foi ainda tentado com a vastidão agora encarada.

¿Terá chegado a ocasião de se dizer que vale a pena sacrificar em certa medida os usos estabelecidos para se elaborar um código que satisfaça melhor as necessidades da época em que vivemos?

Supõe-se que pode responder-se afirmativamente a esta pregunta.

Vejamos porquê.

**3.** Em favor de uma revisão geral do Código Civil podem invocar-se argumentos de vária ordem:

*a*) Decorridos quási oitenta anos sôbre a data em que entrou em vigor, estamos em condições de colhêr as lições da experiência obtida com as suas disposições, no intuito de eliminar as incertezas a que têm dado lugar. São muitas as que têm levantado dúvidas na sua interpretação e algumas adquiriram mesmo grande celebridade pelas intrincadas discussões a que se têm prestado. Bastará recordar os artigos 1235.° e 1236.°, sôbre segundas núpcias, os artigos 1108.° e seguintes, sôbre regimes matrimoniais de bens ou os relativos à sucessão dos parentes ilegítimos, onde *vexatissimae quaestiones*, suscitadas a todo o momento, lançam enorme confusão em domínios onde seria particularmente desejável um direito mais seguro.

Estas discussões originam uma desagradável impressão sôbre o direito, que se não sabe ao certo o que é. Ninguém poderá fazer dirimir nos tribunais litígios acêrca de tais matérias com a sensação de que pisa terreno firme, acumulando-se os julgados contraditórios sem que se anteveja o têrmo destas deploráveis querelas.

Será, pois, de grande utilidade prática que se dê àquelas disposições uma redacção susceptível de esclarecer o seu sentido ou que, se assim parecer preferível, se substituam por outras tidas como mais adequadas e compreensíveis.

É evidente que nunca se atingirá o ideal de um direito absolutamente certo. Sempre há-de haver dúvidas de interpretação ou integração das leis, mas é óbvio não poder concluir-se daí que deva renunciar-se a todo o trabalho de aperfeiçoamento das leis neste aspecto.

*b*) O Código Civil está de tal modo alterado por leis especiais que perdeu em grande parte a característica de um verdadeiro código.

Quem quiser conhecer o direito civil legal não poderá limitar-se a manusear o Código, cada vez mais reduzido pelas sucessivas reformas que têm substituído os seus preceitos. Haja em vista o que sucedeu com as águas, com a propriedade literária, científica ou artística, com o contrato de arrendamento, com o casamento e a filiação, com o registo civil e o predial, com as provas, com o contrato de trabalho, etc., para prescindir já de outras modificações de menor extensão.

Estando, assim, importantes partes do direito civil reguladas hoje fora do Código, bem pode dizer-se que não possuímos um Código Civil digno dêste nome.

A necessidade de consultar uma imensa legislação, constituída por diplomas tam variados, privou-nos de um dos principais benefícios da codificação e, a caminharem as cousas desta maneira, estaríamos dentro de algum tempo regressados àquele estado caótico e desesperado a que, depois de longos queixumes, o Código de 1867 pôs côbro.

Acresce, a êste propósito, que a evolução do direito positivo se tem operado muitas vezes contra as direcções que o Código consagrara. Donde resulta que êste oferece uma visão dos institutos contraditória com a orientação de outras leis, aliás em pontos fundamentais.

Se citarmos o que se tem passado acêrca do casamento e divórcio, dos poderes da mulher casada, do poder paternal e protecção aos filhos, da propriedade, do trabalho, da responsabilidade civil, já se terá lembrado o suficiente para se aquilatar como o Código pode parecer envelhecido, no seu espírito, em confronto com a legislação posterior.

O casamento, que era indissolúvel, passou a poder ser dissolvido pelo divórcio, com excepção agora dos casamentos católicos realizados depois da Concordata; os poderes da mulher casada têm aumentado, embora em restrita medida; os poderes dos pais têm sido limitados no interêsse dos filhos; o direito de propriedade tem sido sujeito progressivamente a maiores restrições; o trabalho tem beneficiado de mais larga protecção, consagrando-se-lhe uma legislação social destinada a garantir os interêsses dos trabalhadores, respeitando melhor a sua dignidade de homens e levando em conta a sua função na produção nacional; a responsabilidade

civil, baseada tradicionalmente no dogma da culpa (responsabilidade subjectiva ou delitual), tem, em alguns casos, em conseqüência do desenvolvimento da indústria ou do tráfego modernos, sido concebida como resultante de um simples nexo de causalidade objectiva entre a acção ou o comportamento de alguém e o prejuízo sofrido por outrem, ao mesmo tempo que se nota uma tendência para aceitar a possibilidade de uma reparação, compensação ou satisfação pecuniária do dano não patrimonial.

Estes e outros capítulos do direito civil, que têm sido objecto de fundas transformações impostas por ideas ou necessidades que foram surgindo, carecem de estudo, que tem o seu lugar próprio nos trabalhos da revisão aqui prevista.

Haverá que averiguar até que ponto estes novos princípios devem ser desenvolvidos e ampliados ou, talvez, restringidos.

*c*) O Código Civil, mesmo para a data do seu aparecimento, nem sempre foi feliz na orientação que seguiu a respeito de certos institutos ou problemas. O tempo da sua vigência tem-no mostrado com bastante nitidez e também aqui será vantajoso aproveitar os dados da longa experiência de 1867 até à actualidade.

É curioso observar que muitas vezes aquela orientação é tanto menos explicável quanto é certo encontrar-se nas fontes, em que, no mais, se inspirou o Código, outra mais perfeita e razoável.

São freqüentes, na verdade, os casos, talvez determinados por um prurido de originalidade, em que o Código, apartando-se da fonte que ia seguindo, adopta soluções manifestamente piores do que as contidas nela e que são porventura o resultado de pacientes estudos e de diuturnos ensinamentos da prática.

Acaso nenhum exemplo é tam frisante como o da responsabilidade civil, de que o Código se ocupa nos artigos 2361.º a 2403.º A fonte principal do Código em matéria de obrigações foi, como é sabido, o código civil francês, no qual esta responsabilidade (responsabilidade extracontratual) se encontra regulada em poucos artigos, simples e compreensivos, susceptíveis de servir de base ou de permitir uma jurisprudência justa e progressiva que pudesse acompanhar a evolução científica e económica da sociedade. Pois aquelas poucas disposições deram lugar no nosso Código a uma complicada regulamentação de mais de quarenta artigos. Não se exagerará se se disser que é a parte mais imperfeita do Código: pelo casuísmo e desconexão dos seus preceitos, mais se aparenta às compilações do passado do que aos verdadeiros códigos do seu e do nosso tempo.

*d*) O Código não regula ou não regula suficientemente institutos ou figuras jurídicas, de que não pode prescindir uma boa organização legal.

Certos dêsses institutos ou figuras jurídicas são de todo desconhecidos do Código e, quanto a outros, só com dificuldade e através de dúvidas de interpretação ou integração do direito positivo tem sido por vezes possível à doutrina ou à jurisprudência, baseando-se em dados legais fragmentários, afirmar a sua possibilidade e delimitar os seus contornos e a sua eficácia. Noutras hipóteses a regulamentação legal é tam deficiente que lhe escapam largos aspectos dos problemas e até a quási totalidade dêles.

Apenas para dar uma idea, citar-se-ão, a título de exemplos: a declaração de morte presumida, o direito ao nome e à imagem, as fundações (em que quási tudo é obscuro no Código actual, desde os processos de constituïção à eficácia e revogabilidade do acto constitutivo, à designação e responsabilidade dos administradores, etc.), as associações não personalizadas e comissões (*v. g.* para exposições, de beneficência), os negócios jurídicos unilaterais (se são admitidos em geral, que disposições lhes são aplicáveis), os negócios abstractos (idem), teoria geral da forma dos negócios jurídicos (se é exigida para a substância, se só para a prova dos actos, se é possível e que valor tem a convenção de determinada forma, etc.), contratos entre ausentes, ofertas ao público, promessas de recompensa, contratos a que podem aderir outras partes, negociações precontratuais e responsabilidade em que nesse período se pode incorrer, contratos realizados mediante formulários ou modelos, causa dos negócios jurídicos, representação, cláusulas gerais dos contratos (que tanta importância têm assumido na vida moderna), promessa de facto ou de obrigação de terceiro, cessão do contrato, cessão ou assunção de dívidas, contratos para pessoa a designar, contratos em benefício de terceiros, simulação (em que tam difíceis problemas se têm levantado a cada passo, como o de saber se pode ser alegada por uma das partes contra a outra, qual a posição de terceiros perante o acto simulado, etc.), nulidades dos negócios jurídicos (categorias de nulidades, suas causas, redução e conversão de negócios nulos, etc.), êrro dos negócios jurídicos (tam confusa e incompletamente regulado no Código), negócios concluídos em estado de necessidade ou com grande lesão de uma das partes, caducidade dos direitos (como figura diversa da prescrição), excessiva onerosidade superveniente no cumprimento do contrato, certos contratos em especial (como a venda com reserva de propriedade — *pacto reservati dominii*, em particular a venda a prestações, a venda de herança, o contrato de fornecimento, a renda vitalícia, o mandato de crédito, a cessão de bens aos credores), enriquecimento injustificado ou locupletamento à custa alheia, certas modalidades de tutela ou curadoria (de cegos, de incapacitados pelo alcool ou por estupefacientes), adopção (deve pelo menos estudar-se se deverá admitir-se), abuso de direito, relações de vizinhança entre proprietários, direito de preferência ou de preempção (para que não existe um regime geral formulado na lei e do qual alguns casos são regulados em leis especiais), propriedade por andares ou aposentos (tam corrente nos bairros de casas económicas), restrições ao direito de propriedade ou modalidades dêste impostas por motivos de defesa fluvial ou de aproveitamentos hidráulicos ou eléctricos, no interêsse geral da produção ou por outras razões de ordem pública, toda a regulamentação do trabalho (há muito superada já a do Código pelo desenvolvimento da indústria e pelo fortalecimento do valor atribuído ao trabalho e da protecção devida aos trabalhadores).

E poderiam também mencionar-se o tratamento que o Código dá aos bens mobiliários, fundado na antiga concepção *res mobilis, res vilis*, em flagrante desacôrdo com o imenso incremento que teve nos nossos dias a riqueza mobiliária, bem como algumas matérias que, apesar de tradicionalmente admitidas, têm sido sujeitas nos últimos tempos a intensa reelaboração doutrinal ou legislativa e que carecem, por isso, de revisão: pense-se no que se tem passado com a teoria da interpretação dos negócios jurídicos, com a organização da tutela, com as obrigações alternativas ou solidárias, com a compensação ou com a posse.

De facto, a ciência jurídica está em constante evolução, e será útil recolher as vantagens da investigação de que ela tem beneficiado desde o Código de 1867 até aos nossos dias.

Isto é conveniente mesmo que se não tenha ainda sentido entre nós a necessidade da revisão quanto a alguns pontos. As leis, com efeito, não devem limitar-se a dar satisfação às reclamações já formuladas na prática ou a reproduzir o estado da consciência jurídica da colectividade, senão que lhes cabe igualmente o papel de orientar a vida e promover o seu progresso.

e) Também sob o ponto de vista da técnica seguida o Código de 1867 está longe de poder considerar-se isento de reparos.

A técnica legislativa consiste, como é correntemente ensinado, no conjunto de processos de que o legislador deve servir-se para alcançar o efeito prático da legislação. O fim desta é regular as relações jurídicas e a técnica destina-se a determinar quais os meios formais mais idóneos para que a lei atinja aquele objectivo. Trata-se de saber, como disse Gény («La téchnique législative dans la codification civile moderne», in *Livre du Centenaire du Code Civil*, II, p. 995), de que maneira deve a legislação ser concebida e realizada na sua forma para que constitua uma lei ou um código capaz de satisfazer as exigências da vida prática.

Ora, antes de mais nada, é de acentuar, como o têm feito todos os críticos do Código, que neste se encontram arrumadas as matérias segundo um método vicioso, que não permite uma sistematização racional. Esse método, baseando-se na vida do sujeito do direito, que é comum a todas as relações jurídicas, não consente uma separação destas por aquilo que nelas é diferente, e daí as dificuldades e incoerências que são vulgarmente apontadas ao Código e que não vale a pena reproduzir aqui.

O mal, porém, não é enorme neste ponto, porque, não sendo o Código um tratado científico, os inconvenientes que daí resultam não são insuperáveis nem sequer de grande vulto. Maiores são os que derivam das deficiências de ordem técnica de que a seguir se falará.

A técnica, na verdade, não se limita à divisão do Código. Encerra muitos outros problemas de que os autores do Código Civil não tiveram consciência perfeita e que, portanto, não podiam ser bem resolvidos. O que não admira, pois tais problemas eram, pode dizer-se, desconhecidos na época em que o Código foi feito, só tendo sido postos quando da elaboração do código civil alemão de 1896 e posteriormente a ela.

Daí, entre outras, as seguintes faltas:

1) Não existe no Código uma terminologia jurídica assente e fixa que permita atribuir a cada palavra um só e único sentido. É o que sucede, por exemplo, com *ausência*, que ora significa a ausência de que tratam os artigos 55.º e seguintes, ora a simples não presença; com *cousa*, que pode, como é manifesto, ser tomada em diferentes acepções; com *imóveis* ou *móveis*, que podem abranger as cousas que o são por disposição de lei ou apenas as demais; com *nulo* ou *nulidade*, que umas vezes abrange todas as espécies de nulidades, outras apenas as nulidades absolutas e até casos em que não existe verdadeira nulidade, mas só impugnabilidade ou revogabilidade dos actos; anàlogamente sucedendo com *culpa*, *capacidade*, *representantes*, *acções*, etc., palavras aliás de contínuo emprêgo na linguagem jurídica e a que convinha atribuir uma significação definida, a não ser naqueles casos em que propositadamente se deixassem fórmulas vagas susceptíveis de facilitar à jurisprudência, em face de uma realidade complexa e inapreensível para o legislador, o trabalho de conciliação do direito com as necessidades da vida prática.

Neste ponto existe acôrdo entre os dois códigos cujas técnicas têm sido apontadas como representando os tipos opostos: o código alemão, com a sua técnica cerrada, cheia de fórmulas seguras, aspirando a um completo sistema de direito civil positivo em que possa apoiar-se o ideal de um direito certo, e o código suíço, simples e popular, com regras gerais, prescindindo de regulamentação pormenorizada, mas em que, apesar disso, se pretendeu, embora não tam rigorosamente como no primeiro, consagrar uma uniformidade terminológica que, como disse o autor do projecto, se pode dar à obra legislativa um carácter um tanto monótono, evita o mal maior da incerteza sôbre o sentido da lei (Cf. Eugen Huber, *Codc civil suisse, Exposé des motifs de l'avant-projet du département fédéral de justice et police*, I, p. 14, e Gény, ob. e leg. cit., pp. 1022 e sgs., 1028 e 1029).

2) Não se tomou partido entre as duas concepções que, quanto à plenitude do Código, podiam defender-se: a de que o Código deve ser tam completo quanto possível, baseando-se num estudo profundo e minucioso dos institutos a regular, de modo a evitar, na mais larga medida, a imprecisão do direito, e a de que, reconhecendo o legislador a sua impotência para prever todas as situações possíveis ou para formular todas as soluções mais adequadas à sua conveniente disciplina, deverá limitar-se a fixar os caracteres e as direcções gerais dos institutos, deixando à jurisprudência a tarefa de desenvolver essas directrizes e de criar o direito destinado a reger as hipóteses estranhas à previsão legislativa. A primeira destas orientações atribue o máximo valor à *certeza* e *segurança* do direito; quere um direito legislado que exclua o arbítrio judicial, por entender que a vida exige aquela certeza sem a qual a actividade e as iniciativas dos homens de que dependem o bem-estar e o progresso social só a custo se produzirão. A segunda aprecia, mais do que a certeza, a *justiça* do direito, confiando à jurisprudência o papel de preencher as lacunas, intencionalmente numerosas, da lei positiva.

É claro que êste problema é de capital importância, a não ser que se supusesse preferível (o que não parece razoável) abandonar-se o legislador a impressões mais ou menos irreflectidas da sua intuïção ou do seu instinto, e a sua resolução não é fácil, podendo apontar-se em favor de qualquer das teses razões de grande pêso.

Ora não se descobre no Código de 1867 algum indício de que tal problema tenha sido pôsto.

E, assim, ao passo que certas matérias aparecem abundantemente reguladas (como sucede com a responsabilidade civil, aliás de reduzida importância para a sociedade daquela época), outras apresentam numerosas lacunas, embora se tratasse de figuras jurídicas do maior valor prático e aquelas se referissem a questões já suscitadas com freqüência no direito anterior (do que são exemplo a enfiteuse ou a separação de pessoas e bens).

Conexo com estes está o problema de saber se o Código deverá ser redigido sob forma popular, em linguagem acessível, de modo geral, a todas as camadas da população, ou se o deverá ser antes sob forma técnica ou científica, só compreensível a juristas devidamente treinados. A linguagem do Código de 1867 é mais popular ou vulgar do que técnica: é predominantemente a da tradição, mas convirá certamente examinar, ao preparar-se a nova codificação, se não será mais apropriado aos fins da legislação e aos interêsses da vida redigir o Código de maneira mais científica, o que, muito embora o torne mais dificilmente inteligível pelos leigos, lhe dará maior precisão e, com ela, maior estabilidade às relações da vida submetidas à sua disciplina.

4. Entre as razões que podem apontar-se para uma revisão do Código Civil destaca-se a de que o nosso tempo requere um direito *social*, razão que já em 1904 levou muitos a preconizar uma revisão do código civil francês e tem sido proclamada pelos autores dos códigos mais modernos.

Tornou-se quási um lugar comum a tese do direito social.

O ambiente de ideas em que foi gerado o Código de 1867 e, de uma maneira geral, os códigos civis do século XIX entende-se que hoje não pode já corresponder aos ideais que um sentimento de justiça mais exigente,

uma diferente concepção do mundo e da vida erigiram à categoria daqueles a que a legislação não pode permanecer indiferente.

Aqueles códigos são códigos individualistas, inspirados no *Code Civil* de 1804. O seu sistema é dominado pela doutrina dos direitos individuais, cuja mais importante revelação é a do direito de propriedade havido como absoluto, o clássico *ius utendi, fruendi et abutendi*.

Função de um código civil é, para esta concepção, tutelar os direitos do cidadão, isto é, do homem havido como portador de direitos naturais, innatos e intangíveis. Estes direitos individuais naturais são a fonte da actividade jurídica, limitando-se a lei a sancionar a esfera de liberdade que a cada um compete, de acôrdo com os direitos emanados da sua própria dignidade ou natureza humana.

São conhecidas determinadas conseqüências lógicas dêste modo de ver na regulamentação dos vários direitos e institutos privados. Aceitando como regular o uso do próprio direito, seja qual fôr o fim a atingir (pois é conferido ao indivíduo como tal), legitima o abuso do titular de direitos privados, que dêles se serve com uma finalidade anti-social ou para lesar terceiros e, em particular, o do proprietário, que, podendo fazer da sua cousa a utilização que entender, pode sem restrições abster-se de a tornar produtiva ou aplicá-la de maneira oposta aos interêsses da colectividade ou em prejuízo de outrem.

O direito de propriedade é tido como o direito de gozar e dispor dos próprios bens da maneira mais absoluta (como dizem o código francês, artigo 544.°, e o italiano de 1865, artigo 436.°); é um direito inatacável em que está implícita a faculdade de fruir, gerir e dispor dos bens com inteira liberdade, isento como está de ónus ou vínculos e resultado do princípio da liberdade de iniciativa económica e de acumulação de riqueza.

As relações contratuais, por sua vez, baseiam-se na liberdade de contratar, em que é dominante a vontade dos contraentes, de onde o ter de ser tomada em conta apenas essa vontade.

A limitação de liberdade derivada do contrato é produto da vontade do devedor e terá, por isso, de ser respeitada, sem que tal dependa do exame das condições em que o contrato foi concluído ou do dos seus efeitos.

Daí que não merece censura pelo direito a atitude do contraente que, colocado em posição de superioridade de facto, invoca as estipulações contratuais para exigir do outro prestações imoderadas, em contraste com o equilíbrio económico, que é a base da generalidade das convenções.

Estas são algumas das mais combatidas conseqüências da doutrina individualista, mas outras, que não é preciso reproduzir por terem sido freqüentemente expostas, poderiam apontar-se desde o direito de família (com a sua visão contratual do casamento) ao direito sucessório.

Por isso se defende a necessidade de um *direito social*. Certas injustiças do individualismo levaram a pensar que é preciso dar aos direitos uma feição social, de sorte que os direitos atribuídos aos indivíduos não possam desconhecer os laços de solidariedade que os prendem aos demais.

Dentro desta orientação são possíveis diversas soluções, visto que a chamada socialização do direito pode ser mais ou menos extensa, conforme as ideas que se professarem, desde o extremo da integral subordinação dos interêsses individuais a valores ou interêsses sociais ou estaduais até à direcção mais moderada, que, reconhecendo, além de outros fundados no interêsse da sociedade, direitos próprios dos indivíduos (ou das pessoas humanas), se limita a atribuir aos direitos individuais, ou a certos dêles, também uma função social ou a restringir o seu exercício por considerações de ordem pública.

Direito social não significa, pois, necessàriamente, que não devam ser reconhecidos direitos aos indivíduos, mesmo porque o interêsse da colectividade pode ser que êsses direitos lhes sejam conferidos e, dêste modo, terão os direitos individuais, também ou exclusivamente, um fundamento social, de onde o não poderem ser exercidos em oposição ao bem da comunidade.

Daqui o entender-se, por exemplo, que o direito de propriedade ou o seu exercício deva coincidir com o interêsse geral, uma vez que o motivo ou um dos motivos por que é reconhecido aos indivíduos é o de se julgar que há conveniência social na sua atribuïção como meio de estimular a produção e o trabalho; ou que os direitos de obrigação não possam exercer-se contra o seu fim social desde que as relações obrigacionais não são tuteladas apenas para satisfação dos interêsses egoísticos dos indivíduos, mas para assegurar a distribuïção equitativa dos bens e o progresso social ou económico; ou ainda que o casamento deva ser regulado de acôrdo com a sua função de fonte da família legítima, e não sòmente como contrato realizado no interêsse exclusivo dos cônjuges.

Mas são possíveis, como já se disse, nesta orientação e em tese geral, soluções muito diferentes para os mesmos problemas, pois aqui, onde alguém pensará que o interêsse social exige uma determinada atitude, outros serão de opinião contrária: emquanto uns, *verbi gratia*, hão-de achar que os contratos não deverão manter-se logo que por circunstâncias imprevisíveis se alterou profundamente o equilíbrio económico das prestações (teoria da imprevisão), outros serão levados a crer que as estipulações contratuais subsistirão mesmo nessa hipótese, por o impor a necessidade social do respeito pelas convenções: e assim por diante.

O código civil alemão de 1896 foi apontado como um código social em oposição ao código civil francês. Aí o carácter social do direito revela-se, por exemplo, na consagração da teoria do abuso do direito, na declaração de que os contratos deverão ser executados segundo as regras da boa fé, no poder dado ao juiz de reduzir a cláusula penal exagerada, no preceito do § 138.°, segundo o qual pode anular-se o negócio jurídico no caso de alguém, explorando a necessidade, a ligeireza ou a inexperiência de outrem, obter vantagens excessivas e chocantes.

Maiores são as aplicações em alguns códigos posteriores, e não poderá eximir-se o trabalho de revisão agora projectado a ter em conta esta corrente de ideas que postula um direito mais social, orientação já firmada nos textos constitucionais, em que se encontram claramente expressos princípios inconciliáveis com o rigor do direito individualista.

Muito embora se considerem como direitos e garantias individuais, entre outros, o direito à vida e integridade pessoal, o direito ao bom nome e reputação, a liberdade de escolha de profissão ou género de trabalho, indústria ou comércio, o direito de propriedade e sua transmissão em vida ou por morte (Constituïção, artigo 8.°), e alguns ou todos estes direitos sejam havidos até como resultantes da moral ou do direito natural (Constituïção, artigos 4.° e 6.°), afirma-se, por outro lado, que incumbe ao Estado fazer prevalecer uma justa harmonia de interêsses, dentro da legítima subordinação dos particulares ao geral (artigo 6.°, n.° 2.°), que a liberdade de escolha de profissão ou género de trabalho, indústria ou comércio não obsta às restrições legais requeridas pelo bem comum e aos exclusivos por motivos de reconhecida utilidade pública (artigo 8.°, n.° 7.°), que os cidadãos deverão usar os seus direitos sem ofensa dos de terceiros nem lesão dos interêsses da sociedade ou dos princípios

da moral (artigo 8.º, § 1.º), que a propriedade, o capital e o trabalho desempenham uma função social (artigo 35.º), que o Estado assegura a constituïção e defesa da família (artigo 12.º), etc.

Dentro destas directrizes, nas questões singulares que a respeito de cada instituto se suscitem, poderá acentuar-se mais ou menos a influência do aspecto *social*. Tudo serão problemas de medida, a resolver como fôr mais justo ou conveniente.

Parece apenas oportuno observar que ao redigir-se um código civil não deverá dar-se acolhimento nêle a ideas que ainda não estejam suficientemente maduras para poderem resistir ao embate ou às lições da experiência. Um código, efectivamente, aspira por sua natureza a uma longa permanência, pela soma de trabalho que supõe e porque se destina a operar a consolidação do direito. Não é, pois, aconselhável introduzir nos seus preceitos doutrinas que, volvido pouco tempo, possam ter de sujeitar-se a revisão, sendo preferível deixar a sua consagração a leis especiais ou à jurisprudência: àquelas, se pretendem sòmente obter-se os ensinamentos do contacto imediato entre essas doutrinas e a vida; a esta, se se deseja que pouco a pouco se vá precisando a sua legitimidade até ao ponto em que os tribunais julguem chegado o momento de lhes dar guarida nas suas decisões.

**5.** Apesar do que fica exposto, não faltará quem pense não dever fazer-se uma revisão geral do Código.

Na verdade, não é isenta de perigos (para não falar já na imensa dificuldade da obra) uma revisão geral das leis civis e a sua condensação num novo Código.

Com a substituïção dos preceitos reguladores dos institutos, oferecer-se-ão à prática novos textos, diferentes, e porventura muito diferentes, daqueles com que está habituada a trabalhar. Em vez de um instrumento, talvez defeituoso, mas conhecido, terá de servir-se de outro, acaso mais perfeito, mas ignorado ou de difícil apreensão nos seus pormenores, quando não mesmo nas suas partes capitais. Poderá recordar-se que foram precisos muitos anos depois do Código de 1867 para que, acêrca das suas disposições, viesse a fazer-se um juízo mais ou menos seguro, e para isso ainda tivemos o auxílio dos comentadores ou intérpretes do código de Napoleão, fonte principal do nosso. ¿Não se correrá agora o risco de remergulhar a prática nas incertezas de que um aturado esfôrço exegético parcialmente a libertou?

A objecção é forte, mas não parece decisiva.

O que dela resulta é que a revisão deverá ser quanto possível *prudente*, evitando todas as innovações que não sejam absolutamente necessárias. Em parte nenhuma elas são tam perigosas como no direito civil, onde a extraordinária riqueza e complexidade das relações, a multiplicidade dos aspectos dignos de consideração e a dificuldade de conciliação dos interêsses atingem altíssimo grau. Campo larga e longamente trabalhado, em que cada passo tem sido dado à custa de penosas canseiras, não podem esperar-se resultados satisfatórios da mera preocupação de fazer obra nova, ali, justamente, onde mais se aconselha a modéstia dos propósitos e uma visão realista das cousas.

Não há, pois, que procurar a originalidade pela originalidade: innovar apenas no que fôr indispensável, procurando assim fazer avançar o direito positivo sem abalo insuportável para a vida, numa razoável conciliação das duas fôrças que actuam no seio da comunidade — o progresso, que quere maior justiça e mais perfeita organização das instituïções, e a tradição, a reclamar a estabilidade e a segurança das normas.

**6.** Tem-se falado sempre neste relatório em revisão geral do Código Civil.

Convém precisar o alcance desta fórmula.

O que se pretende não é uma simples actualização do Código, que consistiria apenas na substituïção dos textos alterados por outros que contivessem a doutrina legal em vigor.

Êsse trabalho, conquanto útil, não seria bastante, pois não poderia satisfazer todos os objectivos que ficam descritos.

Também não se trata de uma revisão de índole exclusivamente técnica, dominada pelo intuito de esclarecer os preceitos ou de os adaptar melhor às finalidades que o Código tinha em vista com êles. A revisão tem uma ambição mais vasta, pois nenhum aspecto poderá considerar-se estranho a ela: quere-se um código capaz de corresponder às exigências da vida moderna, isto é, que seja o reflexo, no direito civil, e na porção reputada justa, daquelas aspirações.

A revisão deve, portanto, conduzir à elaboração de um código novo, se bem que respeite o direito tradicional onde não fôr preciso alterá-lo.

**7.** Não pode duvidar-se de que é impossível abandonar a orientação de codificar o direito civil.

As codificações modernas fundam-se todas na concepção de um *sistema* de direito civil positivo que permita a junção num único corpo legislativo de um conjunto de matérias consideradas suficientemente afins para poderem ser subordinadas a uns tantos princípios gerais susceptíveis de lhes conferir unidade.

Esta concepção não é, para alguns, incontestável, mas a verdade é que são tantas e de tanto valor as vantagens da codificação que, embora se hesite quanto à perfeita exactidão da idea em que assenta, não pode já regressar-se ao período das leis particulares.

Aquelas vantagens são bastante conhecidas; e isto dispensa que aqui se lhes faça mais larga referência.

**8.** O código civil suíço acabou com a autonomia do direito comercial, unificando assim o direito privado.

A idea da existência do código de comércio ao lado do código civil é devida à época napoleónica, na qual se pensava ser o mundo do comércio dominado por regras próprias e independentes. Esta idea foi aceita sem resistências durante o século XIX. Daí que também nós tivéssemos, além do Código Civil, um Código Comercial (ou mesmo dois).

A Suíça, porém, deu o exemplo, no princípio do presente século, da elaboração de um código civil onde incluíu o que era tido até então como direito comercial. A mesma cousa fez o código civil italiano de 1942.

Não é esta a ocasião de dizer se o novo Código Civil englobará o direito comercial.

O problema, no entanto, está pôsto e terá de ser examinado: haverá que resolver se ainda subsistem as razões de autonomia do direito comercial ou se, ao contrário, a época actual já se não compadece com a existência de um domínio jurídico à parte, no qual se desenvolvam as actividades comerciais. Por isso se prevê que os trabalhos de revisão abranjam o direito comercial.

O Código Comercial não está menos precisado de revisão do que o Código Civil. Poderiam reproduzir-se, a respeito dêle, e de uma maneira geral, as razões que atrás se expuseram para a revisão dêste último. Certos capítulos do direito comercial, como o das sociedades (e, em especial, a parte das sociedades por acções), o do seguro, o do comércio marítimo e aéreo, têm sofrido por toda a parte tam poderosas transformações, e requerem de tal modo uma adaptação ao desenvolvimento económico do mundo moderno, que a revisão da legislação comercial é de manifesta necessidade.

De forma que de duas uma: ou se inclue êsse trabalho no projecto do Código Civil, caso se entenda não haver

já motivo para a separação dos dois Códigos, ou se procede ao estudo independente da revisão do Código Comercial.

Em relação ao comércio marítimo e aéreo pode entender-se que deverá antes organizar-se um código da navegação, e a Comissão Permanente de Direito Marítimo Internacional estudou já a remodelação do livro III do Código Comercial, que se ocupa do comércio marítimo.

**9.** Falta dizer como vai fazer-se a revisão geral do Código.

Os processos seguidos nos diversos países que codificaram o seu direito civil não têm sido uniformes.

A complexidade da emprêsa não é de molde a permitir a solução de se confiar a elaboração do projecto a um só jurisconsulto, solução que, aliás, teria a vantagem de assegurar melhor a unidade do trabalho. Poderia, quando muito, pensar-se em nomear para êsse efeito um jurisconsulto que se faria auxiliar por outros: foi êste o método adoptado na Suíça.

Outro sistema será a designação de uma comissão encarregada de preparar o projecto, com a faculdade de agregação dos colaboradores reputados indispensáveis. É o geralmente perfilhado.

A fim de salvaguardar a unidade da obra, conviria que a comissão tivesse sessões preparatórias onde se fixassem os princípios gerais que haveriam de presidir à sua realização.

Em qualquer dos casos, o projecto, uma vez concluído, deverá ser enviado aos organismos que seja útil ouvir; e deverá também ser confiado às pessoas idóneas com a declaração de que se receberão as suas sugestões em determinado prazo.

Finalmente, deverá, com todas as observações feitas, ser objecto de revisão.

Não se adopta no presente decreto uma posição firme acêrca do problema de entregar a elaboração do projecto a um ou alguns jurisconsultos ou a uma comissão.

Parece preferível escolher uma fórmula maleável capaz de consentir as soluções que forem possíveis.

**10.** Ficam assim indicados, *per summa capita*, os objectivos e as razões da reforma que se projecta.

Esta é de tal amplitude e dificuldade que não poderá fazer-se sem o concurso devotado de numerosas pessoas.

Oxalá (o que firmemente se espera) possa êle obter-se sempre e traduzir-se em altos e duradouros proveitos.

---

Usando da faculdade conferida pela 2.ª parte do n.º 2.º do artigo 109.º da Constituïção, o Govêrno decreta e eu promulgo, para valer como lei, o seguinte:

Artigo 1.º Fica o Ministro da Justiça autorizado a promover os trabalhos de elaboração de um projecto de revisão geral do Código Civil, podendo, para êsse fim, nomear um ou vários jurisconsultos ou uma comissão, bem como os colaboradores que forem julgados necessários.

§ único. O projecto de que trata êste artigo poderá englobar o direito comercial; e, caso se julgue preferível manter um código comercial independente, será aplicável à revisão do Código Comercial o que se dispõe neste decreto acêrca da revisão do Código Civil.

Art. 2.º As pessoas a quem se refere o artigo anterior receberão a remuneração que fôr fixada pelo Ministro da Justiça e pelo período por êle designado, podendo, se forem funcionários públicos, e com autorização do Ministro respectivo, ser dispensados do serviço dos seus cargos sem perda de vencimentos e outras regalias.

Art. 3.º O projecto a que alude êste decreto será enviado aos organismos e às pessoas que seja conveniente ouvir. Fixar-se-á um prazo dentro do qual serão recebidas as suas observações.

Art. 4.º Recolhidas as observações das entidades mencionadas no artigo 3.º, será o projecto sujeito a revisão, à qual poderá aplicar-se o disposto nos artigos 1.º e 2.º do presente decreto.

Publique-se e cumpra-se como nêle se contém.

Publique-se e cumpra-se como nêle se contém.

Paços do Govêrno da República, 4 de Setembro de 1944. — António Óscar de Fragoso Carmona — *António de Oliveira Salazar — Mário Pais de Sousa — Adriano Pais da Silva Vaz Serra — João Pinto da Costa Leite — Manuel Ortins de Bettencourt — Francisco José Vieira Machado — Mário de Figueiredo — Rafael da Silva Neves Duque.*

## MINISTÉRIO DAS FINANÇAS

### Direcção Geral da Contabilidade Pública

#### Decreto n.º 33:909

Com fundamento no disposto no artigo 2.º do decreto-lei n.º 24:914, de 10 de Janeiro de 1935, e mediante proposta aprovada pelo Ministro das Finanças, nos termos do mesmo artigo;

Usando da faculdade conferida pelo n.º 3.º do artigo 109.º da Constituïção, o Govêrno decreta e eu promulgo o seguinte:

Artigo 1.º É aberto no Ministério das Finanças, a favor do mesmo Ministério, um crédito especial da quantia de 14:000.000$, destinado ao pagamento de títulos de anulação, devendo a mesma importância ser adicionada à verba do n.º 1) do artigo 225.º do capítulo 13.º do orçamento respeitante ao corrente ano económico do mencionado Ministério.

Art. 2.º É adicionada a importância de 14:000.000$ à verba inscrita no capítulo 1.º, artigo 1.º e rubrica «Contribuïção industrial», do orçamento das receitas para o actual ano económico.

Êste crédito foi registado na Direcção Geral da Contabilidade Pública e a minuta do presente decreto foi examinada e visada pelo Tribunal de Contas, como preceitua o § único do artigo 36.º do decreto n.º 18:381, de 24 de Maio de 1930.

Publique-se e cumpra-se como nêle se contém.

Paços do Govêrno da República, 4 de Setembro de 1944. — António Óscar de Fragoso Carmona — *António de Oliveira Salazar — Mário Pais de Sousa — Adriano Pais da Silva Vaz Serra — João Pinto da Costa Leite — Manuel Ortins de Bettencourt — Francisco José Vieira Machado — Mário de Figueiredo — Rafael da Silva Neves Duque.*

---

#### Decreto n.º 33:910

Com fundamento no disposto no artigo 2.º do decreto-lei n.º 24:914, de 10 de Janeiro de 1935, mediante proposta aprovada pelo Ministro das Finanças, nos termos do mesmo artigo;

Usando da faculdade conferida pelo n.º 3.º do artigo 109.º da Constituïção, o Govêrno decreta e eu promulgo o seguinte:

Artigo 1.º É aberto no Ministério das Finanças, a favor do mesmo Ministério, um crédito especial da quantia de 8 000$, devendo a mesma importância constituir o n.º 3), sob a rubrica «Despesas com o funeral do presidente da Câmara Corporativa», do artigo 83.º do capí-

# Da revisão do Código Civil,

# de

# *Vaz Serra*

ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA

# A REVISÃO GERAL DO CÓDIGO CIVIL

## ALGUNS FACTOS E COMENTÁRIOS

COIMBRA • 1946

Coisa essencial, desde que o projecto é da responsabilidade da Comissão e não devem existir nele discrepâncias de técnica ou de soluções.

Manifesta-se aqui o ponto saliente na luta dos processos para a feitura de um projecto de Código.

O método ideal seria o da designação de um único jurisconsulto que pudesse encarregar-se, embora coadjuvado por outros, da apresentação do projecto. Tal foi, o seguido, como se sabe, em Portugal para o projecto do actual Código, e na Suiça, onde essa tarefa foi confiada ao Professor HUBER. As vantagens deste método são evidentes, pois garante como nenhum outro a unidade formal e substancial do trabalho.

Onde, porém, já porque se pretende um projecto mais minucioso ou menos demorado, já porque se julga superior às forças de um só homem a elaboração de todo o projecto (o que implicaria a posse de vastíssimos conhecimentos em matérias que nem sempre são afins), não se considere possível a adopção daquele sistema, forçoso será recorrer a uma comissão, como fizeram, entre outros países, a França, a Alemanha ou a Itália e se fez agora em Portugal.

Aqui haverá que evitar o escolho da heterogeneidade da obra e, por isso, entre nós, independentemente de outros cuidados a ter mais tarde, procurou se logo de início fixar umas tantas directrizes que informassem o trabalho de todos os membros da Comissão.

Transcrevemos da acta o essencial:

«Foram versados os pontos adiante indicados e, depois de discutidos, resolveu-se acerca de cada um deles o que a seguir vai igualmente mencionado. As resoluções aqui tomadas não terão carácter definitivo,



estando sujeitas às modificações que no decorrer dos trabalhos se mostrem necessárias.

a) *Sistematização. Adoptada, em princípio, a sistematização chamada germânica, deverá existir uma parte geral, como no Código alemão, ou deverá desaparecer e distribuir-se a matéria respectiva pela parte das pessoas, pela das coisas, pela das obrigações e por uma outra relativa à garantia e defesa dos direitos, como no novo Código italiano?* — Resolveu-se que exista uma parte geral porque não pareceram concludentes as críticas que ùltimamente lhe têm sido feitas. A circunstância de os princípios a incluir nela, de acordo com a sistemática tradicional, terem de sofrer nalgumas das partes especiais desvios importantes em número e qualidade, não significa que não exista um fundo comum bastante apreciável; além de que esses princípios sempre constituirão um valioso ponto de referência para as regulações particulares que forem aconselhadas. Deverá consignar-se em termos adequados que, além dos desvios expressos no Código, serão admitidos os outros mais que forem impostos pela índole própria dos diversos institutos das partes especiais.

b) *Deverão usar-se definições?* — Resolveu-se que as chamadas *definições*, ou sejam, as noções gerais de cada instituto ou figura, não são de proscrever desde que na parte geral do Código se insira uma disposição declarando que essas noções gerais são apenas *orientadoras* e não *decisivas*, salvo quando delas se concluir o contrário. Apesar disto há que fazer uso moderado das noções gerais para evitar que o Código tome o aspecto de texto didáctico; e elas podem ser omitidas sempre que se tratar de conceitos cuja significação se deva considerar correntemente conhecida.

c) *As doações devem ser tratadas nos contratos em especial (como sucede na generalidade dos Códigos) ou juntamente como as sucessões?* — Resolveu-se que o seu estudo caberá ao vogal da comissão a quem compete a parte do direito sucessório, por haver normas comuns às doações e aos testamentos. Quanto à localização das doações no projecto deliberou-se que ficassem entre os contratos em especial.

d) *As garantias reais das obrigações deverão ser tratadas na parte das obrigações ou na dos direitos reais ou ainda em parte especial sobre a defesa e garantia dos direitos (como no novo Código italiano)?* — Resolveu se que se integrassem na parte das obrigações por ser essa a orientação tradicional portuguesa no ensino do direito civil e dada a função destas garantias.

e) *O direito do trabalho deverá ser tratado nos contratos em especial ou deverá formar um título ou parte separada do Código? Deverá ser disciplinado com minúcia, ou sòmente mediante regras muito gerais, remetendo no resto para a legislação especial, visto se encontrar numa fase de experiência e de evolução?* — Resolveu se que seja tratado na parte especial das obrigações (contrato de trabalho) e no capítulo da responsabilidade civil (acidentes); e ainda que a regulamentação a incluir no Código se cifre em muito pouco, relegando-se o mais para a legislação especial.

f) *O registo predial onde deverá ser regulado?* — Resolveu-se que a sede mais própria para o registo predial é a parte dos direitos reais, sem excluir que na parte geral se lhe façam algumas referências a propósito da publicidade dos actos ou factos jurídicos, ou ainda na parte das obrigações a propósito de algumas garantias reais das obrigações. No Código deverão consignar-se



apenas os princípios mais gerais remetendo-se, quanto ao resto, para a legislação especial.

g) *A prescrição (entende-se a extintiva) onde deverá ser regulada?* — Sendo evidente que a usucapião deve ser tratada na parte dos direitos reais, resolveu-se que a prescrição o seja na parte geral, embora se reconheça ser duvidosa a aplicação deste instituto a direitos diferentes dos de crédito: é que, pelas suas afinidades com o instituto de caducidade, que deve pertencer à parte geral, só nesta deverá ficar a prescrição. — A prescrição será regulada completamente e, a propósito da usucapião, determinar-se-á que se lhe apliquem as regras da prescrição que forem congruentes com a sua índole.

h) *Deverá incluir-se a teoria das provas e a doutrina das excepções, em especial a do caso julgado?* — Não se tomou a este respeito nenhuma deliberação ficando o vogal Dr. MANUEL DE ANDRADE incumbido de ponderar o assunto visto ser muito duvidosa qualquer das soluções, de que existem exemplos nos direitos modernos.

i) *Devem incluir-se no Código normas gerais sobre a interpretação e integração das leis bem como sôbre a aplicação das leis no tempo e no espaço (regras de conflitos)? — Qual a sua localização?* — Resolveu-se afirmativamente quanto à primeira questão. Quanto à segunda deliberou-se que figurem numa lei de introdução ao Código Civil, visto se tratar de regras de aplicação geral, isto é, válidas também em outros ramos de direito, salvos os desvios que lá devam introduzir-se-lhes. A sua inclusão numa lei de introdução ao Código Civil justifica-se, já pela tradição, já pela maior importância deste Código. Esta matéria fica a cargo do vogal incumbido da parte geral.

*Noções elementares de processo Civil,*

*de*

*Manuel de Andrade*

POR EXPRESSO DESEJO DOS EDITORES
ESTA OBRA VAI DEVIDAMENTE RUBRICADA

№ 0960

MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE

# NOÇÕES ELEMENTARES DE PROCESSO CIVIL

Nova edição, revista e actualizada com a colaboração do Prof. Doutor João de Matos Antunes Varela

I

COIMBRA EDITORA, LIMITADA
1963

## CAPÍTULO III

### Interpretação e integração das leis processuais

#### 13. Preliminares.

A interpretação e a integração das leis constituem matéria que interessa a todos os ramos de Direito e disciplinas que lhes correspondem. O assento próprio da respectiva doutrina geral será, por consequência, na cadeira de *Introdução ao Estudo do Direito*.

Em bom rigor, só teriam de ser ventiladas aqui as particularidades que se nos deparem quanto à interpretação e integração das leis de processo civil. Dada, porém, a suma transcendência destes temas, parece útil firmar a atenção nalguns tópicos essenciais da teoria geral da interpretação e da integração das leis, só depois passando a inquirir das particularidades que, directa e especificadamente, tocam à nossa disciplina.

#### 14. Teoria geral da interpretação das leis (1)

*Necessidade da interpretação. Actividade interpretativa e teoria da interpretação.* Podem as leis comportar vários sentidos — afora

(1) Bibliografia mais recente: SACCO, *Il concetto di interpretazione del diritto* (1947); BETTI, *Interpretazione delle leggi e degli atti giuridici* (1949); BARTHOLOMEYCZIK, *Die Kunst der Gesetzesauslegung* (1951); CAIANI, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica* (1954); BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, 2 vols. (1955). Na literatura mais antiga destaca-se, pela sua capital importância, HECK, *Interpretação das leis e jurisprudência dos interesses* (trad. de Dr. JOSÉ OSÓRIO). Entre nós vide M. ANDRADE, *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*. Cfr. ainda o mesmo autor, nas *Lições*, pág. 36, no *Bol. Fac. Dir.*, XXII, pág. 288, e na *Rev. de Leg.*, 80.º, pág. 292.



o mais, já por ambiguidade do seu texto, em si mesmo, já porque, sendo inequívoco o texto, pode ser diversa a significação que nele pretendeu infundir a autoridade legiferante. Mas como só podem ser aplicadas com um desses sentidos, importa esclarecer qual deverá ter a primazia.

A interpretação duma lei traduz-se, portanto, em determinar-lhe o sentido prevalente; aquele, dentre os vários possíveis, que será decisivo para o efeito da sua aplicação. A isto se dá o nome de actividade interpretativa. É uma tarefa a levar a cabo em face de cada texto legal. Mas bem se compreende — para mais tendo em conta a importância primacial que a *certeza do Direito* reveste para a segurança e tranquilidade no desenvolvimento das relações jurídicas — que ela deva subordinar-se a cânones gerais, quanto possível nítidos e exaurientes, em lugar de ser exercida por forma estritamente casuística, ao sabor da intuição de cada um. Formular esses princípios, critérios ou directivas gerais, destinadas a orientar a actividade do intérprete *(método de interpretação)* — conquanto se preveja desde logo não poderem ser tão precisos que garantam de per si, através duma operação por assim dizer mecânica, fácil e infalível, uma absoluta uniformidade de decisões — tal o objecto próprio da chamada *teoria* ou *doutrina da interpretação*.

*O problema a resolver pela teoria da interpretação. Soluções possíveis.* Trata-se principalmente de delinear o tipo ou fisionomia geral do sentido que deve ter prevalência na aplicação da lei. Duas posições fundamentais são possíveis aqui: a *subjectivista* e a *objectivista*. Para a subjectivista, que é a tradicional, a interpretação deve cingir-se ao pensamento e vontade do legislador real, histórico — da pessoa ou pessoas que detinham o poder legislativo no momento da publicação da lei *(mens legislatoris)*. Deve entender-se e aplicar-se a lei tal como foi pensada e querida pelo legislador efectivo. Para a objectivista, a interpretação deve procurar antes o conteúdo de pensamento e vontade que está objectivado na própria lei *(mens legis)*, sem fazer caso do sentido que os seus autores realmente lhe pretenderam infundir.

Qualquer destas posições comporta variantes. Na subjectivista, trata-se principalmente de saber a relação que deve existir

entre o pensamento do legislador e o texto da lei: se o pensamento do legislador, para ser decisivo na interpretação, deve corresponder a uma das possíveis significações desse texto. Quanto à objectivista, trata-se principalmente de configurar a hipótese ou modelo de legislador com que deve operar-se na interpretação, definindo-lhe horizonte e capacidade mental, bem como o grau de diligência que se lhe supõe.

*Plano em que deve ser posto o problema.* Não há qualquer imperativo jurídico consubstancial a todos os sistemas legislativos ou mesmo só aos sistemas jurídicos do tipo do nosso, nem qualquer razão de inexequibilidade prática que exclua uma daquelas posições fundamentais e imponha a outra; e anàlogamente se passam as coisas quanto às variantes que lhes estão subordinadas.

O princípio de que o juiz deve obediência à lei não resolve o problema, pois falta saber qual o sentido legal que deverá ser acatado. O ser a lei, na ordem real dos factos, o produto do pensamento e vontade do órgão legiferante — singular ou colegial — não significa necessàriamente, sem uma transposição arbitrária do plano ontológico (do ser) para o axiológico (do dever ser), que toda a actividade do intérprete tenha de subordinar-se à captação desse conteúdo intelectual e volitivo.

Por outro lado, não pode admitir-se a impossibilidade prática — proclamada por muitos objectivistas — de desvendar o pensamento e vontade do legislador, particularmente nos sistemas constitucionais modernos, onde as leis dimanam de assembleias mais ou menos numerosas, ou, de qualquer modo, são o fruto da colaboração de várias pessoas. Quando faltam dados específicos e concludentes a tal respeito, nada obstará a que se lance mão de presunções razoáveis que nos dêem a conhecer, com suficiente probabilidade, qual o sentido com que a lei foi pensada e querida pelo órgão legislativo. Nem a circunstância, aliás, de algumas vezes — ou muitas — resultar impossível a apreensão do pensamento e vontade do legislador histórico pode lògicamente impedir que se lhe deva prestar obediência nas hipóteses em que seja possível captá-los com bastante segurança.

Também não há qualquer texto onde, em termos irrecusáveis (1), se tenha consignado uma directriz interpretativa de tipo subjectivista ou de tipo objectivista — uma directriz que signifique, portanto, um tomar partido entre aquelas duas posições fundamentais.



De toda a evidência não está nesse caso o art. 110.º do Estat. Jud., quando proclama que «os juízes não podem deixar de aplicar a lei sob pretexto de que ela lhes pareça imoral ou injusta». E o art. 16.º do Cód. Civ., na parte em que manda recorrer ao «espírito» da lei, também não envolve, certamente, a consagração da tese objectivista, uma vez que os termos «*espírito da lei*» e «*espírito do legislador*» são, *ab antiquo*, usados promiscuamente.

Segue-se portanto que o nosso problema não está resolvido pela própria lei, e não consente mesmo, em princípio, uma solução imanente ao sistema legislativo (intra-sistemática), como tal forçosa e inevitável. Há-de resolver-se antes num plano transistemático (transcendente ao sistema legislativo): mais concretamente, no plano político, através da criteriosa ponderação das vantagens e inconvenientes de ordem prática de cada uma das posições em jogo. Quer dizer: o juiz está livre para acolher esta ou aquela directriz interpretativa; só que, para desempenhar a sua função no sentido do bem público, como lhe cumpre, deve orientar-se pelo método de interpretação por via do qual melhor sejam contentados os interesses ou exigências primaciais que a vida põe ao ordenamento jurídico.

São eles o da certeza do direito e consequente segurança jurídica, o da rectidão do direito (justiça e oportunidade das suas soluções) e o da obediência ao poder constituído, para garantia da disciplina social (princípio da autonomia da comunidade jurídica, na terminologia de HECK (2). Estando já dito, com aproximação bastante, em que se traduzem os dois últimos interesses, resta definir o outro. A certeza do direito, donde

(1) E só um texto assim poderia resolver o nosso ponto. É que as normas que estatuam sobre a interpretação das leis têm de ser interpretadas em plena liberdade: *quis custodet custodem?*

(2) Em concordância com a ideia germânica de que o poder estabelecido traduz a vontade do povo.

resulta para os indivíduos a segurança jurídica, manifesta-se pràticamente — para o efeito em vista — na uniformidade da sua aplicação, ou seja, em último termo, na uniformidade da jurisprudência. Direito certo vem a ser o direito que é uniformemente entendido e aplicado pelos tribunais. E só com direito certo poderá cada um saber em que lei vive, quais os bens que lhe pertencem, aquilo com que pode contar, sobre esta base dispondo e organizando a sua vida. A um tal estado de coisas é que se dá o nome de segurança jurídica. Até certo ponto, mais vale uma lei certa, embora injusta, do que uma lei incerta, consentindo todavia maiores possibilidades ou probabilidades de justiça.

No plano destes interesses é que deve discutir-se qual a mais aconselhável orientação interpretativa. Costuma dizer-se que o critério subjectivista proporciona um mais elevado coeficiente de certeza e segurança jurídica e traduz uma atitude de subordinação mais estrita e ortodoxa em face dos governantes; e que o critério objectivista, por seu lado — embora sacrificando algum tanto a certeza e segurança jurídica e a obediência ao poder constituído —, favorece mais a rectidão do direito, consentindo maiores possibilidades de desentranhar da lei as soluções requeridas pelas necessidades da prática e pelas exigências do sentimento jurídico preponderante na comunidade social. Mas a exactidão destes conceitos depende, em boa parte, da variante que se prefira a dentro de cada um desses critérios.

*Algumas indicações sobre a directriz a seguir.* Sem rotundamente tomar partido quanto ao ponto central do problema (onde se trata de decidir entre a posição subjectivista e a objectivista), vamos enunciar umas tantas dessas indicações que nos parecem de alguma transcendência e em que pomos bastante firmeza.

*a)* Dentro da posição subjectivista, temos forte relutância em admitir certos extremos quanto à utilização dos chamados trabalhos preparatórios — como sejam a possibilidade de se atender a documentos não publicados e sem carácter oficial (cartas) e, particularmente, o recurso a prova testemunhal, requerendo-se o depoimento de pessoas que intervieram na confecção da lei.

*b)* Dentro da mesma posição, cabe advertir que pràticamente



se terá de jogar em muitos casos (quando não até na grande maioria deles), por carência de dados precisos e concludentes sobre a vontade real do órgão legiferante, com a hipótese dum *legislador razoável* — no sentido de *escrupuloso e capaz*. Não se sabendo ao certo qual tenha sido a vontade do legislador efectivo, é natural imaginar-se que ele entendeu a lei tal como a teria entendido um *bom legislador*. Mas deve salientar-se que esta razoabilidade abrange tanto a escolha das soluções legais como a sua formulação técnica. As virtudes próprias dum bom legislador — tal como as próprias duma boa lei — não se referem apenas, com efeito, ao valor substancial das normas a estatuir, mas também à correcta e avisada formulação do pensamento legislativo. Suporemos, portanto, um legislador que estatuiu as soluções mais justas e oportunas, e ao mesmo tempo um legislador que redigiu acertadamente os textos legais, exteriorizando com fidelidade o seu pensamento (1).

*c)* Nestes termos se deve conceber ainda o legislador hipotético com que é necessário operar dentro da posição objectivista. Podendo suceder, no entanto, que o sentido condizente com a mais correcta formulação do texto legal não corresponda simultâneamente à solução mais justa e oportuna, como decidir nessa emergência? Intervém aqui uma questão de grau, com as contingências inerentes. Dentre os dois sentidos, cada um deles o mais razoável sob um dos aspectos considerados, deve preferir-se aquele que menos se distanciar da razoabilidade sob o outro aspecto. Assim (e traduzindo melhor o nosso pensamento), se uma solução é bem mais acertada em face do teor verbal da lei, pouco se afastando da razoabilidade quanto ao seu valor substancial, ao passo que a melhor — e pouco melhor — sob este aspecto diverge muito da significação natural do texto, deve optar-se por aquela e não por esta.

*d)* O intérprete deve olhar ao conteúdo essencial da vontade legislativa, tal como se deduz do escopo visado pelo legislador (real ou hipotético), mais do que aos termos exactos dos res-

(1) M. ANDRADE, *Ensaio*, págs. 151-152; *Lições*, pág. 41; *Teoria geral das obrigações* (lições compiladas por GOMES BAIÃO), pág. 167, em nota.

pectivos comandos. Deve, acima de tudo, compenetrar-se dos interesses que o legislador teve em mente e da valoração que a cada um deles quis atribuir. Deve desobedecer ao conteúdo imediato da lei, para lhe salvaguardar a ideia essencial, se doutro modo esta resultar gravemente comprometida. Pode e deve, portanto, abalançar-se a uma *interpretação correctiva,* quando ela nìtidamente se imponha para ser respeitada a verdadeira vontade legislativa — a valoração de interesses que o legislador entendeu consagrar (1). Assim, pelo menos, onde a necessidade desta interpretação provenha de sucessos posteriores à publicação da lei.

Aliás o caso nada tem de singular. Anàlogamente se passam as coisas «dum modo geral, nas relações entre superior e subalterno, ou seja, quando alguém deve cumprir ordens doutrem. Está claro que todos julgariam mal inspirada a obediência do oficial (militar) que, sendo-lhe mandada bombardear certa posição no pressuposto de estar ocupada por forças hostis, cumprisse literalmente a ordem depois de saber já ocupada essa posição por forças amigas. Do mesmo modo no caso do enfermeiro que acordasse um doente para lhe fazer tomar o remédio que lhe fora prescrito contra as insónias» (2).

### 14-A. O problema das lacunas: teoria geral da integração das leis.

*Como surge o problema e em que consiste.* O jurista depara frequentes vezes, na prática, com situações da vida real, carecidas e merecedoras de tutela jurídica, mas que nenhum texto legislativo directamente considera para o efeito de estatuir acerca delas uma qualquer disciplina. As causas possíveis de um tal facto podem reduzir-se, esquemàticamente, a três espécies distintas (3): a 1.ª consiste na *imprevisibilidade* de certas situações futuras no

(1) Cfr. M. ANDRADE, *Obrigações,* pág. 416, em nota, e na *Rev. de Leg.,* 80.º, pág. 293; A. VARELA, *Ineficácia do testamento e vontade conjectural do testador,* págs. 333 e segs.; cfr. ainda págs. 239 e segs.

(2) M. ANDRADE, *Obrigações, ibid.* Não curamos aqui das limitações que esta forma de interpretação possa entretanto comportar. Cfr. HECK, págs. 213 e segs.

(3) Cfr. SCHÖNKE, *Einführung in die Rechtswissenschaft,* 4.ª ed., 1948, pág. 22.



momento da publicação da lei; a 2.ª reside nos lapsos de regulamentação — frequentes e inevitáveis — mesmo de situações previsíveis, e que se explicam pelo confinado da previsão do legislador em face da enorme complexidade de formas da vida social; a 3.ª procede das dificuldades de regular, por via geral e abstracta, situações mal definidas ainda pela doutrina e que induzem muitas vezes o legislador a abster-se de formular para elas uma qualquer disciplina normativa, forçosamente precipitada e porventura inconveniente, delegando assim no julgador a missão de preencher a lacuna respectiva *(lacunas impróprias).*

Em qualquer das hipóteses, que atitude deve o julgador adoptar perante a solicitação que porventura lhe seja dirigida no sentido de apreciar e julgar alguma das situações não directamente reguladas?

Deve desde logo considerá-la como matéria extrajurídica, a pretexto de não existir nenhum texto de lei que directamente a regule? A considerar-se desaprovada uma tal atitude, importa então saber por que critérios — de natureza formal ou de índole substancial — deve orientar-se a criação da disciplina pertinente a essas hipóteses omissas no sistema.

*Doutrinas repudiadas.* Segundo uma primeira solução — teòricamente possível — do problema, todas as hipóteses não directamente contempladas em qualquer disposição legal constituiriam matéria extrajurídica, insusceptível como tal de constituir objecto duma qualquer decisão fundada ou tutelada pelo direito *(princípio da exclusão).* O âmbito da ordem jurídica seria assim sistemàticamente delimitado pelo raio de previsão do órgão legislativo, quer singular, quer colegial, representando a ausência de tutela especìficamente jurídica de um grande número de situações da vida real como que um defeito necessàriamente ligado ao confinado da previsão do legislador, ou melhor, uma espécie de solução conatural aos diversos sistemas que não aludem nem provêm de qualquer forma à integração das suas lacunas.

Essa doutrina está longe todavia de ser a mais conveniente, pois além de serem numerosíssimas as situações não previstas pelo legislador que vivamente reclamam, no entanto, a tutela do direito, não está ainda demonstrada — nem razoàvelmente poderá sus-

tentar-se — a impossibilidade de conseguir para todas ou a maior parte dessas situações uma disciplina jurídica adequada, em termos convenientes, quer de justiça, quer de certeza e segurança.

Por outro lado, além de repugnar ao art. 16.º do Cód. Civ. (em cujo espírito parece estar contida a pretensão de regular não só os aspectos omissos de situações directamente reguladas, mas as próprias situações imprevistas, merecedoras de tutela jurídica), essa solução é hoje explìcitamente afastada pelo art. 110.º do *Est. Jud.*, quando diz:

> «... O dever de obediência à lei compreende o de respeitar os juízos de valor legais, *mesmo quando se trate de resolver hipóteses não especialmente previstas;* o juiz não pode recusar o julgamento com fundamento na obscuridade ou na falta da lei, desde que o caso sujeito à apreciação jurisdicional deva ser jurìdicamente regulado.»

Uma outra solução — que, tal como a antecedente, implica a inexistência de verdadeiras lacunas dentro do ordenamento legislativo — consiste em aceitar a aplicabilidade da lei não só às situações nela directamente visadas, mas também a todos os casos lògicamente compreendidos nos princípios apenas pressupostos ou implícitos nas suas disposições. Tal concepção funda-se na ideia de que cada preceito legislativo reflecte, no geral, um princípio válido não só para os casos directamente previstos, mas para todos os casos análogos *(analogia legis)* e de que outros princípios (latentes, ocultos, implícitos), de alcance mais vasto, é possível pôr ainda a descoberto mediante a análise de certos complexos mais ou menos vastos de disposições *(analogia iuris)* — princípios dos quais o julgador deve extrair a disciplina adequada para todas as situações que eles, por mera subsunção lógico-formal, sejam susceptíveis de abarcar.

E uma vez integrado por estes preceitos latentes no fundo da legislação — que a analogia, em qualquer das formas discriminadas, apenas trata de explicitar — o sistema jurídico fica apto a solucionar todos os problemas de regulamentação da vida social fundadamente postos ao Direito.



Tal é, na essência, o esquema de ideias a que se reduz a teoria da «plenitude lógica do ordenamente jurídico» *(die logische Geschlossenheit des Rechts)* (1).

Contra ela cabe logo advertir, porém, que a aplicação analógica dos diversos preceitos não decorre, por necessidade lógica, do próprio sistema legislativo, prescindindo portanto duma qualquer disposição que directamente a consagre. Em princípio, a lei só vale para o que dela se *deduz;* já não vale obrigatòriamente para o que, com base nela, apenas se *induz.* A *indução* (e é verdadeiramente *indutivo* o processo da aplicação analógica) traduz uma aplicação da norma a casos não previstos pelo legislador, e aos quais este não quis, portanto, aplicar essa norma.

Sendo assim, tal aplicação não pode ter-se por directamente contida no pensamento da lei; pelo contrário, falta, quanto a ela, um qualquer preceito dotado de *vis obrigandi,* capaz de impô-la ao julgador.

Por outro lado, a experiência tem confirmado a insuficiência — fàcilmente concebível *a priori* — da extensão analógica para preencher todas as lacunas da lei, ou seja, para solucionar todos os problemas de regulamentação suscitados pelas relações jurídicas: «O que desde logo se entrevê e a realidade comprova é a estrutural insuficiência da extensão analógica para integrar e fechar o ordenamento jurídico positivo; quanto mais para prover a todos os casos e situações da vida que razoàvelmente pedem ao direito uma solução» (2).

Mas se o art. 110.º do Estat. Jud. afirma explìcitamente a juridicidade de situações não previstas na lei (contanto que elas devam ser jurìdicamente reguladas) e se a analogia, além de não poder legitimar-se com essa espécie de dilatabilidade congénita aos

---

(1) Vide M. ANDRADE *(Ensaio,* pág. 107), seguido muito de perto em toda a exposição desta matéria. Cfr. ainda (quanto ao largo favor que a teoria da «plenitude lógica do ordenamento jurídico» encontrou na doutrina alemã subsequente à promulgação do Código Civil de 1896 e quanto ao descrédito em que ela posteriormente caiu no mesmo país), ISELE, *Em halbes Iahrhundert deutsches Bürgerliches Gesetzbuch,* no *Archiv für die civilistische Praxis, (A. Z. P.),* 150 (1948), pág. 9.

(2) M. ANDRADE, *Ensaio,* pág. 111.

diversos preceitos legais admitida pela doutrina clássica, se revela ainda insuficiente para suprir todas as lacunas do sistema, como devem ser estas preenchidas?

*Doutrina a seguir.* No domínio do direito civil, a questão vem directamente solucionada no art. 16.º do Cód. Civ., que manda recorrer em primeiro lugar à analogia, e remete, em último termo, para os «princípios de direito natural, conforme as circunstâncias do caso». A mesma orientação terá ainda de prevalecer para o domínio do direito processual civil, uma vez interpretado o art. 16.º como a proclamação dum princípio geral, válido não só para o direito civil, mas para todos os outros ramos de direito, com excepção apenas daqueles que se não coadunem com tais processos de integração, dado o condicionalismo singular das matérias sobre que versam (1).

Mas o recurso à analogia (em qualquer das suas formas) impõe-se ainda, num plano transistemático, por uma série de razões capazes de legitimá-la, mesmo aos olhos dos autores que não vejam directamente sancionado no art. 16.º um pensamento de tão largo alcance.

Em primeiro lugar, a extensão analógica — que se traduz fundamentalmente na transposição, para as hipóteses omissas, das estatuições formuladas na lei a propósito dos casos previstos, quando umas e outros razoàvelmente (atenta a semelhança dos interesses em jogo) mereçam a mesma regulamentação — favorece em larga medida a certeza do direito, visto que coloca o tribunal perante questões de pura justiça relativa, acerca das quais a uniformidade de pontos de vista é muito mais fácil de alcançar do que em face das questões de justiça absoluta. Depois, a analogia contribui também para a rectidão do direito, enquanto assegura um tratamento de justiça relativa entre as hipóteses omissas e os casos directamente previstos na lei — justiça relativa que a consciência jurídica reclama no geral em termos mais imperiosos do que a própria justiça absoluta. Por último a extensão analógica aceita-se ainda pelo princípio da obediência ao poder constituído, visto traduzir-se na aplicação aos casos omissos daquela disciplina que, para ser coerente consigo mesmo, o legislador decerto viria a estatuir, na hipótese de ter previsto e pretendido regulamentar tais casos — ou seja, portanto, na obediência à vontade hipotética ou conjectural do legislador.

(1) Vide, a propósito do direito criminal, Prof. Beleza dos Santos, *Interpretação e integração das lacunas da lei em dir. e proc. penal,* no *Bol. Fac. Dir.*, XI, págs. 108-111.



Estas razões justificam sobejamente o recurso à analogia, como 1.º processo de integração das lacunas da lei, em todos os ramos de direito onde não exista qualquer disposição, expressa ou implícita, em contrário. E é esse, pelo menos, o caso do direito processual.

Podendo, no entanto, afiançar-se *a priori* a irremediável insuficiência da analogia (aliás bem comprovada na prática) para a integração de todas as lacunas da lei — visto o confinado da previsão do legislador perante a crescente complexidade da vida social o impedir de abarcar não só todas as situações possíveis, mas até mesmo todos os tipos possíveis de situações merecedoras de regulamentação jurídica — é altura de inquirir do modo de suprir tal deficiência.

Na falta ou insuficiência da analogia (tanto da analogia da lei como da chamada analogia de direito), cremos que o julgador deve preencher a lacuna, formulando prèviamente, dentro dos quadros valorativos do sistema, a norma que ele próprio adoptaria se estivesse investido nas funções de legislador. Ao formular essa norma, o julgador deve manter-se no quadro do sistema legal, limitando-se portanto a escolher, entre as várias soluções possíveis à luz do espírito do sistema, aquela que lhe pareça melhor (mais justa ou mais razoável) *de lege ferenda.* É uma atitude de certo modo imposta ainda pela ideia da obediência à analogia de direito: a analogia não dá neste caso ao julgador uma solução aprontada, mas fornece-lhe ainda assim as soluções possíveis, indicando os limites dentro dos quais o novo preceito terá de ser formulado. O julgador, por consequência, deve agir neste ponto um pouco à semelhança do artista a quem fosse incumbido o acabamento de certa obra de arte: tem de manter

fielmente «o *estilo* do sistema, a sua traça geral, a sua fisionomia típica» (1).

Além de se ajustar perfeitamente à remissão para os «princípios do direito natural» contida no art. 16.º (2) (cfr. ainda o art. 3.º do Cód. Com.), a directriz apontada está hoje de certo modo sancionada no art. 110.º do Estat. Jud. (3), onde se consigna que «o dever de obediência à lei compreende o de respeitar os juízos de valor legais, mesmo quando se trate de resolver hipóteses não especialmente previstas»; e acrescem, em seu abono, todas as razões expostas a favor da analogia, com as acomodações exigidas pelo plano especial em que se situa esta segunda fase do problema da integração (4).

*

*A construção jurídica.* Sobre as soluções práticas assim obtidas pela interpretação e integração das leis pode intervir seguidamente o trabalho chamado de *construção jurídica,* o qual consiste na transposição dessas soluções para conceitos abstractos perfeitamente adequados, dos quais lògicamente possam derivar: assim as noções de direito subjectivo, de dever jurídico, de relação obrigacional, de personalidade colectiva, a concepção da solidariedade (quer activa, quer passiva) como uma

(1) M. ANDRADE, *Sobre a recente evolução do direito privado português,* no *Bol. Fac. Dir.*, XXII, pág. 291. Como já resulta do próprio texto, o julgador deve formular sempre, a propósito do caso omisso um preceito geral e abstracto, em vez de decidir pura e simplesmente segundo a reacção do seu sentimento de justiça perante o condicionalismo especial do caso concreto *(Gefühljurisprudenz; jurisprudência sentimental).*

(2) Vide A. VARELA, *ob. cit.*, pág. 260, nota 1. O direito *natural* é tradicionalmente contraposto ao direito *positivo.*

(3) Sobretudo se tivermos em conta o estado da doutrina anterior à publicação deste diploma legislativo e a intenção, confessada pelo legislador, de não esgotar o problema da integração das lacunas, coarctando toda a liberdade à doutrina *(Relatório,* n.º 11). Cfr. M. ANDRADE, *loc. cit.*

(4) A posição adoptada quanto ao procedimento a seguir no caso de falta ou insuficiência da analogia corresponde, no essencial, à doutrina do Código Civil Suíço, art. 1.º Para a interpretação desse texto cfr., por último, MEYER-HAYOZ, *Der Richter als Gesetzgeber* (1951).



pluralidade de vínculos obrigatórios com unidade de objecto, ou conexionados por um vínculo de mútua representação, a do condomínio como um complexo de vários direitos de propriedade tendo por objecto uma quota ideal da coisa comum, ou tendo por objecto toda a coisa comum, mas comprimindo-se reciprocamente em virtude da relação de concorrência em que estão postos, etc.

Nunca, porém, esses tais conceitos se hão-de cingir às soluções directamente estatuídas na lei e obtidas por mera interpretação do texto legislativo, para seguidamente se extrair deles, mediante uma actividade de pura dedução lógico-formal, a disciplina das situações omissas *(método da inversão)* (1). Os processos de integração da lei já se demonstrou quais sejam, e é sobre as estatuições positivas obtidas através deles que intervém a tarefa posterior do seu enquadramento lógico em categorias criadas pelo nosso espírito e destinadas a facilitar a representação sintética dos dados materiais que a interpretação e a integração proporcionam. Esta transposição e condensação lógica das soluções práticas da lei em conceitos abstractos destinados a fornecer uma visão sintética das mesmas soluções, além de corresponder a uma exigência fundamental do espírito humano, facilita também a exposição sistematizada e abreviada de todo o material jurídico. E nesse aspecto tem um *alto valor de formulação.* Não constituirá decerto a primeira missão imposta ao jurisconsulto, visto não proporcionar soluções práticas e serem estas o que a vida sobretudo reclama do Direito, mas representará de todo o modo um trabalho não inútil, de incontestável dignidade científica.

(1) Para a apreciação crítica dessa posição *(jurisprudência dos conceitos; Begriffsjurisprudenz),* vide principalmente os estudos fundamentais de HECK: *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz* (1914) — obra já citada em tradução portuguesa; *Grundiss des Schuldrechts* (1929); *Grundriss des Sachenrechts* (1930); *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz* (1932); *Die Interessenjurisprudenz und ihre neuen Gegner,* no A. Z. P., 142; *Rechtsphilosophie und Interessenjurisprudenz,* no A. Z. P., 143. Entre nós, cfr. M. ANDRADE, *Ensaio,* pág. 119; Prof. VAZ SERRA, *Valor prático dos conceitos e da construção jurídica.*

Esta orientação corresponde, fundamentalmente, à da chamada *jurisprudência dos interesses* (e doutrinas congéneres), em contraste com a *jurisprudência conceitual*.

# *Sobre a recente evolução do Direito privado português*

**de**

*Manuel de Andrade*

*In BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COMBRA /VOL. XXII (1946) pgs. 288 a 293.*

**Sobre a recente evolução do Direito Privado Português – em conferência proferida em Abril de 1944, no Universidade de Santiago de Compostela - o Senhor Doutor Manuel de Andrade, referem:**

*ii)* ***Sobre a recente evolução do Direito privado português***, in BFD, vol. XXII (1946).

Em seguida à teoria das fontes, vem a da interpretação e a da integração das leis. Dada a transcendência destes problemas, quero dizer-vos brevemente do seu estado entre nós.

Quanto à interpretação das leis civis, nenhum preceito explícito sanciona as diretrizes aplicáveis, por maneira a tomar partido no mais claro das contendas doutrinais que neste domínio se suscitam. Outro não é certamente o caso do artigo 16.º do Código Civil, que se limita a deixar-nos entender que as leis devem ser interpretadas não só pela sua letra como também pelo seu espírito. Isto afinal é não dizer nada que valha a pena.

O recentíssimo artigo 240.º do Estatuto Judiciário (23-III-1944) contém mais algumas indicações. Aí se proclama que "os juízes não podem deixar de aplicar a lei sob pretexto de que ela lhes pareça imoral ou injusta e as suas decisões deverão ter em consideração todos os casos que merecerem o mesmo tratamento, a fim de, tanto quanto possível, se obter uma jurisprudência uniforme". Aí se proclama ainda em termos gerais "o dever de obediência à lei". Condena-se pois a escola do direito livre nas suas formulações mais extremas. Como se condena a tendência, tantas vezes notada nos tribunais (podemos talvez chamar-lhe, *cum grano salis*, jurisprudência sentimental – *Gefühlsjurisprudenz*), para decidirem por equidade e não pròpriamente por justiça, para *solicitarem* ou *torcerem* a lei de modo a extrair dela *por fás ou por nefas* a solução mais equitativa para o *caso singular*, em vez de se elevarem a uma visão mais larga e complexiva dos casos congéneres, por maneira a chegarem à norma considerada mais justa para o caso-tipo, para o *caso-abstracto*. Condenações que são de aplaudir com ambas as mãos, mas que não

esgotam, nem de longe, o problema de interpretação. Limitam-se a pôr uma plataforma bastante vaga, sobre a qual ainda cabem depois muitas e variadas divergências de orientação.

Subsiste designadamente a consabida alternativa: Pensamento do legislador ou pensamento da lei? Nada se nos prescreve a tal respeito. Esta neutralidade em face do debate entre a interpretação, subjectivista e a interpretação objectivista, obedeceu da parte do Estatuto Judiciário a um propósito deliberado de deixar o tema à Ciência, para não impedir o progresso jurídico (Relatório, n. 11). Mas a atitude deste recentíssimo legislador foi talvez mais de *não-beligerância* que de verdadeira neutralidade. Já por aquele solene proclamação do dever de obediência à lei, já por vários discursos do mesmo legislador (o actual Ministro da Justiça, que é o Prof. Vaz Serra, da nossa Faculdade conimbricense) deixa-se entrever um acentuado pendor para o subjectivismo, ou pelo menos para um objectivismo historicista e não actualista – um objectivismo que volte os olhos para o tempo da publicação da lei e não para o instante mutável da sua aplicação.

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

5. Quanto às lacunas, é fundamental o já citado artigo 16.º do nosso Código Civil. Lá se manda recorrer aos «casos análogos regulados noutras lei», e depois aos «*princípios do direito natural*, conforme as circunstâncias do caso». Esta norma creio que foi inspirada num texto correspondente do Código Austríaco (art. 7.º), e insere-se nitidamente naquela corrente de ideias que obteve consagração ainda mais patente num famoso passo do Código Suíço (art 1.º). Quer dizer: ela remete em último termo para a *iniciativa do juiz*. Segue afinal a teoria do *juiz-legislador*. Mas é curioso notar que é tão forte a *idolatria do direito legislado*, o dogma da plenitude do ordenamento legislativo, a

inclinação para cantar a palinódia... – ver defendidas interpretações em que me parece notar objectivismo a mais."

5. Quanto às lacunas, é fundamental o já citado artigo 16.º do nosso Código Civil. Lá se manda recorrer aos «casos análogos regulados noutras lei», e depois aos «*princípios do direito natural*, conforme as circunstâncias do caso». Esta norma creio que foi inspirada num texto correspondente do Código Austríaco (art. 7.º), e insere-se nitidamente naquela corrente de ideias que obteve consagração ainda mais patente num famoso passo do Código Suíço (art 1.º). Quer dizer: ela remete em último termo para a *iniciativa do juiz*. Segue afinal a teoria do *juiz-legislador*. Mas é curioso notar que é tão forte a *idolatria do direito legislado*, o dogma da plenitude do ordenamento legislativo, a tendência para tirar da lei todo o direito, que não faltou entre nós quem interpretasse estes princípios *do direito natural* como princípios do *direito positivo*...

Não está certo. Todavia sempre me pareceu que o juiz só deveria, à sombra desta forma legal, *fazer acto de legislador* depois de esgotar em toda a linha não só a chamada analogia de lei, mas também a chamada *analogia de direito*. Ou melhor: que o juiz deveria forjar a norma aplicável ao caso omisso não análogo a um caso previsto, *mantendo-se do quadro do sistema legal*, como prescreve o Código suíço. Onde a analogia não nos dê a solução, todavia propõe várias soluções possíveis, entre as quais o juiz terá de escolher conforme lhe parecer melhor *de lege ferenda*; e ao mesmo tempo exclui todas as outras. O juiz não encontra a solução aprontada no sistema, mas há-de obtê-la dentro dele. Põe a norma que julgue melhor, mas sempre no pressuposto de serem boas as que estão na lei. Completa o sistema, onde se mostra que o legislador o deixou por acabar.

Isto implica a ideia de que tem de manter-se o *estilo do* sistema, a sua traça geral, a sua fisionomia típica. É, como se no nosso maravilhoso Pórtico da Glória faltasse uma figura que o excelso lavrante tivesse deixado por esculpir. Se houvesse que

completar a obra, teria que seguir-se o estilo das restantes figuras, tal como o faria Mestre MATEO. Numa palavra e aplicando *el cuento,* há que integrar a lei como provàvelmente o teria feito o próprio legislador.

Ora esta directriz fundamental está hoje no já falado artigo 240.º do Estatuto Judiciário, onde se provê que «o dever de obediência à lei compreende o de respeitar os juízos de valor legais, mesmo quando se trate de resolver hipóteses não previstas nela». Outro não é o sentido deste texto, se tivermos presente o estado da doutrina anterior, e é declarada preocupação do legislador em não esgotar o nosso problema, coartando toda a liberdade à ciência (Relatório, n.º 11).

Essencial neste domínio não é apenas saber onde deve o juiz procurar a solução dos casos lacunosos, mas também, e primeiro que tudo, circunscrever o âmbito das lacunas verdadeiras e próprias. Trata-se no fim de contas de averiguar se os casos omissos – ou uma certa ordem deles – não devem considerar-se desde logo, sem mais indagação, como postos à *margem* do direito, como situados *extramuros da cidadela jurídica*; se não há implícita no sistema legal uma *norma de exclusão*, uma norma que *fecha o sistema*, impedindo que os tribunais possam dar regulação jurídica aos casos omitidos.

O artigo 16.º do Código Civil parecia deixar sempre aberta a possibilidade de uma regulação jurídica para todos os casos não directamente previstos na lei, pois a todos sem descriminação mandada resolver pela analogia e em último termo, pelos tais princípios do direito natural. E até já o princípio de que o juiz não pode abster-se de julgar a pretexto da falta de lei – princípio que estava no velho Código de Processo (1876) – induzia a mesma consequência. Todavia julgo que nem o legislador do Código Civil nem o do velho Código de Processo tiveram consciência deste problema foi coisa de que não pensaram ou pelo menos sobre que não tiveram uma ideia clara e distinta.

tendência para tirar da lei todo o direito, que não faltou entre nós quem interpretasse estes princípios *do direito natural* como princípios do *direito positivo*...

Não está certo. Todavia sempre me pareceu que o juiz só deveria, à sombra desta forma legal, *fazer acto de legislador* depois de esgotar em toda a linha não só a chamada analogia de lei, mas também a chamada *analogia de direito*. Ou melhor: que o juiz deveria forjar a norma aplicável ao caso omisso não análogo a um caso previsto, *mantendo-se do quadro do sistema legal*, como prescreve o Código suíço. Onde a analogia não nos dê a solução, todavia propõe várias soluções possíveis, entre as quais o juiz terá de escolher conforme lhe parecer melhor *de lege ferenda*; e ao mesmo tempo exclui todas as outras. O juiz não encontra a solução aprontada no sistema, mas há-de obtê-la dentro dele. Põe a norma que julgue melhor, mas sempre no pressuposto de serem boas as que estão na lei. Completa o sistema, onde se mostra que o legislador o deixou por acabar.

Isto implica a ideia de que tem de manter-se o *estilo do* sistema, a sua traça geral, a sua fisionomia típica. É, como se no nosso maravilhoso Pórtico da Glória faltasse uma figura que o excelso lavrante tivesse deixado por esculpir. Se houvesse que completar a obra, teria que seguir-se o estilo das restantes figuras, tal como o faria Mestre MATEO. Numa palavra e aplicando *el cuento,* há que integrar a lei como provàvelmente o teria feito o próprio legislador.

Ora esta directriz fundamental está hoje no já falado artigo 240.º do Estatuto Judiciário, onde se provê que «o dever de obediência à lei compreende o de respeitar os juízos de valor legais, mesmo quando se trate de resolver hipóteses não previstas nela». Outro não é o sentido deste texto, se tivermos presente o estado da doutrina anterior, e é declarada preocupação do legislador em não esgotar o nosso problema, coartando toda a liberdade à ciência (Relatório, n.º 11).

Essencial neste domínio não é apenas saber onde deve o juiz procurar a solução dos casos lacunosos, mas também, e primeiro que tudo, circunscrever o âmbito das lacunas verdadeiras e próprias. Trata-se no fim de contas de averiguar se os casos omissos – ou uma certa ordem deles – não devem considerar-se desde logo, sem mais indagação, como postos à *margem* do

direito, como situados *extramuros da cidadela jurídica*; se não há implícita no sistema legal uma *norma de exclusão*, uma norma que *fecha o sistema*, impedindo que os tribunais possam dar regulação jurídica aos casos omitidos.

O artigo 16.º do Código Civil parecia deixar sempre aberta a possibilidade de uma regulação jurídica para todos os casos não directamente previstos na lei, pois a todos sem descriminação mandada resolver pela analogia e em último termo, pelos tais princípios do direito natural. E até já o princípio de que o juiz não pode abster-se de julgar a pretexto da falta de lei – princípio que estava no velho Código de Processo (1876) – induzia a mesma consequência. Todavia julgo que nem o legislador do Código Civil nem o do velho Código de Processo tiveram consciência deste problema foi coisa de que não pensaram ou pelo menos sobre que não tiveram uma ideia clara e distinta.

Do legislador do Estatuto Judiciário é que já não pode dizer-se o mesmo. Há no artigo 240.º um passo visando sem contestação possível aquele problema, sem aliás nada prejudicar quanto à respectiva solução é onde se estipula que «os juízes não podem deixar de julgar como fundamento de obscuridade de lei nem se *o caso dever ser jurìdicamente regulado*, com o da sua falta». Esta norma na parte sublinhada, constitui certamente uma espécie rara e interessante no quadro das legislações modernas. Por mim não sei até de outro texto legal de qualquer país onde assim patentemente se faça menção deste primacial aspecto do problema das lacunas.

O Estatuto ficou-se por esta simples alusão. Nada resolveu. Para o campo do direito privado subsiste, porém, o artigo 16.º do Código Civil (cfr. o art. 3.º do mesmo Cód. e art. 3.º do Cód. Comercial).

No conjunto, fica o direito português a ser daqueles em que o problema das lacunas constitui objecto de normas mais completas e explícitas, quase inteiramente podendo encontra-se nelas bem à vista as soluções correlativas».

*Sentido e valor da jurisprudência,*

*Manuel de Andrade*

"... em todo o mundo civilizado, com excepção dos países anglo-saxónicos, a fonte jurídica preponderante, pouco menos que exclusiva, é a *Lei*. Entre nós será essa a única que temos a considerar." (p. 258)

(...)

"Mas clareza e plenitude [da expressão legislativa] para quem?

Respondo convictamente: para os juristas, acima de tudo. Para os profanos nunca – ou raramente – a expressão legislativa pode ser tão diáfana e completa que lhes dispense as luzes do jurista. E a preocupação absorvente de facilitar o seu entendimento pelos profanos, através do popularismo da linguagem e do estilo, pode tornar as leis realmente obscuras e deficientes, e assim mais espinhosa e precária de resultados a tarefa dos juristas – essencial para a sua recta e uniforme aplicação. Também aqui se confirma, neste sentido e em larga proporção, a máxima de que "ninguém pode servir a dois senhores"." (p. 265)

(...)

"... na execução das leis deve prestar-se acatamento à vontade legislativa, em homenagem à autoridade do legislador, concebido como órgão da comunidade para a produção do Direito.

As leis pretendem solucionar questões sociais, problemas de valoração de interesses humanos. Essas questões e problemas não raro desencadeiam na sociedade contrastes e lutas, bem ardentes por vezes. A certa altura, prevalece uma das correntes. Publica-se uma lei para resolver em determinado sentido. Ora não estaria certo que a solução assim estatuída pelo órgão legiferante pudessem frustrá-la os órgãos da aplicação do direito, sob a capa da interpretação. Não estaria certo por muitas razões, e até porque, em princípio, o órgão legiferante terá maior qualificação – constitucional e social – para representar a comunidade.

No entendimento e aplicação do Direito, portanto, deve obedecer-se leal e honradamente à vontade legal *hoc sensu*. Não se deve tomar em face dela uma posição de indiferença ou de antipatia. Vai nisso um interesse público, que poderá ser sobrelevado por outros, mas sempre digno de consideração.

Não se trata aqui, porém, de uma obediência cega, mecânica, servil, senão antes de uma obediência esclarecida, racional, colaborante. De uma obediência atida ao pensamento fundamental da autoridade legislativa, mais do que aos termos exactos da

sua formulação textual; ao escopo que a moveu e inspirou, mais do que aos instrumentos com que pretendeu dar-lhes realização; à sua análise e valoração dos interesses conflituantes, mais do que à ordenação que em consequência ditou.

Este tipo de obediência é o que vem a ponto também noutros domínios da vida. Assim nas relações entre patrão ou empregado. Assim na própria disciplina castrense, bem conhecida pelo seu rigorismo. Assim, dum modo geral, nas relações entre superior e subalterno. Quem está adicto às determinações de outrem deve, segundo uma velha formulação, olhar menos à letra que mata do que ao espírito que vivifica; menos ao conteúdo da determinação que aos interesses pessoais ou funcionais do seu autor – interesses específicos do caso ou mesmo só, em último termo, interesses genéricos." (p. 265).

(...)

"De onde [quererem as normas prover a situações de extrema variedade e complexidade. E quererem prover em termos altamente concentrados] que nem o próprio legislador terá sempre uma lúcida representação do verdadeiro sentido das normas que pretende estatuir; e que, quando a tenha, não poderá dar-lhes uma expressão verbal nítida, precisa e fàcilmente apreensível. Por maneira que o pleno entendimento das leis já por aqui se vê – e não é tudo – que não pode dispensar um grande e bem orientado esforço por parte de quem tenha de conhecê-las e aplicá-las.

Isto torna patente desde logo a necessidade da interpretação das leis, como tarefa sumamente grave e dificultosa." (p. 267).

(...)

"Interpretar uma lei é definir-lhe o conteúdo normativo – quer no seu núcleo essencial, quer nos seus desenvolvimentos marginais. É desvendar-lhe a significação e alcance, para o efeito da sua aplicação." (p. 268).

(...)

"A actividade interpretativa pode desenvolver-se – e até por vezes com bastante acerto – de modo empírico, ao sabor da intuição de cada um. Melhor convirá todavia (*ceteris paribus*) – aqui *como em qualquer outra actividade* – que ela seja orientada por uma boa *doutrina*, isto é, por princípios, critérios, directivas gerais, conquanto se saiba não poderem ser tão exaurientes que a sua actuação se torne mecânica, dispensando e proscrevendo todo o coeficiente pessoal do intérprete." (p. 268).

(...)

"Este sentido [o sentido verbal] tem aqui, portanto, o valor de um *limite* que não pode ser ultrapassado. É a função *negativa* do elemento literal da interpretação, também chamado gramatical, textual, lexicológico, verbal ou linguístico.

Mas a letra da lei não servirá apenas para traçar o quadro dos sentidos legais possíveis. Compete-lhe ainda propor uma graduação entre eles. É que uns terão no texto uma expressão bastante natural, desafogada e perfeita; outros, pelo contrário, só uma expressão mais ou menos constrangida, desairosa, inapropriada. Daí uma certa razão de preferência a favor dos sentidos com melhor qualificação literal, mesmo não sendo eles, simultâneamente, os portadores das soluções mais justas.

Tal a função *positiva* que corresponde à letra da lei. Função assás importante, sem dúvida, mas cuja importância não convirá sobrestimar, nem pode ser tabelada com rigor. A primazia dos sentidos mais condizentes com o factor literal da interpretação é só relativa, tendencial, e não absoluta. Não é *imposta*, verdadeiramente, mas como que *sugerida* apenas, com maior ou menor insistência. O seu valor não pode ser definido por antecipação.

Nestes termos, não será justificável entre nós, por demasiado estrita, a famosa *golden rule* do direito inglês – segundo a qual as palavras devem ser tomadas na sua literal e ordinária significação, a menos que daí se venha a ocasionar uma absurdidade ou alguma relutância ou incongruência com o restante conteúdo do documento versado." (p. 274).

(...)

"Daí que seja de preferir o sentido legal mais justo, se não for contraindicado muito insistentemente pela letra da lei e pelo elemento histórico.

Na indagação do sentido mais justo deve tomar-se em conta a razão da lei (*ratio legis*) – a valoração de interesses que lhe está subjacente, a finalidade que a inspirou –, ajuizado isso pelo critério do intérprete, à falta de indicações históricas que possam elucidá-lo. Para tanto terá o intérprete de lançar mão da sua experiência da vida, ou mesmo de pedir o concurso das ciências ou técnicas referentes à matéria versada na lei." (p. 268).

(...)

"Ela [a jurisprudência] está dirigida, em primeira linha, a entender rectamente a lei, a completá-la, a aperfeiçoá-la, mas sempre num plano de respeito pelas valorações que lhe serviram de inspiração, e a prover à exacta e fiel aplicação das normas assim obtidas, concorrendo por estas vias para a realização do Direito positivo nos melhores

termos de justiça, de certeza e de acatamento da vontade que ditou as leis em representação da comunidade.

A jurisprudência está portanto desta maneira, ao serviço da lei, mas num sentido de obediência pensante, que atende menos à letra que mata do que ao espírito que vivifica; e para além da lei, mas através dela, ao serviço do ideal jurídico – do nosso sentido do Direito que em cada momento *deve ser*.

Em plano secundário, ela vai mesmo até colaborar na crítica e reformação do direito existente. Isso não é um resultado directo do trabalho jurisprudencial, mas é, com certeza, um subproduto de grande valor.

Estando em permanente contacto com o direito existente e necessitando, para o entender ou investigar, como é da sua primária função, de realizar a cada momento valorações de justiça e de segurança jurídica, os jurisprudentes são por aí levados a tomar posição crítica perante esse direito, e a cogitar do sentido e dos termos em que deva ser reformado quando insatisfatório – como sempre é nalguma escala, pela insanável imperfeição das coisas humanas.

Por outra parte, através dessa mesma necessidade de entender ou investigar o direito existente, eles são levados a conhecer melhor do que ninguém as lacunas das leis em vigor, assim como as suas obscuridades e outras deficiências de formulação; e desse modo estão em condições de prestar, também neste plano puramente formal ou técnico, uma importante e decisiva colaboração nas reformas legislativas a empreender." (p. 288).

(...)

"Os homens não podem viver sem leis. Se com elas não desapareceu do mundo a injustiça e a insegurança, sem elas esses males tomariam proporções de todo incomportáveis. Por isso as leis de há muito existem e ninguém pensa em suprimi-las, e desde Sócrates se considera essencial virtude obedecer-lhes, em princípio, mesmo quando nos desagradam ou até quando, injustificadamente, nos vulneram ou de todo nos sacrificam.

Ora as leis não podem viver sem a jurisprudência. Se com ela não deixam de existir erros, abusos e discrepâncias no entendimento e aplicação das leis, sem ela estariam perdidas todas ou quase todas as vantagens do direito legislado; e desde Roma que ela floresce, e nada inculca que esteja condenada a desaparecer.

Pela feição geral e abstracta das suas normas, pela crescente complexidade da vida e da orgânica social e pelas insanáveis deficiências da linguagem como meio de

expressão do pensamento, as leis serão sempre, por muito que se eleve a qualificação dos legisladores, bastante complicadas e deficientes – na forma e na substância – para que o seu entendimento e aplicação, pelo menos em matérias de certa gravidade, requeira forçosamente uma longa e delicada preparação profissional.

É de lastimosas consequências deixar essa tarefa a profanos – mesmo com alguma prática. Assim o têm podido ver e sentir os juristas quando travam conhecimento com a inteligência e aplicação das leis por autoridades ou funcionários sem formação jurisprudencial. Quanta injustiça aí se comete, que bem podia ser evitada num sensato entendimento das leis. Isto mesmo em se tratando de matérias bastante regulamentares ou técnicas e portanto de relativa simplicidade." (p. 289).

(...)

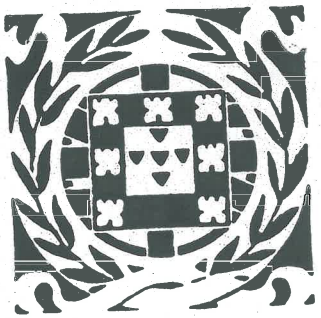
"... a actividade jurisprudencial, sobretudo quando concorrem na mesma pessoa a prática do trabalho doutrinal e a da aplicação do Direito, exige e desenvolve nos juristas faculdades múltiplas e das mais valiosas – desde certo acume filológico e compreensão histórica, ao sentido das realidades humanas, quer em termos gerais quer em face de casos concretos, e à capacidade de valoração ética, sendo também de referir aqui o jeito da precisão e da plenitude na elaboração e na formulação do pensamento, assim como o espírito de coerência lógica e axiológica; e não é tudo.

Por isso cria neles uma aptidão polivalente, que pode transferir-se com proveito para vários outros domínios. Daí, por exemplo, o importante papel que em todos os tempos tem cabido aos juristas (homens com formação jurisprudencial) na política e administração pública e privada.

Por último – e para não ir mais longe – o exercício da jurisprudência tende a gerar nos que lhe estão dedicados um certo tipo de mentalidade e de carácter. O fervor da justiça, mas com atenção às limitações e acomodações que o seu paradigma ideal tem de sofrer no tempo, pelas contingências humanas, talvez para em mais eficaz proporção poder realizar-se; o jeito de analisar e ponderar todos os interesses, mas sem perder o sentido da sua diferente graduação; o apego a certo formalismo mas só até onde pode constituir garantia contra muito sérias e graves possibilidades de abusos; a prudência e a moderação compreensiva no julgamento das acções humanas; numa palavra, a preferência pela racionalidade, mas só para controlar e corrigir, sem os sufocar, os vislumbres ou as iluminações da intuição e os impulsos da emotividade – eis alguns rasgos que me ocorre salientar e este propósito." (p. 291).

# FONTES DE DIREITO VIGÊNCIA, INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA LEI, 1948

**Boletim do Ministério da Justiça, n.º 102, de Janeiro de 1961**



RUI VAZ PINTO
ADVOGADO
Largo da Biblioteca Pública, 17-2.º
Telefs. 3 55 82/3 — LISBOA

# BOLETIM DO MINISTERIO DA IVSTIÇA

*N.º 102 — Janeiro — 1961*

# FONTES DE DIREITO VIGÊNCIA, INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA LEI (*)

## TÍTULO PRELIMINAR

### CAPÍTULO I

### AS FONTES DO DIREITO

#### ARTIGO 1.°

I — São fontes do Direito:
*a)* As leis;
*b)* As normas corporativas.

II — *a)* Consideram-se leis todas as disposições genéricas emanadas dos órgãos estaduais competentes.

*b)* São normas corporativas as ditadas por organismos representativos de categorias profissionais ou económicas, nos limites das

---

(*) Resolveu-se que este *Boletim* publicasse os trabalhos sobre fontes de direito, vigência, interpretação e aplicação da lei, começo e termo da personalidade jurídica, direitos da personalidade e domicílio, apresentados pelo Prof. Doutor Manuel de Andrade para o projecto do novo Código Civil.

Embora apresentados há já bastante tempo, só agora se publicam, porque Manuel de Andrade os considerava simples esboço, ou bosquejo, que se propunha rever, e mostrara relutância na publicação, enquanto essa revisão não fosse feita.

suas atribuições, bem como os respectivos estatutos e regulamentos internos.

III — As normas corporativas não podem contrariar as disposições legais imperativas.

ARTIGO 2.°

Nos casos e termos declarados na lei, podem os tribunais fixar doutrina cuja força obrigatória não seja circunscrita à espécie vertida.

ARTIGO 3.°

I — Os usos não contrários à boa fé têm relevância jurídica quando assim esteja determinado na lei.

II — As normas corporativas prevalecem sobre os usos.

ARTIGO 4.°

Os tribunais podem resolver segundo a equidade:

*a)* Quando haja estatuição legal nesse sentido;

*b)* Quando as partes assim o requeiram de comum acordo, tratando-se de relações jurídicas não indisponíveis;

---

Não chegou, porém, a proceder à ampla revisão, que julgava necessária.

Apesar disso, os trabalhos, que elaborou e apresentou, são — agora que, infelizmente, não é já possível esperar pela revisão anunciada — aqui publicados, pois constituem elementos da maior utilidade sobre alguns dos pontos mais importantes da teoria das fontes do Direito e a da vigência, interpretação e aplicação da lei, assim como da teoria do direito das pessoas. É sabido, para mais, que o seu autor dedicou a estas matérias (nomeadamente à teoria da interpretação e aplicação da lei) particular atenção nos seus estudos. Daí e da sua grande competência a especial autoridade das sugestões que, conquanto a título não definitivo, formulou.



*c)* Quando as partes prèviamente o tenham convencionado por escrito, nos termos aplicáveis à cláusula compromissória.

## CAPÍTULO II

## VIGÊNCIA, INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA LEI

ARTIGO 5.°

I — A lei só se torna obrigatória depois de publicada. O tempo que para este efeito deva correr sobre a publicação da lei, quando ela mesma não proveja diversamente, será o determinado na respectiva legislação especial.

II — Nos contratos colectivos de trabalho pode estabelecer-se que as suas disposições comecem a vigorar numa data anterior à da publicação, contanto que posterior à da celebração.

ARTIGO 6.°

A ignorância ou má interpretação da lei não desculpa o seu não cumprimento nem isenta das sanções correlativas.

ARTIGO 7.°

I — Não se destinando a vigência temporária, a lei só cessa de vigorar quando for revogada por outra lei posterior.

II — A revogação pode ter lugar mediante declaração expressa, ou por incompatibilidade entre as novas disposições e as precedentes, ou porque a nova lei regule de modo sistemático toda a matéria da lei anterior.

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

IV — A revogação da lei ab-rogatória não importa a repristinação da lei ab-rogada.

ARTIGO 8.°

I — Os juízes não podem abster-se de julgar por falta ou obscuridade de lei ou por dúvida insanável sobre os factos em litígio.

II — Também não podem negar obediência à lei por imoralidade ou injustiça do seu conteúdo.

III — Nas suas decisões devem ter em consideração todos os casos que mereçam o mesmo tratamento, a fim de, quanto possível, se obter uma jurisprudência uniforme.

ARTIGO 9.°

I — A interpretação não deve ficar atida à letra dos textos. Deve reconstituir o verdadeiro pensamento legislativo, integrando-o na totalidade do sistema jurídico e projectando-o nas condições do tempo actual.

II — Não pode surtir efeito o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um reflexo verbal tolerável, conquanto imperfeito.

III — Deve presumir-se que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube traduzir o seu pensamento com sobriedade e correcção.



IV — Os chamados trabalhos preparatórios ou materiais da lei não têm qualquer autoridade enquanto não devidamente publicados.

V — É consentido restringir o preceito da lei quando, para casos especiais, ele levaria a consequências graves e imprevistas que certamente o legislador não teria querido sancionar.

ARTIGO 10.°

I — Nos casos não previstos na lei, nem sequer por remissão para outro sistema normativo ou para a equidade, o juiz deve resolver segunda a norma que estiver na lei para casos análogos.

II — O antagonismo insanável entre duas estatuições legais importa a eliminação dessas estatuições.

III — Consideram-se análogos os casos que, razoàvelmente, devam ter o mesmo tratamento jurídico.

IV — Na falta de caso análogo deve o juiz resolver segundo a norma que, mantendo-se fiel ao espírito do sistema vigente, editaria se tivesse de legislar. Inspirado neste critério, ele apreciará se o caso omisso deve ter regulação jurídica, e averiguará depois, se for preciso, qual deva ser essa regulação.

V — As normas penais, assim como, em princípio, as normas excepcionais não comportam extensão analógica. Umas e outras, todavia, admitem interpretação extensiva.

ARTIGO 11.°

I — A lei dispõe para o futuro. Não tem efeito retroactivo. Mas quando esse efeito lhe seja atribuído, deve presumir-se que

ficam salvos os efeitos já produzidos dos factos ou relações jurídicas correspondentes.

II — Quando a lei provê sobre as condições de validade substancial ou formal, ou sobre os efeitos de actos ou factos jurídicos, entende-se, na dúvida, que ela só visa os actos ou factos novos. Quando provê directamente sobre a existência ou conteúdo de relações jurídicas, entende-se, na dúvida, que ela abrange as relações já constituídas, que perduram ao tempo da sua entrada em vigor.

III — A lei interpretativa identifica-se com a lei interpretada, ficando salvos, porém, os efeitos e casos já esgotados ou resolvidos por pagamento, sentença transitada, por transacção, ainda que não homologada, ou por actos congéneres. A desistência ainda não levada ao conhecimento da parte contrária nem homologada pode ser revogada pelo desistente, caso a lei interpretativa lhe seja favorável, podendo também ser-lhe fixado um prazo para dizer se pretende usar desse direito, sob pena de decair dele se nada responder. Este preceito é extensível à confissão.

## EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

### Capítulo I

1. As disposições a que se refere a presente exposição constituem um simples esboço, destinado a ser ulteriormente precisado, corrigido e completado. Esta declaração liminar visa de um modo especial as disposições do Capítulo I, porque só à última hora, sob a influência do Código italiano, se resolveu inseri-las no Projecto. Claro que do mesmo carácter de vaguidade e de insegurança participa a própria exposição subsequente.



2. O art.° 1.° contém uma indicação sumaríssima das fontes do Direito. Passaram-se em claro as variadas distinções e subdistinções que o termo «leis» comportaria. Entendeu-se que a indicação minuciosa daquelas fontes não tem o seu lugar num Código civil; que ela demandaria, para estar certa quanto aos nomes e às definições, longas pesquisas, impossíveis neste momento; e que, ainda por cima, ela tornaria mais difícil sem vantagem de maior, por obrigar a especificações dispensáveis, a redacção dos textos que formam o Capítulo II.

Ainda se pensou em restringir o conceito de «lei» aos diplomas promulgados pelo Chefe do Estado, abrindo para os outros diplomas emanados de qualquer autoridade ou organismo público uma nova categoria, chamando-lhes «ordenações» na generalidade dos casos, e «posturas» quando procedentes de autoridades locais (*maxime* das autarquias). Mas pôs-se de parte a ideia, pelas razões apontadas, e também pelas dificuldades que se depararam quanto às fontes do Direito próprio das Colónias, não falando já na estranheza que poderia causar o termo «ordenações», para mais com a significação particular que lhe seria atribuída.

Ficou-se pois no esquema reduzíssimo que está delineado no art.° 1.°. O sentido muito vasto em que foi tomado o termo «lei» não pode, certamente, considerar-se estranho aos usos da linguagem jurídica. Para prova disto, cfr. Enneccerus-Nipperdey, no *Lehrbuch* de Enneccerus, Kipp e Wolf, I (13.ª ed.), § 32.°, I, 1. Na definição do termo «normas corporativas», procurou-se fazê-la corresponder não só à vigente organização corporativa, como ainda a possíveis contingências futuras. Tal como está enunciada, ela não se ajusta aos organismos corporativos morais e culturais, previstos no art.° 17.° da Constituição Política. Não se conseguiu, por agora uma fórmula relativamente precisa que pudesse abrangê-los, sem deixar de fora os organismos corporativos económicos, esses já existentes e destinados sempre a maior evidência. Mas é claro que deverão qualificar-se também como corporativas as normas que,

quanto àqueles outros organismos, equivalham às definidas no art.° 1.°, II, *b)*.

Elucidar-se-á, por último, que a fonte do art.° 1.°, III, foi o art.° 7.° das Disposições preliminares do novo Código italiano.

3. Com o disposto no art.° 2.° quis-se ressalvar os Assentos do S. T. J. e a possibilidade de outras decisões judiciais com eficácia análoga, principalmente em consequência da admissão de quaisquer formas de processo colectivo.

Quanto ao art.° 3.°, I, a sua doutrina nada tem de surpreendente. Apenas pode dar na vista a parte onde se faz alusão à boa fé. Foi inspirada em Enneccerus-Nipperdey, § 39.°, II. O disposto no art.° 3.°, II, esse tem a sua fonte no art.° 8.°, II, das citadas Disposições preliminares. Resta advertir que nos lugares próprios deve consignar-se a relevância dos usos no tocante à interpretação dos contratos (ou outros negócios de natureza patrimonial), à execução de quaisquer prestações devidas, e ainda que as partes podem remeter para eles, de modo expresso ou apenas tácito, quando estipulam sobre matérias não subtraídas à sua disponibilidade: cfr. Enneccerus-Nipperdey, *ibid.*

Por último devo informar que a doutrina do art.° 4.°, *b)*, foi tirada do art.° 114.° do novo Código de processo italiano. Parece-me evidente a sua justificação, desde que já se admite no nosso Código de processo que para o Juízo arbitral as partes podem convencionar que os árbitros decidam *ex acquo et bono*. Agora passa a ser-lhes possível conferir um poder análogo às próprias justiças ordinárias. Quanto ao disposto no art.° 4.°, *c)*, trata-se do natural prolongamento do estatuído na alínea *b)*.

4. Devo notar ainda, quanto à matéria deste Capítulo I, que dos textos propostos resulta claramente, embora sem lá estar *apertis verbis*, a exclusão do costume como fonte de Direito. Isso mesmo, aliás, é o que está de acordo com a concepção reinante em Portugal, como também noutros países latinos. Diverso é o caso, como todos



sabem, nos países germânicos, onde a mística da chamada escola histórica, acentuadamente pró-consuetudinária, perdura vivaz, sob formas ou fórmulas um tanto renovadas. Mas não vejo motivo racional — nem tão-pouco clima propício — para se pôr de parte a tendência que está radicada entre nós.

## Capítulo II

5. Quanto à doutrina do art.° 5.°, I, é evidente que se pretendeu deixar imprejudicada a questão dos prazos da *vacatio legis*, matéria sobre a qual, de resto, não pareceu necessária qualquer reforma importante. Esclarece-se, por outro lado, que o disposto no art.° 5.°, II, foi tirado do art.° 10.°, II, das já citadas Disposições preliminares. Porventura será aconselhável estender o mesmo preceito aos outros contratos-tipos *(Tarifverträge)* ou acordos congéneres estipulados por organismos corporativos.

Nos art.os 6.° e 7.° só se pensou em sintetizar a doutrina corrente sobre os pontos aí versados. Pelo que toca ao art.° 7.°, na sua formulação teve-se à vista o art.° 15.° daquelas disposições e o art.° 2.° da lei de introdução ao Código brasileiro.

Quanto ao art.° 8.°, I, serviram-lhe de paradigma o art.° 97.° do velho Código de processo e o art.° 240.° do Estatuto Judiciário. O princípio lá sancionado (interdição do *non liquet*, ou julgamento segundo o estado dos autos) é geralmente acolhido. Mas nunca fará mal que fique patente na lei, e não está lá, presentemente, quanto ao caso de dúvida sobre questões de facto, só podendo inferir-se das normas relativas ao *onus probandi*. O disposto no art.° 8.°, II e III, foi trasladado daquele art.° 240.°. Também aqui se trata de doutrina irrecusável, mas que nunca será demais proclamar com todas as letras, para combater ou prevenir certas veleidades de insubmissão à lei e o pendor assaz frequente para o impressionismo fácil da chamada jurisprudência sentimental *(Gefühlsjurisprudenz)*.

6. A matéria do texto subsequente é toda ela de mais alta importância, e pediria longas explanações. A falta de tempo, a circunstância de grande parte dos pontos lá incluídos já terem sido versados com certa largueza pelo signatário, além de que não lhe faltará oportunidade para voltar ao assunto, se for mister — tudo são motivos bastantes para esta exposição se confinar a alguns rasgos fundamentais.

7. No art.° 9.° não se pretendeu marcar uma atitude inteiramente definida quanto ao método de interpretação a seguir, até mesmo para deixar campo livre para a actividade da doutrina, em problema de tanta complexidade e transcendência que perigoso seria tentar solucioná-lo duma vez para sempre. Só se pensou em firmar aqui umas tantas posições que pareceram bastante seguras, deixando ainda vago um espaço considerável, para a livre investigação dos doutos.

Não se quis tomar partido em toda a linha no velho pleito entre os objectivistas e os subjectivistas. Apenas se teve o propósito de combater, deixando aqui bem marcada a antipatia que inspiram ao legislador certos excessos de uma e de outra corrente.

Assim, por um lado, condenou-se aquele subjectivismo que vai ao ponto de prescindir totalmente da letra da lei, ou de admitir (como Heck) que se produza em juízo prova testemunhal (ou semelhante) sobre qual tenha sido o pagamento do legislador (II e IV). Por outro lado, tomou-se posição contra o objectivismo actualista (I).

Por último quis-se autorizar a restrição do conteúdo da lei. Não apenas como que do *teor* legal; e por isso Enneccerus-Nipperdey, § 54.°, entendem que já não estamos aqui no domínio da interpretação *stricto sensu*. Essa restrição, porém, não pode ir até ao ponto de eliminar o respectivo preceito. Ele deve aceitar-se como bom em tese geral, sofrendo embora uns tantos cerceamentos periféricos — digamos — para certos casos particulares. Intervém aqui



uma delicada questão de grau, mas não parece que seja isso reparo definitivo contra esta posição.

8. A doutrina essencial do art.° 10.° é a que desde há muito tenho propugnado: cfr. por último *Sobre a recente evolução do Direito privado português* (n.° 5), no *Boletim da Faculdade de Direito,* XXII. Posso, portanto, dispensar-me de novas explanações. Resta aflorar certos pontos de segundo plano — um deles, todavia, de grande significação.

*a)* Quanto ao art.° 10.°, I, salienta-se que a equidade não constitui um sistema normativo (um ordenamento), pois é tomada aqui no sentido — aliás muito usual — de *Justiça do caso concreto.* Isto para advertir subsequentemente que, quando a lei explìcitamente deixa ao juiz certa liberdade de apreciação daí não se pode concluir desde logo que o juiz fique autorizado a resolver por equidade.

Pode ser que ele deva antes observar a linha de conduta que lhe está prescrita no art.° 10.°, IV. E talvez que seja esta a alternativa a preferir, na dúvida, conhecidos como são os perigos da equidade — comparáveis (ou até idênticos), em último termo, aos da jurisprudência sentimental.

*b)* O art.° 10.°, V, na parte em que consente a interpretação extensiva da própria lei penal, creio que está certo, acompanhando moderadamente uma tendência da doutrina actual. Mas os especialistas não deixarão de ter a palavra sobre o caso e depois se verá.

Na parte em que lá se deixa entender a possibilidade da extensão analógica das leis excepcionais, pretendeu-se dar uma sugestão, um *apunto* nesse sentido, sem pròpriamente se chegar a impor uma tal orientação. A preferência do signatário vai para a posição de Enneccerus-Nipperdey, I, § 44.°, 2: a analogia só será consentida em termos de não resultar abolida a *primazia* da lei geral. Mas entende pôr-lhe esta restrição: salvo se o legislador manifestou claramente pretender excluí-la, sacrificando uma possível maior justiça nas aras da certeza jurídica, como será o caso das enumerações taxativas.

E um esclarecimento: aquela directiva será de observar principalmente nos casos — de longe os mais frequentes — em que a norma legal é inexpressa, apenas se inferindo por extensão analógica a partir de textos particulares onde se considera reflectida e aplicada.

Dir-se-á contra isto — como contra outros pontos deste art.° 10.° (e do art.° 9.°) — que assim se vai confiar aos nossos tribunais um poder de apreciação para cujo exercício em termos aceitáveis eles não estão capacitados. Mas responde-se: o esforço da nossa política legislativa deve incidir antes no melhoramento da judicatura, em vista de a tornar comparável à das outras nações civilizadas, do que no da mecanização dos textos legais, pelo receio de nos faltarem juízes competentes para uma satisfatória aplicação de textos diversamente estruturados.

Aliás, por último, não ponho um decisivo empenho nesta inovação, que tem contra si — não o desconheço — a autoridade do novo Código italiano (Disposições citadas, art.° 14.°).

9. A parte mais delicada do art.° 11.° está na alínea II. A este propósito cabe esclarecer que se pretendeu seguir a doutrina de Enneccerus-Nipperdey, I, §§ 56.° e 57.°. Frisa-se, porém, que ela só nos elucida sobre qual seja o significado natural da letra da lei. Constitui portanto uma indicação liminar, que deve ceder em face de razões ponderosas no sentido de ter sido outro o pensamento da lei. Essas razões serão tiradas principalmente da consideração dos interesses em jogo. Acerca deles não pode formular-se um critério geral praticável. Sendo de natureza funcional aquelas razões, só por milagre os seus resultados poderiam coincidir com elementos precisos de natureza estrutural, como teriam de ser os que integrassem um tal critério.

*MANUEL AUGUSTO DOMINGUES DE ANDRADE*



# ESBOÇO DE UM ANTEPROJECTO DE CÓDIGO DAS PESSOAS E DA FAMÍLIA

## NA PARTE RELATIVA AO COMEÇO E TERMO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, AOS DIREITOS DE PERSONALIDADE, AO DOMICÍLIO (*)

### PARTE I

### DAS PESSOAS

### TÍTULO I

### PESSOAS SINGULARES

#### CAPÍTULO I

#### PERSONALIDADE E CAPACIDADE JURÍDICA

##### ARTIGO 1.°

*(Começo da personalidade)*

§ 1.° — A personalidade jurídica adquire-se pelo nascimento completo e com vida.

§ 2.° — Os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento.

(*) Ver a nota a págs. 141 deste número.

# CÓDIGO CIVIL

# LIVRO I

# PARTE GERAL

(1.ª Revisão Ministerial)

Lisboa 1961

CÓDIGO CIVIL

# CÓDIGO CIVIL

## LIVRO I

## PARTE GERAL

(1.ª Revisão Ministerial)

LISBOA · 1961

# TÍTULO I

# DAS LEIS, SUA INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO

## CAPÍTULO I

## AS FONTES DO DIREITO

### ARTIGO 1.º

*(Enumeração das fontes de direito)*

1. São fontes do Direito:
*a)* As leis;
*b)* As normas corporativas.

2. Consideram-se leis todas as disposições genéricas emanadas dos órgãos estaduais competentes; são normas corporativas as regras de conduta ditadas por organismos representativos de categorias profissionais ou económicas, nos limites das suas atribuições, bem como os respectivos estatutos e regulamentos internos.

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

ARTIGO 2.°

*(Menção dos assentos)*

Nos casos e termos declarados na lei de processo, podem os tribunais fixar doutrina cuja força obrigatória se não circunscreva à relação concreta que serve de base à decisão.

ARTIGO 3.°

*(Valor jurídico dos usos)*

1. Os usos não contrários aos princípios da boa fé têm relevância jurídica quando assim esteja determinado na lei.

2. As normas corporativas prevalecem sobre os usos.

ARTIGO 4.°

*(Valor da equidade)*

Os tribunais podem resolver segundo a equidade:

*a)* Quando haja estatuição legal nesse sentido;

*b)* Quando as partes assim o requeiram de comum acordo, tratando-se de relações jurídicas que não sejam indisponíveis;

*c)* Quando as partes prèviamente o tenham convencionado por escrito, nos termos aplicáveis à cláusula compromissória.



CAPÍTULO II

VIGÊNCIA, INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA LEI

ARTIGO 5.°

*(Começo de vigência da lei)*

1. A lei só se torna obrigatória depois de publicada. O tempo que medeia entre a publicação e a vigência, quando a própria lei não proveja diversamente, é o determinado em legislação especial.

2. As disposições contidas nos contratos colectivos de trabalho podem, contudo, começar a vigorar em data anterior à publicação, contanto que posterior à da sua celebração.

ARTIGO 6.°

*(Irrelevância da ignorância ou má interpretação da lei)*

A ignorância ou má interpretação da lei não desculpa o seu não cumprimento nem isenta das sanções correlativas.

ARTIGO 7.°

*(Cessação da vigência da lei)*

1. Quando se não destine a ter vigência temporária, a lei só deixa de vigorar quando for revogada por outra lei posterior.

2. A revogação pode ter lugar mediante declaração expressa, ou por incompatibilidade entre as novas disposições e as regras

precedentes, ou porque a nova lei regule de modo sistemático toda a matéria da lei anterior.

3. A lei especial não se considera revogada pela lei geral posterior, salvo quando outra seja a intenção inequívoca da nova lei.

4. A revogação da lei revogatória não importa o renascimento da lei que esta revogara.

## Artigo 8.°

*(Dever de obediência à lei)*

1. Os juízes não podem abster-se de julgar por falta ou obscuridade da lei ou por dúvida insanável sobre os factos em litígio.

2. Também não podem negar obediência à lei a pretexto de ser imoral ou injusto o conteúdo do preceito legislativo.

3. Nas suas decisões, deve o julgador ter em consideração todos os casos que mereçam análogo tratamento, a fim de, quanto possível, se obter uma jurisprudência uniforme.

## Artigo 9.°

*(Critérios a observar na interpretação da lei)*

1. A interpretação não deve cingir-se à letra dos textos legislativos, mas reconstituir através dos textos o verdadeiro pensamento legislativo, integrando-o na totalidade do sistema jurídico e projectando-o nas condições específicas do tempo em que a interpretação se realiza.



2. Não surtirá todavia qualquer efeito o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo, ainda que imperfeito, de correspondência verbal.

3. Na fixação do sentido e alcance da lei, deve o intérprete presumir que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube traduzir o seu pensamento com suficiente correcção.

4. Os trabalhos preparatórios ou materiais da lei carecem de qualquer autoridade enquanto não forem devidamente publicados.

## Artigo 10.°

*(Integração das lacunas da lei)*

1. Nos casos que a lei não preveja, nem sequer por meio de remissão para outro sistema normativo ou para a simples equidade, o juiz deve resolver segundo a norma que estiver fixada na lei para os casos análogos ao que lhe incumbe julgar.

2. Consideram-se análogos os casos que devam ter o mesmo tratamento jurídico, segundo os critérios de razoabilidade perfilhados pelo sistema.

3. Na falta de caso análogo, deve a situação ser resolvida segundo a norma que, fiel ao espírito do sistema vigente, o próprio julgador editaria se tivesse de legislar. Dentro do critério estabelecido, cabe ao juiz decidir se o caso omisso deve ter regulação jurídica, e fixar depois, se necessário, os termos dessa regulação.

4. As normas excepcionais não comportam extensão analógica, mas admitem interpretação extensiva.

### Artigo 11.°

*(Aplicação da lei no tempo)*

1. A lei só dispõe para o futuro. E ainda que lhe seja atribuído efeito retroactivo, há-de o julgador presumir que ficam ressalvados os efeitos já produzidos pelos factos ou relações jurídicas que a lei visa regular.

2. Quando disponha sobre as condições de validade substancial ou formal ou sobre os efeitos de quaisquer actos ou factos jurídicos, entende-se, na dúvida, que a lei só visa os actos ou factos novos. Quando proveja directamente sobre a existência ou conteúdo de relações jurídicas, presume-se que a lei abrange as próprias relações já constituídas, que perduram ao tempo da sua entrada em vigor.

3. A lei interpretativa identifica-se com a lei interpretada, ficando salvos, porém, os efeitos já produzidos por pagamento ou sentença transitada em julgado, por transacção, ainda que não homologada, ou por actos congéneres. A desistência ainda não levada ao conhecimento da parte contrária nem homologada pelo juiz pode ser revogada pelo desistente, caso a lei interpretativa lhe seja favorável, podendo também ser fixado ao interessado um prazo para usar do direito de revogação, sob pena de decair dele se o não fizer. Este preceito é extensivo à confissão.



## CAPÍTULO III

## APLICAÇÃO DAS LEIS NO ESPAÇO: DIREITOS DOS ESTRANGEIROS E CONFLITOS DE LEIS

### Artigo 12.°

*(Princípio da reciprocidade legislativa)*

1. Os estrangeiros são equiparados aos nacionais quanto ao gozo de direitos civis, salvas as disposições de natureza especial. Não são, porém, reconhecidos aos estrangeiros os direitos que, no Estado a que pertençam, sejam atribuídos aos respectivos nacionais, mas sejam recusados aos portugueses em iguais condições de facto.

2. É à parte interessada na aplicação da lei portuguesa que incumbe a prova da reciprocidade.

3. A regra da reciprocidade é igualmente aplicável às pessoas colectivas estrangeiras. Quanto a estas, o Estado a que pertencem é o que for designado pelo critério a que se refere o art.° 14.°.

### Artigo 13.°

*(Lei reguladora do estado e capacidade das pessoas e das relações de família)*

1. O estado, a capacidade das pessoas e as relações de família são reguladas pelas leis do Estado a que os indivíduos pertençam.

2. O estrangeiro que pratique em Portugal um acto, para o qual seja incapaz segundo a sua lei nacional, é todavia conside-

# CÓDIGO CIVIL

# LIVRO I

# PARTE GERAL

(Revisão Intercalar)

Lisboa 1964

# C Ó D I G O  C I V I L

LIVRO I

## P A R T E  G E R A L

LISBOA - 1964

# C Ó D I G O  C I V I L

## LIVRO I

## PARTE GERAL

## TÍTULO I

## DAS LEIS, SUA INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO

### CAPÍTULO I

### FONTES DO DIREITO

#### Artigo 1º.

(Enumeração)

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

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

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

#### Artigo 2º.

(Assentos)

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

Artigo 3º.

(Valor jurídico dos usos)

1. Os usos que não forem contrários aos princípios da boa fé são juridicamente atendíveis, quando a lei o determine.

2. As normas corporativas prevalecem sobre os usos.

Artigo 4º.

(Valor da equidade)

Os tribunais podem resolver segundo a equidade:

a) Quando haja disposição legal que o permita;

b) Quando as partes o requeiram por acordo e a relação jurídica não seja indisponível;

c) Quando as partes tenham prèviamente convencionado o recurso à equidade, nos termos aplicáveis à cláusula compromissória.

CAPÍTULO II

VIGÊNCIA, INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DAS LEIS

Artigo 5º.

(Começo de vigência das leis. Especialidade dos contratos colectivos de trabalho)

1. Só a publicação torna a lei obrigatória.

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

3. As disposições compreendidas nos contratos colectivos de trabalho podem começar a vigorar em data anterior à publicação, contanto que posterior ao momento da sua celebração.

Artigo 6º.

(Ignorância ou má interpretação da lei)

A ignorância ou má interpretação da lei não justifica a falta de cumprimento dela, nem isenta as pessoas das sanções estabelecidas.

Artigo 7º.

(Cessação da vigência da lei)

1. Quando se não destine a ter vigência temporária, a lei só deixa de vigorar quando for revogada por outra lei.

2. A revogação pode ter lugar mediante declaração expressa, por incompatibilidade entre as novas disposições e as regras precedentes, ou pela circunstância de a nova lei regular toda a matéria da lei anterior.

3. A lei de carácter geral não revoga a lei especial anterior, excepto se outra for a intenção inequívoca do legislador.

4. A revogação da lei revogatória não importa o renascimento da lei que esta revogara.

Artigo 8º.

(Dever de obediência à lei)

1. O juiz não pode abster-se de julgar, invocando a falta

ou obscuridade da lei ou alegando qualquer dúvida insanável acerca dos factos em litígio.

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

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

Artigo 9º.

(Interpretação da lei)

1. A interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir através dos textos o verdadeiro pensamento legislativo, depois de o integrar na totalidade do sistema jurídico e de o projectar nas condições específicas do tempo em que a lei é aplicada.

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

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

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

Artigo 10º.

(Integração das lacunas da lei)

1. Os casos que a lei não preveja, nem sequer por meio de remissão para outro sistema normativo ou para a simples equidade, são regulados segundo a norma aplicável aos casos análogos.

2. São considerados análogos os casos que, por semelhança essencial de situações, devam razoàvelmente ser sujeitos à mesma disciplina jurídica.

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.

4. De harmonia com o critério estabelecido pelo número precedente cabe ao intérprete, não só decidir se os casos não previstos na lei se integram no domínio do direito, como fixar a disciplina jurídica dos casos omissos.

Artigo 11º.

(Normas excepcionais)

As normas excepcionais não comportam, em regra, extensão analógica, mas admitem interpretação extensiva.

Artigo 12º.

(Aplicação das leis no tempo. Princípio geral)

1. A lei só dispõe para o futuro; e ainda que tenha eficácia retroactiva, presume-se que ficam ressalvados os efeitos já

# Propostas

*Miguel Galvão Teles*

*(com comentários de Antunes Varela)*

# MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

## Gabinete do Ministro

**Assunto:**

Observações ao Projecto

(Pª ir pª o Porto)

150-12-65 — Esc. Tip. do Instituto de Reeducação Padre Antônio de Oliveira — 250 ex.

(26)

Dr. Miguel Galvão Teles
(Entregue em 23.10.1964).

TITULO I

CAPÍTULO I

Fontes do Direito

Diz o Doutor Manuel de Andrade que só à última hora e por influência do Código Italiano decidiu introduzir este Capítulo (Fontes do Direito, Vigência, interpretação e aplicação da lei, p. 10 da separata). Com toda a sinceridade, não posso afirmar que me pareça ter sido a melhor solução.

Em boa verdade, só o art. 3º e, em parte, o nº 3º do art. 1º - - enquanto declara a prevalência das normas autárquicas sobre as normas corporativas - e as als. b) e c) do art. 4º - enquanto alargam a possibilidade de julgamento "ex aequo et bono" aos tribunais judiciais -, têm valor dispositivo próprio. As leis - no sentido amplo que se lhes dá no art. 1º - e os actos corporativos genéricos têm o seu carácter de fontes de direito definido ou na Constituição ou em outras leis. E a prevalência das leis dos órgãos estaduais sobre os actos corporativos resulta da própria orgânica constitucional. Isto quanto ao art. 1º. O art. 2º, ele próprio remete para os casos declarados na lei. E, no art. 4º, para além da remissão da al. a), a possibilidade de recurso à equidade nos tribunais arbitrais resulta já do Cód. de Processo Civil.

O capítulo vem assim a assumir no seu tom geral uma feição doutrinária, com todos os perigos que num campo tão delicado como este das fontes do Direito as afirmações doutrinárias revestem. E parece-me bem que esses perigos se concretizam.

Creio que convirá, para fazer a apreciação deste capítulo, ver sucessivamente se as soluções de fundo que se trouxeram de novo são as melhores, se o enquadramento que se lhes deu, através deste capítulo I, é indispensável e se, a não o ser, é conveniente.

*

* *

A primeira das soluções de fundo adoptadas - declaração da superioridade das normas autárquicas sobre as normas corporativas (art. 1º, nº 3º) - é a que se me apresenta como mais duvidosa. Teve por fonte o art. 7º das disposições preliminares do Cód. Italiano (Prof. Manuel de Andrade, p. 11). E corresponde à orientação já sustentada entre nós pelo Prof. Pezas Vital (Hierarquia das fontes de direito, Revista da Ordem dos Advogados, III, 1, ps. 20-21). Mas, pelo menos, a razão aduzida por este Professor - prevalência dos bens comuns territoriais sobre os não me convenceu de todo. Repare-se que, em primeiro lugar, esse fundamento só vale para definir a supremacia dos regulamentos das autarquias locais e não a dos que provenham das autarquias institucionais. E atente-se, em segundo lugar, em que o facto de as autarquias locais terem uma base territorial não significa que se lhes impute a generalidade dos fins dos seus membros, como sucede em relação ao Estado. Julgo que esta é uma questão que mereceria um estudo cuidado que, pelo menos entre nós, não foi feito. E dada a sua mínima relevância no campo do Direito Civil, veria toda a vantagem em que no Código se evitasse qualquer tentativa de resolução.

Do art. 3º a parte fundamental parece-me ser a do nº 1º e a sua doutrina afigura-se-me plenamente acertada. Quanto ao nº 2º não sei se valerá a pena mantê-lo. Mas, para o caso afirmativo, julgo-o incompleto porque não só uma norma corporativa como qualquer disposição legal (no sentido amplo do art. 1º) de fonte inferior à lei que remete para os usos poderá preceituar diferentemente deles. E conviria talvez, e ainda, salvaguardar a hipótese de a disposição legal que remete para os usos - - e que poderá ser hieràrquicamente inferior ao Cód. Civil - declarar a prevalência destes, na medida em que a sua posição hierárquica lho permita. É, de resto, o que estabelece o art. 8º das disposições preliminares do Cód. Italiano.

Quanto à doutrina do artº 4º, estou em pleno acordo.

Pretendeu-se, finalmente, neste Capítulo I, negar, implicitamente, o carácter de fonte de direito ao costume (Prof. Manuel de Andrade, p. 12). Não estou tão certo de que ao costume se deva recusar essa natureza. Mas a verdade é que não é a lei - pelo menos a lei ordinária - que por si pode afastar o costume das fontes de direito. E admito perfeitamente, nas condições actuais, que ele assuma perante ele uma atitude de ignorância.

*

* *

Não julgo que este Capítulo I seja enquadramento indispensável para aquelas soluções de fundo.

Quanto à doutrina nova do nº 3º do art. 1º já afirmei que me parecia preferível evitá-la. No que respeita ao art. 4º, o seu lugar pró-

prio - para além da remissão sem qualquer valor dispositivo feita na al. a) - creio que seria o Cód. de Processo Civil. À atitude de ignorância ou mesmo de recusa do costume basta o disposto no art. 10º - se a lei não reconhece o costume praeter legem, por maioria de razão não reconhece o costume contra legem. E, se se quisesse, poderia sempre acrescentar-se no art. 6º o desuso da lei, à semelhança do que faz o Cód. actual. Resta o art. 3º, que se poderia deslocar para outro sítio. E se alguma dificuldade pudesse resultar dessa transposição, ela valeria bem o preço que o Capítulo I representa.

*

* *

Elaborar um capítulo sobre as fontes de direito, um ponto doutrinàriamente tão delicado, parece-me sempre inconveniente, quando não for de todo indispensável sob o ponto de vista dispositivo. De qualquer maneira, todavia, quando se queira fazer, o caminho menos mau, apesar de tudo, parece-me ser ainda o do Código Italiano, que com toda a clareza assumiu a sua posição, dizendo, sem deixar zonas cinzentas, o que considerava e o que não considerava fontes de direito. Naturalmente que se podem fazer críticas - e graves - à enumeração que apresenta. De um lado, por exemplo, não indica a equidade que é bem possível sustentar-se ser fonte de direito; de outro lado, menciona como fonte de direito os usos, aos quais dificilmente se pode conceder esse valor. Seja como for, porém, bem ou mal, definiu nìtidamente a sua atitude.

No nosso projecto seguiu-se outra orientação. Sob a epígrafe fontes do direito indicam-se as leis, os actos corporativos genéricos,

os assentos, os usos e a equidade. Mas no art. 1º só se consideram fontes de direito as leis e os actos corporativos genéricos. A que título estão aqui referidos os assentos, os usos e a equidade? Será que se usa dois conceitos de fonte de direito, um amplo, na epígrafe do Capítulo, outro mais restrito, no art. 1º? Será que se quis abertamente recusar aos assentos, aos usos e à equidade o carácter de fontes de direito, referindo-os apenas por alguma conexão que com elas mantenham? Ou ainda, e mais seguramente, será que se seguiu um critério pragmático de definir como fontes de direito aqueles factos que se sabe que certamente o são, evitando qualificar-se outras hipóteses de caracterização mais duvidosa?

Esta simples perplexidade parece mostrar os inconvenientes do capítulo. Mas vejamos os resultados de cada uma das interpretações indicadas.

Admitamos que se utilizam dois conceitos de fonte (formal, naturalmente) do direito.

Será relativamente aos assentos que mais viável se tornará a duplicidade de noções. Com efeito, os actos genéricos que definem uma interpretação vinculativa - sejam leis interpretativas, sejam assentos - não são inovadores como os actos que livremente determinam uma disciplina jurídica. Mas são de algum modo inovadores, enquanto fixam uma de várias interpretações possíveis. Na medida em que têm este algo de inovação serão fontes de direito; na medida em que a inovação é assim limitada, não serão fontes de direito em sentido estrito.

O certo, porém, é que se isto ainda se pode dizer relativamente a um tipo de assentos - os interpretativos -, já não pode dizer-se pa-

ra os assentos integradores, ao menos quando, nos termos do nº 3º do art. 10º, o tribunal fixe doutrina como "se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema". E não obsta a que se tenham de considerar estes assentos fontes de direito em sentido estrito a limitação final do nº 3º do art. 10º. Maior ou pelo menos idêntica limitação se verificará em relação aos regulamentos, que nem por isso deixam de ser incluídos no art. 1º.

Nem pode valer contra isto a afirmação de que os assentos traduzem meras vinculações para os tribunais. Não só os termos do art. 2º sugerem preferentemente o contrário, como nesse caso os assentos não deixariam de ser, melhor ainda, seriam sempre fontes de direito em sentido estrito, enquanto por forma geral regulariam a actividade dos tribunais.

No que respeita aos usos, dificilmente vejo que, por mais amplo que seja o conceito de fonte de direito que se utilize, nele possam caber, uma vez que carecem de qualquer relevância jurídica autónoma.

Mais grave se apresenta, porém, o problema da equidade. Não é porque não considere a equidade, ou melhor, a decisão "ex aequo et bono" fonte de direito e fonte de direito em sentido próprio - nesse aspecto muito me agradaria a disposição. É antes porque com a consideração da equidade nas fontes de direito - num sentido mais ou menos lato - se vem a introduzir no sistema da teoria generalizada das fontes uma ruptura de consequências demasiado amplas, que envolveriam uma revisão de toda a matéria.

A teoria generalizada das fontes de direito, partindo de que o Direito é constituído por normas gerais, vê as fontes nos actos gera-

dores dessas normas. O certo, porém, ao que julgo, é que há casos em que uma tal concepção não deixa de vacilar. E um deles é precisamente o da decisão "ex aequo et bono" que, indiscutivelmente, define situações jurídicas. Porque a equidade em si mesmo e por definição não pode ser constituída por regras gerais, só há duas alternativas: ou se entende que a fonte do direito é ainda a lei, sendo da norma geral por esta colocada que resultam as situações jurídicas, funcionando a decisão do tribunal como mero pressuposto do efeito jurídico, ou se entende que verdadeira e pròpriamente a fonte do direito é a decisão do tribunal. A primeira solução parece-me manifestamente contrária à realidade: a verdade, vistas as coisas sem preconceitos, é que a referida norma geral é uma norma de competência. E, de qualquer modo, aquela solução conduziria a que a equidade em nenhum sentido, amplo ou restrito, pudesse ser tida por fonte de direito.

Seguindo a outra orientação, tem-se a decisão "ex aequo et bono" como fonte de direito. Mas, então, em primeiro lugar, não se pode dizer que se trate apenas de fonte em sentido amplo e não em sentido estrito. Reconhecendo a equidade como fonte de direito tem de abandonar-se a concepção do Direito como conjunto de normas gerais para passar a entendê-lo ou como conjunto de todas as normas, gerais ou particulares (Kelsen, por exemplo), ou como a vida jurídica e não, em si e por si, as normas (Cossio, nomeadamente). Sendo assim, a decisão "ex aequo et bono" aparecerá como fonte de direito com o mesmo título que a lei ou o acto corporativo genérico.

Em segundo lugar, seguindo-se neste caminho, não se vê a razão

porque se não haverão de mencionar como fontes de direito a decisão judicial integradora, pelo menos aquela em que o tribunal decida nos termos do nº 3º do art. 10º, e a decisão de acordo com a oportunidade e a conveniência - e não segundo critérios de legalidade estrita - do art. 1410º do Cód. de Proc. Civil. E veja-se mesmo onde se vai chegar: as leis em mero sentido formal, os actos políticos e os actos corporativos particulares produtores de efeitos jurídicos, os actos administrativos e os negócios jurídicos, enquanto se concebam como factos "determinantes" e não meramente "condicionantes" dos efeitos jurídicos, não deixarão de ser fontes de direito. Doutro lado, qualquer decisão judicial interpretativa será pelo menos fonte de direito em sentido amplo.

O segundo entendimento possível quanto ao significado geral deste Capítulo era o de considerar que se quis recusar o carácter de fonte de direito aos assentos, aos usos e à equidade, fazendo-se-lhes referências apenas por alguma conexão que manteriam com as fontes de direito.

No que respeita aos usos, nada haveria a dizer a esta orientação. Quanto à equidade, já o afirmei, creio que é fonte de direito. Não me repugnaria, porém, que o Código o negasse, uma vez que assim se limitaria a adoptar a doutrina comum.

Já mais inconsistente se tornaria a atitude no que toca aos assentos. Não se me afigura fácil, dentro da doutrina geral das fontes de direito, recusar esse título pelo menos aos assentos tirados na base do nº 3º do art. 10º.

Para além disto, ainda não vejo bem que tenha havido um critério fixo para referir tanto os assentos, como os usos e a equidade, ou para, referindo estes casos, não mencionar outros. Se se fala da equidade, por-

que se não fala, por exemplo, da decisão prevista no art. 1410º do Código de Proc. Civil e mesmo da prevista no nº 3º do art. 10º do projecto?

Resta o último entendimento - que é o que mais provàvelmente corresponde às intenções que presidiram à elaboração deste capítulo - segundo o qual se teria achado preferível indicar como fontes de direito aqueles factos que se sabe seguramente serem-no, evitando a qualificação de hipóteses mais duvidosas. Se isso traduz o sem dúvida alguma muito louvável propósito de fugir a compromissos doutrinários perigosos, evitando o dogmatismo do Cód. italiano, é ao mesmo tempo a prova de que não há razão para um capítulo como este se não for indispensável do ponto de vista preceptivo. E não desapareceria, de resto, o problema de saber porque se mencionaram os assentos, os usos e a equidade, todos eles, ou porque se não referiram também outras hipóteses passíveis - embora discutìvelmente - de receberem o nome de fontes de direito.

*

* *

Tenho para mim, portanto, e com a maior sinceridade, que o melhor caminho seria o de eliminar este Capítulo I.

Ficaria apenas a questão de localizar a regra agora constante do art. 3º, com ou sem o nº 2º. Várias hipóteses se apresentam como possíveis. Uma estaria em colocar o art. 3º entre os arts. 5º e 7º, antes ou depois do 6º, embora isso se me afigurasse algo forçado. Outra estaria em localizá-lo no art. 10º, aproveitando a referência que o nº 1º

deste faz à "remissão para outro sistema normativo", desdobrando ou não o art. 10º em dois.

A solução preferível parece-me, porém, ser a de colocar o agora preceituado no art. 3º no art. 8º, no seu nº 3º, passando este a 4º.

Poderia dizer-se, por exemplo:

"O julgador não deverá, porém, obediência aos usos, para que a lei remeta, se forem contrários à boa fé (ou se, salvo indicação da mesma lei em contrário, diferentemente deles dispuserem normas regulamentares ou corporativas), e bem assim ao direito estrangeiro quando se verifique a hipótese prevista no art. 23º".

Não quero, finalmente, para a hipótese de se considerar que é de manter, no todo ou em parte, o Capítulo I, deixar de dizer que a redacção do art. 1º se me não afigura ser a mais feliz.

O nº 1º indica-nos, como fontes do direito, "as leis e as normas corporativas". E o nº 2º afirma que se consideram leis "todas as disposições genéricas...". Ora, a doutrina corrente é - e parece que bem - no sentido de que a fonte de direito - no seu significado próprio ou formal, segundo a terminologia comum - consiste no facto normativo, não na norma.

Continua ainda o nº 2º: "Consideram-se leis todas as disposições genéricas provenientes dos órgãos estaduais competentes". Esta maneira de dizer também creio que suscita observações.

Em primeiro lugar, parece-me não estar de acordo com o nosso direito público a referência apenas a órgãos estaduais. Procurou-se mani-

festamente um conceito muito amplo de lei, capaz de abranger os próprios regulamentos autárquicos. Assim teria de ser, di-lo expressamente o Prof. Manuel de Andrade (ps. 10 e 11) e resulta isso da própria referência às normas corporativas. Ora, no nosso Direito Público, as autarquias, locais ou institucionais, são pessoas colectivas, tendo órgãos próprios que serão seus e não do Estado, quer se considere Estado no sentido amplo de colectividade política, quer se considere no sentido restrito de pessoa colectiva que para efeitos de direito interno tem por órgão o Governo.

Em segundo lugar - talvez se trate já de um prurido - o certo é que pode haver uma lei aplicável proveniente de um órgão estadual incompetente: basta que se encontre promulgada pelo Chefe do Estado e que a Assembleia Nacional se não tenha pronunciado ou que, tendo-o feito, haja considerado irretroactiva ou limitado a retroactividade da declaração de inconstitucionalidade, nos termos do § ún. do art. 123º da Constituição.

Art. 8º, nº 2º.

Recolhe-se aqui o preceito da 1ª parte do nº 2º do art. 110º do Estatuto Judiciário.

A doutrina da disposição está em si certa. E continua a está-lo apesar de haver casos em que, na verdade, o julgador parece poder recusar a aplicação da lei injusta ou imoral - por força do artº 4º da Constituição. É que na medida em que uma lei contrarie os princípios do direito natural ou os princípios fundamentais da moral cristã, será mate-

rialmente inconstitucional. E, por isso, será com base na sua inconstitucionalidade, e não directamente na sua injustiça ou imoralidade, que o julgador deverá recusar-lhe aplicação.

Não deixaria, porém, de estar de acordo com o espírito da Constituição que aqui se fizesse uma referência ao seu art. 4º. Reconheço, todavia, a delicadeza "prática" do problema. E, por isso, me limito a deixar esta observação.

Art. 9º, nº 1º.

Sem ter visto o disposto no anteprojecto do Doutor Andrade e na revisão ministerial da Parte Geral, teria tido sérias dúvidas em aceitar que na lei se consignasse um preceito sobre interpretação. Reconheço todavia que a disposição está elaborada de forma suficientemente maleável - visando apenas excluir as posições extremistas e assentar pontos seguros (Prof. Manuel de Andrade, ps. 13-14) - para ser francamente aceitável.

Ainda me permitiria, porém, fazer algumas observações à redacção.

Usam-se no texto termos e expressões que me parecem talvez um pouco comprometidos demais com certas orientações doutrinárias. Não pretendo modificar o sentido do preceito: o próprio facto de esses termos ou expressões se comprometerem com orientações diferentes anula as inferências que deles se pretendessem tirar. Trata-se de uma mera questão formal.

Assim, logo no início do preceito se diz que a interpretação deve "reconstituir através dos textos o verdadeiro pensamento legislativo".

Ora ambos estes termos sugerem demasiado, ao que julgo, uma atitude histórico-cognoscitiva. Utilizaria de preferência dois termos um pouco mais neutros: por exemplo, <u>determinar</u> em vez de reconstituir e <u>autêntico</u> ou <u>real</u>(1) em vez de verdadeiro, se não se quisesse pura e simplesmente suprimir esta palavra.

Doutro lado, a expressão "depois... de o <u>projectar</u> nas condições específicas do tempo em que a lei é aplicada" parece-me demasiado "forte" num sentido actualista-criador. Diria antes - "<u>tendo em atenção</u> as condições específicas do tempo em que a lei é aplicada".

De resto esta expressão "tendo em atenção" poderia referir-se também à própria "totalidade do sistema jurídico". Evitava-se assim que o artigo sugerisse isto que, embora sem importância no aspecto dispositivo, me não parece formalmente o mais correcto: que o pensamento legislativo - que surge como o resultado da interpretação - se havia encontrado já antes de o integrar na totalidade do sistema jurídico e de o projectar nas condições específicas do tempo em que a lei é aplicada.

Finalmente, faria também uma referência às circunstâncias em que a lei foi elaborada - para as quais o preceituado no nº 4º não chega. Essas circunstâncias explicam muitas vezes o texto e o pensamento inicial e a referência a elas não prejudica a necessidade de actualização - apenas lhe dá, porventura, um carácter mais realista.

Poderia portanto dizer-se assim:

---

(1) - Optaria pela palavra "autêntico" que, depois da sua utilização pela filosofia existencialista, assumiu, mesmo na linguagem corrente, o duplo sentido de "verdadeiro" e de "válido".

"A interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas determinar a partir dos textos o (autêntico) pensamento legislativo, tendo em atenção a totalidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que vai ser aplicada".

Art. 10º.

Na sua doutrina, este artigo não me suscita reparos. Pelo contrário, na medida em que é inovador, no nº 3º-ao menos enquanto fixe legislativamente uma orientação já passível de ser sustentada e efectivamente sustentada no domínio do Cód. actual, parece-me francamente louvável.

As observações a fazer são portanto puramente formais.

Creio que será mais fácil começar por indicar uma redacção que me pareceria preferível - com maior ou menor variação - para depois a justificar.

Poderia dizer-se assim:

"1. Aos casos que a lei não preveja (nem sequer por meio de remissão para outro sistema normativo ou para a simples equidade), aplica-se a disciplina jurídica estabelecida para os casos análogos, nos limites que a medida da analogia autorizar.

2. Há analogia entre um caso não previsto e outro previsto na medida em que naquele se verifiquem as razões que justificam a regulamentação deste e se não verifiquem outras que, tendo em conta o espírito do sistema, imponham soluções diversas.

Esta 2ª parte parece-me, efectivamente, mais explicativa do que a anterior no projecto.

3. Na falta de caso análogo previsto, e se o caso omisso se integrar no domínio do direito, o intérprete decidirá de acordo com as normas que criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema. Do mesmo modo deverá proceder nos limites em que o recurso à disciplina dos casos análogos não seja suficiente".

A ideia fundamental que preside a esta redacção - ou a outra semelhante - é a de dar conta, na medida do possível, da "graduação" que se verifica nos processos de integração.

O modo como o art. 10º está elaborado - por comodidade, é óbvio sugere a ideia de que se verifica uma compartimentação estanque entre o recurso à disciplina dos casos análogos e o recurso à norma criada pelo próprio intérprete, quando o certo é que a analogia pode ser maior ou menor - sendo por isso mais ou menos amplo o recurso à regulamentação estabelecida para casos análogos - e que também, e por consequência, não será impossível, antes será normal, a conjugação da utilização da disciplina dos casos análogos e do critério do intérprete.

A substituição, no nº 1º, da maneira de dizer - "os casos que a lei não preveja... são regulados segundo -" - por esta outra - "aos casos que a lei não preveja... aplica-se a..." - está de algum modo ligada a essa mesma alteração de perspectiva. Vê-se bem da mudança de redacção da versão oficial da 1ª versão ministerial para a nova versão que se evitou acentuar o papel do intérprete - não tanto porque ele não seja real, mas para fugir a compromissos doutrinários. Ora, a indicação da possível variabilidade do grau de analogia vem por si só a reforçar a intervenção do intérprete. Desse modo, convém procurar uma

fórmula ainda mais neutra. Se se disser que "os casos que a lei não preveja... são regulados segundo as normas aplicáveis ao caso análogo, nos limites que a medida da analogia autorizar", logo se marca a ideia de que, no fundo, é o intérprete quem, em última análise, define a regulamentação. Embora não haja aplicação sem alguém que aplique, apesar de tudo o verbo"aplicar" parece-me que neste caso se apresentará como mais neutral que o verbo "regular".

Doutro lado, deixei entre parêntisis a frase - "nem sequer por meio de remissão para outro sistema normativo ou para a simples equidade". Este passo não é de modo algum necessário do ponto de vista preceptivo - ninguém duvida de que em tais hipóteses não haja lacuna. E não estou certo, por outro lado, de que a indicação se encontre completa. Há, por exemplo, a decisão prevista no art. 1410º do Código de Processo Civil. E, além disso, não sei até que ponto a remissão que a lei faça para o "prudente arbítrio do julgador" deverá necessàriamente entender-se como remissão para a equidade. Por isto, talvez me parecesse preferível eliminar aquela passagem.

Quanto ao nº 2º tenho logo a dúvida de se valerá a pena mantê-lo. Uma definição de analogia é difícil e perigosa se não for certa - - e não é indispensável.

Na redacção do nº 2º - para a hipótese de ser mantido - procurei, em primeiro lugar, dar conta da variabilidade do grau de analogia. Nesse sentido, a repetição do termo "medida" no nº 1º e no nº 2º é propositada. Mudei, em segundo lugar, a perspectiva da definição - em vez de pôr os casos lado a lado, tomei um por referência ao outro. A razão

disso está, logo, em facilitar a definição "graduada" da analogia. Visa ainda, porém, substituir a uma definição que diria predominantemente "científica", uma outra predominantemente "operacional". Ou melhor, visa mais do que definir a analogia, descrever o processo que o intérprete deverá seguir para a determinar - que é o que interessa sobretudo numa lei.

Digo no início que "há analogia entre um caso não previsto e outro previsto na medida em que naquele...". Mencionei assim em primeiro lugar o caso não previsto. E a razão está nesse sentido operacional que procurei acentuar: o intérprete parte do caso não previsto. Mas não vejo inconveniente de maior em que se fale em primeiro lugar do caso previsto, para manter uma mais rígida sequência com o final do nº 1º. Dir-se-ia então: "Há analogia entre um caso previsto e outro não previsto na medida em que neste se verifiquem as razões que justificam a regulamentação daquele e...".

Quanto ao nº 3º, procurei referir a interpenetração que pode existir entre o recurso à disciplina dos casos análogos e a criação do intérprete.

Por outro lado, integrei nele uma parte que agora consta do nº 4º - que eliminei -, o que me obrigou, aliás, a desdobrá-lo em dois períodos.

O nº 4º do texto do projecto, na medida em que afirma que "de harmonia com o critério estabelecido pelo número precedente cabe ao intérprete... fixar a disciplina jurídica dos casos omissos", nada trás de novo em relação ao nº 3º, é mera repetição.

Fica a parte em que se diz que "cabe ao intérprete decidir se os casos não previstos na lei se integram no domínio do direito" - que corresponde ao preceituado no final do nº 3º do art. 110º do Estatuto Judiciário e que vinha já do art. 240º do antigo Estatuto.

Este problema da integração ou não integração de casos no Direito é de extrema delicadeza. Mas não vejo, com a amplitude com que se refere, que haja mal em se lhe fazer referência na lei - pelo contrário.

O que, porém, se não me afigurou curial foi a sua localização. Diz-se que "de harmonia com o critério estabelecido no número precedente cabe ao intérprete, não só decidir se os casos não previstos na lei se integram no domínio do direito,...". Ora, o facto é que não é de harmonia com esse critério que a decisão deve ser tomada. Ao invés, o critério estabelecido no nº 3º parece pressupor já resolvida essa questão.

Duas soluções se apresentam como possíveis quanto à colocação da matéria: uma é a de a enquadrar no art. 8º (nº 1º); outra é a de mantê-la no campo da integração, mas em posição diferente.

O primeiro caminho - que é o do Estatuto Judiciário, naturalmente - deixa-me dúvidas quanto ao seu acerto. No nº 1º do art. 8º não parece que esteja apenas mencionada a decisão de mérito. Ora, se o facto de se tratar de uma situação extra-jurídica envolve necessàriamente uma abstenção do julgamento de fundo, não sei se necessàriamente, sempre, pelo menos, há-de implicar uma abstenção da própria decisão de forma.

O lugar próprio afigura-se ser assim o art. 10º. Mas onde?

À primeira vista pareceria que logo no início, uma vez que o

carácter jurídico dos casos omissos é pressuposto da sua integrabilidade. O certo, porém, é que o começo do art. 10º há-de referir-se ao recurso à disciplina dos casos análogos. Ora, a existência de caso análogo implica necessàriamente o carácter jurídico do caso omisso. Se a questão da juridicidade deste pode pôr-se no plano teórico num momento prévio ao recurso à disciplina dos casos análogos, pràticamente, verificada a existência destes, deixa de ter qualquer sentido. Esta a razão, ao que creio, por que nunca, nem no anteprojecto, nem em qualquer das versões da revisão ministerial, a matéria apareceu no nº 1º.

Resta o nº 3º, como local justo, uma vez que a respeito dos casos omissos que não tenham caso análogo previsto o problema da sua juridicidade tem todo o significado prático. Foi de resto essa a colocação que deram o anteprojecto e a 1ª versão da versão ministerial. E mesmo nesta 2ª revisão o nº 4º não é mais do que um prolongamento do nº 3º. O que procurei evitar, porém, foi apresentar a questão da juridicidade do caso omisso posteriormente à definição da forma da sua regulamentação e, sobretudo, por referência ao critério desta.

Finalmente, no começo do nº 3º, em vez de dizer sòmente "na falta de caso análogo" disse "na falta de caso análogo <u>previsto</u>" porque o que interessa não é que não haja caso análogo, que pode existir, mas que não haja disciplina jurídica dum caso análogo.

E,ainda, empreguei o plural - normas - em vez do singular, pois não é necessário que haja de tratar-se de uma norma só.

<u>Art. 11º</u>.

Na parte em que esta disposição declara a possibilidade da in-

terpretação extensiva das normas excepcionais não creio que deixe lugar a dúvidas. A única matéria onde essa possibilidade seria susceptível com alguma razoabilidade de ser negada é a das normas incriminadoras, objecto de disposição especial no Código Penal. E mesmo no anteprojecto do Doutor Eduardo Correia (como no do Doutor Andrade, numa referência à lei penal que, no que julgo, foi bem eliminada) se segue a orientação de autorizar incondicionalmente a interpretação extensiva.

Já o problema da aplicação analógica tem grande delicadeza. E a hesitação que se nota no passar-se de um preceito (anteprojecto) que permitia em certos casos e em certos casos impedia a aplicação analógica das normas excepcionais para outro em que se a proibe pura e simplesmente (revisão ministerial, versão oficial), para se regressar ao cabo à doutrina do anteprojecto (versão actual), e que se nota ainda no próprio facto de se distinguirem os casos em que a aplicação analógica não é autorizada e aqueles em que o é com tão vagos "em princípio" (anteprojecto) ou "em regra" (revisão ministerial), tal hesitação julgo que justifica que se tente, sem pretensões, alinhavar algumas notas, tão breves quanto possível, sobre o problema.

Creio que podem encontrar-se essencialmente dois tipos de fundamentação para a inaplicabilidade por analogia das normas excepcionais. De um lado, teremos o que poderíamos chamar uma fundamentação intrínseca, radicada no próprio significado da excepcionalidade; de outro teríamos uma fundamentação extrínseca. E até de um ponto de vista histórico uma e outra se podem distinguir: a primeira acabará por ligar-se à ideia romana dos "jus singulare"; a

segunda ao princípio de que "odiosa restringenda".

A fundamentação intrínseca pode reconduzir-se numa fórmula vaga a isto: a norma excepcional não pode aplicar-se a casos por ela não previstos porque contraria um princípio geral.

Mas esta fórmula vaga é susceptível de vários entendimentos: creio que essencialmente três.

Num primeiro sentido, toma-se a inaplicabilidade analógica da norma excepcional como exigência lógica. Se há um princípio e uma excepção, por definição tudo o que não caiba na excepção cabe no princípio. É evidente o hiato no raciocínio. Os chamados preceito geral e preceito excepcional não são a mesma coisa que princípio e excepção em sentido lógico. Estes pressupõem a cobertura de todos os casos subsumíveis num ou noutro. O preceito geral e o excepcional, como criações humanas, não o pressupõem. A definição do princípio e da excepção em sentido lógico é necessàriamente posterior à determinação do modo como hão-de ser preenchidas as lacunas que o preceito geral e o excepcional tenham deixado. É assim necessàriamente posterior à própria questão de saber se as normas excepcionais se podem aplicar analògicamente.

De um plano lógico pode passar-se para um plano valorativo. E aquela fórmula vem então a assumir maior consistência.

A ideia será essencialmente esta: as normas excepcionais são normas que contrariam o espírito do sistema, são desvios à sua coerência axeológica. É a salvaguarda do próprio espírito do sistema, da sua própria unidade valorativa que exigirá a inaplicabilidade das regras excepcionais aos casos omissos.

É em rigor com este significado que a fundamentação intrínseca da inaplicabilidade analógica das regras excepcionais se vincula à tradição do "jus singulare" - "jus singulare est quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est", no texto de Paulo (D.1.3.16); e, na fórmula também de Paulo, "quod vero contra rationem iuris receptum est, non est producentum ad consequentias (D.1.3.14); ou ainda, segundo o texto de Juliano, "in his, quae contra rationem juris constituta sunt, non possumus sequi regulam juris" (D.1.3.15).

Repare-se, porém, e logo, que apesar da sequência destes textos - 14-15-16 -, em que a definição do "jus singulare" aparece como conclusão, há romanistas que entendem que a proibição de aplicação analógica se não refere ao "jus singulare". E baseiam-se para tal no facto de se saber que muitas vezes os romanos utilizarem analògicamente normas desse Direito. A interdição da analogia reportar-se-ia às "singularitates juris" - "anomalias históricas: normas que perduram na ordem jurídica só por força da inércia, sem energia, restos de uma época, de necessidades e, por consequência, de conceitos ultrapassados".

E mesmo alguns, pelo menos, daqueles que ligam as proibições de D.1.3.14 e 15 ao "jus singulare" reconhecem que as normas podiam ser aplicadas por analogia, dentro de limites: "a ratio da norma de direito singular constitui o limite da sua aplicação a casos semelhantes, mas dentro dessa ratio admite-se geralmente que a norma se aplique analògicamente". E este entendimento parece mesmo estar bem apoiado no final do texto de Juliano: não se impede a aplicação por analogia das normas

excepcionais; o que se impede é que se arvore a excepção em regra (sobre toda esta matéria de Direito Romano, Prof. Raúl Ventura, Manual de Direito Romano, I, ps. 203 e segs.).

É que - no fundo a questão está nisto - a norma excepcional, em si e por si, não contraria o espírito do sistema, não representa um desvio à sua unidade valorativa. Não há, na norma excepcional, mutação de critérios axiológicos. O que há, sim, é que os mesmos critérios, os mesmos sistemas de valores postos em contacto com casos de configuração fáctica diferente, circunstancialmente diversos, geram soluções jurídicas diversas.

Pelo contrário, será a inaplicabilidade analógica da norma excepcional que imporá uma incoerência valorativa no sistema jurídico - pois se irá tratar jurìdicamente um caso de um modo que, atentas as suas circunstâncias, se não compadece com o critério substancial de valoração da Ordem Jurídica.

Não quer isto dizer que sejam inviáveis as contradições valorativas na Ordem jurídica. Já vimos uma possível, resultante de se estabelecer a inaplicabilidade analógica das regras excepcionais. Tratar-se-á aqui, porém - resulta isso do que se dirá depois - não de uma contradição total, mas parcial. Haverá uma incoerência substancial nas soluções jurídicas resultante da sobreposição de um valor formal, um valor da aplicação do direito: a segurança.

Para além desta contradição - que evidentemente não é a que agora interessa - outras podem surgir, quer vistas as coisas estàticamente, quer vistas dinâmicamente. Num plano estático, as contradições resultarão de uma imperfeição da obra legislativa. Num plano dinâmico,

onde serão mais naturais, resultarão do próprio facto de a Ordem jurídica não evoluir unitàriamente, mas por partes.

A solução destas contradições levantará dificuldades. É que se é duvidoso que o processo da eliminação possa funcionar"de pleno" no domínio das contradições "estáticas", torna-se de todo impossível, como sistema, no das "dinâmicas". Será preciso utilizar, muitas vezes, um processo mais moderado de adaptação das soluções, de atenuação das divergências, sem que de todo se as possa eliminar.

Ora, dentro deste processo "moderado" de atenuar as contradições pode vir a tornar-se necessário recusar aplicação analógica a uma norma que se apresente como excepcional. Nesta perspectiva virá a assumir sentido a inestensibilidade das "singularitates juris" dos romanos. Mas aquilo para que quero chamar a atenção é para o facto de que aqui se está já fora do problema próprio da aplicação analógica das normas excepcionais. Assim, como se pode vir a ter de recusar extensão a uma norma que se apresenta como excepcional, assim se pode ter de dar-lhe uma extensão que negue a própria regra geral. No fundo, o que temos não são duas normas integradas no mesmo sistema de valoração, mas dois sistemas de valoração. E o decisivo não estará no ser ou apresentar-se a norma como excepcional ou geral, mas na preferência ou predominância que se conceda a um ou outro dos sistemas de valoração.

Não creio assim que na coerência valorativa do sistema se possa fundar a solução da inaplicabilidade analógica das normas excepcionais. E isto pode ver-se mesmo a partir de um facto a que se não tem concedido demasiada atenção. Se este fundamento justificasse a inaplicabilidade analógica das normas excepcionais, justificaria por maioria de razão

que fosse interdito ao intérprete, a partir de uma prévia interpretação restritiva, abrir excepções, quando nenhuma estivesse consignada, às normas gerais postas. Ora, se a doutrina e a jurisprudência muitas vezes não aplicaram analògicamente normas excepcionais, por força do preceituado no art. 11º do Cód. actual - sem que não tenha deixado outras vezes de o fazer -, o certo é que não se eximiram normalmente, salvo em certas matérias, de abrir excepções a regras gerais.

Um terceiro entendimento daquela fórmula segundo a qual uma norma excepcional não pode ser analògicamente aplicada por contrariar um princípio geral será não já lógico, nem valorativo, mas, diria, "voluntarista".

Uma norma excepcional não poderia ser analògicamente aplicada porque, ao formular a regra e a excepção, o legislador teria manifestado a vontade de submeter à regra todos os casos não exceptuados.

Parece-me que um argumento deste teor não pode de modo algum proceder. Em primeiro lugar, não há muitas vezes uma formulação pelo menos expressa da regra. Em segundo lugar, e sobretudo, pode bem o legislador ao formular a regra e a excepção querer submeter à regra aqueles casos que previu, aqueles casos em vista dos quais ditou a regra, sem que tenha havido da sua parte qualquer atitude relativamente aos casos que não teve em conta.

É certo que pode suceder que, num caso ou noutro, o legislador manifeste, expressa ou tàcitamente, uma intenção restritiva quanto à excepção que formula. Se isso não deixa de ter importância, de momento essa atitude aparece com o mesmo significado, para casos particulares, daquela outra que em geral negue a possibilidade de aplicação analógica

às normas excepcionais. E o que importa ainda, de um ponto de vista de direito a constituir, é ver as razões que poderão justificá-las. Com o que se passa para o plano da fundamentação extrínseca.

Vem agora a entrar em jogo um valor relativo não já à justiça material das soluções - embora com ela implique -, mas à aplicação do direito, resultante da existência de autoridades intermediárias nessa mesma aplicação. Valor que amplamente se poderá designar de segurança (relativa à aplicação do direito).

Este valor pode manifestar-se sob duas formas: ou a forma da certeza das soluções jurídicas, ou a forma de segurança em sentido mais restrito, segurança no fundo de determinados valores materiais, na medida em que poderiam ser comprometidos, por erros ou abusos dos tribunais, na aplicação do direito.

Em nenhuma destas formas pode, evidentemente, a segurança ter relevo geral. Na primeira modalidade conduziria, no plano legislativo, a esquemas por demais rígidos e, no plano da aplicação do direito, a métodos de interpretação julgados inaceitáveis e mesmo impossíveis (do estilo do de Danz) e - porque haveria que integrar -, ao lado de proibições de utilização analógica, a métodos gerais de integração de todo aberrantes (integração como o faria o homem médio?!), sem que, no fundo, no normal das hipóteses, se viesse a obter suficientemente a desejada certeza na aplicação do direito, que mais do que por isso - embora com a ajuda da clareza e do rigor dos textos legais - se obtém pela justiça das soluções e por uma uniformização, nos limites do possível, da jurisprudência.

Quanto à segunda modalidade, a possibilidade de erros ou abusos dos tribunais é inerente à sua existência.

Se, porém, o valor da segurança não pode ter relevo pleno geral, não quer dizer que em certos casos o não deva ter - e relevo em termos de envolver a proibição da aplicação analógica de certas normas.

Comecemos por ver a questão quanto à segunda das modalidades indicadas de segurança na aplicação do direito.

A pergunta que naturalmente surge é a de saber se é a excepcionalidade dos preceitos que delimita os casos em que a segurança, nesta modalidade, se manifesta, em termos de impedir a sua aplicação por analogia.

Mas, naturalmente, haveria que saber prèviamente em que consiste a norma excepcional. Ora, do que se disse até agora nada resulta que a permita caracterizar, preenchendo a tão vaga fórmula de que a norma excepcional é aquela que contraria o princípio geral.

Num ponto de vista lógico, não há, em rigor, possibilidade de distinguir a norma excepcional da especial - também esta contém uma afirmação contrária à da regra. E, depois, o que definirá onde está a regra? Parece que seria o aplicar-se normalmente; mas é evidente que um critério destes não pode ser relevante para o direito.

Não se pode utilizar também um critério voluntarista, sendo excepcional a norma que o legislador quer apresentar como tal. Porque continuaria sempre a haver que saber o que seria excepção, para saber em que consistiria querer como excepção. E não serve òbviamente - pelo menos aqui - o dizer que são queridos como excepções aqueles preceitos

que sejam queridos com intenção restritiva, isto é, com intenção impeditiva da sua aplicação por analogia.

O problema tem, naturalmente, de situar-se num plano valorativo. O certo, porém, é que aquela ideia referida de que a norma excepcional representa um desvio à unidade valorativa do sistema - o que permitiria distingui-la da norma geral e da especial, que não conteriam um tal desvio - não é verdadeira.

Pode, contudo, seguir-se uma via diferente da de pretender definir no início a noção de norma excepcional - será a de procurar a solução para o problema da inaplicabilidade analógica de "certas" normas por razões de segurança (em sentido estrito), tentando encontrar de caminho uma ideia que sirva para caracterizar a excepcionalidade.

O melhor processo creio que estará em partir de um exemplo em que, por intuição, logo se possa afirmar que a aplicação analógica se não justifica - e por razões de segurança, em sentido estrito -, para através dele procurar definir as condições gerais de proibição da extensão analógica por força de tal fundamento.

Para não sair do direito civil, um exemplo nítido julgo que se encontrará nas normas que indicam os fundamentos de divórcio (e quem diz divórcio diz separação de pessoas e bens). Dificilmente se admitirá que tais normas sejam passíveis de aplicação analógica. Ora, uma das razões, ao menos, determinantes uma tal atitude estará em evitar que, por erros ou abusos dos tribunais, se venham a declarar como causas de divórcio factos que como tal, na justiça material do sistema, não deveriam ser tidos. E pretende impedir-se a possibilidade de tais

erros - sobretudo - ou abusos porque numa ordem jurídica como a nossa o valor, chamemos-lhe assim, da "permanência familiar" é um valor inestimável.

Na base deste exemplo vejamos melhor as coisas.

Temos de um lado o valor da "permanência familiar". Mas temos de outro o valor da "liberdade de vida das pessoas". Ora, o certo é que nem sempre, quando entram em incompatibilidade, o primeiro prevalece sobre o segundo; em certas circunstâncias, que vêm a constituir as causas de divórcio, a lei dá a predominância a este.

O que se verifica então na relação entre os dois valores que permita vedar a aplicação analógica das normas definidoras das causas de divórcio?

Em determinadas circunstâncias o valor da "liberdade de vida das pessoas" pode preferir ao da "permanência familiar". Proibindo-se a aplicação analógica das normas que indicam as causas do divórcio, o que se faz é impedir (ou tornar irrelevante) a averiguação de se se verificam ou não circunstâncias que justifiquem a prevalência do valor da "liberdade de vida das pessoas", impondo incondicionalmente a actuação do valor da "permanência familiar". Ora isto pressupõe uma coisa: que, na ignorância daquelas circunstâncias, se possa afirmar o predomínio do valor da "permanência familiar" sobre o da "liberdade de vida das pessoas". Pressupõe que "<u>em abstracto</u>" seja possível afirmar a predominância daquele valor.

Repare-se bem no que se entende com isto de predominância "<u>em abstracto</u>". Não quer, em primeiro lugar, dizer-se que a prevalência que

a lei pela sua justiça material define seja uma prevalência em concreto. É também uma predominância com um certo grau de abstracção, no qual a lei actua sempre. E dentro desse grau de abstracção - definido pelas circunstâncias que de acordo com o sistema se possam considerar "tipificáveis" - o próprio julgador tem de agir - é ver o preceituado no nº 3º do art. 10º. Quando falo de predominância "em abstracto" quero significar um grau de abstracção maior do que esse, em que se elimina a diversidade possível de circunstâncias tipificáveis.

Também se não quer dizer, porém, abstracção total, desligada de todas e quaisquer circunstâncias - seria o nada. O que importa é que se tomem os casos contidos no campo da interferência dos dois valores (por hipótese e para simplificar), recolhendo os traços comuns, mas só esses, a todos os casos. Será perante esses traços comuns e só perante eles que haverá que confrontar os dois valores.

Ora bem: creio que as normas excepcionais são precisamente aquelas que traduzem a actuação de um valor que "em abstracto"se encontra subordinado. As normas excepcionais não serão assim pròpriamente aquelas que representam um desvio à unidade valorativa do sistema, mas aquelas que, para certos casos, actuam um valor que é "in abstracto" inferior ao que pretorem.

Tomados dois valores "em abstracto", com o sentido que a esta expressão se deu, duas hipóteses são possíveis: ou é lícito afirmar a prevalência de um deles ou não.

Na primeira hipótese, o preceito ou preceitos que actuem o valor predominante contêm uma norma geral ou várias normas gerais do mes-

mo sentido e aquele ou aqueles, a existirem, que traduzam o valor subordinado contêm normas excepcionais. Na segunda hipótese, haverá várias normas gerais ou vários conjuntos de normas gerais concorrentes, actuando em campos delimitados (dentro dos quais, de resto, se poderá repor o problema). Será no domínio das normas gerais em sentido amplo, assim definidas, que poderá fazer-se a distinção entre normas gerais em sentido estrito e normas especiais, já com um ponto de vista diferente.

Bastará, porém, a excepcionalidade de um preceito para justificar a proibição da sua aplicação analógica? É condição necessária; mas será condição suficiente?

Julgo que de modo algum. A proibição de aplicação analógica, repete-se, representa uma quebra da unidade valorativa do sistema, a qual se define em função das circunstâncias "tipificáveis"; e, nessa medida, pretere a sua justiça material. Esta, não podendo embora ultrapassar o grau de abstracção determinado pelas circunstâncias consideradas "tipificáveis", tem de estar virada quanto possível para o concreto porque é no concreto que o direito "vive". Valorar eliminando circunstâncias relevantes que, por "tipificáveis", poderiam ser tidas em conta, é sempre definir uma solução em última análise injusta.

Proibir a aplicação analógica de normas excepcionais é evitar injustiças - resultantes de erros ou abusos dos tribunais - com outras injustiças. E vistas as coisas num plano geral, estas últimas serão bem mais prováveis que as primeiras, porque é bem mais provável que existam casos omissos análogos de outros objecto de normas excepcionais do que

que os tribunais cometam erros ou pratiquem abusos. Doutro lado, o facto de um valor predominar"em abstracto"não quer dizer que muitas vezes não sejam mais graves as injustiças resultantes da impossibilidade de aplicação analógica do que as resultantes da má utilização desta.

Está-se a ver qual é a condição para a proibição da extensão analógica das normas excepcionais: é que as injustiças possìvelmente resultantes de uma má utilização da analogia assumam presumìvelmente extrema gravidade.

Regressando ao exemplo das normas indicadoras das causas de divórcio, o que legitima a proibição a sua aplicação por analogia não é apenas o facto de o valor da"permanência familiar" predominar em abstracto sobre o da "liberdade de vida dos cônjuges"; é também o facto de a "permanência familiar" ser um valor "inestimável".

Só assim em hipóteses de valores de extremo significado social, mais ainda, de valores "dificilmente limitáveis", se compreende a interdição de aplicação analógica das normas excepcionais.

E talvez seja isto que acabe por poder encontrar-se no fundo da ideia de que "odiosa restringenda".

De tudo o que se disse resulta uma consequência que se impõe desde já assinalar: a de que é impossível definir com um critério rígido de determinação dos casos em que a aplicação analógica deve ser proibida. Se a característica da excepcionalidade das normas é de imprecisa determinação prática, mais o é a de valores "dificìlmente limitáveis".

Doutro lado, convém chamar a atenção para que apenas por comodidade de falem ùnicamente de aplicação analógica. O que se disse serve

para justificar que nas hipóteses de valores "in abstracto" prevalentes que sejam de "difícil limitação" deve ser proibida toda e qualquer abertura de excepções, seja ou não por aplicação analógica e haja ou não preceitos legislados excepcionais. É que são ainda maiores os perigos de erro ou abuso dos tribunais quando não disponham sequer de caso análogo previsto.

A outra das formas indicadas por que o valor da segurança se pode manifestar é a da certeza na aplicação do direito.

Esta certeza influi desde logo, e muitas vezes, na formulação legislativa das disposições. Para além disso, pode efectivamente conduzir à interdição de aplicação analógica de determinados preceitos e mesmo à proibição geral de "limitação" de normas, seja ou não por recurso a analogia.

São variadas as razões que poderão atribuir um particular relevo à certeza.

Parece-me poderem reconduzir-se a duas, em fórmulas muito amplas, as variantes de que positivamente depende esse relevo: o grau de melindre que a averiguação das razões justificativas da "limitação" de certas normas ofereça e a importância que, consoante as matérias, o "saber-se prèviamente o direito" possa ter. Esta importância verifica-se particularmente ~~(por exemplo)~~ no direito penal, atenta a gravidade das consequências das infracções penais, podendo mesmo justificar sem absurdo a própria proibição de interpretação extensiva das normas incriminadoras. É também de particular importância no campo do processo, por exemplo.

Mas a interdição de "limitação" de normas conduzirá sempre a uma injustiça. Por isso haverá que atender ainda, como determinante negativa, à medida de injustiça previsível.

Tudo isto mostra já que este fundamento não conduz só à proibição de abertura de excepções. Pode conduzir a que se impeça o alargamento de uma regra, levando a que diferentemente da forma normal se acabem por delimitar as fronteiras de actuação de duas regras concorrentes. Pode mesmo impedir a "limitação" de uma regra, através de outra norma não legislada que viesse a funcionar como regra concorrente. Hipóteses de proibições de aplicação por analogia de normas gerais (no sentido amplo) é, de resto, fácil encontrar no nosso direito actual. Temos, por exemplo, a parte inicial do art. 2º do Cód. Comercial, que indica os actos de comércio objectivos, ou o art. 815º, § 2º, do Cód. Administrativo, que enumera os contratos administrativos. Em ambos estes casos é doutrina mais corrente a de que se está perante preceitos taxativos e nenhum deles julgo que contenha normas excepcionais. O mais que poderá dizer-se é que o predomínio em abstracto de um valor poderá facilitar a actuação das exigências da certeza.

Tudo isto também revela, porém, a impossibilidade de definir um critério geral. Será caso a caso que, ponderando os interesses em jogo, o legislador terá de definir a sua atitude.

Em suma, parece-me que, em primeiro lugar, não há razão intrínseca que justifique a limitação da extensão analógica de quaisquer normas. Pelo contrário, a coerência valorativa do sistema e, consequentemente, a sua própria justiça material exigem que ela não exista. Neste

sentido, não me parece sequer que a ideia de "primazia da lei geral" possa funcionar como limite à aplicação analógica de normas excepcionais, como indica o Doutor Andrade (p. 15). O único limite estará precisamente na existência efectiva de analogia. Esta ideia de primazia da lei geral - baseada no predomínio "in abstracto" do valor actuado pela regra geral - pode valer apenas como critério prático de orientação do intérprete, visando evitar que o pretexto de aplicação analógica acabe por subverter a própria hierarquia de valores da ordem jurídica. Não limita a aplicação analógica da regra excepcional, indica apenas uma cautela particular que o intérprete deve observar.

Apenas ficará o caso em que a inaplicabilidade analógica de um preceito - geral ou excepcional - resulte de contradições valorativas do sistema. Mas isso já traduz outro problema, que não vejo que seja passível, ao menos actualmente, de solução legislativa.

Doutro lado, se as razões de certeza podem conduzir à proibição de aplicação analógica de regras gerais ou excepcionais, amplamente à proibição de "limitação" de normas, não há possibilidade de definir em geral um critério acertado.

Finalmente, a segurança de determinados valores pode levar à interdição da extensão analógica de preceitos excepcionais e em geral de abertura de excepções. Ponto é que estejam em causa valores "dificilmente limitáveis".

Isto em teoria. Quando se passa para o plano de uma formulação legislativa um novo valor se vem a introduzir: o da certeza dada pelo próprio preceito. Há que saber se estabelecer-se uma disposição que quei-

ra traduzir a solução teòricamente preferível não levará a que, pelas dúvidas de interpretação que deixará e pelas aplicações a que será susceptível de conduzir, as soluções práticas venham presumìvelmente a ser tais que se torne preferível um preceito teòricamente menos acertado mas pràticamente mais fecundo.

Tomando o problema da aplicação analógica das normas excepcionais - que é aquele a que se refere o art. 11º - vejamos as vantagens e inconvenientes das várias formulações possíveis.

Uma primeira hipótese seria a de proibir pura e simplesmente a aplicação analógica das normas excepcionais. Em favor desta solução poderiam dar-se os seguintes argumentos: a) é bastante clara e por isso assegura uma relativa certeza na sua aplicação; b) assegura uma certeza no domínio de aplicação das regras "materiais" enquanto evita as dúvidas que a verificação da analogia em relação a casos excepcionais pode originar e as surpresas que pode causar; c) garante a segurança dos valores "dificilmente limitáveis". Contra ela pode, no entanto dizer-se: a) leva muito amplamente a graves incoerências no sistema e a graves injustiças, sujeitando muitos casos a um tratamento imerecido; b) a sua aplicação não é tão certa como se pretende, uma vez que não é fácil delimitar as normas excepcionais; c) a incerteza na própria interpretação da disposição reflectir-se-á no campo da aplicação das normas "materiais"; d) o simples facto de haver uma regra e uma excepção não gera específicas exigências de certeza na aplicação de uma e outra, e esta, de resto, não pode prevalecer incondicionalmente sobre a justiça; e) a certeza resulta muitas vezes mais da justiça das solu-

ções do que da aparente clareza dos textos ou da rigidez dos métodos de aplicação, porque os tribunais tenderão a forçar uns e outros no sentido de obterem decisões justas.

Os resultados de uma solução destas podem, de resto, comprovar-se na prática, porque foi ela - ao menos aparentemente - a consagrada no Código actual. Não conheço suficientemente essa prática para o poder fazer com segurança. Mas não julgo que o saldo seja positivo.

Outro caminho será o de pura e simples permitir a aplicação analógica das normas excepcionais. Em seu favor dir-se-á que: a) não envolve dificuldades de interpretação; b) conduz, no geral, a soluções justas. O seu defeito está, porém, em não salvaguardar aqueles valores "dificilmente limitáveis" que parece efectivamente deverem sê-lo. Poderia pôr-se ainda a questão de certas normas exigirem a sua não aplicabilidade analógica por razões de certeza. Mas, não sendo aliás o problema privativo das normas excepcionais, uma vez que não é possível definir um critério geral ficará ao legislador o encargo de, nos casos que entender, manifestar a sua intenção restritiva. Num preceito geral poderia, quando muito, fazer-se referência a essa possibilidade.

Embora esta solução não seja teòricamente a mais acertada, por não salvaguardar os valores "dificilmente limitáveis", parecer-me-ia apesar de tudo preferível à primeira, até porque ficarão ou poderão ficar excluídas as normas incriminadoras, objecto de um preceito especial no respectivo Código.

Passemos agora a formulações intermédias, formulações em que se indiquem uns casos em que é possível a aplicação analógica de normas ex-

cepcionais e outros em que o não é.

Estas formulações terão necessàriamente o defeito de gerarem uma certa incerteza no seu entendimento e aplicação. Incertesa logo quanto à determinação das normas excepcionais. Incertesa depois quanto à definição das normas excepcionais que são e que não são aplicáveis analògicamente. Esta incerteza agrava-se, porém, tornando-se mesmo insuportável, quando como processo de discriminação se use um tão vago "em princípio" (anteprojecto) ou "em regra" (versão actual da 1ª revisão ministerial).

Pode, de resto, apresentar-se como "princípio" ou "regra" - sem curar de saber agora se se está perante uma verdadeira oposição regra - - excepção - a inaplicabilidade (solução do anteprojecto e da actual versão da revisão ministerial) ou a aplicabilidade analógica.

No primeiro caso, o preceito é teòricamente menos correcto e, quanto às soluções práticas, se ficam salvaguardados os valores "dificilmente limitáveis", haverá o perigo de, apesar da tendência dos tribunais para utilizarem a analogia, se ficar muito aquém do limite até onde essa utilização deveria ir.

No segundo caso o preceito será teòricamente correcto e não se verificará o perigo indicado. Mas haverá o outro de acabarem por não ficar resguardados os valores "difìcilmente limitáveis". Se a segurança destes se impõe contra os erros e abusos dos tribunais, deixar-lhes uma margem de discricionariedade plena na determinação de quando podem e quando não podem aplicar analògicamente uma norma excepcional é, no fundo, dar com uma mão o que se tira com a outra.

Torna-se assim necessário, para minorar a incerteza e evitar, mesmo que a jurisprudência "se acerte", soluções práticas gravemente inconvenientes, definir um critério que delimite os casos em que as normas excepcionais poderão e não poderão ser aplicadas analògicamente que, ainda que impreciso, não deixe de ser um critério.

Teòricamente esse critério basear-se-á no carácter "dificilmente limitável" dos valores. Mas isto não são evidentemente termos legislativos. A fórmula legislativa que julgo melhor será a de "princípios essenciais da ordem jurídica". E conviria apresentar esses casos - o que é de resto teòricamente correcto - como limitação à possibilidade de aplicação analógica dos preceitos excepcionais.

Diminuir-se-á assim em boa medida a incerteza. A fórmula indicada, embora não possa ser muito precisa, creio que é susceptível de ser "sentida" pelos tribunais. Doutro lado, atenuar-se-ão, ao que creio, as próprias dificuldades na determinação do carácter excepcional das normas. Ela só será necessária na medida em que estejam em jogo os "princípios essenciais da ordem jurídica" - porque só nesses casos a aplicação analógica será proibida - e nessas hipóteses julgo que será mais fácil reconhecer a excepcionalidade.

Doutro lado, penso que as soluções práticas poderão vir a ser geralmente acertadas. A fórmula salvaguarda suficientemente os valores "dificilmente limitáveis". Pelo contrário, o perigo estará em se lhe dar uma amplitude maior do que a que deva ter. Mas em contrário disso funcionarão o facto de aparecer como mera limitação a uma normal possibilidade de recurso à analogia e o facto de os tribunais haverem de tender - na busca da solução justa - para esse recurso.

Uma solução desta ordem parece-me preferível à de afirmar pura e simplesmente a possibilidade de aplicação analógica das normas excepcionais. Se contém maior incerteza - mas não incerteza insuportável - ganha largamente em acerto de soluções.

Há ainda outro caminho possível. Esse será o de não definir um critério para delimitar os casos em que as normas excepcionais são susceptíveis de extensão analógica e aqueles em que não são, remetendo-se o intérprete para a intenção que o legislador, caso a caso, revele. Será questão, depois, de manifestar uma intenção restritiva quanto às excepções que se considerassem feitas a princípios essenciais da ordem jurídica. Se bem que esta solução não seja desrazoável, prefiro apesar de tudo aquela outra. Para além das dúvidas de interpretação que não deixariam de poder levantar-se perante os preceitos que se julgasse poderem manifestar uma intenção restritiva, julgo que uma remissão assim feita poderia causar uma autêntica"caça", a revelações de interdição de analogia, com reflexos nos tribunais susceptíveis de gerar incerteza e soluções desrazoáveis. Doutro lado, tratar-se-ia de uma solução demasiado rígida, em que poderiam ter amplas consequências quaisquer erros ou imprevisões do legislador e que teria de ficar indiferente ao correr do tempo.

Neste campo da formulação legislativa dois problemas ainda se levantam: um, o de se convirá referir a própria proibição de abrir excepções a regras que contenham princípios essenciais da ordem jurídica; outro, o de se convirá fazer uma referência aos casos em que o legislador entenda, por razões de certeza, ser de proibir a "limitação" de

normas ou, ao menos, a aplicação analógica.

Quanto ao primeiro, creio que a resposta deverá ser afirmativa. Proibição da aplicação analógica de normas excepcionais e proibição de abertura de excepções não são a mesma coisa e não é hábito ter em conta este aspecto na medida em que ultrapassa os limites daquele.

Já no que respeita ao segundo problema se me afigura que a solução deverá ser negativa. Vejo difícil encontrar uma formulação legislativa que não crie dificuldades. E haveria ainda o inconveniente de porventura se suscitar a referida "caça" às proibições de analogia. De resto, não tem havido dificuldade, na prática, em reconhecer a existência de casos dessa natureza.

Poderia assim redigir-se o art. 11º deste modo:

"Não é lícito abrir excepções às normas que contenham princípios essenciais da ordem jurídica, além das estabelecidas na lei, nem por aplicação analógica destas".

Não faço referência à interpretação extensiva. A sua possibilidade geral resulta do disposto no art. 9º. E a frase "nem por aplicação analógica destas" logo mostra que se não põe em causa a sua legitimidade no domínio das normas excepcionais contrárias a princípios essenciais da ordem jurídica. A referência à interpretação extensiva, não sendo assim necessária, talvez fosse inconveniente. Sugeriria logo que quando se proíbe a abertura de excepções se proibiria a interpretação restritiva das normas gerais expressamente formuladas e com uma letra capaz de abranger todos os casos não exceptuados. Ora, não sei

se se tratará de interditar a interpretação restritiva ou antes de comandar a integração de lacunas segundo a norma geral. E, sobretudo, a interpretação restritiva pode ser necessária não para abrir excepções mas para delimitar o próprio campo de actuação da regra contendo um princípio essencial da ordem jurídica, em concorrência com outra regra.

Mas os inconvenientes não seriam também demasiado grandes. Dir-se-ia "... nem por aplicação analógica destas, sem prejuízo da possibilidade da sua interpretação extensiva"; ou acrescentar-se-ia um nº 2º a dizer que "o disposto no número anterior não prejudica a legitimidade da interpretação extensiva" (o que seria pior).

*Transcrição em texto informático de:*

*Senhor Dr. Miguel Galvão Teles*

*e comentado pelo Ministro da Justiça Senhor Prof. Doutor Antunes Varela*

Ministério da Justiça

Gabinete do Ministro

Assunto:

Observância do Projecto

# TÍTULO I

## CAPÍTULO I

### Fontes de Direito

Diz o Doutor Manuel de Andrade que só à última hora e por influência do Código Italiano decidiu introduzir este Capítulo (Fontes do Direito, Vigência, interpretação e aplicação da lei, p. 10 da separata). Com toda a sinceridade, não posso afirmar que me pareça ter sido a melhor solução.

Em boa verdade, só o art. 3.º e, em parte, o nº 3 do art. 1.º - enquanto declara a prevalência das normas autárquicas sobre as normas corporativas – e as als. b) e c) do art. 4.º - enquanto alargam a possibilidade de julgamento "ex aequo et bono" aos tribunais judiciais -, têm valor dispositivo próprio. As leis – no sentido amplo que se lhes dá no art. 1.º - e os actos corporativos genéricos têm o seu carácter de fontes de direito definido ou na Constituição ou em outras leis. E a prevalência das leis dos órgãos estaduais sobre os actos corporativos resulta da própria orgânica constitucional. Isto quanto ao art. 1.º. O art. 2.º, ele próprio remete para os casos declarados na lei. E, no art. 4.º, para além da remissão da al. a), a possibilidade de recurso à equidade nos tribunais arbitrais resulta já do Cód. de Processo Civil.

O capítulo vem assim a assumir no seu tom geral uma feição doutrinária, com todos os perigos que num campo tão delicado como este das fontes do Direito as afirmações doutrinárias revestem. E parece-me bem que esses perigos se concretizam.

Creio que convirá, para fazer a apreciação deste capítulo, ver sucessivamente se as soluções de fundo que se trouxeram de novo são as melhores, se o enquadramento que se lhes deu, através deste capítulo I, é indispensável e se, a não o ser, é conveniente.

* * *

A primeira das soluções de fundo adoptadas – declaração de superioridade das normas autárquicas sobre as normas corporativas (art. 1.º, nº3) – é a que se apresenta como mais duvidosa. Teve por fonte o art. 7.º das disposições preliminares do Cód. Italiano (Prof. Manuel de Andrade, p. 11). E corresponde à orientação já sustentada entre nós pelo Prof. Fezas Vital (Hierarquia das fontes de direito, Revista da Ordem dos Advogados, III, 1, ps. 20-21). Mas, pelo menos, a razão aduzida por este Professor – prevalência dos bens comuns territoriais sobre os , não me convenceu de todo. Repare-se que, em primeiro lugar, esse fundamento só vale para definir a supremacia dos regulamentos das autarquias locais e não a dos que provenham das autarquias institucionais. E atente-se, em segundo lugar, em que o facto de as autarquias locais terem uma base territorial não significa que se lhes impute a generalidade os fins dos seus membros, como sucede em relação o Estado. Julgo que esta é uma questão que mereceria um estudo cuidado que, pelo menos entre nós, não foi feito. E dada a sua mínima relevância no campo do Direito Civil, veria toda a vantagem em que no Código se evitasse qualquer tentativa e resolução.

Do art. 3.º a parte fundamental parece-me ser a do nº 1º e a sua doutrina afigura-se-me plenamente acertada. Quanto ao nº 2º não sei se valerá a pena mantê-lo. Mas, para o caso afirmativo, julgo-o incompleto porque não só uma norma corporativa como qualquer disposição legal (no sentido amplo do art. 1.º) de fonte inferior à lei que remete para os usos poderá preceituar diferentemente deles. E conviria talvez, e ainda, salvaguardar a hipótese de a disposição legal que remete para os usos – e que poderá ser hierarquicamente inferior ao Cód. Civil – declarar a prevalência destes, na medida em que a sua posição hierárquica lho permita. É, de resto, o que estabelece o art. 8.º das disposições preliminares do Cód. Italiano.

Quanto à doutrina do art. 4.º, estou em pleno acordo.

Pretendeu-se, finalmente, neste Capítulo I, negar, implicitamente, o carácter de fonte de direito ao costume (Prof. Manuel de Andrade, p.12). Não estou tão certo de que ao costume se deva recusar essa natureza. Mas a verdade é

que não é a lei – pelo menos a lei ordinária – que por si pode afastar o costume das fontes de direito. E admito perfeitamente, nas condições actuais, que ela assuma perante ele uma atitude de ignorância.

* * *

Não julgo que este Capítulo I seja enquadramento indispensável para aquelas soluções de fundo.

Quanto à doutrina nova do nº3 do art. 1.º já afirmei que me parecia preferível evitá-la. No que respeita o art. 4.º, o seu lugar próprio – para além da remissão sem qualquer valor dispositivo feita na al. a) – creio que seria o Cód. de Processo Civil. À atitude de ignorância ou mesmo de recua do costume basta o dispositivo no art. 10.º - se a lei não reconhece o costume praeter legem, por maioria de razão não reconhece o costume contra legem. E, se se quisesse, poderia sempre acrescentar-se no art. 6.º o desuso da lei, à semelhança do que faz o Cód. actual. Resta o art. 3.º, que se poderia deslocar para outro sítio. E se alguma dificuldade pudesse resultar dessa transposição, ela valeria bem o preço que o Capítulo I representa.

* * *

Elaborar um capítulo sobre as fontes de direito, um ponto doutrinariamente tão delicado, parece-me sempre inconveniente, quando não for de todo indispensável sob o ponto de vista dispositivo. De qualquer maneira, todavia, quando se o queira fazer, o caminho menos mau, apesar de tudo, parece-me ser ainda o Código Italiano, que com toda a clareza assumiu a sua posição, dizendo, sem deixar zonas cinzentas, o que considerava e o que não considerava fontes de direito. Naturalmente que se podem fazer críticas – e graves – à enumeração que apresenta. De um lado, por exemplo, não indica a equidade que é bem possível sustentar-se ser fonte de direito; e de outro lado, menciona como fonte de direito os usos, aos quais dificilmente se pode conceder esse valor. Seja como for, porém, bem ou mal, definiu nitidamente a sua atitude.

No nosso projecto seguiu-se outra orientação. Sob a epígrafe fontes de direito indicam-se as leis, os actos corporativos genéricos, os assentos, os usos e a equidade. Mas no art. 1.º só se consideram fontes de direito as leis e os actos corporativos genéricos. A que título estão aqui referidos os assentos, os usos e a equidade? Será que se usa dois conceitos de fonte de direito, um amplo na epígrafe do Capítulo, outro mais restrito, no art. 1.º? Será que se quis abertamente recusar aos assentos, aos usos e à equidade o carácter de fontes de direito, referindo-se apenas por alguma conexão que com elas mantenham? Ou ainda, e mais seguramente, será que se seguiu um critério pragmático de definir

como fontes de direito aqueles factos que se sabe que certamente o são, evitando qualificar-se outras hipóteses de caracterização mais duvidosa?

*Comentário à margem:*

*Os assentos, os usos, e a equidade são - cada um deles por sua razão - fontes subalternas de Direito. E foi essa subalternidade que se quis vincar na distribuição das matérias.*

Esta simples perplexidade parece mostrar os inconvenientes do capítulo. Mas vejamos os resultados de cada uma das interpretações indicadas.

Admitamos que se utilizam dois conceitos de fontes (formal, naturalmente) do direito.

Será relativamente aos assentos que mais viável se tornará a duplicidade de noções. Co efeito, os actos genéricos que definem uma interpretação vinculativa – sejam leis interpretativas, sejam assentos não são inovadores como os actos que livremente determinam uma disciplina jurídica. Mas são de algum modo inovadores, enquanto fixam uma de várias interpretações possíveis. Na medida em que têm este algo de inovação serão fontes de direito; na medida em que a inovação é assim limitada, não serão fontes de direito em sentido estrito.

O certo, porém, é que se isto ainda se pode dizer relativamente a um tipo de assentos – os interpretativos -, já não pode dizer-se para os assentos integradores, ao menos quando, nos termos do nº 3º do art. 10.º, o tribunal fixe doutrina como "se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema". E não obsta a que se tenham de considerar estes assentos fontes de direito em sentido estrito a limitação final do nº 3.º do art. 10.º. maior ou pelo menos idêntica limitação se verificará em relação aos regulamentos, que nem por isso deixam de ser incluídos no art. 1.º.

Nem pode valer contra isto a afirmação de que os assentos traduzem meras vinculações para os tribunais. Não só os termos do art.2.º sugerem preferentemente o contrário, como nesse caso os assentos não deixariam de ser, melhor ainda, seria sempre fontes de direito em sentido estrito, enquanto por forma geral regularia a actividade dos tribunais.

No que respeita aos usos, dificilmente vejo que, por mais amplo que seja o conceito de fonte de direito que se utilize, nele possam caber, uma vez que carecem de qualquer relevância jurídica autónoma.

Mais grave se apresenta, porém, o problema da equidade. Não é porque não considere a equidade, ou melhor, a decisão "ex aequo et bono" fonte de direito e fonte de direito em sentido próprio – nesse aspecto muito me agradaria a

disposição. É antes porque com a consideração da equidade nas fontes de direito – num sentido mais ou menos lato – se vem a introduzir no sistema da teoria generalizada das fontes uma ruptura de consequências demasiado amplas, que envolveriam uma revisão de toda a matéria.

A teoria generalizada das fontes de direito, partindo do que o Direito é constituído por normas gerais, vê as fontes nos actos geradores dessas normas. O certo, porém, o que julgo, e que há casos em que uma tal concepção não deixa de vacilar. E um deles é precisamente o da decisão "ex aequo et bono" que, indiscutivelmente, define situações jurídicas. Porque a equidade em si mesmo e por definição não pode ser constituída por regas gerais, só há duas alternativas: ou se entende que a fonte de direito é ainda a lei, sendo da norma geral por esta colocada que resultam em situações jurídicas, funcionando a decisão do tribunal como mero pressuposto do efeito jurídico, ou se entende que verdadeira e propriamente a fonte de direito é a decisão do tribunal. A primeira solução parece-me manifestamente contrária à realidade: a verdade, vistas as coisas sem preconceitos, é que a referida norma geral é uma norma de competência. E, de qualquer modo, aquela solução conduziria a que a equidade em nenhum sentido, amplo ou restrito, pudesse ser tida por fontes de direito.

Seguindo a outra orientação, tem-se a decisão "ex aequo et bono" como fonte de direito. Mas, então, em primeiro lugar, não se pode dizer que se trate apenas de fonte em sentido amplo e não em sentido estrito. Reconhecendo a equidade como fonte de direito tem de abandonar-se a concepção do Direito como conjunto de normas gerais para passar a entendê-lo ou como conjunto de todas as normas, gerais ou particulares (Kelsen, por exemplo), ou como a vida jurídica e não, em si e por si, as normas (Cossio, por exemplo). Sendo assim, a decisão "ex aequo et bono" aparecerá como fonte de direito com o mesmo título que a lei ou o acto corporativo genérico.

*Comentário à margem:*

*Não é a decisão equitativa que é fonte de direito, é a equidade que serve de fundamento à decisão, com as razões de conveniência, oportunidade, justiça concreta em que ela se inspira.*

*É fácil exemplificar os termos em que a equidade funciona, a propósito das normas como as que definem a ordem da vocação sucessória, do chamamento à tutela, etc.*

Em segundo lugar, seguindo-se neste caminho, não se vê a razão por que se não haverão de mencionar como fontes de direito a decisão judicial integradora, pelo menos aquela em que o tribunal decida nos termos do nº3 do art. 10.º, e a decisão de acordo coma oportunidade e a conveniência – e não segundo citérios de legalidade estrita – do art. 1410.º o Cód. de Proc. Civil. E

veja-se mesmo onde se vai chegar: as leis em mero sentido formal, os actos políticos e os actos corporativos particulares produtores de efeitos jurídicos, os actos administrativos e os negócios jurídicos, enquanto se concebem como factos "determinantes" e não meramente "condicionantes" dos efeitos jurídicos, não deixarão de ser fontes de direito. Doutro lado, qualquer decisão judicial interpretativa será pelo menos fonte de direito em sentido amplo.

O segundo entendimento possível quanto ao significado geral deste Capítulo era o de considerar que se quis recusar o carácter de fonte de direito aos assentos, aos usos e à equidade, fazendo-se-lhes referência apenas por alguma conexão que manteriam com as fontes de direito.

No que respeita aos usos, nada haverá a dizer a esta orientação. Quanto à equidade, já o afirmei, creio que é fonte de direito. Não me repugnaria, porém, que o Código o negasse, uma vez que se limitaria a adoptar a doutrina comum

Já mais inconsistente se tornaria a atitude no que toca aos assentos. Não se afigura fácil, dentro da doutrina geral das fontes de direito, recusar esse título pelo menos aos assentos tirados na base do nº3 do art. 10.º.

Para além disto, ainda não vejo bem que tenha havido um critério fixo para referir tanto os assentos, como os usos e a equidade, ou para, referindo estes casos, não mencionar outros. Se se fala da equidade, por que se não fala, por exemplo, da decisão prevista no art. 1410.º do Cód. de Proc. Civil e mesmo da prevista no nº 3 do art. 10.º do projecto?

Resta o último entendimento – que é o que mais provavelmente corresponde às intenções que presidiram à elaboração deste capítulo – segundo o qual se teria achado preferível indicar como fontes de direito aqueles factos que se sabe seguramente serem-no, evitando a qualificação de hipóteses mais duvidosas. Se isso traduz o sem dúvida alguma muito louvável propósito de fugir a compromissos doutrinários perigosos, evitando o dogmatismo do Cód. Italiano, é ao mesmo tempo a prova de que não há razão para um capítulo como este se não for indispensável do ponto de vista preceptivo. E não desapareceria, de resto, o problema de saber porque se mencionaram os assentos, os usos e a equidade, todos eles, ou porque se não referiram também outras hipóteses passíveis – embora discutivelmente – de receberem o nome de fontes de direito.

* * *

Tenho para mim, portanto, e com a maior sinceridade, que o melhor caminho seria o de eliminar este Capítulo I.

Ficaria apenas a questão de localizar a regra agora constante do art. 3.º, com ou sem o nº 2. Várias hipóteses se apresentam como possíveis. Uma estaria em colocar o art. 3.º entre os arts. 5.º e 7.º, antes ou depois do 6.º, embora isso se me afigurasse algo forçado. Outra estaria em localizá-lo no art. 10.º,

aproveitando a referência que o nº 1 deste faz à "remissão para outro sistema normativo", desdobrando ou não o art. 10.º em dois.

A solução preferível parece-me, porém, ser a de colocar o agora preceituado no art. 3.º no art. 8.º, no seu nº 3, passando este a 4º.

Poderia dizer-se, por exemplo:

"O julgador não deverá, porém, obediência aos usos, para que a lei remeta, se forem contrários à boa-fé (ou se, salvo indicação da mesma lei em contrário, diferentemente deles dispuserem normas regulamentares ou corporativas), e bem assim ao direito estrangeiro quando se verifique a hipótese prevista no art. 23,º

Não quero, finalmente, para a hipótese de se considerar que é de manter, no todo ou em parte, o Capítulo I, deixar de dizer que a redacção do art. 1.º se me não afigura ser a mais feliz.

O nº 1 indica-nos, como fontes de direito, "as leis e as normas corporativas". E o nº2 afirma que se consideram leis "todas as disposições genéricas…". Ora, a doutrina corrente é – e parece que bem – no sentido de que a fonte de direito – no seu significado próprio ou formal, segundo a terminologia comum – consiste no facto normativo, não nas normas.

*Comentário à margem:*

*Mas a intenção foi precisamente a de falar na Lei em sentido material. A Lei em sentido formal é à Constituição – e não ao Cód. Civil - que incumbe falar ou tratar dela.*

Continua ainda o nº 2: "Consideram-se leis todas as disposições genéricas provenientes dos órgãos estaduais competentes". Esta maneira de dizer também creio que suscita observações.

Em primeiro lugar, parece-me não estar de acordo com o nosso direito público a referência apenas a órgãos estaduais. Procurou-se manifestamente um conceito muito amplo de lei, capaz de abranger os próprios regulamentos autárquicos. Assim teria de ser, di-lo expressamente o Prof. Manuel de Andrade (ps. 10 e 11) e resulta isso da própria referência às normas corporativas. Ora, no nosso Direito Público, as autarquias, locais ou institucionais, são pessoas colectivas, tendo órgãos próprios que serão seus e não do Estado, quer se considere Estado no sentido amplo de colectividade política, quer se considere no sentido restrito de pessoa colectiva que para efeitos de direito interno tem por órgão o Governo.

Em segundo lugar – talvez se trate já de um prurido – o certo é que pode haver uma lei aplicável provenientemente de um órgão estadual incompetente:

basta que se encontre promulgada pelo Chefe de Estado e que a Assembleia Nacional se não tenha pronunciado ou que, tendo-o feito, haja considerado irretroactiva ou limitado a retroactividade da declaração de inconstitucionalidade, nos termos do § ún. do art. 123.º da Constituição.

Art. 8.º, nº 2º.

Recolhe-se aqui o preceito da 1ª parte do nº 2 do art. 110.º do Estatuto Jurídico.

*Comentário à margem:*

*É um preceito - este, da Constituição – precisamente programático, dirigido ao legislador e não ao julgador.*

A doutrina da disposição está em si certa. E continua a está-lo apesar de haver casos em que, na verdade, o julgador parece poder recusar a aplicação da lei injusta ou imoral – por força do art, 4.º da Constituição. É que na medida em que uma lei contrarie os princípios do direito natural ou os princípios fundamentais da moral cristã, será materialmente inconstitucional. E, por isso, será com base na sua inconstitucionalidade, e não directamente da sua injustiça ou imoralidade, que o julgador deverá recursar-lhe aplicação.

Não deixaria, porém, de estar de acordo com o espírito da Constituição que aqui se fizesse uma referência ao seu art. 4.º. reconheço, todavia, a delicadeza "prática" do problema. E, por isso, me limito a deixar esta observação.

Art. 9.º nº 1º.

Sem ter visto o disposto no antepreojecto do Doutor Andrade e na revisão ministerial da Parte Geral, teria tido sérias dúvidas em aceitar que na lei se consignasse um preceito sobre interpretação. Reconheço todavia que a disposição está elaborada de forma suficientemente maleável – visando apenas excluir as posições extremistas e assentar pontos seguros (Prof. Manuel de Andrade, ps. 13-14) – para ser francamente aceitável.

Ainda me permitiria, porém, fazer algumas observações à redacção.

Usam-se no texto termos e expressões que me parecem talvez um pouco comprometidos demais com certas orientações doutrinárias. Não pretendo modificar o sentido do preceito: o próprio facto de esses termos ou expressões se comprometerem com orientações diferentes anula as inferências que deles se pretender tirar. Trata-se de um mera questão formal.

Assim, logo no início do preceito se diz que a interpretação deve "reconstituir através dos textos o verdadeiro pensamento legislativo". Ora ambos

estes termos sugerem demasiado, ao que julgo, uma atitude histórico-cognoseitiva. Utilizaria de preferência dois termos um pouco mais neutros: por exemplo, determinar em vez de reconstituir e autêntico ou real [1]em vez de verdadeiro, se não se quisesse pura e simplesmente suprimir essa palavra.

Doutro lado, a expressão "depois... de o projectar nas condições específicas do tempo em que a lei é aplicada" parece-me demasiado "forte" num sentido actualista-criador. Diria antes – "tendo em atenção as condições específicas do tempo em que a lei é aplicada".

*Comentário à margem:*

*De todas as sugestões feitas até aqui, é a única que me parece poder ser tida em conta*.

De resto esta expressão "tendo em conta" poderia referir-se também à própria "totalidade do sistema jurídico". Evitava-se assim que o artigo sugerisse isto que, embora sem importância no aspecto dispositivo, me não parece formalmente o mais correcto: que o pensamento legislativo – que surge como o resultado da interpretação – se havia encontrado já antes de o integrar na totalidade do sistema jurídico e de o projectar nas condições específicas do tempo em que a lei é aplicada.

Finalmente, faria também uma referência às circunstâncias em que a lei foi elaborada – para as quais o preceituado nº 4 não chega. Essas circunstâncias explica, muitas vezes o texto e o pensamento inicial e a referência a elas não prejudica a necessidade de actualização – apenas lhe dá, porventura, um carácter mais realista.

Poderia portanto dizer-se assim:

"A interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas determinar a partir dos textos o (autêntico) pensamento legislativo, tendo em atenção a totalidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que vai ser aplicada".

Art. 10.º.

Na sua doutrina, este artigo não me suscita reparos. Pelo contrário, na medida em que é inovado, no nº 3 – ao menos enquanto fixe legislativamente uma orientação já passível de ser sustentada e efectivamente sustentada no domínio do Cód. actual – parece-me francamente louvável.

As observações a fazer são portanto puramente formais.

[1] - Optaria pela palavra "autêntico" que, depois da sua utilização pela filosofia existencialista, assumiu, mesmo na linguagem corrente, o duplo sentido de "verdadeiro" e de "válido".

Creio que será mais fácil começar por indicar uma redacção que me pareceria preferível – com maior ou menor variação – para depois a justificar.

Poderia dizer-se assim:

"1. Aos casos que a lei não preveja, (nem sequer por meio de remissão para outro sistema normativo ou para a simples equidade), aplica-se a disciplina jurídica estabelecida para os casos análogos, nos limites que a medida da analogia autorizar.

*Comentário à margem:*

*Esta fórmula parece-me, efectivamente, mais explicita do que a usada no projecto.*

2. Há analogia entre um caso não previsto e outro previsto na medida em que naquele se verifique, as razões que justificam a regulamentação deste e se não verifiquem outras que, tendo em conta o espírito do sistema, imponham soluções diversas.

3. Na falta de caso análogo previsto, e se o caso omisso se integrar no domínio do direito, o intérprete decidirá de acordo com as normas que criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema. Do mesmo modo deverá proceder nos limites em que o recurso à disciplina dos acasos análogos não seja suficiente".

A ideia fundamental que preside a esta redação – ou a outra semelhante – é a de dar conta, na medida do possível, da "graduação" que se verifica nos processos de integração.

O modo como o art. 10.º está elaborado – por comodidade, é óbvio que sugere a ideia que se verifica uma compartimentação estanque entre o recurso à disciplina dos casos análogos e o recurso à norma criada pelo próprio intérprete, quando o certo é que analogia pode ser maior ou menor – sendo por isso mais ou menos amplo o recurso à regulamentação estabelecida para casos análogos – e que também, e por consequência, não será impossível, antes será normal, a conjugação da disciplina dos casos análogos e do critério do intérprete.

*Comentário à margem:*

*Quando se fala no caso (sem reservas) não se quer referir uma situação em toda a sua complexidade; quer-se aludir a um problema de regulamentação. E esse problema ou é resolvido por analogia ou não é. Ser e não ser ao mesmo tempo é que não parece possível.*

A substituição, no nº 1, da maneira de dizer – "os casos que a lei não preveja… são regulados segundo" – por esta outra – "os casos que a lei não preveja… aplica-se a …" – está de algum modo ligada a essa mesma alteração de perspectiva. Vê-se bem da mudança de redacção da versão oficial da primeira revisão ministerial para a nova versão que se evitou acentuar o papel do intérprete – não tanto porque ele não seja real, mas para fugir a compromissos doutrinários. Ora, a indicação da possível variabilidade do grau de analogia vem por si só reforçar a intervenção do intérprete. Desse modo, convém procurar uma fórmula ainda mais neutra. Se se disser que "os casos que a lei não preveja… são regulados segundo as normas aplicáveis ao caso análogo, nos limites que a medida da analogia autorizar", logo se marca a ideia de que, no fundo, é o intérprete quem, em última analise, define a regulamentação. Embora não haja aplicação sem alguém que aplique, o verbo "aplicar" parece-me que neste caso se apresentará como mais neutral que o verbo "regular".

Doutro lado, deixei entre parenteses a frase – "nem sequer por meio de remissão para outro sistema normativo ou para a simples equidade". Este passo não é de modo algum necessário do ponto de vista preceptivo – ninguém duvida de que em tais hipóteses não haja lacuna. E não estou certo, por outro lado, que a indicação se encontre completa. Há, por exemplo, a decisão prevista no art. 1410.º do Código do Processo Civil. E, além disso, não sei até que ponto a remissão que a lei faça para o "prudente arbítrio do julgador" deverá necessariamente entender-se como remissão para a equidade. Por isto, talvez me parecesse preferível eliminar aquela passagem.

Quanto ao nº2º tenho logo a dúvida de se valerá a pena mantê-lo. Uma definição de analogia é difícil e perigosa se não for certa – e não é indispensável.

Na redacção do nº2º - para a hipótese de ser mantido – procurei, em primeiro lugar, dar conta da variabilidade do grau de analogia. Nesse sentido, a repetição do termo "medida" no nº 1º e no nº 2º é propositada. Mudei, em segundo lugar, a perspectiva da definição – em vez de pôr os casos lado a lado, tomei um por referência ao outro. A razão disso está, logo, a facilitar a definição "graduada" da analogia. Visa ainda, porém, substituir uma definição que diria predominantemente "científica", por outra predominantemente "operacional". Ou melhor, visa mais que definir a analogia, descrever o processo que a intérprete deverá seguir para a determinar – que é o que interessa sobretudo numa lei.

Digo no inicio que "há analogia num caso não previsto e outro previsto na medida em que naquele…". Mencionei assim em primeiro lugar o caso não previsto. E a razão está nesse sentido operacional que procurei acentuar: o intérprete parte do caso não previsto. Mas não vejo inconveniente maior em que

se fale em primeiro lugar do caso previsto, para manter uma mais rígida sequência com o final do nº 1º. Dir-se-ia então: "há analogia entre um caso previsto e outro não previsto na medida em que neste se verifiquem as razões que justificam a regulamentação daquele…".

Quanto ao nº 3º, procurei referir a interpretação que pode existir entre o recurso à disciplina dos casos análogos e à criação do intérprete.

Por outro lado, integrei nele uma parte que agora consta do nº 4º - que eliminei -, o que me obrigou, aliás, a desdobrá-lo em dois períodos.

O nº 4º do texto do projeto, na medida em que afirma que "de harmonia com o critério estabelecido pelo número precedente cabe ao intérprete… fixar a disciplina jurídica dos casos omissos", nada traz de novo em relação ao nº 3º, é mera repetição.

Fica a parte em que se diz que "cabe ao intérprete decidir se os casos não previstos na lei se integram no domínio do direito" – que corresponde ao preceituado no final do nº 3º do art. 110º do Estatuto Judiciário e que vinha já do art. 240º do antigo Estatuto.

Este problema da integração ou não integração dos casos no direito é de extrema delicadeza. Mas não vejo, com a amplitude com que se refere, que haja mal em se lhe fazer referência na lei – pelo contrário.

O que, porém, se não me afigurou curial foi a sua localização. Diz-se que "de harmonia com o critério estabelecido no número precedente cabe ao intérprete, não só decidir se os casos não previstos na lei se integram no domínio do direito, …". Ora, o facto é que não é de harmonia com esse critério que a decisão deve ser tomada. Ao invés, o critério estabelecido no nº 3º parece pressupor já resolvida essa questão.

Duas soluções se apresentam como possíveis quanto à colocação da matéria: mas é a de a enquadrar no art. 8º (nº 1º); outra é a de mantê-la no campo da integração, mas em posição diferente.

O primeiro caminho – que é o do Estatuto Judiciário, naturalmente – deixa me dúvidas quanto ao seu acerto. No nº 1 º do art. 8º não parece que esteja apenas mencionada a decisão de mérito. Ora, se o acto de se tratar de uma situação extrajurídica envolve necessàriamemte uma abstenção do julgamento de fundo, não sei se necessariamente, sempre, pelo menos, há-de implicar uma abstenção da própria decisão de forma.

O lugar próprio afigura-se ser assim o art. 10.º. Mas onde?

À primeira vista pareceria logo no início, uma vez que o carácter jurídico dos casos omissos é pressuposto da sua integrabilidade. O certo, porém, é que o começo do art. 10º há-de referir-se ao recurso à disciplina dos casos análogos.

Ora, a existência de caso análogo implica necessàriamente o carácter jurídico do caso omisso. Se a questão da juridicidade deste pode pôr-se no plano teórico, num momento prévio ao recurso à disciplina dos casos análogos, pràticamente, verificada a existência desta, deixa de ter qualquer sentido. Esta a razão, ao que creio, porque nunca, nem no anteprojecto, nem em qualquer das versões da revisão ministerial, a matéria apareceu no nº 1º.

Resta o nº 3º, como local justo, uma vez que a respeito dos casos omissos que não tenham caso análogo previsto o problema da sua juridicidade tem um significado prático. Foi de resto essa a colocação que deram o anteprojeto e a 1ª versão da versão ministerial. E mesmo nesta 2ª revisão o nº 4º não é mais do que um prolongamento do nº 3º. O que procurei evitar, porém, foi o de apresentar a questão da juridicidade do caso omisso posteriormente à definição da forma da sua regulamentação e, sobretudo, por referência ao critério desta.

Finalmente, no começo do nº 3º, em vez de dizer se somente, "na falta de caso análogo" disse "na falta de caso análogo <u>previsto</u>" porque o que interessa não é que não haja caso análogo, que pode existir, mas que não haja disciplina jurídica dum caso análogo.

E, ainda, empreguei o plural – normas – em vez do singular, pois não é necessário que haja de tratar-se de uma norma só.

Art. 11º.

Na parte em que esta disposição declara a possibilidade da interpretação extensiva das nomas excepcionais não creio que deixe lugar a dúvidas. A única matéria onde essa possibilidade seria suscetível com alguma razoabilidade de ser negada é a das normas incriminadoras, objecto de disposição especial do Código Penal. E mesmo no anteprojecto do Doutor Eduardo Correia (como no do Doutor Andrade, numa referencia à lei penal, que, no que julgo, foi bem eliminada) se segue a orientação de autorizar incondicionalmente a interpretação extensiva.

Já o problema da aplicação analógica tem grande delicadeza. E a hesitação que se nota no passar-se de um preceito (anteprojecto) que permitia em certos casos e em certos casos impedia a aplicação analógica das normas excepcionais para outro em que se a proíbe pura e simplesmente (revisão ministerial, versão oficial), para se regressar ao cabo à doutrina do anteprojecto (versão acual), e que se nota ainda no próprio facto de se distinguirem os casos em que a aplicação analógica não é autorizada e aqueles em que o é, com tão vagos "em princípio" (anteprojecto) ou "em regra" (revisão ministerial), tal hesitação julgo que justifica que se tente, sem pretensões alinhar algumas notas, tão breves quanto possível, sobre o problema. Creio que podem encontrar-se essencialmente dois tipos de fundamentação para a inaplicabilidade por analogia das normas excepcionais. De um lado, teremos o que poderíamos chamar uma fundamentação intrínseca, radicada no próprio significado da excepcionalidade;

de outro teríamos uma fundamentação extrínseca. E até de um ponto de vista histórico uma e outra se podem distinguir: a primeira, acabará por ligar-se à ideia romana do "jus singulare"; a segunda ao princípio de que "odiosa restringenda".

A fundamentação intrínseca pode reconduzir-se numa fórmula vaga a isto: a norma excepcional não pode aplicar-se a casos por ela não previstos porque contraria um princípio geral;

Mas esta fórmula vaga é susceptível de vários entendimentos: creio que essencialmente três.

Num primeiro sentido torna-se a inaplicabilidade analógica a norma excepcional como exigência lógica. Se há um princípio e uma excepção, por definição, tudo o que não caiba na excepção, cabe no princípio. É evidente o hiato no raciocíno. Os chamados preceitos geral e preceito excepcional não são a mesma coisa que princípio e excepção em sentido lógico. Estes pressupõe a cobertura de todos os casos subsumíveis num ou noutro. O preceito geral e o excepcional, como criações humanas, não o pressupõem. A definição do princípio e da excepção em sentido lógico é necessàriamente posterior à determinação do modo como hão-de ser preenchidas as lacunas que o preceito geral e o excepcional tenham deixado. É assim necessàriamente, posterior à própria questão de saber se as normas excepcionais se podem aplicar analògicamente.

De um plano lógico pode passar se para um plano valorativo. E aquela fórmula vem então a assumir maior consistência.

A ideia será essencialmente esta: as nomas excepcionais são normas que contrariam o espírito do sistema, são desvios à sua coerência axeológica. É a salvaguarda do próprio espírito do sistema, da sua própria unidade valorativa que exigirá a inaplicabilidade das regras excepcionais aos casos omissos.

É em rigor com este significado com a fundamentação intrínseca da inaplicabilidade analógica das regras excepcionais se vincula à tradição do "jus singulare" – "jus singulare est uod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est", e no texto de Paulo (D. 1.3.16); e, na fórmula também de Paulo "quod vero contra rationem iuris receptum est, non est producentum ad consequentias (D.1.3.14); ou ainda, segundo o texto de Juliano, "in his, quae contra rationem júris constituta sunt, non possumus sequi regulam júris" (D.1.3.15).

Repare-se, porém, e logo que apesar da sequência destes textos, 14-15-16-, em que a definição do "jus singulare" aparece como conclusão, há romanistas que entendem, que a proibição de aplicação analógica se não refere aos "jus singulare". E baseiam-se, para tal, no facto de se saber que muitas vezes os romanos utilizarem analògicamente normas desse Direito. A interdição da analogia reportar-se-ia às "singularitates juris" – "anomalias históricas: normas

que perduram na ordem jurídica só por força da inércia, sem energia, restos de uma época, de necessidade e, por consequência, de conceitos ultrapassados.

E mesmo alguns, pelo menos, daqueles que liga, a proibições de D.1.3.14 e 15 ao abrir "jus singulare" reconhecem q as noras podiam ser aplicada por analogia, dentro de limites: "a ratio da norma de direito singular constitui o limite da sua aplicação a casos semelhantes, mas dentro dessa ratio admite-se geralmente que a norma se aplique analogicamente". E este entendimento parece mesmo estar bem apoiado no final do texto de Juliano: não se impede a aplicação por analogia das normas excepcionais; o que se impede é que se arvore a excepção em regra (sobre toda esta matéria de Direito Romano), Prof. Raúl Ventura, Manual de Direito Romano, I, ps. 203 e segs).

É que – no fundo a questão está nisto – a norma excepcional, em si e por si, não contraria o espírito do sistema, não representa um desvio à sua unidade valorativa. Não há, na norma excepcional, mutação de critérios axiológicos. O que há, sim, é que os mesmos critérios, os mesmos sistemas de valores postos em contacto com casos de configuração fáctica diferente, circunstancialmente diversos, geram soluções jurídicas diversas.

Pelo contrário, será a inaplicabilidade analógica da norma excepcional que imporá uma incoerência valorativa do sistema jurídica, pois se ira tratar juridicamente um caso de um modo que, atentas as suas circunstâncias, se não compadece com o critério substancial de valoração da Ordem Jurídica.

Não quer isto dizer que sejam inviáveis as contradições valorativas na Ordem jurídica. Já vimos uma possível, resultante de se estabelecer a inaplicabilidade analógica das regras excepcionais. Tratar-se-á aqui, porém – resulta isso do que se dirá depois – não de uma contradição total, mas parcial. Haverá uma incoerência substancial nas soluções jurídicas resultante da sobreposição de um valor formal, um valor de aplicação do direito, a segurança.

Para além desta contradição – que evidentemente não é a que agora interessa – outras podem surgir, quer vistas as coisas estaticamente, quer vistas dinamicamente. Num plano estático, as contradições resultarão de uma imperfeição de obra legislativa. Num plano dinâmico, onde serão mais naturais, resultaram do próprio facto da ordem jurídica não evoluir unitariamente, mas por partes.

A solução destas contradições levantará dificuldades. É que se é duvidoso que o processo da eliminação possa funcionar "de pleno" no domínio das contradições "estáticas", torna-se de todo impossível, como sistema, no das "dinâmicas". Será preciso utilizar, muitas vezes, um processo mais moderado, de adaptação das soluções, de atenuação das divergências, sem que de todo se as possa eliminar.

Ora, dentro deste processo "moderado" de atenuar as contradições que pode vir a tornar-se necessário recusar aplicação analógica que se apresente como excepcional. Nesta perspectiva, virá a assumir sentido inextensibilidade das "singularitates júris" dos romanos. Mas aquilo para que quero chamar a atenção é para o facto de aqui já se estar já for a do problema próprio da aplicação analógica das normas excepcionais. Assim, como se pode vir a ter de recusar extensão a uma norma que se apresenta excepcional, assim se pode ter que dar-lhe uma extensão que negue a própria regra geral. No fundo, o que temos não são duas integradas no mesmo sistema de valoração, mas dois sistemas de valoração. E o decisivo não estará no ser ou apresentar-se a norma como excepcional ou geral mas na preferência ou predominância que se conceda a um ou a outro dos sistemas de valoração.

Não creio assim que na coerência valorativa do sistema se possa fundar na solução da inaplicabilidade analógica das normas excepcionais. E isto pode ver-se mesmo a partir de um factor que se não tem concedido demasiada atenção. Se este fundamento justificasse a inaplicabilidade análgica das normas excepcionais, justificaria por maioria de razão, que fosse interdito ao intérprete, a partir de uma prévia interpretarão restritiva, abrir excepções, quando nenhuma estivesse consignada, às normas gerais postas. Ora, se a doutrina e a jurisprudência muitas vezes não aplicaram analògicamente normas excepcionais, por força do preceituado no art. 11º do Cód. actual – sem que não tenha deixado outras vezes de o fazer – o certo é que não se eximiram normalmente, salvo em certas matérias, de abrir excepções a regras gerais.

Um terceiro entendimento daquela fórmula segundo a qual uma norma excepcional não pode ser analògicamente aplicada por contrariar um princípio geral será não já lógico, nem valorativo, mas diria, "voluntarista".

Uma norma excepcional não poderia ser analògicamente aplicada porque, ao formular a regra e a excepção, o legislador teria manifestado a vontade de submeter à regra todos os casos não exceptuados.

Parece-me que um argumento deste teor não pode de modo algum proceder. Em primeiro lugar, não há muitas vezes uma formulação pelo menos expressa da regra. Em segundo lugar, e sobretudo, pode bem o legislador ao formular a regra e a excepção querer submeter à regra aqueles casos que previu, aqueles casos em vista dos quais ditou a regra, sem que tenha havido da sua parte qualquer atitude relativamente aos casos que não teve em conta.

É certo que pode suceder que num caso ou noutro, o legislador manifeste, e expressa ou tàcitamente, uma intenção restritiva quanto à excepção que formula. Se isso não deixa de ter importância, de momento essa atitude aparece com o mesmo significado, para casos particulares, daquela outra que em geral negue a possibilidade de aplicação analógica às normas excepcionais. E o que

importa ainda, de um ponto de visto do direito a constituir, é ver as razões que poderão justifica-las. Com o que se passa para o plano da fundamentação extrínseca.

Vem agora a entrar em jogo um valor relativo não já à justiça material das soluções – embora com ela implique –, mas à aplicação do direito, resultante da existência de autoridades intermediárias nessa mesma aplicação. Valor que amplamente se poderá designar de segurança (relativa à aplicação do direito).

Este valor pode manifestar-se sob duas formas: ou a forma da certeza das soluções jurídicas, ou a forma de segurança em sentido mais restrito, a segurança no fundo de determinados valores materiais, na medida em que poderiam ser comprometidos, por erros ou abusos dos tribunais, na aplicação do direito.

Em nenhuma destas formas pode, evidentemente, a segurança ter relevo geral. Na primeira modalidade conduziria, no plano legislativo, a apenas por demais rígidos e, no plano da aplicação do direito, a métodos de interpretação julgados inaceitáveis e mesmo impossíveis (do estilo do de Danz) e – porque haveria que integrar –, ao lado de proibições de utilização analógica, a métodos gerais de integração de todo aberrantes (integração como o faria o homem médio?!), sem que, no fundo, no normal das hipóteses, se viesse a obter suficientemente a desejada certeza na aplicação do direito, que mais do que por isso – embora com a ajuda da clareza e do rigor dos textos legais – se obtém pela justiça das soluções e por uma uniformização, nos limites do possível, da jurisprudência.

Quanto à segunda modalidade, a possibilidade de erros ou abusos dos tribunais é inerente à sua existência.

Se, porém, o valor da segurança não pode ter relevo pleno geral, não quer dizer que em certos casos o não deva ter – e relevo em termos de envolver a proibição da aplicação analógica de certas normas.

Comecemos por ver a questão quanto à segunda das modalidades indicadas de segurança na aplicação do direito.

A pergunta que naturalmente surge é a de saber se é excepcionalidade dos preceitos que delimita os casos em que a segurança, nesta modalidade, se manifesta, em termos de impedir a sua aplicação por analogia.

Mas, naturalmente, haveria que saber prèviamente em que consiste a norma excepcional. Ora, do que se disse até agora nada resulta que a permita caracterizar, preenchendo a tão vaga fórmula de que a norma excepcional é aquela que contraria o princípio geral.

Num ponto de vista lógico, não há, em rigor, a possibilidade de distrinçar a norma excepcional da especial – também esta contém uma afirmação contrária à da regra. E, depois, o que definirá onde está a regra? Parece que seria o aplicar-

se normalmente; mas é evidente que um critério destes não pode ser relevante para o direito.

Não se pode utilizar também um critério voluntarista, sendo excepcional a norma que o legislador quer apresentar como tal. Porque continuaria sempre a haver que saber o que seria excepção, para saber em que consistiria querer como excepcção. E não serve òbviamente – pelo menos aqui – o dizer que são queridos como excepções aqueles preceitos que sejam queridos com intenção restritiva, isto é, com intenção impeditiva da sua aplicação por analogia. O problema tem, naturalmente, de situar-se num plano valorativo. O certo, porém, é que aquela ideia referida de que a norma excepcional representa um desvio à unidade valorativa do sistema – o que permitiria distingui-la da norma geral e da especial, que não conteriam um tal desvio – não é verdadeira.

Pode, contudo, seguir-se uma via diferente da de pretender definir no início a noção de norma excepcional – será a de procurar a solução para o problema da inaplicabilidade analógica de "certas" normas por razões de segurança (em sentido estrito), tentando encontrar de caminho uma ideia que sirva para caracterizar a excepcionalidade.

O melhor processo creio que estará a partir de um exemplo em que, por intuição, logo se possa afirmar que a aplicação analógica se não justifica – e por razões de segurança, em sentido estrito –, para através dele procurar definir as condições gerais de proibição da extensão analógica por força de tal fundamento.

Para não sair do direito civil, um exemplo nítido julgo que se encontrará nas normas que indicam os fundamentos de divórcio (e quem diz divórcio diz separação de pessoas e bens). Difìcilmente se admitirá que tais normas sejam passíveis de aplicação analógica. Ora uma das razões, ao menos, determinantes uma tal atitude estará em evitar que, por erros ou abusos dos tribunais, se venham a declarar como causas de divórcio factos que como tal, na justiça material do sistema, não deveriam ser tidos. E pretende impedir-se a possibilidade de tais erros – sobretudo – ou abusos porque numa ordem jurídica como a nossa o valor, chamemos-lhe assim, da "permanência familiar" é um valor inestimável.

Na base deste exemplo vejamos melhor as coisas.

Temos de um lado o valor da "permanência familiar". Mas temos de outro o valor da "liberdade de vida das pessoas". Ora, o certo é que nem sempre, quando entram em incompatibilidades, o primeiro prevalece sobre o segundo; em certas circunstâncias, que veem a constituir as causas de divórcio, a lei dá a predominância a este.

O que se verifica então na relação entre os dois valores que permita vedar a aplicação analógica das normas definidoras das causas do divórcio?

Em determinadas circunstâncias o valor da "liberdade de vida das pessoas" pode preferir ao da "permanência familiar". Proibindo-se a aplicação analógica das normas que indicam as causas do divórcio, o que se faz é impedir (ou tornar irrelevante) a averiguação de se se verificam ou não circunstâncias que justifiquem a prevalência do valor "liberdade da vida das pessoas", impondo incondicionalmente a actuação do valor da "permanência familiar". Ora isto pressupõe uma coisa: que, na ignorância daquelas circunstâncias, se possa afirmar o predomínio do valor da "permanência familiar" sobre o da "liberdade da vida das pessoas". Pressupõe que "em abstracto" seja possível afirmar a predominância daquele valor. Repare-se bem que se entende com isto de predominância "em abstracto". Não quer, em primero lugar, dizer-se que a prevalência que a lei pela sua justiça material define seja uma prevalência em concreto. É também uma predominância com um certo grau de abstracção, no qual a lei actua sempre. E dentro desse grau de abstração – definido pelas circunstâncias que de acordo com o sistema se possam considerar "tipificáveis" – o próprio julgador tem de agir – é ver o preceituado no nº 3º do art. 10º. Quando falo de predominância "em abstracto" quero significar um grau de abstracção maior que esse, em que se elimina a diversidade possível de circunstâncias tipificáveis.

Também não se quer dizer, porém, abstracção total, desligada de todas e quaisquer circunstâncias – seria o nada. O que importa é que se tomem os casos contidos no campo da interferência dos dois valores (por hipótese e para simplificar), recolhendo os traços comuns, mas só esses, a todos os casos. Será perante estes traços comuns e só perante eles que haverá que confrontar os dois valores.

Ora bem: creio que as normas excepcionais são precisamente aquelas que traduzem a actuação de um valor que "em abstracto" se encontra subordinado. As normas excepcionais não serão assim pròpriamente aquelas que representam um desvio à unidade valorativa do sistema, mas aquelas que, para certos casos, actuam um valor que é "in abstracto" inferior ao que preterem.

Tomados dois valores "em abstracto", com o sentido que a esta expressão se deu, duas hipóteses são possíveis: ou é lícito afirmar a prevalência de um deles ou não.

Na primeira hipótese, o preceito ou preceitos que actuem o valor predominante contêm uma norma geral ou várias normas gerais do mesmo sentido e aquele ou aqueles, a existirem que traduzam o valor subordinado contêm normas excepcionais. Na segunda hipótese, haverá várias normas gerais ou vários conjuntos de normas gerais concorrentes, actuando em campos delimitados (dentro dos quais, de resto, se poderá repor o problema). Será no domínio das normas gerais em sentido amplo, assim definidas, que poderá fazer-

se a distinção entre normas gerais em sentido estrito e normas especiais, já com um ponto de vista diferente.

Bastará, porém, a excepcionalidade de um preceito para justificar a proibição da sua aplicação analógica? É condição necessária; mas será condição suficiente?

Julgo que de modo algum. A proibição de aplicação analógica, repete-se, representa uma quebra da unidade valorativa do sistema, a qual se define em função das circunstâncias "tipificáveis"; e, nessa medida, pretere a sua justiça material. Esta não podendo ultrapassar o grau de abstracção determinado pelas circunstâncias consideradas "tipificáveis", tem de estar virada quanto possível para o concreto porque é no concreto que o direito "vive". Valorar eliminando circunstâncias relevantes que, por "tipificáveis", poderiam ser tidas em conta, é sempre definir uma solução em última análise injusta.

Proibir a aplicação analógica de normas excepcionais é evitar injustiças – resultantes de erros ou abusos dos tribunais – com outras injustiças. E vistas as coisas num plano geral, estas últimas serão bem mais prováveis que as primeiras, porque é bem mais provável que existam casos omissos análogos de outros objecto de normas excepcionais do que os tribunais cometam erros ou pratiquem abusos. Doutro lado, o facto de um valor predominar "em abstracto" não quer dizer que muitas vezes não sejam mais graves as injustiças resultantes da impossibilidade de aplicação analógica do que as resultantes da má utilização desta.

Está-se a ver qual é a condição para a proibição da extensão analógica das normas excepcionais: é que as injustiças possìvelmente resultantes de uma má utilização da analogia assumem presumivèlmente extrema gravidade.

Regressando ao exemplo das normas indicadoras das causas de divórcio, o que legitima a proibição a sua aplicação por analogia não é apenas o facto de o valor da "permanência familiar" predominar em abstracto sobre o da "liberdade de vida dos cônjuges"; é também o facto de a "permanência familiar" ser um valor "inestimável".

*Comentário à margem:*

*E a liberdade, da vida das pessoas não é também um valor inestimável? O critério terá sempre de ser procurado num plano de valoração, não violenta, mas relativa das coisas.*

Só assim em hipóteses de valores de extremo significado social, mais ainda, de valores "dificìlmente limitáveis", se compreenda a interdição de aplicação analógica das normas excepcionais.

E talvez seja isto que acabe por poder encontrar-se no fundo da ideia de que "odiosa restringenda".

De tudo o que se disse resulta uma consequência que se impõe desde já assinalar: a de que é impossível definir com um critério rígido de determinação os casos em que a aplicação analógica deve ser proibida. Se a característica da excepcionalidade das normas é de imprecisa determinação prática, mais o é a de valores "dificìlmente limitáveis".

De outro lado, convém chamar a atenção para que apenas por comodidade sem falou ùnicamente de aplicação analógica. O que se disse serve para justificar que nas hipóteses de valores "in abstracto" prevalentes que sejam de "difícil limitação" deve ser proibida toda e qualquer abertura de excepções, seja ou não por aplicação analógica e haja ou não preceitos legislados excepcionais. É que são ainda maiores os perigos de erro ou abuso dos tribunais quando não disponham sequer de caso análogo previsto.

A outra das formas indicadas por que o valor da segurança se pode manifestar é a da certeza na aplicação do direito.

Esta certeza influi desde logo, e muitas vezes na formulação legislativa das disposições. Para além disso, pode efectivamente conduzir à interdição de aplicação analógica de determinados preceitos e mesmo à proibição geral de "limitação" de normas, seja ou não por recurso a analogia.

São variadas as razões que poderão atribuir um particular relevo à certeza.

Parece-me poderem reconduzir-se a duas, em fórmulas muito simples, as variantes de que positivamente depende esse relevo: o grau de melindre que a averiguação das razões justificativas da "limitação" de certas normas ofereça e a importância que, consoante as matérias, o "saber-se prèviamente o direito" possa ter. Essa importância verifica-se particularmente no direito penal, atenta a gravidade das consequências das infracções penais, podendo mesmo justificar sem absurdo a própria proibição de interpretação extensiva das normas incriminadoras. É também de particular importância no campo do processo, por exemplo.

Mas a interdição de "limitação" de normas conduzirá sempre a uma injustiça. Por isso haverá que atender ainda, como determinante negativa, à medida de injustiça previsível.

Tudo isto mostra já que este fundamento não conduz só à proibição de abertura de excepções. Pode conduzir a que se impeça o alargamento de uma regra, levando a que diferentemente da forma normal se acabem por delimitar as

fronteiras de actuação de duas regras concorrentes. Pode mesmo impedir a "limitação" de uma regra, através de outra norma não legislada que viesse a funcionar como regra concorrente. Hipóteses de proibições de aplicação por analogia de normas gerais (no sentido amplo) é, de resto, fácil encontrar no nosso direito actual. Temos, por exemplo, a parte inicial do art. 2º do Cód. Comercial, que indica os actos de comércio objectivos, ou o art. 815º, § 2º, do Cód. Administrativo, que enumera os contractos administrativos. Em ambos estes casos é doutrina mais corrente a de que se está perante preceitos taxativos e nenhum deles julgo que contenha normas excepcionais. O mais que poderá dizer-se é que o predomínio em abstracto de um valor poderá facilitar a actuação das exigências da certeza.

Tudo isto também revela, porém, a impossibilidade de definir um critério geral. Será caso a caso que ponderando os interesses em jogo, o legislador terá de definir a sua atitude.

Em suma, parece-me que, em primeiro lugar, não há razão intrínseca que justifique a limitação da extensão analógica de quaisquer normas. Pelo contrário, a coerência valorativa do sistema e, consequentemente, a sua própria justiça material exigem que ela não exista. Neste sentido não me parece sequer que a ideia de "primazia da lei geral" possa funcionar como limite à aplicação analógica de normas excepcionais, como indica o Doutor Andrade (p. 15). O único limite estará precisamente na existência efectiva de analogia. Esta ideia de primazia da lei geral – baseada no predomínio "in abstracto" do valor actuado pela regra geral – pode valer apenas como critério prático da orientação do intérprete, visando evitar que o pretexto de aplicação analógica acabe por subverter a própria hierarquia de valores da ordem jurídica. Não limita a aplicação analógica da regra excepcional, indica apenas uma cautela particular que o intérprete deve observar.

Apenas ficará o caso em que a inaplicabilidade analógica de um preceito – geral ou excepcional – resulte de contradições valorativas do sistema. Mas isso já traduz outro problema, que não veja que seja passível, ao menos actualmente, de solução legislativa.

Doutro lado, se as razões de certeza podem conduzir à proibição de aplicação analógica de regras gerais ou excepcionais, amplamente à proibição de "limitação" de normas, não há possibilidade de definir em geral um critério acertado.

Finalmente, a segurança de determinados valores, pode levar à interdição da extensão analógica de preceitos excepcionais e em geral de abertura de excepções. Ponto é que estejam em causa valores "dificilmente limitáveis".

Isto em teoria. Quando se passa para o plano de uma formulação legislativa um novo valor se vem a introduzir: o da certeza dada pelo próprio

preceito. Há que saber se estabelecer-se uma disposição que queira traduzir a solução teòricamente preferível não levará a que, pelas dúvidas de interpretação que deixará e pelas aplicações a que será susceptível de conduzir, as soluções práticas venham presumìvelmente a ser tais que se torne preferível um preceito teòricamente menos acertado mas pràticamente mais fecundo.

Tomando o problema da aplicação analógica das normas excepcionais – que é aquele a que se refere o art. 11º – vejamos as vantagens e inconvenientes das várias formulações possíveis.

Uma primeira hipótese seria a de proibir pura e simplesmente a aplicação analógica das normas excepcionais. Em favor desta solução poderiam dar-se os seguintes argumentos: a) é bastante clara e por isso assegura uma relativa certeza na sua aplicação; b) assegura uma certeza no domínio de aplicação das regras "materiais" enquanto evita as dúvidas que a verificação da analogia em relação a casos excepcionais pode originar e as surpresas que pode causar; c) garante a segurança dos valores "dificilmente limitáveis". Contra ela pode, no entanto dizer-se: a) leva muito amplamente a graves incoerências no sistema e a graves injustiças, sujeitando muitos casos a um tratamento imerecido; b) a sua aplicação não é tão certa como se pretende, uma vez que não é fácil delimitar as normas excepcionais; c) a incerteza na própria interpretação da disposição reflectir-se-á no campo da aplicação das normas "materiais"; d) o simples facto de haver uma regra e uma excepção não gera específicas exigências de certeza na aplicação de uma e outra, e esta, de resto, não pode prevalecer incondicionalmente sobre a justiça; e) a certeza resulta muitas vezes mais da justiça das soluções do que da aparente clareza dos textos ou da rigidez dos métodos de aplicação, porque os tribunais tenderão a forçar uns e outros no sentido de obterem decisões justas.

Os resultados de uma solução destas podem, de resto, comprovar-se na prática, porque foi ela – ao menos aparentemente – a consagrada no Código actual. Não conheço suficientemente essa prática para o poder fazer com segurança. Mas não julgo que o saldo seja positivo.

Outro caminho será o de pura e simples permitir a aplicação analógica das normas excepcionais. Em seu favor dir-se-á que: a) não envolve dificuldades de interpretação; b) conduz, no geral, a soluções justas. O seu defeito está, porém, em não salvaguardar aqueles valores "dificilmente limitáveis" - que parece efectivamente deverem sê-lo. Poderia pôr-se ainda a questão de certas normas exigirem a sua não aplicabilidade analógica por razões de certeza. Mas, não sendo aliás o problema privativo das normas excepcionais, uma vez que não é possível definir um critério geral ficará ao legislador o encargo de, nos casos que entender, manifestar a sua intenção restritiva. Num preceito geral poderia, quando muito, fazer-se a referência a essa possibilidade.

Embora esta solução não seja teòricamente a mais acertada, por não salvaguardar os valores "difìcilmente limitáveis", parecer-me-ia apesar de tudo preferível à primeira, até porque ficarão ou poderão ficar excluídas as normas incriminadoras, objecto de um preceito especial no respectivo Código.

Passemos agora a formulações intermédias, formulações em que se indiquem uns casos em que é possível a aplicação analógica de normas excepcionais e outros em que o não é.

Estas formulações terão necessàriamente o defeito de gerarem uma certa incerteza no seu entendimento e aplicação. Incerteza logo quanto à determinação das normas excepcionais. Incerteza depois quanto à definição das normas excepcionais que são e que não são aplicáveis analògicamente. Esta incerteza agrava-se, porém, tornando-se mesmo insuportável, quando como processo de discriminação se use um tão vago "em princípio" (anteprojecto) ou "em regra" (versão actual da 1.ª revisão ministerial).

Pode, de resto, apresentar-se como "princípio" ou "regra" – sem curar de saber agora se se está perante uma verdadeira oposição regra – excepção - a inaplicabilidade (solução do anteprojecto e da actual versão da revisão ministerial) ou a aplicabilidade analógica.

No primeiro caso, o preceito é teòricamente menos correcto e, quanto às soluções práticas, se ficam salvaguardados os valores "difìcilmente limitáveis", haverá o perigo de, apesar da tendência dos tribunais para utilizarem a analogia, se ficar muito aquém do limite até onde essa utilização deveria ir.

No segundo caso o preceito será teòricamente correcto e não se verificará o perigo indicado. Mas haverá o outro de acabarem por não ficar resguardados os valores "difìcilmente limitáveis". Se a segurança destes se impõe contra os erros e abusos dos tribunais, deixar-lhes uma margem de discricionariedade plena na determinação de quando podem e quando não podem aplicar analògicamente uma norma excepcional é, no fundo, dar com uma mão o que se tira com a outra.

Torna-se assim necessário, para minorar a incerteza e evitar, mesmo que a jurisprudência "se acerte", soluções práticas gravemente inconvenientes, definir um critério que delimite os casos em que as normas excepcionais poderão e não poderão ser aplicadas analògicamente que, ainda que impreciso, não deixe de ser um critério.

Teòricamente esse critério basear-se-á no carácter "difìcilmente limitável" dos valores. Mas isto não são evidentemente termos legislativos. A fórmula legislativa que julgo melhor será a de "princípios essenciais da ordem jurídica". E conviria apresentar esses casos – o que é de resto teòricamente correcto – como limitação à possibilidade de aplicação ana1ógica dos preceitos excepcionais.

Diminuir-se-á assim em boa medida a incerteza. A fórmula indicada, embora não possa ser muito precisa, creio que é susceptível de ser "sentida" pelos tribunais. Doutro lado, atenuar-se-ão, ao que creio, as próprias dificuldades na determinação do carácter excepcional das normas. Ela só será necessária na medida em que estejam em jogo os "princípios essenciais da ordem jurídica" – porque só nesses casos a aplicação analógica será proibida – e nessas hipóteses julgo que será mais fácil reconhecer a excepcionalidade.

Doutro lado, penso que as soluções práticas poderão vir a ser geralmente acertadas. A fórmula salvaguarda suficientemente os valores "dificilmente limitáveis". Pelo contrário, o perigo estará em se lhe dar uma amplitude maior do que a que deva ter. Mas em contrário disso funcionarão o facto de aparecer como mera limitação a uma normal possibilidade de recurso à analogia e o facto de os tribunais haverem de tender – na busca da solução justa - para esse recurso.

Uma solução desta ordem parece-me preferível à de afirmar pura e simplesmente a possibilidade de aplicação analógica das normas excepcionais. Se contém maior incerteza - mas não incerteza insuportável – ganha largamente em acerto de soluções.

Há ainda outro caminho possível. Esse será o de não definir um critério para delimitar os casos em que as normas excepcionais são susceptíveis de extensão analógica e aqueles em que não são, remetendo-se o intérprete para a intenção que o legislador, caso a caso, revele. Será questão, depois, de manifestar uma intenção restritiva quanto às excepções que se considerassem feitas a princípios essenciais da ordem jurídica. Se bem que esta solução não seja desrazoável, prefiro apesar de tudo aquela outra. Para além das dúvidas de interpretação que não deixariam de poder levantar-se perante os preceitos que se julgasse poderem manifestar uma intenção restritiva, julgo que uma remissão assim feita poderia causar uma autêntica "caça", a revelações de interdição de analogia, com reflexos nos tribunais susceptíveis de gerar incerteza e soluções desrazoáveis. Doutro lado, tratar-se-ia de uma solução demasiado rígida, em que poderiam ter amplas consequências quais quer erros ou imprevisões do legislador e que teria de ficar indiferente ao correr do tempo.

Neste campo da formulação legislativa dois problemas ainda se levantam: um, o de se se convirá referir a própria proibição de abrir excepções a regras que contenham princípios essenciais da ordem jurídica; outro, o de se convirá fazer uma referência aos casos em que o legislador entenda, por razões de certeza, ser de proibir a "limitação" de normas ou, ao menos, a aplicação analógica.

Quanto ao primeiro, creio que a resposta deverá ser afirmativa. Proibição da aplicação analógica de normas excepcionais e proibição de abertura de excepções não são a mesma coisa e não é hábito ter em conta este aspecto na medida em que ultrapassa os limites daquele.

Já no que respeita ao segundo problema se me afigura que a solução deverá ser negativa. Vejo difícil encontrar uma formulação legislativa que não crie dificuldades. E haveria ainda o inconveniente de porventura se suscitar a referida "caça" às proibições de analogia. De resto, não tem havido dificuldade, na prática, em reconhecer a existência de casos dessa natureza.

Poderia assim redigir-se o art. 11º deste modo:

"Não é lícito abrir excepções às normas que contenham princípios essenciais da ordem jurídica, além das estabelecidas na lei, nem por aplicação analógica destas".

Não faço referência à interpretação extensiva. A sua possibilidade geral resulta do disposto no art. 9º. E a frase "nem por aplicação analógica destas" logo mostra que se não põe em causa a sua legitimidade no domínio das normas excepcionais contrárias a princípios essenciais da ordem jurídica. A referência à interpretação extensiva. A referência à interpretação extensiva, não sendo assim necessária, talvez fosse inconveniente. Sugeriria logo que quando se proíbe a abertura de excepções se proibiria a interpretação restritiva das normas gerais expressamente formuladas e com uma letra capaz de abranger todos os casos não exceptuados. Ora, não sei se se tratará de interditar a interpretação restritiva ou antes de comandar a integração de lacunas segundo a norma geral. E, sobretudo, a interpretação restritiva pode ser necessária não para abrir excepções mas para delimitar o próprio campo de actuação da regra contendo um princípio essencial da ordem jurídica, em concorrência com outra regra.

Mas os inconvenientes não seriam também demasiado grandes. Dir-se-ia "… nem por aplicação analógica destas, sem prejuízo da possibilidade da sua interpretação extensiva"; ou acrescentar-se-ia um nº 2º a dizer que "o disposto no número anterior não prejudica a legitimidade da interpretação extensiva" (o que seria pior).

**Propostas**

**do**

**Conselheiro *Lopes Cardoso***

**(com comentários de *Antunes Varela)***

Artigo 9º.

O nº. 4 dispõe:

"Os trabalhos preparatórias da lei carecem de autoridade enquando não forem devidamente publicados".

A expressão "autoridade" é imprecisa e dificilmente harmonizável com os outros números do artigo.

É também vago o advérbio "devidamente".

O preceito, a subsistir, devia antes ter forma positiva e não a forma negativa que apresenta.

O melhor, porém, seria eliminá-lo, visto que só pode vir a causar dificuldades, e não tem grande utilidade.

Terá razão? Ou terá, apesar de tudo, o preceito alguma utilidade?

Consº. Lopes Cardoso

Artigo 10º.

Parece-me inútil o nº. 4, que diz:

"De harmonia com o critério estabelecido pelo número precedente cabe ao intérprete, não só decidir se os casos não previstos na lei se integram no domínio do direito, como fixar a disciplina jurídica dos casos omissos".

Não compreendo bem o que seja decidir se os casos se integram no domínio do direito. Não havendo situação jurídica, não haverá que aplicar o "número precedente", não haverá que integrar lacunas da lei.

Por outro lado, para "fixar a disciplina jurídica dos casos omissos, o intérprete terá de obedecer em primeiro lugar ao nº. 1 e só depois ao número 3 (número precedente) do artigo. Isto já está declarado nos ditos nºs. 1 e 3, não havendo que o repetir. Aliás, a repetição é incompleta, posto que apenas se refere àquele "número precedente".

Já estava assinalada sob nº 11, no meu exemplar

Consº. Lopes Cardoso

Artigo 11º.

Diz:

"As normas excepcionais não comportam, em regra, extensão analógica, mas admitem interpretação extensiva".

A locução "em regra" quasi inutiliza a primeira parte do preceito.

De qualquer modo, substituiria o termo "extensão" por "aplicação", para evitar a repetição do mesmo étimo.

Tem razão, pelo menos, quanto à conveniência de substituir o termo extensão por outro.

Consº. Lopes Cardoso

# CÓDIGO CIVIL

# LIVRO I

# PARTE GERAL

(Revisão Intercalar, s/d, mas posterior à de *Miguel Galvão Teles*)

# C Ó D I G O  C I V I L

## LIVRO I

## P A R T E  G E R A L

( 2ª revisão ministerial )

ministerial [illegible] (?)

LISBOA - 1964

SECRETARIA-GERAL DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
Direcção de Serviços de Recursos Documentais,
Arquivo e Património Histórico
ARQUIVO HISTÓRICO
CÓPIA

# C Ó D I G O  C I V I L

## LIVRO I

## PARTE GERAL

## TÍTULO I

## DAS LEIS, SUA INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO

### CAPÍTULO I

### FONTES DO DIREITO

#### Artigo 1º.

(Enumeração)

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

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

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

#### Artigo 2º.

(Assentos)

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

Artigo 3º.

(Valor jurídico dos usos)

1. Os usos que não forem contrários aos princípios da boa fé são juridicamente atendíveis, quando a lei o determine.

2. As normas corporativas prevalecem sobre os usos.

Artigo 4º.

(Valor da equidade)

Os tribunais podem resolver segundo a equidade:

a) Quando haja disposição legal que o permita;

b) Quando as partes o requeiram por acordo e a relação jurídica não seja indisponível;

c) Quando as partes tenham prèviamente convencionado o recurso à equidade, nos termos aplicáveis à cláusula compromissória.

CAPÍTULO II

VIGÊNCIA, INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DAS LEIS

Artigo 5º.

(Começo de vigência das leis. Especialidade dos contratos colectivos de trabalho)

1. Só a publicação torna a lei obrigatória.

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

3. As disposições compreendidas nos contratos colectivos de trabalho podem começar a vigorar em data anterior à publicação, contanto que posterior ao momento da sua celebração.

Artigo 6º.

(Ignorância ou má interpretação da lei)

A ignorância ou má interpretação da lei não justifica a falta de cumprimento dela, nem isenta as pessoas das sanções estabelecidas.

Artigo 7º.

(Cessação da vigência da lei)

1. Quando se não destine a ter vigência temporária, a lei só deixa de vigorar quando for revogada por outra lei.

2. A revogação pode ter lugar mediante declaração expressa, por incompatibilidade entre as novas disposições e as regras precedentes, ou pela circunstância de a nova lei regular toda a matéria da lei anterior.

3. A lei de carácter geral não revoga a lei especial anterior, excepto se outra for a intenção inequívoca do legislador.

4. A revogação da lei revogatória não importa o renascimento da lei que esta revogara.

Artigo 8º.

(Dever de obediência à lei)

1. O juiz não pode abster-se de julgar, invocando a falta

ou obscuridade da lei ou alegando qualquer dúvida insanável acerda dos factos em litígio.

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

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

Artigo 9º.

(Interpretação da lei)

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

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

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

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

Artigo 10º.

(Integração das lacunas da lei)

1. Os casos que a lei não preveja são regulados segundo a norma aplicável aos casos análogos.

2. Há analogia entre dois casos sempre que no caso omisso se verifiquem as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei.

3. Na falta de caso análogo, a situação é resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema.

Artigo 11º.

(Normas excepcionais)

As normas excepcionais podem ser interpretadas extensivamente; mas não comportam aplicação analógica, se contiverem princípios essenciais de ordem pública.

Artigo 12º.

(Aplicação das leis no tempo. Princípio geral)

1. A lei só dispõe para o futuro; e ainda que lhe seja atribuída eficácia retroactiva, presume-se que ficam ressalvados os efe

tos já produzidos pelos factos que a lei se destina a regular.

2. Quando a lei dispõe sobre as condições de validade substancial ou formal de quaisquer factos ou sobre os seus efeitos, entende-se, em caso de dúvida, que ela só visa os factos novos; mas quando dispuser directamente sobre o conteúdo de relações jurídicas, abstraindo dos factos que lhes deram origem, entender-se-á que a lei abrange as próprias relações já constituídas que subsistam à data da sua entrada em vigor.

Artigo 13º.

(Aplicação das leis no tempo. Leis interpretativas)

1. A lei interpretativa integra-se na lei interpretada, ficando salvos, porém, os efeitos já produzidos por cumprimento ou sentença transitada em julgado, por transacção ainda que não homologada, ou por actos de análoga natureza.

2. A desistência e a confissão, não homologadas pelo tribunal, podem ser revogadas pelo desistente ou confitente a quem a lei interpretativa for favorável.

# CÓDIGO CIVIL

# OBSERVAÇÕES

# LIVRO I

# PARTE GERAL

(sobre os textos da 2.ª Revisão, de *Paulo Merêa*)

# Observações ao Livro I (Parte geral)

9ª Revisão: arts. 1 a 13; arts. 67 a 157; arts. 195 a 280; art. 283.

Remet. pas em 1.VII.64 (Sobre os Textos da 2ª redacção)

5 exemplares

Art. 4º, b - Parece-me melhor "de comum acordo", como estava na Primeira Revisão Ministerial. "Por acordo" dá a ideia de que houve uma convenção prévia, um acordo no estrito sentido desta palavra.

Art. 8º. Segundo me a epígrafe deste artigo deveria ser redigida doutro modo, talvez assim: "Obrigação de julgar e dever de obediência à lei"

Deste modo, por um lado, poderia mais claramente "obrigação de julgar", ou seja, a proibição da denegação de justiça.

Por outro lado, tornar-se-ia claro que a "obediência à lei" se refere ao julgador, e não ao cidadão em geral.

Art. 9º, nº 2 - Não vejo inconveniente em que fique como está, mas talvez fosse mais rigoroso (como já disse ao Doutor Luís de Lima) "um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso" -

vide a obs. ao art. 228

Art. 67 - nascimento completo. A fórmula foi proposta pelo Doutor Andrade e compreende-se. Mas será necessária? Dos códigos que conheço — não conheço alguns dos mais recentes, nem o anteprojecto francês — só o alemão fala em "Vollendung der Geburt", que literalmente significa "acabamento (ou conclusão) do nascimento". Mas ver-se refere ao nascimento com vida.

Se não se puser omitir o "completo", acho que ficaria melhor "nascimento completo e com vida" como se lê no anteprojecto Andrade!

8 ✓

"O tribunal ..... ; acta vacuista, para ser eficaz, da sua invocação, judicial ou extrajudicialmente, por aquele a quem aproveita, pelo seu representante ou, tratando-se de incapaz, pelo Ministério Público."

Neste caso, a jurisprudência não é unânime.

# Observações ao Livro I = 2.ª emenda

## (Sobre os Textos da 3.ª revisão / Dactilografada)

Conforme já em tempos referi, parecia-me bem que o Título I ~~da Parte geral~~ do Livro I se destacasse da Parte Geral, passando a designar-se "Título preliminar", embora ~~não~~ tendo numeração independente, para não ter que alterar toda a numeração do Código. Cf. C. C. francês e C. C. suiço.

Esta alteração tornaria menos chocante o facto de se incluirem no Código civil preceitos que não são de modo algum exclusivos deste ramo do direito.

Na sequência desta observação, quer-me parecer que a referência — e atendendo a uma referência tão desenvolvida — às normas corporativas deveria mais no Título I do Livro I do Cód. civil do que num "Título preliminar".

Art. 1.º n.º 2 [volte na fl. f.]

Art. 9.º Pode discutir-se se devem definir-se na lei os critérios a observar na interpretação das leis, mas, desde que se entenda dever consagrar um artigo a esta matéria, acho que este artigo deveria traduzir uma orientação dominante.

Tal como está, ele enuncia princípios por demais evidentes mas fornece precisamente os mais importantes, que é a valoração hierárquica dos vários elementos da interpretação; ou então, se se quiser ver na ordem por que se enumeram esses elementos uma ordem decrescente de valor, cai-se no sistema ultrapassado que atende às circunstâncias em que a lei foi elaborada às necessidades do tempo em que é aplicada.

Para evitar isto, e cingindo-me mais de perto ao anteprojecto Andrade e ao texto da 1.ª Revisão ministerial, proponho esta redacção para o n.º 1.º do art. 9.º, na qual se elimina a referência expressa às "circunstâncias em que a lei foi elaborada".

Aditamento à Observação à Parte Geral

Ainda a propósito do Título I da Parte Geral, que em preliminar se convencionou um "Título preliminar", ocorre-me advertir que este título se refere às "leis" em geral, e não só às leis civis. É o que diz a epígrafe e é o que sucede com a matéria dos artgs 1º a 13º. Quando, porém, se entra no Capítulo III — e conquanto a epígrafe deste capítulo também fale em "conflitos de leis" (sem limitações) —, verifica-se que o Código apenas trata das leis civis.

O Título preliminar do C.C. italiano ("Disposições sobre a lei em geral") coincide pràticamente com o nosso Projecto no seu Esq. 1º e em parte do 2º, mas, logicamente, circunscreve às leis penais um preceito sobre aplicação da lei (art. 14) e entre as normas de conflitos regula as pro. cessuais, penais e de polícia (arts. 27 e 28).

Acho bem que no Código civil se não trate das leis processuais e penais, sobretudo quando o Título I (ou Preliminar) não tenha independência em relação ao Código propriamente dito; mas, se assim é, constitui uma incoerência que dentro do mesmo título se regulem sistemàticamente matérias relativas às leis em geral (e até a outras fontes de direito) e, quanto à aplicação das leis no espaço, se refiram apenas os conflitos de leis civis.

Não poderia atenuar-se esta incoerência (que é fácil para a frente desaparecer), circunscrevendo o capítulo III "Direito internacional privado" a conflitos de leis civis"?

X art. 11 - Muito fui a redacção dada a este artigo na nossa reunião (anterior à 2ª Reunião Ministerial, dactilografada) não é das mais felizes.

Com efeito, querendo distinguir-se a interpretação extensiva (sempre possível) do recurso à analogia (inadmissível em princípio quando se trata de normas excepcionais), fica afinal como regra — subentendida — a possibilidade do recurso à analogia, pois se diz que as normas excepcionais só deixam de comportar esse recurso se as normas gerais contiverem princípios essenciais de ordem pública.

A ideia que presidiu à redacção definitiva deste artigo parece-me estar traduzida com maior fidelidade na redacção que proponho.

*Transcrição em texto informático de:*

*Senhor Prof. Doutor Paulo Merêa*

Observações ao Livro I (parte geral)

1ª Remessa: arts. 1 a 13; art. 61 a 157; art. 195 a 280; art. 283.

(Sobre os textos da 2ª revisão)

Art. 4.º, b – Parecia-me melhor "de comum acordo", como estava na Primeira Revisão Ministerial. "Por acordo" dá a ideia de que houve uma convenção prévia, um acordo no sentido restrito desta palavra.

Art. 8.º - Suponho que a epígrafe deste artigo deveria ser redigida doutro modo, talvez assim: "Obrigação de julgar e dever de obediência à lei".

Deste modo, por um lado, pôr-se-ia mais em relevo a "obrigação de julgar", ou seja, a proibição da negação de justiça.

Por outro lado, tornar-se-ia claro que "obediência à lei" se refere aqui ao julgador, e não ao cidadão em geral.

Art. 9.º, n.º 2 – Não vejo inconveniente em que fique como está, mas talvez fosse mais rigoroso (como já disse ao Doutor Pires de Lima) "um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso" – vide obs. ao art. 228.º.

Observações ao Livro I – 2.ª Emendada

(Sobre os textos da 3.ª revisão actualizada)

Conforme já em tempos sugeri, parecia-me bem que o Título I do Livro I se destacasse da Parte Geral, passando a designar-se "Título preliminar", embora infelizmente sem numeração independente, para não ter que alterar toda a numeração do Código. Cf C.C. francês e C.C. suíço.

Esta alteração tornaria menos chocante o facto de se incluírem no Código Civil preceitos que não são de modo algum exclusivos deste ramo do direito.

Na sequência desta observação, quer-me parecer que a referência – e sobretudo uma referência tão desenvolvida – às normas cooperativas destoa mais no Título I do Livro I do Cód. civil do que num "Título preliminar".

Art. 9.º - Pode discutir-se se devem definir-se na lei os critérios a observar na interpretação das leis, mas, desde que se entendeu dever consagrar um artigo a esta matéria, acho que este artigo devia traduzir uma orientação doutrinal.

Tal como está, ele enuncia princípios por demais evidentes, mas furta-se precisamente o mais importante, que é a valorização hierárquica dos vários elementos da interpretação; ou então, se se quiser ver na ordem por que se enumeram esses elementos uma ordem decrescente de valor, cai-se no sistema ultrapassado que antepunha as circunstâncias em que a lei foi elaborada às necessidades do tempo em que é aplicada.

Para evitar isto, e cingindo-me mais de perto ao anteprojecto Andrade e ao texto da 1ª Revisão Ministerial, proponho outra redação para o n.º 1 do art. 9.º, na qual se elimina a referência expressa às "circunstâncias em que a lei foi elaborada".

Art. 11º - Noto que a redacção dada a este artigo na última revisão (posterior à 2.ª Revisão Ministerial, dactilografada) não é das mais felizes.

Com efeito, querendo distinguir-se a interpretação extensiva (sempre possível) do recurso à analogia (inadmissível em princípio quando se trata de normas excepcionais), ficou afinal como regra – subentendida – a possibilidade de recurso à analogia, pois se diz que as normas excepcionais só deixam de comportar esse recurso se as normas gerais contiverem princípios essenciais de ordem pública.

A ideia que presidiu à redacção definitiva deste artigo parece-me estar traduzida com maior fidelidade na redacção que proponho.

Aditamento às observações

à Parte Geral

Ainda a propósito do Título I da Parte Geral, que eu preferiria que se convertesse em "Título preliminar", ocorre-me advertir que este título se refere às "Leis" em geral, e não só às leis civis. É o que diz a epígrafe e é o que sucede com a matéria dos artigos 1.º a 13.º. quando porém, se entra no Capítulo III – e confronta a epígrafe deste capítulo também fala em "conflitos de leis" (sem limitação) –, verifica-se que o Código apenas trata das leis civis.

O Título preliminar do C.C. Italiano ("disposições sobre a lei em geral") coincide grosso modo com o novo projecto do seu cap. 1.º e em parte do 2.º, mas, logicamente, inclui as leis penais nos preceitos sobre aplicação da lei (art. 14.º) e entre as normas de conflitos regula as processuais, penais e de polícia (arts. 27.º e 28.º).

Acho bem que no Código Civil se não trate das leis processuais e penais, sobretudo quando o Título I (ou Preliminar) não tenha independência em relação ao Código propriamente dito; mas, se assim é, constitui uma incoerência que dentro do mesmo Título se regulem extensamente matérias relativas às leis em geral (e até a outras fontes de direito) e, quanto à aplicação das leis no espaço, se figurem apenas os conflitos de leis civis.

Não poderia atenuar-se esta incoerência "pois é tarde para a fazer desaparecer), inscrevendo o Capítulo III, "direitos dos estrangeiros e conflitos de leis civis"?

# CÓDIGO CIVIL

# LIVRO I

# PARTE GERAL

(2.ª Revisão Ministerial 1965)

# CÓDIGO CIVIL

## LIVRO I

## PARTE GERAL

(2ª Revisão Ministerial)

JULHO - 1965

# CÓDIGO CIVIL

## LIVRO I

## PARTE GERAL

## TÍTULO I

## DAS LEIS, SUA INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO

### CAPÍTULO I

### FONTES DO DIREITO

#### Artigo 1º.

(Fontes imediatas)

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

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

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

#### Artigo 2º.

(Assentos)

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

Artigo 3º.

(Valor jurídico dos usos)

1. Os usos que não forem contrários aos princípios da boa fé são juridicamente atendíveis, quando a lei o determine.

2. As normas corporativas prevalecem sobre os usos.

Artigo 4º.

(Valor da equidade)

Os tribunais podem resolver segundo a equidade:

a) Quando haja disposição legal que o permita;

b) Quando as partes o requeiram de comum acordo e a relação jurídica não seja indisponível;

c) Quando as partes tenham prèviamente convencionado o recurso à equidade, nos termos aplicáveis à cláusula compromissória.

CAPÍTULO II

VIGÊNCIA, INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DAS LEIS

Artigo 5º.

(Começo de vigência das leis)

1. Só a publicação torna a lei obrigatória.

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

Artigo 6º.

(Ignorância ou má interpretação da lei)

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

Artigo 7º

(Cessação da vigência da lei)

1. Quando se não destine a ter vigência temporária, a lei só deixa de vigorar se for revogada por outra lei.

2. A revogação pode resultar de declaração expressa, da incompatibilidade entre as novas disposições e as regras precedentes, ou da circunstância de a nova lei regular toda a matéria da lei anterior.

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

4. A revogação da lei revogatória não importa o renascimento da lei que esta revogara.

Artigo 8º

(Obrigação de julgar e dever de obediência à lei)

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

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

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

Artigo 9º.

(Interpretação da lei)

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

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

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

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

Artigo 1º.

(Integração das lacunas da lei)

1. Os casos que a lei não preveja são regulados segundo a norma aplicável aos casos análogos.

2. Há analogia entre dois casos sempre que no caso omisso procedam as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei.

3. Na falta de caso análogo, a situação é resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema.

Artigo 11º.

(Normas excepcionais)

As normas excepcionais podem ser interpretadas extensivamente; mas não comportam aplicação analógica, se as normas gerais correlativas contiverem princípios essenciais de ordem pública.

Artigo 12º.

(Aplicação das leis no tempo. Princípio geral)

1. A lei só dispõe para o futuro; e, ainda que lhe seja atribuida eficácia retroactiva, presume-se que ficam ressalvados os efeitos já produzidos pelos factos que a lei se destina a regular.

Ministério da Justiça

Projecto de

# Código Civil

Lisboa 1966

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

# PROJECTO

DE

# CÓDIGO CIVIL



LISBOA — 1966

# LIVRO I

# PARTE GERAL

## TÍTULO I

## Das leis, sua interpretação e aplicação

### CAPÍTULO I

### Fontes do direito

#### ARTIGO 1.º
#### (Fontes imediatas)

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

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

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

#### ARTIGO 2.º
#### (Assentos)

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

**ARTIGO 3.º**

**(Valor jurídico dos usos)**

**1.** Os usos que não forem contrários aos princípios da boa fé são jurìdicamente atendíveis quando a lei o determine.

**2.** As normas corporativas prevalecem sobre os usos.

**ARTIGO 4.º**

**(Valor da equidade)**

Os tribunais podem resolver segundo a equidade:

*a*) Quando haja disposição legal que o permita;

*b*) Quando as partes o requeiram de comum acordo e a relação jurídica não seja indisponível;

*c*) Quando as partes tenham prèviamente convencionado o recurso à equidade, nos termos aplicáveis à cláusula compromissória.

## CAPÍTULO II

## Vigência, interpretação e aplicação das leis

**ARTIGO 5.º**

**(Começo da vigência da lei)**

**1.** Só a publicação torna a lei obrigatória.

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

**ARTIGO 6.º**

**(Ignorância ou má interpretação da lei)**

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

Projecto - 1966



### ARTIGO 7.º

**(Cessação da vigência da lei)**

**1.** Quando se não destine a ter vigência temporária, a lei só deixa de vigorar se for revogada por outra lei.

**2.** A revogação pode resultar de declaração expressa, da incompatibilidade entre as novas disposições e as regras precedentes ou da circunstância de a nova lei regular toda a matéria da lei anterior.

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

**4.** A revogação da lei revogatória não importa o renascimento da lei que esta revogara.

### ARTIGO 8.º

**(Obrigação de julgar e dever de obediência à lei)**

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

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

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

### ARTIGO 9.º

**(Interpretação da lei)**

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

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

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

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

**ARTIGO 10.º**
**(Integração das lacunas da lei)**

**1.** Os casos que a lei não preveja são regulados segundo a norma aplicável aos casos análogos.

**2.** Há analogia entre dois casos sempre que no caso omisso procedam as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei.

**3.** Na falta de caso análogo, a situação é resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema.

**ARTIGO 11.º**
**(Normas excepcionais)**

As normas excepcionais podem ser interpretadas extensivamente; mas não comportam aplicação analógica se as normas gerais correlativas contiverem princípios essenciais de ordem pública.

**ARTIGO 12.º**
**(Aplicação das leis no tempo. Princípio geral)**

**1.** A lei só dispõe para o futuro; ainda que lhe seja atribuída eficácia retroactiva, presume-se que ficam ressalvados os efeitos já produzidos pelos factos que a lei se destina a regular.

**2.** Quando a lei dispõe sobre as condições de validade substancial ou formal de quaisquer factos ou sobre os seus efeitos, entende-se, em caso de dúvida, que só visa os factos novos; mas, quando dispuser directamente sobre o conteúdo de certas relações jurídicas, abstraindo dos factos que lhes deram origem, entender-se-á que a lei abrange as próprias relações já constituídas, que subsistam à data da sua entrada em vigor.

**Propostas**

**de**

***Manuel Júlio Gonçalves Salvador* (juiz)**

***(*em dois exemplares com texto igual*)***

(29)

Sugestões ao Projecto do
Código Civil

Vista

2ª Revisão

Exmº. Senhor Ministro da Justiça

Tenho a subida honra de, satisfazendo a confiança que V. Excelência houve por bem dispensar-me, enviar algumas sugestões relativas ao projecto do Código Civil, e que se me afiguram de alguma utilidade.

O Corregedor da 1ª. Vara Cível,
Lisboa, 4 de Outubro de 1965.
as) Manuel Júlio Gonçalves Salvador.

Artigo 9º.: "(...) totalidade do sistema jurídico (...)".

Afigura-se-nos que a finalidade tida em vista com o emprego das palavras em referência melhor se esclareceria com a expressão - "unidade do sistema jurídico" - que contem em si o juízo de valor tido em mente ao redigir pela fórmula transcrita ou o resultado que se pretende alcançar.

O exposto tem, aliás, o apoio de um dos juristas que mais se preocuparam em definir os princípios interpretativos - - Sebastian Soler - o qual, ao que designou - "princípio da unidade sistemática", atribuiu o seguinte conteúdo: a coerência do sentido de um preceito com o sentido de outros preceitos pertencentes, por assim dizer, à mesma conteslação e que "não há um preceito isolado senão a totalidade de um dado sistema jurídico" (Interpretacion de la ley, 1962, p. 168).

# COMARCA DE LISBOA

## 1.º VARA CÍVEL

Artigo 9º: "I...I totalidade do sistema jurídico I...I".

Afigura-se-nos que a finalidade tida em vista com o emprego das palavras em referência melhor se esclareceria com a expressão - "unidade do sistema jurídico" - que contem em si o juízo de valor tido em mente ao recorrer pela fórmula transcrita ou o resultado que se pretende alcançar.

O exposto tem,aliás,o apoio de um dos juristas que mais se preocuparam em definir os princípios interpretativos - Sebastian Soler - o qual,ao que designou - "princípio da unidade sistemática",atribuiu o seguinte conteúdo: a coerência do sentido de um preceito com o sentido de outros preceitos pertencentes,por assim dizer,à mesma contestação é que "não há um preceito isolado senão a totalidade de um dado sistema jurídico"(Interpretacion de la ley, I,62,p.168).

# COMARCA DE LISBOA

## 1.º VARA CÍVEL

Ex.mo Senhor Ministro da Justiça

Tenho a honra de, sobre [illegible] confiança que lhe inspiro, me dispensar-me enviar algumas sugestões relativas ao projecto do Código Civil, e que se me afigura de alguma utilidade.

O Juiz, junto da 1ª Vara Cível

Lx.ª, 4 Outubro 1961.

[illegible]

**Propostas, a alguns artigos do projecto, de**

***António Viegas Calçada*** **(Advogado).**

(14)

ANTONIO VIEGAS CALÇADA
ADVOGADO
RUA IVENS N.º 51-1º
LISBOA

## Reparos a alguns artigos do projecto

A. Viegas Calçada
Advogado

---

Por me parecer irrelevante a apreciação e critica genérica das diversas instituições do projecto do código civil, tal como as vi publicadas nos jornais, tenho por mais proveitoso chamar a atenção para certos artigos que se me afiguram dignos de reparo.

Embora o plano de sistematização seja lógico e compreensível, eu entendo que ele podia ter em vista um manuseamento mais fácil e expedito, pois há matérias cujo conhecimento só pode completar-se pela consulta de disposições que se encontram incorporadas em vários capítulos.

Os preceitos que me pareceram dignos de reparo são os seguintes:

art. 11º.

Embora o código alemão e outros admitam a aplicação extensiva da regra excepcional, penso que essa faculdade se prestará a uma larga dialéctica por parte de advogados e julgadores, mesmo tendo em conta o disposto no art.9º..

Por outro lado não se encontra determinado legalmente preceito que estabeleça o que deve entender-se por princípios essenciais de ordem pública,que não permitem a aplicação analógica da regra excepcional.

Seria de suprimir este artigo.

art. 15º. nº. 2

Suponho que a redacção deste número ficaria melhor, se em vez de "têm", se empregasse o futuro do conjuntivo "tiverem" .

Por outro lado não se alcança bem o significado preciso de normas de direito material.

Seria conveniente determinar o seu sentido rigoroso, para ser firme e válida a sua aplicação.

art. 35º.

Acho muito fluído este artigo, e como não atinjo bem o sentido da palavra "comportamento", não vejo que relação ele tenha com a residência dos contraentes. Comportamento será a atitude, a declaração de vontade, ou outra qualquer manifestação dos intervenientes em negócios juridicos ?

Este preceito deve ser mais explicito em seu objectivo e aplicação.

art. 44º.

Será necessário este artigo ?

**Propostas do**

**Conselheiro *António Cândido da Cruz Alvura***

(29)

2ª Revisão

Cons.º C. Alves

Art. 1. Autarquias locais e posturas?

Art. 4. Equidade, sua noção?

Art. 10,4 Se não se integram no domínio do direito, serão passiveis de disciplina jurídica? Art. 10,3 do projecto anterior

Art. 13,2. Nem, copulativa ou disjuntiva? Ouvida a parte contrária sobre a desistência, pode esta ser revogada antes da homologação?

Art. 14,1. "quanto ao"

Art. 40,1. "país diferente daquele que o representante indicou", ou representado?

Art. 86,2. A excepção amplia-se à prisão maior, reclusão, presídio militar etc.?

Art. 88 Aplica-se ao domicílio funcional a limitação feita no art. 84,1. sobre o domicílio profissional?

Art. 152 E pelo interdito?

Art. 169,2. "demanda" ou "autorização da demanda"

Art. 174 E por sucessão legítima?

Art. 178,4. Mesmo que a fundação ofenda a sua quota legitimária?

Art. 190,2 "qualquer outro acto de transmissão" Art. 169,2 do projecto anterior.

Art. 194,2 "prevista" ou "prevista para o caso do número anterior e a .."

Art. 209,1 "com toda a probabilidade"? Não seria preferivel o "necessariamente" dos artigos 192 do projecto anterior e 648 do Cód. vigente ou o "inequivocamente" do Art. 309,2 do presente projecto?

Art. 222,1 A excepção é indefinida. Ficava mais determinada no Art. 200 do projecto anterior, como tambem o está nos artigos 655 e 703 do Código vigente.

Art. 264, e) As férias judiciais só interessam aos actos judiciais.

Art. 371-A Parecia de manter a disposição do Art. 346 do projecto anterio

**Anotações de *Pires de Lima,***

***(*com comentários de *Antunes Varela)***

Artigo 9

Sem estabelecer princípios muito rígidos, o Código orientou-se resolutamente subjectivista quanto à matéria do objecto da interpretação, embora não fale em pensamento legislativo nem em pensamento do legislador. Estas orientações revelam-se, em primeiro lugar, no valor atribuído à letra da lei, pois no nº 1, pois no nº 2 do artigo. Desde logo não basta ao texto um mínimo, ainda que imperfeitamente expresso, de correspondência verbal, pois deve ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo. Em segundo lugar, atribui-se, no nº 4, valor interpretativo aos trabalhos preparatórios, se eles forem devidamente publicados.

No que toca, porém, às orientações objectivistas, o Código revela-se radical. Remete o nº 3, ao mesmo tempo que acerta as outras fases, para a especificidade do seu conteúdo; no resultado atingido o nº 1 só admite a vontade da lei pelo sentido. Já não admite, pois, a interpretação correctiva, pois subordina o objectivo essencial da lei, e só admite-a em aplicação da directiva jurídica nova, pois permite pelo legislador, como se vê da aplicação aos vícios de texto, consagrados em 1876, a doutrina e outras.

O critério fundamental posto pelo nº 3 corresponde a uma vontade valo-

lêr do capítulo da interpretação das leis, que encerra em alto grau as posições objectivista e subjectivista.

Artigo 10

O recurso à analogia é proibido nos casos do nº 2, havendo identidade essencial de situações fundamentais, ~~segundo~~ ~~o mesmo~~ ~~fundamento~~. Há identidade essencial fundamental das situações ~~não~~ regul. na lei e a omissão quando o mesmo espírito de interesses, não o, quando a razão ~~se~~ determinou o regime legal existente ~~igualmente~~ no caso omisso. Especialmente, quando ~~se~~ o espírito da lei regulador dos casos análogos.

A integração das lacunas, no facto de um direito, é feita usando o direito instituído a norma ~~fundamental~~, como regulador, dentro do espírito do sistema. Incumbia ~~fundamentalmente~~ ao ~~direito~~ natural ou as limitações impostas ao direito regulador, cabe ao instituído criar o direito subsidiário.

Este nisto tem, teoricamente, o inconveniente de permitir disparidades de ~~soluções~~ ~~entre~~ julgados, ~~mas~~ se diferem, nalguns casos, ~~os~~ critérios ~~de~~ regulativos de homem para homem, mas tem a vantagem de, ~~adaptando-se~~ a circunstancialismo teórico, dever à realidade das coisas.

O art. 10.º regula a integração das lacunas da lei — ~~casos~~ casos para os quais ~~não~~ não existem aplicáveis ~~apesar~~ apesar ~~de~~ ~~haver~~ haver uma caso omisso. ~~O~~ O caso omisso é

realidade diferente do simples caso não regulado.

O primeiro recurso estabelecido na lei para disciplinar o caso omisso é o da norma aplicável aos casos análogos. A analogia assenta-se na identidade de razão das razões justificativas da solução fixada na lei.

A impossibilidade de realizar analogia de norma excepcional é apenas uma negação, e não, uma afirmação, um princípio substantivo. Toda a norma excepcional, e logo a penal, tem preceito fixo e, dentro dele, generalidade, embora restrita, de modo intrínseco e em especial a cada fenômeno, uma vez dentro de seu âmbito de regência.

Destaca-se a proibição da interpretação extensiva das normas excepcionais, pois, como é sabido, só no direito penal esse resultado da interpretação é proibido quanto às normas incriminadoras.

Pondera-se, porém, a impossibilidade de aplicação da analogia às normas excepcionais nos casos em que as normas gerais correlatas contêm princípios essenciais de ordem pública.

Essa é a grande incongruência introduzida na sentença pelo Código, pois fere a própria intencionalidade material.

*Transcrição em texto informático de:*

*Senhor Prof. Doutor Pires de Lima*

*e comentado pelo Ministro da Justiça Senhor Prof. Doutor Antunes Varela*

# Anotações aos artigos 9.º, 10.º, e 11.º (versão entre Projecto e Código Civil),

## Artigo 9.º

Sem estabelecer princípios muito rigorosos, o Código orienta-se num sentido marcadamente subjectivista quanto à solução do problema do objecto de interpretação, embora fale em pensamento legislativo e não em pensamento do legislador. Esta orientação revela-se, em primeiro lugar, no valor atribuído à letra da lei, quer no n.º 1, quer no n.º 2 do artigo. Desde que não haja na Lei um mínimo, ainda que imperfeitamente expresso, de correspondência verbal, não pode ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo. Em segundo lugar, atribui-se, no n.º 4, valor interpretativo aos trabalhos preparatórios que se encontrem devidamente publicados.

Não se trata, porém, duma orientação extrema ou radical. Revela-o o n.º 3, ao presumir o acerto das soluções legais e, portanto a razoabilidade do seu conteúdo; mas revela-o sobretudo o n.º 1 ao admitir a projecção da lei para o futuro. É de admitir, pois, a interpretação correctiva, para salvaguardar o objectivo essencial da lei, e é de admitir ainda a aplicação da lei a situações jurídicas novas, não previstas pelo legislador, como no caso da aplicação das regras sobre transportes, homologadas, em 1867, a automóveis e aviões.

*Comentário:*

*O critério fundamental fixado pelo n.º 3 corresponde a uma ideia salutar do capítulo da interpretação das leis, que concilia em alto grau as posições objectivista e subjectivista.*

## Artigo 10.º

A integração das lacunas, na falta de caso análogo, é feita criando o próprio intérprete a norma que, como legislador, formularia para o caso concreto, *dentro do espírito do sistema (este itálico é texto entrelinhado, por Antunes Varela acrescento de Antunes Varela).*

Em lugar do recurso ao direito natural ou aos princípios informadores ao sistema legal, cabe ao intérprete criar o direito subsidiário.

Esta solução tem, teoricamente, o inconveniente de permitir disparidades de interpretação, já que diferem, necessariamente, os critérios de razoabilidade de homem para homem, mas tem a vantagem de, sobrepondo-se a concepção puramente teórica, descer à realidade das coisas.

*Comentário:*

*O artigo 10.º regula a integração das lacunas da lei – sendo as suas disposições aplicáveis apenas quando haja um caso omisso. O caso omisso é realidade diferente do simples caso não regulado.*

*O primeiro recurso estabelecido na lei para disciplinar o caso omisso é o do recurso aplicável aos casos análogos. A analogia das situações mede-se em função das razões justificativas da solução fixada na lei.*

## Artigo 11.º

Mantém-se a possibilidade da interpretação extensiva das normas excepcionais, pois, como é sabido, só no direito penal, esse resultado da interpretação é proibido quanto às normas incriminatórias.

Restringe-se, porém, a impossibilidade de aplicação analógica das normas excepcionais aos casos em que as normas gerais correlativas contêm princípios essenciais de ordem pública.

Essa é a grande inovação introduzida na matéria pelo Código, através duma fórmula intencionalmente maleável.

# Discurso do Ministro *Antunes Varela*

# "Do Projecto ao Código Civil"

## (Comunicação à Assembleia Nacional, no dia 26 de Novembro, 1966)



# BOLETIM DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

*N.º 161 — Dezembro — 1966*

# DISCURSOS

A primeira dúvida relativa ao acerto da decisão é a de saber qual seja o local mais apropriado para a implantação das matérias reguladas.

É útil, porém, lembrar que o Código Civil constitui não só o repositório específico de toda a legislação civil, mas a matriz natural de todo o direito privado disperso por variadíssimos diplomas, desde o Código Comercial, as leis do trabalho e dos direitos de autor até aos Códigos do Registo Civil, Predial e do Notariado; e que, nesses termos, mal se poderia conceber que nele se não fizesse alusão às fontes do direito privado, ou se não definissem as regras que dentro deste amplo e qualificado sector presidem à interpretação e aplicação das leis.

A ideia de transferir tais preceitos para a chamada *lei de introdução* não se afigura solução recomendável, pois a lei de introdução deve ser essencialmente destinada a resolver as *dificuldades de transição* do antigo para o novo direito, e não a solucionar as *questões de carácter permanente* que levantam o entendimento e a aplicação prática das normas jurídicas, tanto dentro como fora do Código Civil.

Já repugnaria bastante menos que se deslocasse para o texto constitucional a teoria geral das fontes de direito; porém, abstraindo dos obstáculos especiais com que se defronta a revisão das constituições, mal se compreenderia a inserção da técnica relativa à interpretação e aplicação das leis num texto onde apenas se definem, por natureza, os princípios básicos da vida política da Nação.

A orientação escolhida pelo projecto, além de não ser original, pois conta com bons precedentes a abonar os seus créditos, corresponde perfeitamente à importância especial que a tradição legislativa, quer em Portugal, quer nos países estrangeiros, atribui à codificação do *ius civile*. Assim se explica, de resto, que as regras formuladas nos dois primeiros capítulos do código, tendo directamente em vista o direito privado, se estendam em princípio a todos os outros ramos de direito. Embora



sujeitos a algumas acomodações (quer na aplicação do Código Civil às províncias ultramarinas, quer na sua extensão a outros sectores jurídicos, como o direito penal e o direito internacional público), os princípios assentes valem sem alteração apreciável para a generalidade das normas legais, e marcam inclusivamente o sentido da evolução futura das compilações perante as quais sofram, no presente, qualquer derrogação mais aberta.

A inclusão das normas corporativas entre as fontes do direito, que tantas reservas parece ter suscitado à prevenção ideológica de certos meios, apesar da marca autorizada e insuspeita da sua origem que é o anteprojecto do Doutor Andrade, não tem o mínimo ressaibo de totalitarismo político. Bem pode asseverar-se, pelo contrário, que só a concepção das associações corporativas como entidades dotadas de autonomia, situadas fora da órbita dos organismos oficiais e desintegradas da estrutura política do Estado, permite explicar a consideração das regras corporativas como realidades normativas distintas da lei, na ampla acepção em que esta é tomada.

Os receios de que esta doutrina possa violar o princípio da unidade da ordem jurídica, tal como vem proclamado no artigo 6.º da Constituição, têm de considerar-se manifestamente infundados em face da subordinação a que as normas corporativas ficam sujeitas perante as disposições legais de carácter imperativo (artigo 1.º, 3).

A enumeração das fontes do direito, quer se trate do direito privado, quer se raciocine para o direito público, ficaria incompleta sem a menção dos *assentos* que, embora tenham raiz processual, revestem carácter substantivo, pela força genérica do preceito que coroa a decisão do caso concreto.

A maiores dúvidas dará possìvelmente lugar a menção da equidade, visto a expressão concreta dos juízos equitativos ser a negação, pelo menos aparente, da natureza abstracta que os melhores autores reivindicam para as fontes do direito.

Duas razões justificam, no entanto, a orientação seguida.

A primeira reside na necessidade de especificar os casos em que o legislador pode afastar a aplicação da fonte normal, comum, do direito, que é ainda a lei.

A segunda advém de a equidade poder em certos casos funcionar como fonte, não apenas de *juízos concretos* ou *decisões individuais,* mas de verdadeiras regras jurídicas, de preceitos com real substância normativa, embora com um raio de acção forçosamente mais limitado que os princípios inscritos na lei. Nesse sentido se dirá, com inteira propriedade, que a equidade é uma fonte de justiça.

*B)*

INTERPRETAÇÃO DAS LEIS

5. Das questões reguladas no capítulo II, a mais difícil é, sem dúvida, a interpretação das leis.

Importa naturalmente conhecer os traços essenciais da posição definida acerca de matérias que pertencem ainda hoje ao número dos temas mais debatidos entre os autores. Antes, porém, de sumariar a doutrina do código, será conveniente que eu exponha, em síntese, a minha posição pessoal, como mestre e aprendiz do direito, acerca dos pontos capitais da interpretação. Não para luzir conhecimentos, que são bastante minguados e não poderiam deslumbrar ninguém, mas para facilitar a compreensão de certas proposições desgarradas que a lei insere, e também para mostrar a discrição com que o legislador se houve em toda a matéria, não obstante o apreciável avanço que as disposições traduzem, seja em relação ao código vigente, seja no confronto com as disposições paralelas das legislações estrangeiras.

O problema da interpretação, que tanto atormenta os juristas, nasce de a lei ser composta de palavras, e de as palavras (tanto as proferidas oralmente como as gravadas por escrito)



constituírem um meio falível de exprimir o pensamento do homem. Quando o texto legal, tomado isoladamente ou analisado juntamente com outros do mesmo sistema, comporta mais de um entendimento, como tantas vezes sucede, não apenas com as leis, mas com os trechos verbais de qualquer outra índole, qual é o sentido com que ele deve ser aplicado?

O sentido correspondente à vontade de quem fez a lei, respondem uns; o melhor sentido que caiba objectivamente na armadura verbal da lei, sustentam outros.

A verdade, porém, é que repugna aceitar como ponto de partida a tese objectivista, a posição doutrinária dos escritores que mal pegam na lei a desprendem imediatamente da sua origem natural para logo a projectarem, como entidade *a se,* sobre o plano das realidades externas que mais convêm à aplicação do direito em geral.

O legislador, quer se trate do Governo, quer estejam em causa as assembleias legislativas, não pode comparar-se, no exercício da função que lhe é cometida, ao escultor a quem o Estado encomenda e paga uma obra de arte, para que, uma vez exposta a peça ao público, cada um de nós a interprete e a sinta a seu modo; nem a lei deve rebaixar-se à categoria de simples artigo pronto a ser digerido segundo as variáveis necessidades fisiológicas do organismo social.

Os códigos não são meras exposições académicas de princípios, em que o autor se limite a proclamar a boa doutrina, sem a pretensão de impor a sua observância a quem quer que seja. Muito pelo contrário, a lei é um instrumento prático de acção, posto ao serviço de uma ou mais vontades a que os preceitos constitucionais outorgam foros de soberania. É o meio normal de expressão de um pensamento, mas de um pensamento real, concreto, histórico, nascido na inteligência de quem compõe, assina ou vota o texto legal, e não a pura representação gráfica de uma vontade ficta, abstracta, insuflada de fora para dentro nas entranhas mortas da lei. Sem a força e a mus-

culatura que lhe dá a vontade real do autor, a lei assemelhar-se-ia a um peso morto, a um simples esqueleto de regras, não seria o corpo vivo, actuante, de que o organismo social carece para assegurar a disciplina do seu desenvolvimento.

Procurar inicialmente na lei, tal como na simples declaração de vontade, outra entidade psicológica que não seja a vontade real do autor tem toda a aparência de uma viciosa e flagrante usurpação do poder de soberania conferido ao legislador, no plano teleológico das realidades constitucionais.

Simplesmente, a vontade real do legislador — *caput et fundamentum* de toda a actividade interpretativa — está condicionada, na sua eficácia, pela propriedade dos meios por que ela se exprime. É através da lei que a autoridade constituída exterioriza a sua vontade; é a lei que há-de reflectir a sua vontade.

Desta dupla ordem de considerações, na aparência singelas, se não mesmo banais, é possível derivar já duas conclusões de inegável interesse prático.

Assim, se, em si mesma considerada, a lei é *equívoca* ou *ambígua*, porque comporta dois ou mais sentidos, mas não faltam nos estudos preliminares do respectivo projecto ou no próprio relatório do diploma indicações seguras sobre qual deles exprime o pensamento do legislador, é de harmonia com esse entendimento que a norma deve ser aplicada.

Pouco importa, quando assim for, que a significação preferida traduza ou não, no conceito do intérprete, a disciplina mais justa da relação ou o sentido mais razoável de quantos cabem no arranjo literal do texto legislativo.

Porém, se a vontade denunciada pelo legislador não couber de modo nenhum no quadro gramatical da lei, se exceder o núcleo de todas as suas significações possíveis (por virtude de alguma alteração da última hora na composição do texto, por conflito insanável com outro preceito que não deva ser sacrificado, por gralha tipográfica que não seja notória, ou por qualquer outra razão), essa vontade terá de ceder perante o sentido que os destinatários podem tirar da lei.



Eis aqui a primeira limitação, de carácter objectivo, imposta pelo invólucro verbal da lei à soberania temporal da vontade real do legislador.

Mas não é este o único ingrediente de natureza objectiva que tempera a teoria da interpretação das leis (1).

As mais das vezes, quando a lei é em si mesma equívoca, falecem os elementos exteriores que permitam ao intérprete afirmar, com a necessária segurança, qual tenha sido o sentido que o legislador lhe deu. Nuns casos, como de ordinário acontece, faltam quaisquer outros subsídios além do texto ambíguo da norma; noutros casos, menos frequentes, existem indicações estranhas ao corpo da lei, mas também esses elementos são vagos, imprecisos, acaso contraditórios entre si; noutras hipóteses, mais raras, mas sempre possíveis nesta fonte permanente de singularidades que é a vida, haverá razões para presumir ou afirmar que algumas pessoas subscreveram a lei dando-lhe um sentido, enquanto outras a aprovaram com diferente significado.

Em semelhantes situações, que no seu conjunto abarcam o

---

(1) Na Alemanha, onde a ciência jurídica tem escavado a fundo as entranhas lógicas, políticas e sociológicas do terreno em que assentam os problemas da interpretação das leis e da criação do direito, também Lehmann (*Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, 14.ª edição, Berlim, 1963, págs. 52 e seguintes), depois de afirmar que nenhuma das teorias (objectiva ou subjectiva) merece ser aceita no rigor dos seus termos, porque qualquer delas tem de fazer concessões ao pensamento fundamental da outra, reconhece que o ajustamento necessário se pode mais fàcilmente efectuar sobre a base da teoria subjectivista, pois ela pode conciliar no mais alto grau os dois fins superiores da ordem jurídica: a maior *segurança* e a melhor *flexibilidade* (cf. especialmente pág. 54).

maior sector das realidades a considerar, como há-de o intérprete agir?

Não pode apoiar-se na vontade real do legislador, visto que, por fas ou por nefas, ela se lhe escapa das mãos.

Terá, por isso, de tomar como ponto de referência um legislador ideal, cujo retrato jurídico é necessàriamente composto com traços de índole objectiva. Para esboçar as linhas essenciais do perfil que mais convém a essa figura central, sobre o cavalete das grandes teorias da interpretação, seria necessário entrar em numerosas indagações doutrinárias, que de modo algum se compadecem com a índole da presente exposição. É preferível, dentro da finalidade a que obedece a comunicação, procurar os contornos mais salientes da sua projecção sobre o terreno firme das realidades práticas.

Ora, quando se diz que determinada disposição legal tem mais que um sentido possível, não se quer por via de regra afirmar que todos eles se movam com igual à-vontade dentro do texto da lei. Quase sempre, pelo contrário, um deles corresponde ao alcance mais natural das palavras usadas, à mensagem que por aquela forma pretenderia transmitir uma pessoa que redija com suficiente correcção, enquanto os outros representam uma interpretação mais arrevesada, um sentido mais forçado dos mesmos termos, assente, por conseguinte, num estilo de redacção menos corrente ou numa tradução menos feliz de certo pensamento.

Por outro lado, pode também suceder — e frequentes vezes acontece — que entre os dois ou mais sentidos captados pelos vocábulos da lei, nem todos sejam igualmente justos, razoáveis ou criteriosos. Há casos mesmo em que a diferença de valor entre as várias soluções possíveis na interpretação de certa norma — examinada a pendência na instância superior da justiça que brota dos comandos legais — é notória, flagrante, sensível.

E, posto assim a claro o verdadeiro esquema da dificuldade que a aplicação das leis é forçada a remover, não será empresa



difícil, nem temerária, a de fixar as directrizes básicas a que nestes pontos deve subordinar-se a actividade interpretativa.

O intérprete deve, em primeiro lugar, partir do pressuposto de que o legislador, não sendo um literato ou um purista da língua, e nem sempre conseguindo (como nenhum dos pobres mortais) evitar o uso das expressões ambíguas, é pessoa capaz de exprimir convenientemente o seu pensamento, por saber redigir um texto com a necessária correcção.

Por conseguinte, se a lei admitir várias interpretações, mas uma delas corresponder ao sentido natural dos seus termos, ao passo que as outras assentam sobre um entendimento bastante mais forçado, é a primeira que o jurista deve como regra preferir, por ser a que com maior probabilidade de acerto exprime a vontade do legislador.

Se verificar que a acepção mais natural do texto tem ainda a virtude de conferir à lei o sentido mais justo, razoável ou criterioso, mais substancial será o saldo a favor dela, pois que uma segunda directiva deve ser assinada à actividade do intérprete: a ideia de que o legislador consagra, em princípio, as soluções mais acertadas que cabem dentro da lei.

Mais difíceis de solucionar são os casos em que o crivo da razão e o metro da hermenêutica conduzam a resultados díspares, por a solução mais acertada não corresponder ao significado mais natural das expressões usadas na redacção da lei.

A resolução desses problemas, na prática, depende essencialmente da argúcia com que o intérprete souber procurar a vontade mais provável do legislador, descobrindo e valorizando as razões que como tal a imponham ao critério do julgador. No plano da teoria, dir-se-á que o jurista deve procurar então a solução que melhor congrace os dois critérios em oposição, preferindo a interpretação que no conjunto menos se afaste do padrão de correcção formal e da bitola do rigor substancial que definem o legislador presuntivo ou ideal.

Todos estes critérios, conforme transparece nos próprios

termos da sua formulação, funcionam apenas como simples directivas de ordem geral, como puras máximas legais destinadas a ceder, logo que no caso particular, por força de circunstâncias especiais, se demonstre ser outra a solução preferível. Os trabalhos preparatórios da lei, os fins a que a norma se acha adstrita, o confronto com outras regras do sistema, o recurso aos lugares paralelos podem, com efeito, provar à saciedade que a vontade mais provável do legislador não é afinal a que serve de base à solução mais acertada, nem aquela que representa o sentido mais natural dos termos legais, mas uma outra, mais ou menos distanciada de qualquer dos parâmetros adoptados: e desde que ela caiba ainda no texto legislativo, nenhum impedimento se deve levantar contra a sua validade.

6. Estes são os rasgos essenciais da posição doutrinária que julgamos mais defensável: considerando a vontade real do legislador como escopo fundamental da actividade interpretativa, ela faz ao longo da penosa caminhada imposta ao intérprete um largo apelo a subsídios de natureza puramente objectiva.

Porém, o código, na esteira do caminho aberto pelo projecto, foi bastante mais prudente e comedido, como convinha a um diploma desta natureza. Colocando-se deliberadamente acima da velha querela entre subjectivistas e objectivistas, a nova lei limitou-se a recolher uns tantos princípios que considerou aquisições definitivas da ciência jurídica, sem curar grandemente da sua origem doutrinária. Em tudo o mais, no dizer do Doutor Andrade, houve o propósito de deixar o «campo livre para a actividade da doutrina, em problema de tanta complexidade e transcendência que perigoso seria tentar solucioná-lo de uma vez para sempre».

Assim, muito de caso pensado, nos n.os 1 e 2 do artigo 9.°, evitou-se falar na vontade do legislador ou na vontade da lei, para discretamente se referir apenas «o pensamento legislativo».



Com o mesmo espírito de prudência se utilizou no n.° 1 desse artigo uma expressão bastante vaga, o menos vinculativa possível («tendo sobretudo em conta»), para designar o valor que assumem no labor do intérprete as circunstâncias vigentes à data da elaboração da lei e as condições verificáveis ao tempo da sua aplicação, sendo certo ainda que nenhum significado especial possui a ordem por que são indicados esses dois factores.

Quanto às tais recomendações válidas para a grande generalidade dos casos, o código não deixa de consagrá-las, mas fá-lo com grande discrição (em termos mais moderados que o anteprojecto), nada dizendo sobre a forma de resolver o conflito entre os resultados práticos a que elas conduzam, e afirmando de modo claro que se trata de simples critérios ou directrizes de ordem geral.

Dentro do mesmo contexto de ideias se explica, por fim, a eliminação do preceito que no projecto se referia ao valor dos trabalhos preparatórios, por se terem suscitado dúvidas sérias, que não era fácil esclarecer no texto da lei, acerca da forma como seriam fixados os limites da sua atendibilidade.

### c)

### INTEGRAÇÃO DAS LACUNAS DA LEI

7. A doutrina do código relativa à integração das lacunas da lei, afora ligeiras diferenças de pormenor, representa a consagração explícita, em termos adequados, das soluções já propugnadas pelo Doutor Andrade em face da imperfeita legislação vigente.

É reconhecida a existência de casos omissos e aceita-se o recurso à analogia como o primeiro processo de integração das lacunas.

A noção de analogia dada no projecto e mantida no código

procura impedir que a integração se venha a transviar nos perigosos labirintos da pura lógica conceitual, orientando-a directamente para os trilhos mais seguros da justiça relativa ou da analogia substancial. Em lugar de se prender no puro desenho formal das situações recortadas na lei, ou de atender à mera semelhança exterior, fisionómica, entre o caso regulado e o caso omisso, o jurista deve procurar as verdadeiras razões justificativas do regime fixado para a hipótese legalmente prevista e averiguar, em seguida, se as razões apuradas colhem ou não para a questão imprevista.

Outro não era, no essencial, o alcance da fórmula já usada no anteprojecto — «consideram-se análogos os casos que, razoàvelmente, devam ter o mesmo tratamento jurídico» —, cujo acento tónico está menos no advérbio de modo *(razoàvelmente)* do que no derradeiro juízo referente à identidade de tratamento exigida pelas duas espécies de casos.

É evidente que na base da exigência de um tratamento idêntico está a verdadeira semelhança, a analogia real e não estritamente formal, entre a situação regulada e a hipótese omissa.

Prevendo em seguida a falta de casos análogos, a lei adopta o célebre critério formulado no código suíço, que entrega a resolução do problema à cogitação do próprio intérprete ou à actividade integradora do julgador.

Não remete, no entanto, para os juízos de equidade, para a justiça do caso concreto, compelindo antes o julgador a criar prèviamente uma norma geral e abstracta, na estrutura da qual a realidade concreta se despirá das suas roupagens acessórias e a disciplina da situação se libertará dos sentimentos e das paixões que tantas vezes perturbam o bom julgamento dos casos individuais.

A simples descrição lógica deste processo mostra como erraria abertamente a pontaria a crítica que pretendesse atingir a solução com os dardos que é uso jogar contra o alvo da equi-



dade: nem a lei consagra neste caso o recurso à equidade, nem a solução diverge do ensinamento que era já a boa doutrina em face da legislação vigente (artigo 16.º do Código Civil).

Também é líquido que o código não remete o intérprete para os princípios contidos no sistema.

Uma coisa é legislar *dentro do espírito* do sistema, sem violar por conseguinte os postulados fundamentais da ordem jurídica estabelecida, e outra bastante diferente é legislar segundo os princípios exarados nesse sistema.

Na prática, a diferença está na possibilidade de o jurista, ao integrar as lacunas da lei, criar novos princípios, traçar à legislação e à jurisprudência rumos até então desconhecidos, desde que não ofenda o espírito do direito vigente.

Isto significa que o código não refere quais sejam as regras em que deve basear-se o preenchimento das lacunas, nem sequer apontando para os princípios do direito natural, como fazia o Código de 67, de harmonia com a concepção jusracionalista da época. A explicação do facto reside ainda no mesmo espírito de prudência legislativa que dominou toda a disciplina destas matérias.

Sem prejuízo de ter assumido em outros pontos uma posição de acentuada reacção contra o positivismo legal, a lei quis deixar neste capítulo da criação do direito o campo suficientemente aberto a todos os progressos da jurisprudência e a todas as conquistas da doutrina.

Só as normas excepcionais continuam a ser insusceptíveis de aplicação analógica.

O projecto admitia, no entanto, a aplicação por analogia dos preceitos dessa natureza, desde que as normas gerais correlativas não contivessem princípios essenciais de ordem pública.

Era um sinal do protesto, generalizado na melhor doutrina, contra as injustiças a que frequentes vezes dá lugar a aplicação rígida das regras gerais. E a mesma insatisfação exprimia por forma bastante nítida o próprio anteprojecto, embora o fizesse

em termos de tal modo vagos e imprecisos que tornavam a nova doutrina dificilmente exequível na jurisprudência.

O Doutor Andrade parecia insurgir-se sobretudo contra a aplicação sistemática daquelas normas gerais que, não estando directamente formuladas na lei, apenas se alcançam por ampliação indutiva das soluções isoladas em que elas afloram. Mas a esses poderá o jurista aditar ainda os casos em que a mesma formulação da regra geral, embora por uma nota meramente acidental, revele que o manto da previsão legislativa não cobriu todas as situações do tipo genérico que a norma abrange.

Foi precisamente o intuito de permitir ao julgador a abolição de certas injustiças resultantes da aplicação absoluta das normas gerais que levou o projecto a quebrar a rigidez do princípio estabelecido na actual legislação, mediante um critério sem dúvida mais preciso que a expressão constante do anteprojecto.

A verdade, porém, é que, não obstante a sua maior precisão, a fórmula sugerida deu lugar a tantas dúvidas sobre a possibilidade de aplicação analógica de certos textos, durante os quatro meses de apreciação pública do projecto, que a breve trecho se reconheceu a necessidade de não alterar a doutrina estabelecida no direito vigente, por se mostrar a menos inconveniente de todas as soluções possíveis.

Como diria Manuel Andrade, *houve que sacrificar uma possível maior justiça nas aras da certeza jurídica.*

### *D)*

### NEGÓCIOS USURÁRIOS. ABUSO DO DIREITO. SEQUÊNCIA

8. Nem o preceito que fixa a anulabilidade dos negócios usurários (artigo 282.°) nem a norma que define o chamado *abuso do direito* (artigo 334.°) deram margem até agora a dúvidas sérias de interpretação. Mas ambas as disposições servi-



ram de pretexto a uma crítica bastante viva contra os poderes arbitrários que através de semelhantes soluções a lei colocaria nas mãos dos juízes.

E como intervenções análogas do julgador são admitidas em alguns dos problemas regulados no livro das obrigações, não faltou quem no facto visse retratada uma coordenada geral do sistema e a reputasse francamente condenável.

É conveniente analisar com toda a atenção a dúvida formulada, mas na parte das obrigações em geral, visto ser nesse extenso capítulo que o leitor pode encontrar, de facto, mais frequentes vestígios da orientação legal.

## II)

## DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

### *A)*

### OBRIGAÇÕES EM GERAL

9. São em número apreciável os casos em que, nas obrigações em geral e nos contratos em particular, a lei remete de modo directo para os juízos de equidade do julgador ou confere ao tribunal, através de conceitos bastante maleáveis, uma ampla margem de apreciação das coisas na resolução de determinados problemas.

Nos comentários ao projecto, foram apenas referidas, além das hipóteses há pouco destacadas na parte geral, a resolução ou modificação do contrato fundada na alteração das circunstâncias (artigo 437.°), a revisão da renda no arrendamento rural (artigo 1 070.°) e a decretação da separação entre os cônjuges quando o queixoso tenha requerido o divórcio (artigo 1 794.°), mas várias outras disposições poderiam ser adicionadas ao rol

# Epítome respeitante aos artigos 3.º e 4.º do Estatuto dos Magistrados Judiciais

**Epítome do Estatuto dos Magistrados Judiciais**

| **EMJ aprovado pelo Decreto-Lei n.º 33 547, de 23 de Fevereiro de 1944** | **EMJ aprovado pelo Decreto-Lei n.º 44 278, de 14 de Abril de 1962** | **EMJ, aprovado pela Lei 85/77, de 13 de Dezembro** | **EMJ, aprovado pela Lei 21/85, de 30 de Julho** |
|---|---|---|---|
| Art. 240.º<br><br>A magistratura judicial tem por missão julgar em harmonia com as fontes a que, segundo a lei, deva recorrer e fazer executar as suas decisões. Os juízes não podem deixar de aplicar a lei sob pretexto de que ela lhes pareça imoral ou injusta e as suas decisões deverão ter em consideração todos os casos que merecerem o mesmo tratamento, a fim de, tanto quanto possível, se obter uma jurisprudência uniforme. O dever de obediência à lei compreende o de respeitar os juízos de valor legais, mesmo quando se trate de resolver hipóteses não previstas nela. Os juízes não podem deixar de julgar com o fundamento de obscuridade da lei nem, se o caso dever ser juridicamente regulado, com o da sua falta. | Art. 110.º<br><br>**1** – A magistratura judicial tem por missão julgar em harmonia com as fontes a que, segundo a lei, deva recorrer, e fazer executar as suas decisões.<br>**2** – Os juízes não podem deixar de aplicar a lei sob pretexto de que ela lhes pareça imoral ou injusta; nas suas decisões devem atender ao carácter geral e abstracto da norma legal, concorrendo para a uniformidade da jurisprudência.<br>**3** – O dever de obediência à lei compreende o de respeitar os juízos de valor legais, mesmo quando se trate de resolver hipóteses não especialmente previstas; o juiz não pode recusar o julgamento com o fundamento na obscuridade ou na falta da lei, desde que o caso sujeito à apreciação jurisdicional deva ser juridicamente regulado. | Art. 3.º<br>(Função da magistratura judicial)<br>**1.** É função da magistratura judicial administrar a justiça de acordo com as fontes a que, segundo a lei, deva recorrer e fazer executar as suas decisões.<br>**2.** Os juízes não podem abster-se de julgar com fundamento na falta, obscuridade ou ambiguidade da lei ou em dúvida insanável sobre o caso em litígio desde que este deva ser juridicamente regulado.<br><br>Art. 4.º<br>(Independência da magistratura judicial)<br>**1.** Os juízes julgam apenas segundo a Constituição e a lei e não estão sujeitos a ordens ou instruções, salvo o dever de acatamento pelos tribunais inferiores das decisões proferidas, em via de recurso, pelos tribunais superiores.<br>**2.** O dever de obediência à lei compreende o de respeitar os juízos de valor legais, mesmo quando se trate de resolver hipóteses não especialmente previstas. | Art. 3.º<br>(Função da magistratura judicial)<br>**1** - É função da magistratura judicial administrar a justiça de acordo com as fontes a que, segundo a lei, deva recorrer e fazer executar as suas decisões.<br><br>**2** – Os magistrados judiciais não podem abster-se de julgar com fundamento na falta, obscuridade ou ambiguidade da lei, ou em dúvida insanável sobre o caso em litígio, desde que este deva ser juridicamente regulado.<br><br>Art. 4.º<br>(Independência)<br><br>**1** – Os magistrados judiciais julgam apenas segundo a Constituição e a lei e não estão sujeitos a ordens ou instruções, salvo o dever de acatamento pelos tribunais inferiores das decisões proferidas, em via de recurso, pelos tribunais superiores.<br>**2** – O dever de obediência à lei compreende o de respeitar os juízos de valor legais, mesmo quando se trate de resolver hipóteses não especialmente previstas. |

# Epítome respeitante aos artigos 8.º, 9.º, 10.º e 11.º do Código Civil

## Artigo 8.º

| Projecto (provisório) de *Manuel de Andrade* | 1.ª Revisão Ministerial | Revisão Intercalar, de 1964[1] | Propostas de *Miguel Galvão Teles* (MGT) | Revisão intercalar, *s.d.* (mas posterior a MGT) Por sua vez designada, em manuscritos, "2.ª Revisão | Propostas de Paulo Merêa | 2.ª Revisão Ministerial | Projecto do Código Civil – Ministério da Justiça, 1966 | Código Civil |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| I – Os juízes não podem abster-se de julgar por falta ou obscuridade de lei ou por dúvida insanável sobre os factos em litígio.<br><br>II – Também não podem negar obediência à lei por imoralidade ou injustiça do seu conteúdo.<br><br>III – Nas suas decisões devem ter em consideração todos os casos que mereçam o mesmo tratamento, a fim de, quanto possível, se obter uma jurisprudência uniforme. | *(Dever de obediência à lei)*<br><br>1. ~~I~~ Os juízes não podem abster-se de julgar por falta ou obscuridade dae lei ou por dúvida insanável sobre os factos em litígio.<br>2. ~~II~~ Também não podem negar obediência à lei a pretexto de ser imoral ou injusto o conteúdo do preceito legislativo. ~~por imoralidade ou injustiça do seu conteúdo.~~<br>3. ~~III~~ Nas suas decisões, devem ~~o~~ julgador ter em consideração todos os casos que mereçam ~~o mesmo~~ análogo tratamento, a fim de, quanto possível, se obter uma jurisprudência uniforme. | (Dever de obediência à lei)<br><br>1. Os ~~juízes~~ não pode~~m~~ abster-se de julgar, invocando a ~~por~~ falta ou obscuridade da lei ou alegando qualquer ~~por~~ dúvida insanável ~~sobre~~ acerca dos factos em litígio.<br>2. O julgador ~~Também~~ não pode~~m~~ negar obediência à lei, sob ~~a~~ pretexto de ser injusto ou imoral ~~ou injusto~~ o conteúdo do preceito legislativo.<br><br>3. Nas suas decisões, ~~deve~~ o julgador terá em consideração todos os casos que mereçam tratamento análogo, ~~tratamento~~ a fim de garantir, na medida do ~~quanto~~possível, ~~se obter~~ uma interpretação e aplicação uniforme do direito ~~jurisprudência uniforme~~. | (Dever de obediência à lei)<br>1. O juiz não pode abster-se de julgar, invocando a falta ou obscuridade da lei ou alegando qualquer dúvida insanável acerca dos factos em litígio.<br>2. O julgador não pode negar obediência à lei, sob pretexto de ser injusto ou imoral o conteúdo do preceito legislativo.<br><br>3. [...][2]<br>~~4~~3. Nas suas decisões, o julgador terá em consideração todos os casos que mereçam tratamento análogo, a fim de garantir, na medida do possível, uma interpretação e aplicação uniforme do direito. | (Dever de obediência à lei)<br>1. O juiz não pode abster-se de julgar, invocando a falta ou obscuridade da lei ou alegando qualquer dúvida insanável acerca dos factos em litígio.<br>2. O julgador não pode negar obediência à lei, sob pretexto de ser injusto ou imoral o conteúdo do preceito legislativo.<br>3. [...]<br>~~4.~~ Nas suas decisões, o julgador terá em consideração todos os casos que mereçam tratamento análogo, a fim de garantir, na medida do possível, uma interpretação e aplicação uniformes do direito. | (Obrigação de julgar e dever de obediência à lei) | (Obrigação de julgar e dever de obediência à lei)<br>1. O juiz não pode abster-se de julgar, invocando a falta ou obscuridade da lei ou alegando qualquer dúvida insanável acerca dos factos em litígio.<br>2. O julgador não pode negar obediência à lei, sob pretexto de ser injusto ou imoral o conteúdo do preceito legislativo.<br>3. Nas ~~suas~~ decisões que proferir, o julgador terá em consideração todos os casos que mereçam tratamento análogo, a fim de garantir, na medida do possível, uma interpretação e aplicação uniformes do direito. | (Obrigação de julgar e dever de obediência à lei)<br>1. O juiz não pode abster-se de julgar, invocando a falta ou obscuridade da lei ou alegando qualquer dúvida insanável acerca dos factos em litígio.<br>2. O julgador não pode negar obediência à lei, sob pretexto de ser injusto ou imoral o conteúdo do preceito legislativo.<br><br>3. Nas decisões que proferir, o julgador terá em consideração todos os casos que mereçam tratamento análogo, a fim de garantir, na medida do possível, uma interpretação e aplicação uniformes do direito. | (Obrigação de julgar e dever de obediência à lei)<br>1. O ~~tribunal~~ juiz não pode abster-se de julgar, invocando a falta ou obscuridade da lei ou alegando ~~qualquer~~ dúvida insanável acerca dos factos em litígio.<br>2. O ~~dever julgador não pode negar~~ de obediência à lei não pode ser afastado ~~,~~ sob pretexto de ser injusto ou imoral o conteúdo do preceito legislativo.<br>3. Nas decisões que proferir, o julgador terá em consideração todos os casos que mereçam tratamento análogo, a fim de obter ~~garantir, na medida do possível,~~ uma interpretação e aplicação uniformes do direito. |

[1] Aquando dos trabalhos preparatórios, esta revisão foi, temporariamente, designada por 2.ª Revisão. Veio a dar lugar à revisão vulgarmente designada por 2.ª Revisão. Assinala-se que houve quem designasse esta última por 3.ª Revisão (por exemplo, manuscrito de *Paulo Merêa*). Assinala-se que os trabalhos eram *em* contínuo (como se pode verificar ao consultar os documentos do espólio *Antunes Varela*, na Torre do Tombo), pelo que o número de Revisões hoje recenseadas está muito aquém das revisões feitas.

[2] *Miguel Galvão Teles* propõe que passe a n.º 3 deste artigo o que constava do artigo 3.º da versão anterior.

# Artigo 9.º

| Projecto (provisório) de *Manuel de Andrade* | 1.ª Revisão Ministerial | Revisão Intercalar, de 1964[3] | Propostas de *Miguel Galvão Teles* (MGT) | Revisão intercalar, *s.d.* (mas posterior a MGT) Por sua vez designada, em manuscritos, "2.ª Revisão" | Propostas de Paulo Merêa | 2.ª Revisão Ministerial | Projecto do Código Civil – Ministério da Justiça, 1966 | Código Civil |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| I - A interpretação não deve ficar atida à letra dos textos. Deve reconstituir o verdadeiro pensamento legislativo, integrando-o na totalidade do sistema jurídico e projectando-o nas condições do tempo actual.<br><br>II – Não pode surtir efeito o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um reflexo verbal tolerável, conquanto imperfeito.<br><br>III – Deve presumir-se que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube traduzir o seu pensamento com sobriedade e correcção.<br><br>IV – Os chamados trabalhos preparatórios ou materiais da lei não têm qualquer autoridade enquanto não devidamente publicados.<br><br>V – É consentido restringir o preceito da lei quando, para casos especiais, ele levaria a consequências graves e imprevistas que certamente o legislador não teria querido sancionar. | *(Critérios a observar na interpretação da lei)*<br>1. ~~I~~ – A interpretação não deve cingir-se ~~ficar atida~~ à letra dos textos legislativos, mas ~~.~~ ~~Deve~~ reconstituir através dos textos o verdadeiro pensamento legislativo, integrando-o na totalidade do sistema jurídico e projectando-o nas condições específicas do tempo em que a interpretação se realiza~~actual~~.<br>2. ~~II~~ – Não ~~pode~~ surtirá todavia qualquer efeito o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo, ainda que imperfeito, de correspondência ~~reflexo~~ verbal ~~tolerável, conquanto imperfeito~~.<br>3. ~~III~~ – Na fixação do sentido e alcance da lei, ~~d~~Deve o intérprete presumir-~~se~~ que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube traduzir o seu pensamento com ~~sobriedade e~~ suficiente correcção.<br><br>4. ~~IV~~ – Os ~~chamados~~ trabalhos preparatórios ou materiais da lei carecem ~~não têm~~ de qualquer autoridade enquanto não forem devidamente publicados.<br>~~V – É consentido restringir o preceito da lei quando, para casos especiais, ele levaria a consequências graves e imprevistas que certamente o legislador não teria querido sancionar.~~ | (~~Critérios a observar na i~~Interpretação da lei)<br>1. A interpretação não deve cingir-se à letra da lei ~~dos textos legislativos~~, mas reconstituir através dos textos o verdadeiro pensamento legislativo, depois de o integrar ~~integrando o~~ na totalidade do sistema jurídico e de o projectar~~ando o~~ nas condições específicas do tempo em que a lei a ~~interpretação se realiza~~ é aplicada.<br>2. Não pode, porém, ser considerado pelo intérprete ~~surtirá todavia qualquer efeito~~ o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo, ainda que imperfeito, de correspondência verbal.<br><br>3. Na fixação do sentido e alcance da lei, ~~deve~~ o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube ~~traduzir~~ exprimir o seu pensamento em termos adequados~~com suficiente correcção~~.<br><br>4. Os trabalhos preparatórios ~~ou materiais~~ da lei carecem de ~~qualquer~~ autoridade enquanto não forem devidamente publicados. | (Interpretação da lei)<br>1. A interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas determinar ~~reconstituir~~ através a partir dos textos o (autêntico) ~~verdadeiro~~ pensamento legislativo, tendo em atenção ~~depois de o integrar~~ na totalidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e ~~e de o projectar~~ nas condições específicas do tempo em que ~~vai ser a lei é~~ aplicada.<br>2. Não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo, ainda que imperfeito, de correspondência verbal.<br><br>3. Na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados.<br><br>4. Os trabalhos preparatórios da lei carecem de autoridade enquanto não forem devidamente publicados. | (Interpretação da lei)<br>1. A interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir ~~determinar~~ a partir dos textos o ~~(autêntico)~~ pensamento legislativo, tendo em ~~atenção~~ conta a totalidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que ~~vai ser~~ é aplicada.<br>2. Não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo ~~, ainda que imperfeito,~~ de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso.<br><br>3. Na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados.<br>4. Os trabalhos preparatórios da lei carecem de autoridade enquanto não forem devidamente publicados. | (Interpretação da lei)<br>1. A interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo em conta a totalidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada.<br>2. Não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso.<br><br>3. Na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados.<br>4. Os trabalhos preparatórios da lei carecem de autoridade enquanto não forem devidamente publicados. | (Interpretação da lei)<br>1. A interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo em conta a totalidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada.<br>2. Não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso.<br><br>3. Na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados.<br>4. Os trabalhos preparatórios da lei carecem de autoridade enquanto não forem devidamente publicados. | (Interpretação da lei)<br>1. A interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada.<br>2. Não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso.<br><br>3. Na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados.<br>~~4. Os trabalhos preparatórios da lei carecem de autoridade enquanto não forem devidamente publicados.~~ |

[3] Aquando dos trabalhos preparatórios, esta revisão foi, temporariamente, designada por 2.ª Revisão. Veio a dar lugar à revisão vulgarmente designada por 2.ª Revisão. Assinala-se que houve quem designasse esta última por 3.ª Revisão (por exemplo, manuscrito de *Paulo Merêa*). Assinala-se que os trabalhos eram *em contínuo* (como se pode verificar ao consultar os documentos do espólio *Antunes Varela*, na Torre do Tombo), pelo que o número de Revisões hoje recenseadas está muito aquém das revisões feitas.

[4] A palavra foi sugerida por *Júlio Gonçalves Salvador*, Corregedor da 1.ª Vara Cível do Tribunal da Comarca de Lisboa.

## Artigo 10.º

| Projecto (provisório) de *Manuel de Andrade* | 1.ª Revisão Ministerial | Revisão Intercalar, de 1964[5] | Propostas de *Miguel Galvão Teles* (MGT) | Revisão intercalar, *s.d.* (mas posterior a MGT) Por sua vez designada, em manuscritos, "2.ª Revisão" | 2.ª Revisão Ministerial | Projecto do Código Civil – Ministério da Justiça, 1966 | Código Civil |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | *(Integração das lacunas da lei)* | (Integração das lacunas da lei) | (Integração das lacunas da lei) | (Integração das lacunas da lei) | (Integração das lacunas da lei) | (Integração das lacunas da lei) | (Integração das lacunas da lei) |
| I – Nos casos não previstos na lei, nem sequer por remissão para outro sistema normativo ou para a equidade, o juiz deve resolver segundo a norma que estiver na lei para casos análogos. | 1. ~~I~~—Nos casos ~~que não previstos n~~ a lei não preveja, nem sequer por meio de remissão para outro sistema normativo ou para a simples equidade, o juiz deve resolver segundo a norma que estiver fixada na lei para os casos análogos ao que lhe incumbe julgar. | 1. ONos casos que a lei não preveja, nem sequer por meio de remissão para outro sistema normativo ou para a simples equidade, são regulados segundo ~~o juiz deve resolver segundo~~ a norma ~~que estiver fixada na lei para~~ aplicável aos casos análogos, ~~ao que lhe incumbe julgar.~~ | 1. AoOs casos que a lei não preveja (, nem sequer por meio de remissão para outro sistema normativo ou para a simples equidade), aplica-se a disciplina jurídica estabelecida ~~são regulados segundo a norma aplicável~~ para aos casos análogos, nos limites que a medida da analogia autorizar. | 1. OAos casos que a lei não preveja ~~(nem sequer por meio de remissão para outro sistema normativo ou para a simples equidade),~~ são regulados segundo a norma aplicável ~~aplica-se a disciplina jurídica estabelecida para~~ aos casos análogos, ~~nos limites que a medida da analogia autorizar~~. | 1. Os casos que a lei não preveja são regulados segundo a norma aplicável aos casos análogos. | 1. Os casos que a lei não preveja são regulados segundo a norma aplicável aos casos análogos. | 1. Os casos que a lei não preveja são regulados segundo a norma aplicável aos casos análogos. |
| II – O antagonismo insanável entre duas estatuições legais importa a eliminação dessas estatuições. | 2. ~~II – O antagonismo insanável entre duas estatuições legais importa a eliminação dessas estatuições.~~ | 2. São considerados ~~Consideram-se~~ análogos os casos que, por semelhança essencial de situações, devam razoàvelmente ser sujeitos à mesma disciplina jurídica. ~~ter o mesmo tratamento jurídico, segundo os critérios de razoabilidade perfilhados pelo sistema.~~ | 2. Há analogia entre um caso não previsto e outro previsto ~~São considerados análogos os casos que,~~ na medida em que naquele se verifiquem as razões que justificam a regulamentação deste e se não verifiquem outras que, tendo em conta o espírito do sistema, imponham soluções diversas~~por semelhança essencial de situações, devam razoàvelmente ser sujeitos à mesma disciplina jurídica~~. | 2. Há analogia entre doisum casos ~~não previsto e outro previsto na medida em que naquele~~ sempre que no caso omisso se verifiquem as razões ~~que~~ justificativas~~m~~ da regulamentação do caso previsto na leideste e se não ~~verifiquem outras que, tendo em conta o espírito do sistema, imponham soluções diversas~~. | 2. Há analogia entre dois casos sempre que no caso omisso procedam ~~se verifiquem~~ as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei. | 2. Há analogia entre dois casos sempre que no caso omisso procedam as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei. | 2. Há analogia ~~entre dois casos~~ sempre que no caso omisso procedam as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei. |
| III – Consideram-se análogos os casos que, razoàvelmente, devam ter o mesmo tratamento jurídico. | III – Consideram-se análogos os casos que, ~~razoàvelmente,~~ devam ter o mesmo tratamento jurídico, segundo os critérios de razoabilidade perfilhados pelo sistema. | 3. Na falta de caso análogo, ~~deve~~ a situação é ser resolvida segundo a norma que, ~~fiel ao espírito do sistema vigente,~~ o próprio ~~julgador~~ intérprete ~~editaria~~ criaria, se houvesse ~~tivesse~~ de legislar dentro do espírito do sistema. | 3. Na falta de caso análogo previsto, e se o caso omisso se integrar no domínio do direito, o intérprete decidirá de acordo com as normas ~~, a situação é resolvida segundo a norma que o próprio intérprete~~ que criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema. Do mesmo modo deverá proceder nos limites em que o recurso à disciplina dos casos análogos não seja suficiente. ~~4. De harmonia com o critério estabelecido pelo número precedente cabe ao juiz intérprete não só decidir se os casos não previstos na lei se integram no domínio do direito, como fixar a disciplina jurídica dos casos omissos.~~ | 3. Na falta de caso análogo ~~previsto, e se o caso omisso se integrar no domínio do direito,~~ a situação é resolvida segundo a norma que o próprio intérprete ~~decidirá de acordo com as normas~~ que criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema. ~~Do mesmo modo deverá proceder nos limites em que o recurso à disciplina dos casos análogos não seja suficiente.~~ | 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. | 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. | 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. |
| IV – Na falta de caso análogo deve o juiz resolver segundo a norma que, mantendo-se fiel ao espírito do sistema vigente, editaria se tivesse de legislar. Inspirado neste critério, ele apreciará se o caso omisso deve ter regulação jurídica, e averiguará depois, se for preciso, qual deva ser essa regulação. | 3. ~~IV~~—Na falta de caso análogo, deve a situação ser resolvida segundo ~~o juiz resolver~~ a norma que, ~~mantendo se~~ fiel ao espírito do sistema vigente, o próprio julgador editaria se tivesse de legislar. ~~Inspirado neste~~ Dentro do critério estabelecido, cabe ao juiz decidir ~~ele apreciará~~ se o caso omisso deve ter regulação jurídica, e fixar ~~averiguará~~ depois, se ~~for preciso~~ necessário, ~~qual deva ser~~ os termos dessa regulação. | 4. ~~-~~De harmonia com o ~~Dentro do~~ critério estabelecido pelo número precedente~~,~~ cabe ao ~~juiz intérprete~~, não só decidir se os casos não previstos na lei se integram no domínio do direito, ~~omisso deve ter regulação jurídica,~~ como e fixar a disciplina jurídica dos casos omissos~~depois, se necessário, os termos dessa regulação~~. | | | | | |
| V – As normas penais, assim como, em princípio, as normas excepcionais não comportam extensão analógica. Umas e outras, todavia, admitem interpretação extensiva. | 4. V—As normas ~~penais, assim como, em princípio, as normas~~ excepcionais não comportam extensão analógica, mas ~~, Umas e outras, todavia,~~ admitem interpretação extensiva. | 4. As ~~normas excepcionais não comportam extensão analógica, mas admitem interpretação extensiva.~~ | | | | | |

[5] Aquando dos trabalhos preparatórios, esta revisão foi, temporariamente, designada por 2.ª Revisão. Veio a dar lugar à revisão vulgarmente designada por 2.ª Revisão. Assinala-se que houve quem designasse esta última por 3.ª Revisão (por exemplo, manuscrito de *Paulo Merêa*). Assinala-se que os trabalhos eram *em* contínuo (como se pode verificar ao consultar os documentos do espólio *Antunes Varela*, na Torre do Tombo), pelo que o número de Revisões hoje recenseadas está muito aquém das revisões feitas.

## Artigo 11.º

| Projecto (provisório) de *Manuel de Andrade* | 1.ª Revisão Ministerial | Revisão Intercalar, de 1964[6] | Propostas de *Miguel Galvão Teles* (MGT) | Revisão intercalar, *s.d.* (mas posterior a MGT) Por sua vez designada, em manuscritos, "2.ª Revisão" | 2.ª Revisão Ministerial | Projecto do Código Civil – Ministério da Justiça, 1966 | Código Civil |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| V – As normas penais, assim como, em princípio, as normas excepcionais não comportam extensão analógica. Umas e outras, todavia, admitem interpretação extensiva.[7] | 4. ~~V.—~~As normas ~~penais, assim como, em princípio, as normas~~ excepcionais não comportam extensão analógica, mas ~~Umas e outras, todavia,~~ admitem interpretação extensiva.[8] | Art. 11.º<br>(Normas excepcionais)<br>4.—As normas excepcionais não comportam, em regra, extensão analógica, mas admitem interpretação extensiva. | Art. 11.º<br>(Normas excepcionais)<br>Não é lícito abrir excepções à~~A~~s normas que contenham princípios essenciais da ordem jurídica, além das estabelecidas na lei, ~~excepcionais não comportam, em regra, extensão~~ nem por aplicação[9] analógica ~~, mas admitem interpretação extensiva~~destas[10]. | Art. 11.º<br>(Normas excepcionais)<br>As normas excepcionais podem ser interpretadas extensivamente; mas não comportam aplicação analógica, se ~~Não é lícito abrir excepções às normas que~~ contiverem ~~enham~~ princípios essenciais dea ordem pública~~jurídica, além das estabelecidas na lei nem por aplicação analógica destas~~. | Art. 11.º<br>(Normas excepcionais)<br>As normas excepcionais podem ser interpretadas extensivamente; mas não comportam aplicação analógica, se as normas gerais correlativas contiverem princípios essenciais dee ordem pública. | Art. 11.º<br>(Normas excepcionais)<br>As normas excepcionais podem ser interpretadas extensivamente; mas não comportam aplicação analógica, mas ~~podem ser~~ admitem interpretação ~~das extensivamente.; mas não comportam aplicação analógica se as normas gerais correlativas contiverem princípios essenciais da ordem pública.~~ | Art. 11.º<br>(Normas excepcionais)<br>As normas excepcionais não comportam aplicação analógica, mas ~~podem ser~~ admitem interpretação ~~das extensivamente.; mas não comportam aplicação analógica se as normas gerais correlativas contiverem princípios essenciais da ordem pública.~~ |

[6] Aquando dos trabalhos preparatórios, esta revisão foi, temporariamente, designada por 2.ª Revisão. Veio a dar lugar à revisão vulgarmente designada por 2.ª Revisão. Assinala-se que houve quem designasse esta última por 3.ª Revisão (por exemplo, manuscrito de *Paulo Merêa*).
[7] No projecto, não há art. 11.º. Mas há texto – o n.º V do art. 10.º – que versa sobre a matéria.
[8] Após esta Revisão, não há art. 11.º. Mas há texto – n.º 4 do art. 10.º – que versa sobre a matéria.
[9] O Senhor Conselheiro *Lopes Cardoso* defende a substituição de "extensão analógica" por "aplicação analógica".
[10] Seguiu-se novo texto de Miguel Galvão Teles: a fórmula "nem por aplicação analógica destas" passa a "nem por analogia com estas".

# Assembleia Constituinte do Estado da Baviera

## Sessão de 19 de Julho de 1946

Münchener DigitalisierungsZentrum
Digitale Bibliothek

BSB Bayerische StaatsBibliothek

Bayerische Verfassungsgebung 1946

**Suche**
Schnellsuche:

**Überblick**
**Band:**
Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Verfassungs-Ausschusses der Bayerischen Verfassungsgebenden Landesversammlung. Band 1. 1946 = 1. - 12. Sitzung
**Kapitel:**
03. Sitzung 19.07.1946

<< | < -10 | < -5 | < | Gehe zu Seite: | > | 5 > | 10 > | >>

**Seite 57**

» Zum Kapitelanfang

Auflösung: 100 % 150 %

# Dritte Sitzung
## am 19. Juli 1946

Beginn: 9 Uhr 12 Minuten

### Erste Lesung

Erster Hauptteil

**Aufbau und Aufgaben des Staates**

Sechster Abschnitt

**Die Rechtspflege**

Art. 57 [85]. 58 [86]. 59 [87]. 60 [88]. 61 [89]. 62 [90]. 63 [91]. 64 [92].

Siebenter Abschnitt

**Das Beamtentum**

Art. 65 [94]. 66 [95]. 67 Abs. 1 [96].

**Vorsitzender:** Ich eröffne die heutige dritte Sitzung des Verfassungsausschusses.

**Dr. Hundhammer** (CSU): Wir hören, daß der Herr Ministerpräsident und Herr Staatssekretär Dr. Ehard am Dienstag nach Stuttgart fahren müssen. Es wird deshalb wohl zweckmäßigerweise am Dienstag keine Sitzung stattfinden, und ich möchte unter diesen Umständen vorschlagen, auch die Sitzung am Montag nachmittag ausfallen zu lassen und erst am kommenden Mittwoch früh 9 Uhr wieder zusammenzutreten.

**Vorsitzender:** Hat jemand eine Einwendung zu erheben? Das ist nicht der Fall. Es besteht also Einverständnis darüber, daß die nächste Sitzung des Ausschusses am Mittwoch vormittag 9 Uhr stattfindet.

Auf der Tagesordnung stehen Abschnitt 6 und Abschnitt 7, also die Abschnitte über die Rechtspflege und über das Beamtentum. Als Referent ist Herr Dr. Lacherbauer bestimmt, als Korreferent Herr Dr. Ehard.

**Art. 57.**

**Dr. Lacherbauer** (CSU) [Berichterstatter]: Art. 57 stellt einen Grundsatz auf, der heute an sich zu den Kulturnormen gerechnet werden darf und daher nicht mehr umstritten ist. Ich würde nur Wert auf die Feststellung legen, daß man, wenn es heißt „Die Richter sind nur dem Gesetz unterworfen", unter dem ... des Gesetzes etwas mehr zu verstehen hat als ... das sogenannte formelle Gesetz. Nach meinem ... halten muß der Richter auch gebunden werden ... allgemein anerkannten Rechtsnormen, und zw... innerstaatlichen Rechts und des Völkerrechts. Wi... gestern bereits einen Beschluß gefaßt, bei dem ... klärten, daß die allgemein anerkannten Rechtsg... Völkerrechts anzuerkennen sind. Es erhebt ... diesem Zusammenhang die Frage, ob wir nic... daran denken müßten, sofern wir unter den all... anerkannten Völkerrechtsgrundsätzen auch dere... naturrechtlichen Grundsätze zu verstehen haben, ... stens im Wege der Auslegung, und zwar im Weg... Diskussion auch diese anerkannten naturrec... Grundsätze hier mit einzubeziehen. Ich pe... würde mich zugunsten dieser Auffassung entsc... Im Dritten Reich haben leider Gottes die Rich... Teil versagt. Das Reichsgericht — der Vorwu... ihm nicht erspart werden — hat vor allem bei ... der Zeit, wo es eigentlich hätte funktionieren ... nämlich zu der Zeit, als der Reichstagsbran... prozeß zur Verhandlung kam. Damals wurde ... setz mit rückwirkender Kraft von einem Gericht a... anerkannt. Ich möchte hier in diesem Zus... hang erklären: Es ist eine Schande für den d... Juristenstand, daß er diesen Satz, der nicht nu... die Logik, sondern auch gegen die Naturrechte ... überhaupt anerkannt hat.

Da wir leider Gottes wahrscheinlich eine ... Fassung nicht finden werden als die in Art. ... Ausdruck gebrachte Fassung „Die Richter sind ... Gesetz unterworfen", möchte ich Sie bitten, we... durch Ihre Zustimmung auch für das Protok... Ausdruck zu bringen, daß unter „Gesetz" nicht ... formale Recht zu verstehen ist. Vielleicht darf ... — ich werde nachher noch Zusätze zu dieser Best... zu bringen haben — diese Frage zur Debatte st...

**Dr. Ehard** (CSU) [Mitberichterstatter]: Zu ... darf ich zunächst das eine feststellen: Daß die ... unabhängig sind, ist schon in Art. 4 Abs. 3 h... hoben, so daß es hier nicht mehr gesagt zu ... bräuchte.

Den Ausführungen des Herrn Referenten ... mich ohne weiteres anschließen. Es ist insb... während des Dritten Reiches ein großer Mar... wesen, daß man das Gesetz und die Unterwerfu... das Gesetz als rein formalistisch betrachtet h... formal zustande gekommenes Gesetz war bind...

[...]

Münchener DigitalisierungsZentrum
Digitale Bibliothek
BSB Bayerische StaatsBibliothek
Bayerische Verfassungsgebung 1946

**Suche**
Schnellsuche:

**Überblick**
**Band:**
Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Verfassungs-Ausschusses der Bayerischen Verfassungsgebenden Landesversammlung. Band 1. 1946 = 1. - 12. Sitzung
**Kapitel:**
03. Sitzung 19.07.1946

<< | < -10 | < -5 | < | Gehe zu Seite: | > | 5 > | 10 > | >>

**Seite 63**

» Zum Kapitelanfang

Auflösung: 100 % 150 %



**Dr. Dehler** (FDP): Auch ich halte die Kritik der Kollegen Wimmer und Schirmer an den deutschen Richtern nicht für gerechtfertigt. Wenn man die Dinge aus der Nähe miterlebt hat, weiß man, daß die Richter aus ihrem Gewissen heraus getan haben, was möglich war, mit Ausnahme der Gruppe, die Dr. Ehard gekennzeichnet hat. Aber man darf nicht vergessen, sie waren auch an das Gesetz gebunden. Deswegen meine Bitte, hier eine Ergänzung einzufügen: Die Richter sollen nicht nur dem Gesetz, sondern — natürlich im Rahmen des Gesetzes — auch ihrem Gewissen unterworfen sein. Das ist ein Appell an ihr Gewissen, der sie nicht in Konflikt mit dem Gesetz bringen, aber mindestens nötigen soll, das Gesetz nur so anzuwenden, wie es ihrem Gewissen entspricht.

Wenn Richter in der Nazizeit harte Urteile gefällt haben, dann vor allem wegen des politischen Drucks, der auf sie ausgeübt wurde. Was man da erlebt hat, war ungeheuerlich. Nicht nur Staatsanwälte, sondern Richter sind gepreßt worden, vom Kreisleiter angefangen bis zu den höchsten Stellen. Deswegen ist die von mir erbetene Ergänzung wohl begründet, daß niemand das Recht hat, auf den Richter einzuwirken.

Ferner: Eine Wahl der Richter bedeutet die Politisierung der Richter. Wir wollen einen möglichst hochstehenden, hochqualifizierten, auch wirtschaftlich vollständig unabhängigen Richterstand haben. Deswegen ist der Antrag „Lacherbauer" richtig.

**Dr. Hoegner** (SPD): Wenn man hier schweigen und in das allgemeine Loblied auf die Richter, wie es hier zum Teil gesungen wird, einstimmen würde, müßten die Toten reden. (Zuruf Loritz: Nicht allgemeines Loblied!) Ich kann eine derartige Sache nicht mitmachen. Ich habe Gelegenheit gehabt — ich spreche jetzt nur von der Strafjustiz —, mir die Strafjustiz während der Weimarer Zeit gründlich anzusehen, weil ich darüber ein geschichtliches Werk geschrieben habe. Schon die Strafjustiz der Weimarer Zeit war in vielfacher Hinsicht anfechtbar. Einer der höchsten Beamten des Reichs, Reichskanzler Marx, hat einmal erklärt, für die Zukunft lehne er es ein für allemal ab, eine Beleidigungsklage zu stellen, weil er vor den Gerichten nicht Recht bekommen könne. Ein großer Teil der deutschen Strafjustiz war schon in der Weimarer Zeit politisiert und stand auf der äußersten Rechten. Das sind die Tatsachen.

Über die Dinge, die während des Dritten Reichs vorgekommen sind und die ich nur aus den Akten kenne, möchte ich lieber schweigen. Was hier an Schande über die deutsche Justiz gekommen ist, wird so rasch nicht wieder wegzubringen sein. Es ist schmachvoll, daß Richter sich dazu hergegeben haben, Todesurteile auszusprechen, obwohl sie nicht einmal in der Weisung enthalten waren, ohne genügende Gründe, wie das Studium der Akten ergibt.

Ich glaube, wir decken den Mantel des Schweigens über die Vergangenheit. Ich bin persönlich dafür, daß die Richter nicht gewählt werden sollen. Meine Freunde und ich sind aber nicht dafür, daß der Grundsatz „Sie werden auf Lebenszeit ernannt" in die Verfassung kommt.

**Loritz** (WAV): Ich muß für meine Person widersprechen — falls das auf mein Referat gemünzt sein soll —, daß ich in ein allgemeines Loblied auf den Richterstand eingestimmt hätte. Genau das Gegenteil war der Fall. Ich habe zu bedenken gegeben, ob es besser gewesen wäre in der damaligen fürchte Zeit, von der Sie mit Recht gesprochen haben, die Richter noch mehr politisiert und wenn sie n Lebenszeit ernannt gewesen wären, also wenn s mehr Spielball der politischen Leidenschaften u wesen wären. Ich glaube, in diesem Falle wär fürchterlichere Urteile herausgekommen. Ich weiß welche Lumpenhunde in der deutschen Justiz saß weiß aber auch genau, weil ich es selbst erlebt ha erinnere daran, wie viele Hunderte von Richt Bestes getan und geradezu verzweifelt gekämpft um gegen den Nazismus noch einigermaßen etwa setzen zu können, was nach Menschlichkeit aus hat. Das sage ich als Rechtsanwalt, und v Rechtsanwälten nimmt man im allgemeinen do an, daß sie die Freunde der Richter kategorisch

**Dr. Ehard** (CSU) [Mitberichterstatter]: I mich dem anschließen und möchte nur folgend merken: Mir liegt ganz und gar ferne, das, was anstanden, sehr zu beanstanden ist, in irgendeine zu decken oder zu entschuldigen. Ich habe deutlich hervorgehoben, daß die anständigen Richter selb diesen Zuständen am meisten gelitten haben. M ich es für notwendig, daß man bei einem Wie bau, zu dem ja auch schließlich gehört, das Ve für die Justiz wieder zu gewinnen, nicht nu „Schmach und Schande" redet, sondern auch — auch die kleinere Gruppe gewesen sein, was ich gestellt sein lasse — der anständigen Richter gede deren Arbeit würdigt. Schließlich ist man ja Arbeit dieser Leute angewiesen, auf diesem Bod man wieder aufbauen. Aus diesem Grunde h das hervorgehoben. Ich glaube nicht, daß man einem anderen Sinne verstehen kann und v konnte.

Im übrigen halte ich meinen Antrag so, wi gestellt habe, aufrecht und bitte, den Art. 57 in fassung, wie er hier im Entwurf steht, anzunehm

**Dr. Lacherbauer** (CSU) [Berichterstatter]: als Referent erklären, daß ich ganz einverstan daß mein Zusatzantrag „Sie werden auf Leben nannt" erst bei Art. 59 neuerlich besprochen w

**Vorsitzender:** Es liegt also nun ein Antr Dehler" zu Art. 57 vor. Danach soll der lauten:

„(1) Die Richter sind nur dem Gesetz u Gewissen unterworfen.

(2) Kein Verfassungsorgan und keine keine öffentliche, politische oder private Stell fügt, in ein anhängiges gerichtliches Verfah in eine strafrechtliche Untersuchung mittelb unmittelbar einzugreifen.

(3) Die Mitglieder des Rechnungshofs st Richtern gleich."

Das ist der entschieden weitere, umfassendere gegenüber dem Art. 57 im Entwurf, der laut Richter sind nur dem Gesetz unterworfen." S infolgedessen den Antrag „Dr. Dehler" zur Abstimmung. —

Mit allen gegen eine Stimme abgelehnt.

Herr Schirmer, ich nehme an, daß ich Antrag zurückstellen darf, nachdem der Dr. Lacherbauer auch seinen gegensätzlichen An rückgestellt hat? (Zuruf Schirmer: Einverstand nehme an, damit ist automatisch Art. 57 ange (Widerspruch.) Nachdem sich Widerspruch gege

# Constituição da Alemanha

## Trabalhos preparatórios

## Der Parlamentarische Rat 1948-1949

## Akten und Protokolle

## (trechos)

BSB C Weimar



## Siebenter Abſchnitt. Die Rechtspflege

### Artikel 102

Die Richter ſind unabhängig und nur dem Geſetz unterworfen.

### Artikel 103

Die ordentliche Gerichtsbarkeit wird durch das Reichsgericht und durch die Gerichte der Länder ausgeübt.

### Artikel 104

Die Richter der ordentlichen Gerichtsbarkeit werden auf Lebenszeit ernannt. Sie können wider ihren Willen nur kraft richterlicher Entſcheidung und nur aus den Gründen und unter den Formen, welche die Geſetze beſtimmen, dauernd oder zeitweiſe ihres Amtes enthoben oder an eine andere Stelle oder in den Ruheſtand verſetzt werden. Die Geſetzgebung kann Altersgrenzen feſtſetzen, bei deren Erreichung Richter in den Ruheſtand treten.

Die vorläufige Amtsenthebung, die kraft Geſetzes eintritt, wird hierdurch nicht berührt.

Bei einer Veränderung in der Einrichtung der Gerichte oder ihrer Bezirke kann die Landesjuſtizverwaltung unfreiwillige Verſetzungen an ein anderes Gericht oder Entfernungen vom Amte, jedoch nur unter Belaſſung des vollen Gehalts, verfügen.

Auf Handelsrichter, Schöffen und Geſchworene finden dieſe Beſtimmungen keine Anwendung.

### Artikel 105

Ausnahmegerichte ſind unſtatthaft. Niemand darf ſeinem geſetzlichen Richter entzogen werden. Die geſetzlichen Beſtimmungen über Kriegsgerichte und Standgerichte werden hiervon nicht berührt. Die militäriſchen Ehrengerichte ſind aufgehoben.

### Artikel 106

Die Militärgerichtsbarkeit iſt aufzuheben, außer für Kriegszeiten und an Bord der Kriegsſchiffe. Das Nähere regelt ein Reichsgeſetz.

### Artikel 107

Im Reiche und in den Ländern müſſen nach Maßgabe der Geſetze Verwaltungsgerichte zum Schutze der einzelnen gegen Anordnungen und Verfügungen der Verwaltungsbehörden beſtehen.

# Der Parlamentarische Rat 1948-1949

## Akten und Protokolle

Band 2

## Der Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee

bearbeitet
von
Peter Bucher

ISTITUTO STORICO ITALO-GERMANICO
BIBLIOTECA
TRENTO

HARALD BOLDT VERLAG · BOPPARD AM RHEIN

# Der Parlamentarische Rat
# 1948–1949

Akten und Protokolle

herausgegeben
vom Deutschen Bundestag

und vom Bundesarchiv
unter Leitung von
Kurt G. Wernicke und Hans Booms

Schließlich möchte ich mir zu dem Thema der Grundrechte noch den Hinweis gestatten, daß wir uns über die juristische Natur der Grundrechte klar auszusprechen haben. Wir haben uns zu entscheiden, ob wir Grundrechte mit inhaltlosem Vorbehalt des Gesetzes schaffen wollen, was praktisch dazu führen würde, daß das alte Verwaltungsrecht unbehindert weiter gilt. Damit würde der völlig unbefriedigende Zustand der Weimarer Verfassung wiederholt. Die andere Möglichkeit wäre die, die Grundrechte so darzustellen, daß sie unmittelbare Rechtskraft haben und daß die Verwirklichung der Menschenrechte der eigentliche Staatszweck für Regierung, Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung ist. Wir haben darnach zu trachten, Mittel und Wege zu finden, die dies auch sicherstellen und nicht nur zum Ausdruck bringen. Ich persönlich spreche mich rückhaltlos für die zweite Auffassung der Menschenrechte aus, glaube aber, daß auch in diesem Punkt eine sehr eingehende Ausschußberatung notwendig ist. Wertvolles Material hierzu liegt ja in Verfassungsgesetzen deutscher Länder bereits vor. Ob die Formulierungen der Verfassungsgesetze der Weisheit letzter Schluß sind, haben wir erst noch zu prüfen und wird wahrscheinlich überhaupt nur von der fortschreitenden Staatspraxis beantwortet werden können.

[OBERSTER GERICHTSHOF]

Ich habe schon mehrfach darauf hingewiesen, daß mir die Sicherung der Grundrechte notwendig erscheint. Deshalb steht für mein Denken mit diesem Thema die Forderung nach einem obersten Gerichtshofe in unmittelbarem Zusammenhang. Auf den Namen dieses Gerichtshofs kommt es zunächst nicht an, wohl aber darauf, seine Zuständigkeit sehr genau zu bestimmen. Ich habe einige Zweifel, ob man dabei so weit gehen muß wie der bayerische Entwurf[18]). Für die Übergangszeit der staatlichen Ordnung, die wir jetzt schaffen und die wir wohl alle sehr kurz zu bemessen wünschen, dürfte es genügen, wenn der oberste Gerichtshof zu entscheiden hat über Popularklagen wegen Grundrechtsverletzung, über Streitigkeiten zwischen den Organen der vorläufigen Verfassung untereinander und zwischen diesen Organen und den Länderorganen, ferner über die Verfassungsmäßigkeit der Gesetze. Hierbei sind Streitigkeiten über die Anwendung und Auslegung der Verfassung für mich nur ein Unterfall des Streites über die Verfassungsmäßigkeit der Gesetze.
Eine eingehende Diskussion halte ich darüber für notwendig, ob wir nach amerikanischem Vorbild den Urteilen eines solchen obersten Gerichtshofs ohne weiteres Gesetzeskraft beilegen können, oder ob der Streit nicht beschränkt werden muß auf die Entscheidung von Rechtsfragen, ob ferner der Streit über gesetzgeberische Motive, die in Wirklichkeit politische Zweckmäßigkeitsfragen sind, aus der Kompetenz des Gerichtshofs auszunehmen ist. Ich weiß, dies ist ein außerordentlich schwieriges, ja ich möchte fast sagen, gesetzestechnisch kaum lösbares Problem. Es führt bis in die Tiefen der Staatsauffassung, nämlich der Unterscheidung von Machtstaat und Rechtstaat hinein; aber ich glaube, es liegt darin für uns Deutsche dieser Jahre auch noch das besondere Problem der Verfügungsge-

[18]) Vgl. hierzu oben S. 24 f.

walt demokratischer Organe und der Verfügungsgewalt von Gerichten gegenüber demokratischen Organen. Auch hier muß ich mich bei der Kürze der Zeit mit Andeutungen begnügen, darf aber doch den Wunsch aussprechen, daß diese Fragen in einem Ausschuß eingehend behandelt werden.

[QUELLE DER STAATSGEWALT]

Wenn also so die Grundlage der neuen staatlichen Ordnung bestimmt und gesichert ist, erhebt sich für mich weiter die Frage nach der Legitimität und Legalität der Ordnungen, die geschaffen werden sollen. Ich habe aus der öffentlichen Diskussion in der Presse und in den Zeitschriften, aber auch aus den Erörterungen, die seit dem 6. Juni, seit der Bekanntgabe der Londoner Agreements[19]), gepflogen worden sind, den Eindruck gewonnen, daß zwei Fragestellungen immer durcheinandergeworfen werden: die Frage nach der Rechtfertigung der staatlichen Gewalt, die jetzt begründet wird, und die Frage nach der Rechtfertigung der Ausübung der Gewalt. Ich glaube, man sollte das voneinander trennen. Wenn ich den bayerischen Entwurf richtig verstehe, so huldigt er in der Frage der Legitimität der Auffassung, daß zur Zeit alle staatliche Gewalt in Deutschland bei den Ländern liegt, daß die Länder freiwillig einen Teil ihrer Staatsgewalt, der ordentlichen Staatsgewalt, abgeben und daß durch diesen Prozeß die neue Staatsgewalt zustandekommen soll[20]). Das ist die Auffassung, wie sie insbesondere auch in den Vereinigten Staaten von Amerika[21]), aber auch anderswo, so in den Vereinigten Staaten von Mexiko und in Brasilien gang und gäbe ist. Ich persönlich möchte eine solche Auffassung ernstlich bestreiten; denn ich habe das Gefühl — und ich glaube, dieses Gefühl ist weithin ein gemeinsames deutsches Rechtsgefühl —, daß sie den hohen ideellen, juristischen und politischen Wert, der in dem Gedanken der Fortexistenz des deutschen Gesamtstaates liegt, in einer unzulässigen, ja, ich glaube sagen zu müssen, gefährlichen Weise vernachlässigt. In diesem Kreise bedarf es keiner Ausführungen darüber, daß das Deutsche Reich nicht untergegangen ist[22]). Untergegangen ist die Diktaturgewalt im Deutschen Reich; das Reich als Gebietskörperschaft, als juristische Person des öffentlichen Rechts aber besteht weiter.

Im amerikanischen Besatzungsgebiet ist die Lage so, daß nach der Auffassung der amerikanischen Militärregierung, die ich durchaus teile, Befugnisse, die dem Reich, seinen Behörden, zustehen, zur Zeit treuhänderisch von den Landesregierungen wahrgenommen werden. Wir haben darüber ein Dokument, nämlich ein Schreiben der Militärregierung für das Land Bayern vom 26. Dezember 1945, gerichtet an den damaligen Ministerpräsidenten Dr. Hoegner[23]). Dieser Brief ist auch den anderen Militärregierungen mitgeteilt und von diesen an die deutschen Re-

19) Der Parlamentarische Rat Bd. 1 S. 1 ff.
20) Siehe oben S. 35.
21) Vgl. Fraenkel S. 100 ff.
22) Hierzu Gerhard Hoffmann: Die deutsche Teilung. Pfullingen 1969 (= Politik in unserer Zeit Bd. 13), S. 5 ff.; siehe auch oben S. LXIX.
23) Auszugsweise abgedruckt bei Wilhelm Hoegner: Der schwierige Außenseiter. Erinnerungen eines Abgeordneten, Emigranten und Ministerpräsidenten. München 1959, S. 213 f.: „Die bayerische Regierung übt die gesetzgebende, vollziehende und

*Zuständigkeitskatalog*

Art. 82 enthält einen umfangreichen Katalog, der keine neuen Zuständigkeiten schafft, sondern die im Grundgesetz verstreuten Bestimmungen über die Möglichkeiten der Anrufung des Bundesverfassungsgerichts systematisch zusammenfaßt. Hiernach obliegt dem Bundesverfassungsgericht die Entscheidung über Anklagen gegen den Bundespräsidenten, über Verfassungsstreitigkeiten zwischen obersten Bundesorganen oder in dem Grundgesetz mit eigenen Rechten ausgestatteten Teilen von solchen (z. B. Bundestagsmehrheit und -Minderheit), über öffentlich-rechtliche Streitigkeiten zwischen dem Bund und den Ländern und zwischen den Ländern, über die Gültigkeit von Gesetzen, über Meinungsverschiedenheiten, die im Gesetzgebungsverfahren entstehen können, über die Verfassungswidrigkeit von politischen Parteien, über die Gültigkeit von Wahlen zum Bundestag und über den Verlust der Mitgliedschaft beim Bundestag sowie über Beschwerden wegen Verletzung der durch das Grundgesetz gewährleisteten Grundrechte (sog. Verfassungsbeschwerden). Darüberhinaus wird der Bundesgesetzgebung die Möglichkeit eröffnet, weitere Fälle dem Bundesverfassungsgericht zur Entscheidung zuzuweisen. Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und seine zu ihrer Durchführung erlassenen Anordnungen sollen entsprechend der überragenden Stellung des Gerichts für alle Gerichte und sonstigen Behörden bindend sein. Soweit seine Entscheidungen die Nichtigkeit eines Gesetzes oder eines Teiles eines solchen feststellen, sollen sie Gesetzeskraft haben und wie Gesetze verkündet werden. Die Bestimmungen hierüber (Art. 83) stellen nach Meinung des Ausschusses unmittelbar geltendes Recht dar.

*Regelung nur der wichtigsten Einzelheiten im Grundgesetz*

Im übrigen soll das Grundgesetz seiner Natur nach nur die wichtigsten Einzelheiten regeln. Als solche wurden angesehen die Bestellung der Richter und des Vorsitzenden in der Wahrung der Gleichberechtigung von Bundestag und Bundesrat, die paritätische Besetzung der Senate, der Ausschluß der Doppelmitgliedschaft beim Bundesverfassungsgericht und einem sonstigen höchsten Bundes- oder Länderorgan und schließlich das Erfordernis der Berufsrichtereigenschaft beim Vorsitzenden und mindestens der Hälfte der Richter. Die weiteren Bestimmungen sollen durch ein Bundesgesetz getroffen werden, das sich insbesondere auch mit der Einrichtung des Gerichts und der näheren Ausgestaltung des Verfahrens zu befassen hat.

## VI. Die Gesetzgebung

*Der Vorbehalt des Gesetzes*

Im Hinblick auf die Erfahrungen der jüngsten Vergangenheit hält der Ausschuß es für erwünscht, an den Anfang des Abschnitts über die Gesetzgebung einen ausdrücklichen Vorbehalt des Gesetzes zu stellen. Der erste Artikel dieses Abschnitts beginnt daher mit den Worten: „Jede Ausübung der Staatsgewalt bedarf der Grundlage im Gesetz". Dieser Artikel bestimmt dann weiter, daß Rechte und Pflichten der Bürger nur durch Gesetze begründet werden können. Um die Mit-

[*Akten… volume 2*]



wirkung des Gesetzgebers bei der Haushaltsgebarung zum Ausdruck zu bringen, ist in diesem Artikel auch noch die Vorschrift aufgenommen worden, daß der Bundeshaushalt durch Gesetz festgestellt wird (Art. 85)[80].

*Keine Übertragung der Gesetzgebungsbefugnis*

Der Mißbrauch der Ermächtigungsgesetze hat es nahegelegt, unmittelbar im Anschluß an die Bestimmung, daß die Bundesgesetzgebung durch Bundestag und Bundesrat ausgeübt wird, ein ausdrückliches Verbot der Übertragung der Gesetzgebungsbefugnis in das Grundgesetz aufzunehmen. Mit diesem Verbot soll jedoch nur die Ermächtigung zum Erlaß von Gesetzen im eigentlichen Sinn ausgeschlossen werden. Es war daher festzusetzen, daß die Bundesregierung durch Gesetz ermächtigt werden kann, Rechtsverordnungen zu erlassen, sofern sichergestellt ist, daß Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung ausreichend im Gesetz bestimmt sind (Art. 86).

*Träger der Bundesgesetzgebung*

Es bestand Einigkeit darüber, daß Bundestag und Bundesrat bei der Gesetzgebung des Bundes zusammen zu wirken haben. Lediglich hinsichtlich der Form dieses Zusammenwirkens standen sich zwei Ansichten gegenüber. Während die Mehrheit in dem Bundestag den eigentlichen Träger der Gesetzgebung sieht und sie sich für eine Mitwirkung des Bundesrats an der Gesetzgebung in Anlehnung an die Form ausgesprochen hat, die der Reichsrat nach der Verfassung von Weimar gehabt hat, hat eine Minderheit die völlige Gleichberechtigung beider Gesetzgebungsorgane verlangt. (Alternative in Anlage 2)[81].

*Gesetzesinitiative*

Es bestand jedoch Einigkeit zwischen beiden Richtungen, daß die Gesetzesinitiative bei der Bundesregierung, dem Bundestag und dem Bundesrat liegen solle[82] (Art. 87). Soweit es sich um Gesetzesvorlagen der Bundesregierung handelt, werden diese nach Beschlußfassung in der Bundesregierung vom Bundeskanzler eingebracht. Dabei bestimmt die Bundesregierung darüber, ob ihre Vorlagen zuerst in einem der Häuser oder gleichzeitig in beiden beraten werden sollen. In die Hauptfassung war noch die Bestimmung aufzunehmen, daß der Bundesrat seine Vorlagen mit einfacher Mehrheit beschließt, sofern nicht nach den folgenden Bestimmungen eine höhere Mehrheit erforderlich ist.

*Der Gang der Gesetzgebung nach dem Hauptvorschlag*

Die Hauptfassung sieht ein Gesetzgebungsverfahren vor, nach dem dem Bundesrat ein Einspruchsrecht gegenüber den vom Bundestag beschlossenen Gesetzen zusteht (Art. 88). Dieser Einspruch hat zunächst nur die Natur eines bloß auf-

[80] Schmoller auf der 5. Sitzung des U.A. III. Siehe S. 326.
[81] Siehe S. 340 f. – Nicht in den Niederschriften des U.A. III enthalten.
[82] Dieser und die folgenden Punkte wurden auf der 6. Sitzung des U.A. III behandelt.

[*Akten… volume 2*]



Abs. 2 bringt eine genau begrenzte Durchbrechung des Grundsatzes des Absatz 1, daß Bundesgerichte nur als oberste Gerichte errichtet werden dürfen. Hier wird ein Unterbau für tragbar und notwendig gehalten, aber nur für die wahrscheinlich seltenen Verwaltungsstreitsachen gegen Bundesverwaltungsbehörden. Unter Bundesverwaltungsbehörden in diesem Sinne sind nur echte Bundesbehörden, nicht aber Länderbehörden, die im Namen des Bundes Bundesangelegenheiten wahrnehmen, zu verstehen. Die Notwendigkeit, hier einen eigenen Unterbau zu schaffen, ergab sich ebenso wie bei den Dienststrafverfahren gegen Bundesbeamte daraus, daß den Betroffenen nicht nur eine Instanz zur Verfügung gestellt werden soll.

Absatz 3 stellt eine Durchbrechung des Grundsatzes des Abs. 1 dar, daß oberste Bundesgerichte nur über Bundesrecht zu entscheiden haben. Er entspringt dem Wunsch einzelner neu gebildeter Länder, in denen ehemaliges einheitliches Landesrecht (z. B. preußisches), das auch in anderen Ländern weiter gilt, noch anwendbar ist, für Fragen aus diesem Rechtsgebiet eine einheitliche letzte Instanz zu schaffen. Da dies nur durch Landesgesetz geschehen können soll, waren dagegen keine Bedenken zu erheben.

Art. 113

Zur Wahrung der Bundesbelange bei der Anwendung von Bundesrecht durch Gerichte der Länder kann durch Bundesgesetz bestimmt werden, daß in Straf- und Verwaltungsstreitsachen sowie in Dienststrafverfahren wegen Vergehen gegen den Bund eine Bundesbehörde die Befugnis der Anklagebehörde oder des Vertreters des öffentlichen Interesses ganz oder teilweise übernehmen und ein zulässiges Rechtsmittel selbständig bei dem zuständigen obersten Bundesgericht einlegen kann, auch wenn sie sich am bisherigen Verfahren nicht beteiligt hat.

[Kommentierung:]

Zu Art. 113:

Wie schon in der allgemeinen Begründung ausgeführt, entspringt Art. 113 dem Überwachungs- und allenfallsigen Weisungsrecht des Bundes gegenüber den Verwaltungsbehörden der Länder, soweit diese Bundesgesetze auszuführen haben, und dem Ziel, die Bundesexekution als letztes Mittel zur Durchsetzung dieses Rechts auf die äußersten Fälle zu beschränken.

Deshalb soll es einer Bundesbehörde ermöglicht werden, die Rolle der Staatsanwaltschaft oder des Vertreters des öffentlichen Interesses in Verfahren vor Ländergerichten, soweit die Anwendung von Bundesrecht in Betracht kommt, oder in Dienststrafverfahren wegen Vergehen gegen den Bund zu übernehmen, insbesondere eine Sache im letzten Rechtszug vor das entsprechende oberste Bundesgerichts zu bringen. Der Ausschuß war sich aber darüber einig, daß eine neue Instanz dadurch nicht geschaffen wird. Die Bundesbehörde soll nur die Möglichkeit erhalten, ein an sich schon gegebenes Rechtsmittel anstelle oder neben der zuständigen Landesbehörde einlegen zu können, auch wenn sie am bisherigen Verfahren nicht beteiligt war.

Die Bundesbehörde, welche die Befugnis der Anklagebehörde oder des Vertreters des öffentlichen Interesses übernehmen kann, ist im Grundgesetz auch nicht

[*Akten… volume 2*]



generell bestimmt. Vorschriften hierüber müssen in dem Bundesgesetz, durch welches diese Regelung überhaupt erst eingeführt wird (Art. 113 ist nur Grundlage, schreibt dieses Verfahren aber selbst nicht vor), getroffen werden. Dabei wird vorzusehen sein, daß als Anklagebehörde oder Vertreter des öffentlichen Interesses nur eine Bundesbehörde bestimmt werden kann, die an den Verfahren nicht interessiert ist. Dies würde sonst zu den mit unserem Rechtssystem schwer zu vereinbarenden Ergebnis führen, daß ein am Verfahren Interessierter staatsanwaltschaftliche Funktionen erhält. Falls z. B. gegen einen Beamten einer Landesfinanzverwaltung ein Dienststrafverfahren wegen Nichtdurchführung einer Anordnung der Bundesfinanzverwaltung schwebt, darf nicht eine Bundesfinanzbehörde mit der Anklagevertretung betraut werden, wohl aber z. B. ein Mitglied der Anklagebehörde beim obersten Bundesgericht, allenfalls noch ein Vertreter der Staatsanwaltschaft beim obersten Bundesfinanzgericht.

Art. 114

(1) Ausnahmegerichte sind unzulässig. Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden.
(2) Gerichte für besondere Sachgebiete sind nur kraft gesetzlicher Bestimmung zulässig.

[Kommentierung:]

Zu Art. 114:
Diese Bestimmung geht zurück auf Art. 105 der Weimarer Verfassung. Sie entspricht nahezu wörtlich Art. 86 der Bayerischen Verfassung. Der für die ordentliche Gerichtsbarkeit geltende Grundsatz wird auf die gesamte Gerichtsbarkeit ausgedehnt und mit verfassungsrechtlichem Schutz ausgestattet.
Unter Ausnahmegerichten sind durch die Regierung oder Verwaltung für bestimmte Einzelfälle oder Gruppen von Einzelfällen eingesetzte Gerichte zu verstehen, mit denen sich die Gefahr oder der Verdacht verbindet, daß die Gerichtsmitglieder mit einer bestimmten Tendenz ausgewählt sind. Im Gegensatz dazu steht der „gesetzliche Richter", der durch abstrakte Form und daher ohne Rücksicht auf die Person der Beteiligten bestimmt ist.
Anstelle des in der nationalsozialistischen Zeit mißbrauchten und dadurch in Mißkredit geratenen Ausdrucks „Sondergerichte" wurde in Absatz 2 die Bezeichnung „Gerichte für besondere Sachgebiete" gewählt. Es sind solche Gerichte, die durch abstrakte Normen für bestimmte sachlich umschriebene Gruppen von Rechtsfällen vorgesehen werden. Beispiele: Arbeitsgerichte, Jugendgerichte, Gerichte auf Grund des Kontrollratsgesetzes Nr. 45 usw.

Art. 115

Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen.

[Kommentierung:]

Zu Art. 115:
Diese Bestimmung entspricht wörtlich Art. 102 der Weimarer Verfassung und stellt wie dieser den Grundsatz der sachlichen Unabhängigkeit der Rechtspflege

auf. Da unbestritten ist, daß die Richter lediglich hinsichtlich der Ausübung der richterlichen Gewalt, nicht hinsichtlich ihrer sonstigen Tätigkeit auf dem Gebiet der Justizverwaltung unabhängig sein sollen, wurde ein Antrag, die Fassung des Art. 87 der Verfassung von Württemberg-Baden zu übernehmen, nach der die richterliche Gewalt durch unabhängige, nur dem Gesetz unterworfene Gerichte ausgeübt wird, fallen gelassen.

Art. 116

(1) Die Richter können gegen ihren Willen nur kraft richterlicher Entscheidung und nur aus den Gründen und unter den Formen, die gesetzlich bestimmt sind, dauernd oder zeitweise ihres Amtes enthoben oder an eine andere Stelle oder in den Ruhestand versetzt werden. Bei Veränderung der Einrichtung der Gerichte oder ihrer Bezirke können die Richter an ein anderes Gericht versetzt oder vom Amt entfernt werden, jedoch nur unter Belassung des vollen Gehaltes. Die Gesetzgebung kann Altersgrenzen festsetzen, bei deren Erreichung die Richter in den Ruhestand treten.
(2) Die planmäßigen Richter der ordentlichen Gerichtsbarkeit werden auf Lebenszeit bestellt.

[Kommentierung:]
Zu Art. 116:
Diese Bestimmung geht zurück auf Art. 104 der Weimarer Verfassung; dessen Inhalt ist nunmehr auf alle Richter ohne Unterschied ausgedehnt. Er normiert die persönliche Unabhängigkeit der Richter, d. h. ihre Unabsetzbarkeit und Unversetzbarkeit gegen ihren Willen. Vorbehalten bleiben dagegen wie bisher die gesetzlichen Fälle, über deren Vorliegen aber stets ein Gericht in genau geregeltem Verfahren entscheiden muß, die Versetzung und Entfernung vom Amt bei Änderung der Gerichtsorganisation und die Bestimmung einer Altersgrenze.
Unter Abs. 1 fallen auch die Laienrichter, z. B. Handelsrichter, Schöffen und Geschworene. Dagegen ist in Abs. 2 bestimmt, daß nur die planmäßigen Richter der ordentlichen Gerichtsbarkeit auf Lebenszeit ernannt werden. Die Planmäßigkeit eines Richters ergibt sich aus den einschlägigen beamtenrechtlichen Bestimmungen. Die Ernennung von Richtern für besondere Sachgebiete auf Lebenszeit soll durch Abs. 2 nicht ausgeschlossen werden; sie ist auf Grund Gesetzes zulässig, aber nicht mit verfassungsrechtlichem Schutz ausgestattet.

Art. 117

(1) Die Verhandlungen vor allen Gerichten sind öffentlich.
(2) Bei Gefährdung der Staatssicherheit oder der öffentlichen Sittlichkeit kann die Öffentlichkeit durch Gerichtsbeschluß ausgeschlossen werden. Für Ehesachen ist eine gleiche Regelung durch Gesetz zulässig.

[Kommentierung:]
Zu Art. 117:
Diese Vorschrift geht zurück auf Art. 90 der Bayerischen Verfassung und Art. 117 der Badischen Verfassung. In der Weimarer Verfassung war eine solche Bestim-

mung nicht enthalten. Der Grundsatz der Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlungen ist ein wichtiges Prinzip des Rechtsstaats. Entsprechend seiner sonstigen Einstellung hatte der Nationalsozialismus dieses Prinzip weitgehend eingeschränkt. Es erscheint daher geboten, diesen Grundsatz hervorzuheben und unter den Schutz des Grundgesetzes zu stellen. Nur für Einzelfälle werden unvermeidliche Ausnahmen zugelassen.
Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 sollen unmittelbar geltendes Recht darstellen. Dagegen enthält Abs. 2 Satz 2 lediglich eine Ermächtigung für den Gesetzgeber, eine gleiche Regelung für Ehesachen einzuführen; auch eine bereits bestehende Regelung wird dadurch gedeckt. Zweckmäßig erscheint sie deshalb, weil gerade in Ehesachen häufig höchstpersönliche Angelegenheiten behandelt werden müssen, deren Erörterung vor der Öffentlichkeit, auch wenn sie nicht die öffentliche Sittlichkeit gefährdet, unerwünscht ist.

Art. 118

(1) Vor Gericht hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör.
(2) Jeder Angeklagte kann sich eines Verteidigers bedienen.

[Kommentierung:]
Zu Art. 118:
Der Anspruch auf rechtliches Gehör vor Gericht und auf einen Verteidiger ist für den Rechtsstaat an sich selbstverständlich. Aber angesichts der Vorkommnisse in der jüngsten Vergangenheit erscheint es dem Ausschuß angebracht, beide Rechte unter den besonderen Schutz des Grundgesetzes zu stellen. Vorbild: Art. 91 der Bayerischen Verfassung.

Art. 119

(1) Eine Handlung kann nur dann mit Strafe belegt werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde.
(2) Niemand darf wegen derselben Tat zweimal gerichtlich bestraft werden.

[Kommentierung:]
Zu Art. 119:
Abs. 1 entspricht wörtlich Art. 116 der Weimarer Verfassung und hat dieselbe Bedeutung.
Abs. 2 stattet den Grundsatz „ne bis in idem" mit verfassungsrechtlichem Schutz aus. Vorbilder: Württemberg-Baden Art. 4 Abs. 3, Hessen Art. 22 Abs. 3, Bayern Art. 104 Abs. 2, Württemberg-Hohenzollern Art. 17 Abs. 3. Dieser Grundsatz gilt aber nur für gerichtliche Strafen. Er schließt also beispielsweise das Nebeneinander einer gerichtlichen und einer Disziplinarstrafe nicht aus, die ja beide eine ganz verschiedene Rechtsgrundlage haben, dort das allgemeine Verhältnis des Einzelnen zum Staat, hier ein besonderes Gewaltverhältnis.
In beiden Absätzen handelt es sich um Menschenrechte. Es wird daher zu erwägen sein, ob diese Bestimmung bei den Grundrechten oder wegen des Sachzusammenhangs in den Abschnitt über die Rechtspflege einzustellen ist, welch letzteres vom Ausschuß vorgeschlagen wird.

Da ich gerade das Wort habe, darf ich ganz kurz noch zu Art. 115[60]) bemerken, daß ich es am liebsten gesehen hätte, wenn in Art. 115 stünde: „Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetz und ihrem Gewissen unterworfen." Zum mindesten bitte ich in den Bericht aufzunehmen, daß mit den Worten „dem Gesetz unterworfen" nicht sturer Positivismus gemeint sein kann. Gerade nach den Erfahrungen der letzten 12 Jahre müssen wir Wert darauf legen, daß dem Richter verfassungsmäßig auch die Möglichkeit gegeben wird, nach seinem Gewissen zu entscheiden und sich nicht bloß dem Buchstaben des Gesetzes unterworfen zu fühlen. Ich weiß, daß diese Frage nicht mit ein paar Worten entschieden werden kann, sondern eine Diskussion weitgehender Art erforderlich machen würde. Aber ich möchte wenigstens bitten, im Bericht sich über diesen Punkt zu äußern und zum mindesten den sturen Positivismus zu negieren, der nicht Sinn dieser Gesetzgebung sein kann.

*Schmid:* Das deutsche Rechtssystem kennt fast auf allen Gebieten und auf allen Stufen der Gerichtsbarkeit den Laienrichter: im Schöffengericht, in der Kammer für Handelssachen, im Schwurgericht[61]). Man läßt dort den Laienrichter nicht nur über die Tatfrage, sondern auch über die Rechtsfrage entscheiden. Ich sehe nicht ein, warum wir nur auf dieser Stufe der Gerichtsbarkeit dem Laien die Fähigkeit zutrauen sollten, sich über Rechtsfragen ein klares Bild zu machen und eine klare, rechtlich richtige Entscheidung zu treffen. Darum ist der Hinweis darauf, daß das Verfassungsgericht im wesentlichen Rechtsfragen zu entscheiden haben werde, wohl kein genügendes Argument, um die Mitgliedschaft beim Verfassungsgericht auf Personen zu beschränken, die die Fähigkeit zum Richteramt erworben haben. Wir müßten sonst denjenigen, der zufällig einmal seinen Assessor gemacht hat, für befähigt erachten, während ein anderer, der sich ohne das Assessorexamen ein ganzes langes Leben mit Verfassungsfragen sehr praktisch und auch theoretisch beschäftigt hat, zum Richter am Bundesverfassungsgericht ungeeignet wäre. Der gelegentlichen Lächerlichkeit dieser Situation sollten wir niemand aussetzen. Darüber hinaus halte ich aber das Nichtfachrichterelement beim Bundesverfassungsgericht für geradezu notwendig. Es ist ein großer Vorteil, wenn Menschen, die sich ein ganzes Leben lang in die harte Zucht des Richters genommen haben, darüber entscheiden, was wahr und was opportun und nicht opportun ist. Aber es gibt auch auf diesem Gebiet das, was die Franzosen déformation professionelle nennen,

(Heiterkeit)

also etwas wie eine Berufskrankheit. Ich bin selbst längere Jahre meines Lebens Richter gewesen[62]) und würde mein Leben für ärmer halten, wenn ich es nicht ge-

[60]) Siehe oben S. 333.

[61]) Als Geschworene und Schöffen, die mit den Berufsrichtern – im Unterschied etwa zu England und den USA – gemeinsam mit den Berufsrichtern abstimmen. Vgl. Kurt Görner: Schöffen und Volksgericht. Vom Laienrichtertum im kapitalistischen Staat zur umfassenden Teilnahme der Werktätigen an der Rechtsprechung in der DDR. Berlin (Ost) 1958, S. 7 ff.; Albrecht Wagner: Der Richter. Geschichte, aktuelle Fragen, Reformprobleme. Karlsruhe 1959, S. 190 ff.

[62]) Siehe oben S. XXXIV.

wesen wäre. Ich habe dort feststellen können, wie höchst ehrenwerte, sehr kluge Männer im Laufe ihres Daseins dieser déformation professionelle unterliegen sind, die unter Umständen auch darin bestehen kann, Dinge für Rechtsfragen zu halten, die in Wirklichkeit politische Fragen sind.

(Sehr gut!)

und auch darin, zu glauben, daß die Argumente, die man anwendet, juristische Argumente sind, während es im wesentlichen unbewußt politische Argumente sind.

(Sehr richtig!)

Diese Selbsttäuschung, der gerade der Fachmann gerne unterliegt, muß man erkennen, die Selbsttäuschung nämlich, er sei sine ira et studio, die Selbsttäuschung, er sei objektiv in dem Sinne, daß er keine Willenselemente und keine Gefühlsfaktoren in seine Entscheidungen hineinmische. Wir wissen seit den Untersuchungen Le Bon's[63]), daß es keine logische Operation gibt, die nicht wesentlich von Willenselementen mit bestimmt ist. Schon das Gewicht, das ich unter verschiedenen möglichen objektiven Gesichtspunkten dem einen vor dem andern zuerkenne, ist vorweggenommene Entscheidung. Diesen Dingen unterliegen wir alle ohne Ausnahme. Da scheint es mir doch richtiger, zweckmäßiger und wahrer zu sein, dieser Wirklichkeit dadurch Rechnung zu tragen, daß wir sagen: In ein Bundesverfassungsgericht gehören neben den kühlen Technikern des Rechts, sagen wir einmal neben denen, die sich bewußt Scheuklappen an die Augen binden — bewußt und in ehrenwerter Absicht —, auch die, die das bewußt nicht tun. Diese sollen die Fragen, von denen man sagt, sie seien rein rechtlicher Natur, mit dem Willen angehen, unter Wahrung des Rechts bei der Entscheidung einen gestaltenden Akt vorzunehmen. Über Verfassungswidrigkeit einer politischen Partei und ähnliche Fragen entscheiden auch andere als die im Katalog von Art. 82[64]) stehenden Gesichtspunkte. Solche Fragen lassen sich doch nicht ohne politische Stellungnahme entscheiden! Diese darf aber nicht willkürlich erfolgen, sondern nur im Rahmen der Verfassung, d. h. unter Bejahung und gegebenenfalls unter Fortentwicklung ihrer Grundelemente. Insoweit könnte einer guten Rechtsprechung des Verfassungsgerichts die Beimischung solcher politischer Menschen nur förderlich sein. Nichts schließt aus, daß diese Leute auch Juristen sind, meinetwegen auch Gerichtsassessoren; aber es sollten in erster Linie politische Menschen sein.

Süsterhenn: Ich möchte mich dem Vorschlag der Herren Dr. Beyerle und Dr. Brill bezüglich des Art. 115 anschließen und darüber hinaus doch bitten, nicht nur in das Protokoll aufzunehmen, sondern auch im Texte zum Ausdruck zu bringen, daß die Richter unabhängig und nur dem Gesetz und ihrem Gewissen unterworfen sind. Herr Staatsrat Schmid hat eben von dem Richter als dem kühlen Techniker des Rechts gesprochen. Ich glaube, daß sich darin die Richterfunktion keineswegs erschöpfen darf. Der Richter darf nicht nur kühler Techniker des Rechts sein, sondern muß das Recht auch aus einer ethischen Grundlage heraus sprechen,

---

[63]) Gustave Le Bon (1841–1931); Begründer der Massenpsychologie.
[64]) Siehe oben S. 322 ff.

die in seinem Gewissen verankert ist. Wir haben es erlebt, daß nationalsozialistische Juristen wegen ihrer formalen Gesetzesanwendung zur Zeit des Dritten Reiches heute verurteilt werden[65]. Diese Richter sind durch die äußere Fassung des Art. 115 durchaus gedeckt. Dem, was damals Gesetz war, waren sie unterworfen und dieses Gesetz haben sie befolgt. Es wäre aber ihre Gewissenspflicht gewesen zu prüfen, ob das, was sich damals Gesetz nannte, auch den Forderungen der Ethik entsprach. Eine solche Prüfung ist eine Angelegenheit des Gewissens. Um dem Rechtspositivismus des Dritten Reiches entgegenzutreten, ist es deshalb notwendig, zu sagen:

Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetz und ihrem Gewissen unterworfen.

*Nawiasky:* Ich stimme hinsichtlich der Gestaltung des Verfassungsgerichtshofs durchaus der Auffassung der Herren Dr. Beyerle und Schmid zu. Dazu darf ich noch bemerken, daß es keine Berufsrichter gibt, die staatsrechtlich genügend ausgebildet sind, und daß das Erfordernis der fachlichen Eignung bei den Berufsrichtern für die Aufgaben beim Verfassungsgerichtshof nicht zutrifft.
Nun darf ich noch kurz auf die Anregung von Herrn Minister Dr. Süsterhenn eingehen. Wir haben bei den Beratungen über die bayerische Verfassung den Fall ausdrücklich erörtert, sind aber zu dem Ergebnis gekommen, eine solche Regelung abzulehnen. Gerade unter der Berufung auf sein Gewissen wäre der Richter imstande, das Gesetz vollkommen beiseite zu schieben. Das Wort „Gesetz" ist selbstverständlich nicht im Sinne des formellen Gesetzes, sondern als Recht zu verstehen. Aber gerade der nationalsozialistische Richter konnte sagen: Die alten Gesetze sind mir gleichgültig, nach meinem Gewissen muß ich unter nationalsozialistischen Gesichtspunkten entscheiden. Auch kommunistische Richter könnten so verfahren. Ich warne davor.

*Brill:* Ich stimme dem Grundgedanken von Art. 64 Abs. 4 zu, halte aber die Fassung teils für zu weitgehend, teils für nicht weitgehend genug. Wenn es dort heißt, daß die Hälfte der Richter Berufsrichter sein müssen, so wäre es möglich, aus rein parteipolitischen Gesichtspunkten dazu den letzten Amtsrichter heranzuziehen. Um die Auswahl dieser Berufsrichter auf die Mitglieder der höchsten Gerichtshöfe einzuschränken, möchte ich vorschlagen zu sagen „der obersten Bundesgerichte und der höchsten Gerichtshöfe der Länder". Da auch Verfassungsstreitigkeiten zwischen Reich und Ländern und Verfassungsstreitigkeiten innerhalb eines Landes zur Entscheidung kommen können, halte ich dies für unbedingt notwendig.

---

[65] Zur Stellung der Richter im Dritten Reich vor allem Ilse Staff: Justiz im Dritten Reich. Frankfurt/M. und Hamburg 1964, S. 68 ff.; Hermann Weinkauff: Die deutsche Justiz und der Nationalsozialismus. Ein Überblick. In: Die deutsche Justiz und der Nationalsozialismus. Stuttgart 1968 (= Quellen und Darstellungen zur Zeitgeschichte Bd. 16 I), S. 171 f. Zur Lenkung der Rechtsprechung im Dritten Reich vgl. Heinz Boberach (Hrsg.): Richterbriefe. Dokumente zur Beeinflussung der deutschen Rechtsprechung 1942–1944. Boppard 1975 (= Schriften des Bundesarchivs 21); zu dem Juristenprozeß vgl. Telford Taylor: Die Nürnberger Prozesse. Kriegsverbrechen und Völkerrecht. Zürich 1951, S. 61 ff.

Jedoch bin ich ein entschiedener Gegner der Vorschrift, daß auch der Vorsitzende Berufsrichter sein muß. Ich glaube, daß ein Mann, der zehn Jahre Senator oder 20 Jahre Vizepräsident eines Parlaments gewesen ist, in viel höherem Maße die Befähigung mitbringt, die Verhandlungen eines Verfassungsgerichtshofs zu leiten. In Großbritannien, dem klassischen Lande der Demokratie, ist es bis auf den heutigen Tag üblich, die höchsten Richter aus den politischen Laufbahnen zu entnehmen, um dadurch die besondere Mission des englischen Richters, die Verhandlungen zu leiten, sicherzustellen[66]). Unter diesem Gesichtspunkt werden die privy council und andere heute noch mit Lords besetzt.

Was in diesem Falle über die Frage von Politik und Recht gesagt worden ist, kann ich nicht unterschreiben. Es gibt doch in Wirklichkeit nicht ein einziges Institut unseres öffentlichen Rechts, das keine politische Substanz besitzt. Da das Geschichtsbewußtsein unserer Epoche so außerordentlich schwach geworden ist, haben wir den Zusammenhang zwischen der politischen Substanz und der juristischen Form und Funktion verloren. Ich bin ein entschiedener Gegner der Auffassung, daß ein Verfassungsgerichtshof irgendeine Entscheidung aus politischen Zweckmäßigkeitsrücksichten zu treffen hätte. Nach meiner Auffassung kann es aber keinen Verfassungsrichter geben, der sich nicht des geschichtlichen und politischen Zusammenhangs der Institute, über die er zu urteilen hat und die er weiter gestalten soll, bewußt ist. Nach meinem Dafürhalten und nach meinen Erfahrungen sind die Voraussetzungen hiefür bei den Laienrichtern mindestens ebensosehr gegeben wie bei den Berufsrichtern. Ich bin sechs Jahre lang Mitglied eines Staatsgerichtshofs[67]) gewesen. In mehr als einer Sitzung war ich von der geringen politischen Bildung erschüttert, die die Mitglieder höchster Gerichte mitgebracht haben. Dies ging in einem Fall so weit, daß in der Sitzung einem Senatspräsidenten des Oberlandesgerichts das Referat abgenommen und einem Mitglied des Oberverwaltungsgerichts, der mit im Staatsgerichtshofe saß, zugeteilt werden mußte. Ich möchte nur hoffen, daß die Berufsrichter, die jetzt in unseren obersten Gerichten sitzen, den Erwartungen entsprechen, die man bei Mitgliedern eines Verfassungsgerichtshofs haben muß.

*Pfeiffer:* Wollen Sie, Herr Staatssekretär Dr. Brill, Ihren Antrag in bestimmter Weise formulieren?

*Brill:* Ich würde vorschlagen, folgendermaßen zu formulieren:

> Die Hälfte der Richter des Bundesverfassungsgerichts müssen Richter der obersten Bundesgerichte und der höchsten Gerichtshöfe der Länder sein.

*Pfeiffer:* Herr Staatssekretär Dr. Brill wünscht also, daß der Vorsitzende nicht die Befähigung zum Richteramt haben muß. Nach dem Antrag des Oberstrichters Dr. Berger hingegen müssen alle Richter des Bundesverfassungsgerichts die Befähigung zum Richteramt besitzen. Ich stelle nunmehr fest, wer dem Antrag Dr. Berger beitreten will. — Diesem Antrag wird keine Folge gegeben.

Nunmehr lasse ich über den Antrag Dr. Brill abstimmen.

---

66) Vgl. Glum, Britische Demokratie, S. 110 ff.

67) Brill war 1927–1932 Mitglied des thüringischen Staatsgerichtshofes in Jena. Vgl. oben S. XXVI. Allgemein Franz W. Jerusalem: Die Staatsgerichtsbarkeit. Tübingen 1930.

*Zürcher:* Man wird hier trennen und über den Vorsitzenden gesondert abstimmen müssen.

*Küster:* Zur Unterstützung von Dr. Brill möchte ich darauf hinweisen, daß der Vorsitzende den Präsidenten muß vertreten können. Man sollte deshalb für dieses wichtige Amt die Auswahlmöglichkeit größer halten, als sie es wäre, wenn man nur Berufsrichter nehmen könnte.

*Brill:* Ich bitte, zuerst darüber abzustimmen, ob der Vorsitzende Berufsrichter sein muß oder nicht. Sodann soll über die Formulierung abgestimmt werden:

> Die Hälfte der Richter des Bundesverfassungsgerichts müssen Richter der obersten Bundesgerichte und der höchsten Gerichtshöfe der Länder sein.

*Pfeiffer:* Ich lasse dann also zunächst darüber abstimmen, ob der Vorsitzende auch ein richterlicher Laie sein kann. — Ich stelle fest, daß 6 Stimmen für diese Lösung, 5 dagegen sind. Damit ist festgestellt, daß der Artikel dahin zu formulieren ist, daß der Vorsitzende nicht Berufsrichter zu sein braucht.
Wir kommen nunmehr zur Abstimmung über den formulierten Antrag Dr. Brill.

*Suhr:* Darf ich darauf aufmerksam machen, daß bei der jetzigen Formulierung nicht klar ersichtlich ist, zu welcher Hälfte der Richter des Bundesverfassungsgerichts der Vorsitzende zu rechnen ist.

*Brill:* Diese Unsicherheit möchte ich absichtlich belassen. Ich möchte die Möglichkeit offen lassen, daß der Vorsitzende sowohl aus der Hälfte der Richter als auch aus dem Kreise der Laien gewählt werden kann.

*Spitta:* Wenn wir nach dem Vorschlag von Dr. Brill verfahren, würden Universitätsprofessoren nicht als Richter zulässig sein.

*Brill:* Sie können aus der anderen Hälfte entnommen werden.

*Drexelius:* Außerdem können sie Richter an obersten Gerichten sein.

*Beyerle:* Zur Klarstellung möchte ich fragen: Können dann Mitglieder der obersten Gerichte, z. B. der Länder, die nicht Juristen sind, in diese ihre Hälfte eingerechnet werden?

(*Brill:* Nein!)

— Aber nach der Fassung wäre es so.

*Brill:* Mir sind solche obersten Gerichtshöfe augenblicklich nicht bekannt. Haben Sie beim Verwaltungsgerichtshof Laienrichter?

*Beyerle:* Sie sind beim Verwaltungsgerichtshof und beim Staatsgerichtshof möglich, bei letzterem sogar nach der Verfassung.

*Brill:* Dann müssen wir sagen: „Die Hälfte der Richter des … müssen Berufsrichter der … sein".

*Beyerle:* Zählen Sie bei den Mitgliedern den Vorsitzenden nicht mit, so daß wir eine gerade Zahl haben?

*Brill:* Das möchte ich dahingestellt sein lassen.

*Beyerle:* Ich meine bei der Feststellung der Hälfte.

*Brill:* Das können wir dem Ausführungsgesetz überlassen. Hier ist doch gar nicht bestimmt, wieviele Mitglieder der Bundesverfassungsgerichtshof hat.

*Pfeiffer:* Durch die vorige Abstimmung ist also festgestellt, daß der Vorsitzende nicht Berufsrichter sein muß. Es fragt sich nur, ob er nicht wenigstens die Befähigung zum Richteramt haben muß.

*Brill:* Der Sinn der vorhergehenden Abstimmung war, daß er sie nicht braucht. Man sollte aber diese Frage dem Ausführungsgesetz überlassen.

*Süsterhenn:* Ich halte es für notwendig, daß über diese Frage nochmals abgestimmt wird. Es scheint zweierlei zu sein, ob einer eine parlamentarische Routine besitzt und die Geschäftsordnung eines Parlaments kennt oder ob er die Strafprozeßordnung beherrscht, deren Kenntnis für ein gerichtliches Verfahren notwendig ist.

*Pfeiffer:* Die Gefahr der Politisierung ist viel größer, wenn nicht diese fachliche Berufsvorbildung gefordert wird. Der Vorsitzende braucht aber deshalb nicht Mitglied eines der obersten Gerichtshöfe zu sein.

*Schmid:* Wir Juristen untereinander könnten es mit einem Augurenlächeln sagen, daß es doch nicht so ist, als ob der Umgang mit einer Prozeßordnung eine Geheimwissenschaft wäre. Man kann sie genau so lernen, ohne studiert zu haben, wie man andere Dinge ohne Studium lernen kann. Im Grunde genommen ist es die Zusammenfassung einer Reihe von Erfahrungs- und Spielregeln und nicht mehr. Das kann auch einer lernen, der nicht das Glück hatte, das Assessorenexamen bestanden zu haben.

*Pfeiffer:* Ich bin auch der Auffassung, daß der Vorsitzende zwar nicht aus dem Richterstand genommen zu werden braucht, daß er aber wenigstens die Befähigung zum Richteramt besitzen sollte. Wir stimmen nunmehr darüber ab. — Ich stelle fest, daß 6 Stimmen sich für die Befähigung zum Richteramt, 5 dagegen ausgesprochen haben. Demgemäß müssen Mehrheits- und Minderheitsvoten im Bericht festgestellt werden.
Jetzt wäre noch darüber abzustimmen, ob in Art. 115[68]) einzufügen ist „und ihrem Gewissen".

*Drexelius:* Ich halte einen solchen Zusatz für ausgesprochen gefährlich. Während des Dritten Reiches haben sicher sehr viele Richter behauptet, daß sie ihrem Gewissen und nicht dem Gesetz folgten[69]). Auch wäre erst noch zu fragen, was von beiden vorgeht, das Gesetz oder das Gewissen. Wenn sie beide Richtlinien sein sollen und wenn die Möglichkeit zu verneinen ist, daß Gesetz und Gewissen des Richters voneinander abweichen könnten, ist ein solcher Zusatz wohl überhaupt entbehrlich. In einer Demokratie sollte man davon ausgehen: Das gesetzte, positive Recht ist so geartet, daß es gar keinen grundsätzlichen Konflikt mit einem demokratischen Gewissen auslösen kann. Dann aber sollte es genügen, den Richter dem Gesetz zu unterwerfen. Zum mindesten sollte man nicht sagen, der Rich-

[68]) Siehe oben S. 333 f.
[69]) Vgl. Anm. 65.

ter sei in erster Linie seinem Gewissen unterworfen, also auch dann, wenn er glaubt, daß es dem positiven, gesetzten Recht widerspricht. Ich bin dagegen, diese Gegensätzlichkeit in das Gesetz hineinzutragen.

*Pfeiffer:* Ich glaube, daß wir diese Kontroverse in den Erläuterungen hervorheben und es jetzt bei der Regelung des Entwurfs belassen.

*Brill:* Ich möchte mir die Anfrage an den Herrn Vorsitzenden erlauben, ob über die endgültige Fassung des Art. 84 Abs. 4[79]) schon abgestimmt worden ist. Ich glaube, es ist noch nicht über meinen Antrag abgestimmt, folgende Formulierung zu wählen:

> Die Hälfte der Richter des Bundesverfassungsgerichts müssen Berufsrichter der obersten Bundesgerichte und der höchsten Gerichtshöfe der Länder sein.

*Pfeiffer:* In Abs. 4 würde dann also der von Herrn Staatssekretär Dr. Brill formulierte Satz vorangehen. Sodann würde der Satz folgen, daß der Vorsitzende die Befähigung zum Richteramt haben muß.
Ich lasse nunmehr in aller Form über den ersten Satz nach der Fassung des Herrn Staatssekretärs Dr. Brill abstimmen. — Er ist einstimmig angenommen.
Über den zweiten Satz, daß der Vorsitzende die Befähigung zum Richteramt haben muß, haben wir schon abgestimmt. Es haben sich 6 Stimmen dafür, 5 dagegen ausgesprochen. Es müssen also beide Ansichten im Bericht erwähnt werden.

*Süsterhenn:* Ich darf bemerken, daß ich ausdrücklich den Antrag gestellt hatte, die Worte „und ihrem Gewissen" in den Text aufzunehmen. Ich bin aber damit einverstanden, daß die ganze Problematik hier nicht erörtert wird. Den Anhängern der verschiedenen Auffassungen ist dies ja ohnehin bekannt.

*Schmid:* Ich glaube nicht, daß der Antrag so verstanden werden darf, als ob er das Gewissen dem Gesetze habe entgegenstellen wollen. Dies war nicht seine Absicht. Aber er wollte durch diese Formel zum Ausdruck bringen, daß der Richter das Gesetz so anzuwenden hat, wie es ihm von dem Lichte erleuchtet wird, das aus seinem Gewissen strahlt. Wenn wir genau wüßten, daß diese Formel so verstanden wird, würde ich mich über ihre Aufnahme freuen. Ich fürchte aber, man wird aus ihr einen Gegensatz herauslesen: Hie Gesetz, hie Gewissen. Wenn das Gesetz Deinem Gewissen oder, was Du dafür hältst, nicht paßt, kannst Du den bequemeren Weg dessen gehen, was Du Gewissen nennst. Wir kommen dann wieder zu so etwas wie dem gesunden Rechtsempfinden. Diese Gefahr scheint mir größer zu sein, als daß man die Rechtssicherheit schmälert. Wir kommen dann wieder auf ein subjektives Recht hinaus, wo man sagt: Recht ist, was dem Volke nützt, oder Recht ist, was dem Manne, der Recht zu sprechen hat, aus den verschiedensten Gründen am bequemsten anwendbar erscheint. Deshalb sollte man sich vielleicht doch damit begnügen, nur in die Motive aufzunehmen, was hier unter Anwendung des Gesetzes verstanden wird. Nach unserer Auffassung handelt es sich dabei nicht um ein dummes Blättern in Kommentaren und um ein steriles Subsumieren von Worten unter Worte, sondern um die Verwirklichung

[79]) Siehe oben S. 325 f.

von Prinzipien, deren allgemeiner Ausdruck das Gesetz ist und deren konkreter Ausdruck der Richterspruch sein muß.

*Brill:* Ich werde für diesen Antrag stimmen, möchte aber jetzt schon eine Erklärung zur Abstimmung abgeben. Nach meiner Auffassung wird durch die von Dr. Süsterhenn vorgeschlagene Formulierung das Problem nur gestellt, nicht gelöst. Der Ton liegt auf der Kopula „und", und der Adressat ist der Richter in seiner ganzen Persönlichkeit, nicht nur in dem Element Gewissen. Er hat das Problem in jedem Falle konkret zu lösen.

*Drexelius:* Wir haben vorgesehen, daß der Staatsgerichtshof zu prüfen hat, ob das Gesetz, d. h. das anzuwendende Recht, mit der Verfassung übereinstimmt, insbesondere ob es die Grundrechte wahrt. Schon deshalb kann wohl der Konflikt, an den hier in erster Linie gedacht ist, eigentlich gar nicht entstehen. Daher dürfte es gerechtfertigt sein, den Richter nur dem Gesetz zu unterwerfen.

*Beyerle:* Das Wesentliche scheint mir zu sein, daß das Problem aufgeworfen wird und dann bei der endgültigen Feststellung der Verfassung irgendwie zur Lösung kommt. Zunächst einmal kann man die Formulierung wählen „nur dem Gesetz und dem Gewissen". Dabei ist selbstverständlich nicht an einen Vorrang des einen gegenüber dem anderen, sondern an eine vernünftige Synthese gedacht. Man könnte diesen Gedanken, ohne daß ich einen formellen Antrag nach dieser Richtung stellen möchte, etwa auch durch folgenden Zusatz zum Ausdruck bringen: „Unter Gesetz ist nicht nur das geschriebene, sondern das allgemeine sittliche Recht zu verstehen". Dies alles ist aber problematisch, und ich will damit nur andeuten, daß bei der endgültigen Formung der Verfassung versucht werden muß, dem sturen Positivismus entgegenzutreten.

*Pfeiffer:* Wir müssen nun über den Antrag Dr. Süsterhenn abstimmen, bei Art. 115[71]) die Worte einzufügen „und ihrem Gewissen". Wer ist für die Aufnahme dieser Ergänzung? – 7 Stimmen. Der Antrag Dr. Süsterhenn ist also angenommen und der Zusatz beschlossen.
Nun hat zu einem anderen Punkte Herr Dr. Suhr das Wort.

*Suhr:* So ausgezeichnet der Bericht des Ausschusses III ist, scheint er doch einem Gesichtspunkt nicht völlig gerecht zu werden. Er stellt die gewonnenen Ergebnisse als zu selbstverständlich und als einzige Lösung hin, ohne die Problematik der anderweitigen Meinungen genügend zu kennzeichnen. Ich hätte in einem einzigen Falle einen abweichenden Vorschlag zu unterbreiten, verzichte aber darauf. Nur auf einen Punkt möchte ich hinweisen: Ich halte die Ausnahmen von der normalen Gesetzgebung, die hier vorgeschlagen werden, für politische Mathematik und nicht für Politik. Damit wird kein Instrument geschaffen, das den Wünschen der Herren gerecht wird, die diese Formulierungen getroffen haben. Eine Verfassung wird praktisch umso wirksamer sein, je klarer und einfacher sie ist. Es kann niemand voraussehen, ob ein verfassungsänderndes Gesetz oder ein Gesetz, durch das von der bundesstaatlichen Grundordnung abgegangen wird, bedeutsamer ist, bei welchen von beiden man also eine höhere qualifizierte Mehrheit verlangen

[71]) Siehe oben S. 333 f.

Bundestag kann also zwar durch Benennung eines neuen Bundeskanzlers die gesamte Regierung stürzen (Art. 90), er soll jedoch nicht die Möglichkeit haben, einen einzelnen Minister aus der Regierung „herauszuschießen".

*Keine Ministeranklage*

Die Minister[an]klage hat sich als eine Einrichtung des konstitutionellen Regimes entwickelt, die in einem System mit parlamentarischer Verantwortlichkeit ihren eigentlichen Sinn verloren hat. Im Gegensatz zu dem Bundespräsidenten, gegen den nach dem Entwurf eine Anklage vor dem Verfassungsgerichtshof vorgesehen ist, hat der Ausschuß daher auf die Ministerklage verzichtet.

## Achtes Kapitel

## DAS BUNDESVERFASSUNGSGERICHT

*Bundesverfassungsgericht als Teil der dritten Gewalt*

Der Konvent hält es für angebracht, die Vorschriften über das Bundesverfassungsgericht zusammenzufassen[9]. Dadurch soll die grundsätzliche Bedeutung dieser Institution hervorgehoben und die Gleichberechtigung dieses höchsten Organs der dritten Gewalt gegenüber den anderen Gewalten sichtbar gemacht werden.

*Besonderes Verfassungsgericht oder einheitliches oberstes Gericht?*

Über die Frage, ob die Bundesverfassungsgerichtsbarkeit als Teil der obersten Bundesgerichtsbarkeit von einem einheitlichen obersten Bundesgericht ausgeübt oder ob für Verfassungsfragen ein besonderes Verfassungsgericht geschaffen werden soll, besteht keine einheitliche Meinung; diese Frage ist deshalb ausdrücklich offengelassen. Die im Konvent vertretenen Meinungen und die für sie angeführten Gründe sind wegen des Sachzusammenhangs in Kapitel XII im einzelnen festgehalten.

*Erweiterung der Zuständigkeiten gegenüber der Weimarer Verfassung*

Im Vergleich zum Staatsgerichtshof der Weimarer Verfassung soll das Bundesverfassungsgericht erweiterte Zuständigkeiten erhalten. Es ist oberste Instanz in Fragen des Bundesstaatsrechts und damit „Hüter der Verfassung" in wahrhaftem Sinn.

*Zuständigkeitskatalog*

Es erscheint zweckmäßig, einen umfangreichen Katalog, der keine neuen Zuständigkeiten schafft, sondern die im Grundgesetz verstreuten Bestimmungen über die Möglichkeiten der Anrufung des Bundesverfassungsgerichts systematisch zusammenfaßt, aufzustellen, der folgende Fälle enthält:

[9] Siehe unten S. 398 f. Art. 97–100.

[*Akten… volume 2*]



Die Entscheidung über Anklagen gegen den Bundespräsidenten, über Verfassungsstreitigkeiten zwischen obersten Bundesorganen oder in dem Grundgesetz mit eigenen Rechten ausgestatteten Teilen von solchen (z. B. Bundestagsmehrheit und -minderheit), über öffentlich-rechtliche Streitigkeiten zwischen dem Bund und den Ländern und zwischen den Ländern, über die Gültigkeit von Gesetzen auf Antrag eines Gerichts, über Meinungsverschiedenheiten, die im Gesetzgebungsverfahren entstehen können, über die Verfassungswidrigkeit von politischen Parteien, über die Gültigkeit von Wahlen zum Bundestag und über den Verlust der Mitgliedschaft beim Bundestag, über Beschwerden wegen Verletzung der durch das Grundgesetz gewährleisteten Grundrechte (sog. Verfassungsbeschwerden), über die Verwirkung bestimmter Grundrechte sowie über Beschwerden gegen einen parlamentarischen Untersuchungsausschuß. Darüber hinaus soll der Bundesgesetzgebung die Möglichkeit eröffnet werden, weitere Fälle dem Bundesverfassungsgericht zur Entscheidung zuzuweisen.

*Bindung der Gerichte und sonstigen Behörden an die Entscheidungen und Anordnungen des Bundesverfassungsgerichts, Gesetzeskraft*

Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und seine zu ihrer Durchführung erlassenen Anordnungen sollen entsprechend der überragenden Stellung des Gerichts für alle Gerichte und sonstigen Behörden bindend sein. Soweit seine Entscheidungen die Nichtigkeit eines Gesetzes oder eines Teiles eines solchen feststellen, sollen sie Gesetzeskraft haben und wie Gesetze verkündet werden. Bestimmungen hierüber müssen nach Ansicht des Konvents unmittelbar geltendes Recht sein.

*Regelung nur der wichtigsten Einzelheiten im Grundgesetz*

Im übrigen wird das Grundgesetz seiner Natur nach nur die wichtigsten Einzelheiten zu regeln haben. Als solche werden angesehen: Die Bestellung der Richter und des Vorsitzenden unter Wahrung der Gleichberechtigung von Bundestag und Bundesrat, die paritätische Besetzung der Senate, der Ausschluß der Doppelmitgliedschaft beim Bundesverfassungsgericht und einem sonstigen höchsten Bundes- oder Länderorgan und schließlich das Erfordernis bestimmter Qualifikationen für den Vorsitzenden und mindestens die Hälfte der Richter. Die weiteren Bestimmungen sollen durch ein Bundesgesetz getroffen werden, das sich insbesondere auch mit der Einrichtung des Gerichts und der näheren Ausgestaltung des Verfahrens zu befassen hat.

## Neuntes Kapitel

## DIE GESETZGEBUNG

*Der Vorbehalt des Gesetzes*

Im Hinblick auf die Erfahrungen der jüngsten Vergangenheit hält der Ausschuß es für erwünscht, an den Anfang des Abschnitts über die Gesetzgebung[10]) einen

[10]) Siehe unten S. 600 ff. Art. 101–111.

ausdrücklichen Vorbehalt des Gesetzes zu stellen. Der erste Artikel dieses Abschnitts beginnt daher mit den Worten: „Jede Ausübung der Staatsgewalt bedarf der Grundlage im Gesetz". Dieser Artikel bestimmt dann weiter, daß Rechte und Pflichten der Bürger nur durch Gesetz begründet werden können. Um die Mitwirkung des Gesetzgebers bei der Haushaltsgebarung zum Ausdruck zu bringen, ist in diesem Artikel auch noch die Vorschrift aufgenommen worden, daß der Bundeshaushalt durch Gesetz festgestellt wird (Art. 101).

*Keine Übertragung der Gesetzgebungsbefugnis*

Der Mißbrauch der Ermächtigungsgesetze hat es nahe gelegt, unmittelbar im Anschluß an die Bestimmung, daß die Bundesgesetzgebung durch Bundestag und Bundesrat (bzw. Senat) ausgeübt wird, ein ausdrückliches Verbot der Übertragung der Gesetzgebungsbefugnis in das Grundgesetz aufzunehmen. Mit diesem Verbot soll jedoch nur die Ermächtigung zum Erlaß von Gesetzen im eigentlichen Sinn ausgeschlossen werden. Es war daher festzusetzen, daß die Bundesregierung durch Gesetz ermächtigt werden kann, Rechtsverordnungen zu erlassen, sofern sichergestellt ist, daß Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung ausreichend im Gesetz bestimmt sind (Art. 102).

*Träger der Bundesgesetzgebung*

Es bestand Einigkeit darüber, daß Bundestag und Bundesrat (bzw. Senat) bei der Gesetzgebung des Bundes zusammenzuwirken haben. Lediglich hinsichtlich der Form dieses Zusammenwirkens standen sich zwei Ansichten gegenüber. Während die eine in dem Bundestag den eigentlichen Träger der Gesetzgebung sieht und sich für eine Mitwirkung des Bundesrats an der Gesetzgebung in Anlehnung an die Form aussprach, die der Reichsrat nach der Verfassung von Weimar gehabt hat, verlangte die andere die völlige Gleichberechtigung beider Gesetzgebungsorgane.

*Gesetzesinitiative*

Es bestand jedoch Einigkeit zwischen beiden Richtungen, daß die Gesetzesinitiative bei der Bundesregierung, dem Bundestag und dem Bundesrat (bzw. dem Senat) liegen solle (Art. 103). Soweit es sich um Gesetzesvorlagen der Bundesregierung handelt, werden diese nach Beschlußfassung in der Bundesregierung vom Bundeskanzler eingebracht. Dabei bestimmt die Bundesregierung darüber, ob ihre Vorlagen zuerst in einem der Häuser oder gleichzeitig in beiden beraten werden sollen. In die 3. Variante war noch die Bestimmung aufzunehmen, daß der Bundesrat seine Vorlagen mit einfacher Mehrheit beschließt, sofern nicht nach den folgenden Bestimmungen eine höhere Mehrheit erforderlich ist.

*Der Gang der Gesetzgebung:*

*a) bei Gleichberechtigung von Bundestag und Bundesrat*

Nach der 1. Variante kommt ein Bundesgesetz allein durch übereinstimmenden Beschluß beider Häuser zustande. Für den Fall, daß kein übereinstimmender Beschluß erzielt wird, ist hier die bereits begründete Möglichkeit vorgesehen, daß der Bundespräsident eingreift und eine Versammlung von Vertretern beider

[*Akten… volume 2*]



Häuser einberuft, nach deren Beratung dann in beiden Häusern eine neue Beschlußfassung stattzufinden hat.

*b) bei der abgeschwächten Bundesratslösung*

Die 3. Variante sieht ein Gesetzgebungsverfahren vor, nach dem dem Bundesrat lediglich ein Einspruchsrecht gegenüber den vom Bundestag beschlossenen Gesetzen zusteht (Art. 104). Dieser Einspruch hat zunächst nur die Natur eines bloß aufschiebenden Vetos. Hat der Bundesrat seinen Einspruch jedoch mit zwei Dritteln der gesetzlichen Mitgliederzahl gefaßt, so kann der Einspruch im Bundestag auch nur mit zwei Dritteln der gesetzlichen Stimmenzahl überstimmt werden. Ein Unterschied gegenüber der 1. Variante liegt auch noch darin, daß nach der 3. Variante die Gesetzesinitiative nur „vom" Bundesrat, nach der 1. Variante „aus seiner Mitte", also von jedem Bundesratsmitglied ergriffen werden kann.

*c) bei der Senatslösung*

Auch bei der Senatslösung (2. Variante) ist nur ein überwindbares Veto der zweiten Kammer vorgesehen.

*Ausnahmen von der normalen Gesetzgebung*

Außer den normalen Gesetzen unterscheidet der Entwurf:

1) Systemverschiedene Gesetze,
2) Gesetze, die das Grundgesetz ändern,
3) Gesetze, durch die von der bundesstaatlichen Grundordnung abgegangen wird,
4) Gesetze, durch die die freiheitliche und demokratische Grundordnung beseitigt würde.

*Systemverschiebende Gesetze*

Unter systemverschiebenden Gesetzen versteht der Entwurf Gesetze, durch die das bundesstaatliche Gefüge eine grundlegende Änderung erfährt. Die hier in Betracht kommenden Fälle werden erschöpfend aufgezählt (Art. 105):

1) Neuschaffung von Bundesoberbehörden,
2) Neuschaffung einer bundesunmittelbaren Selbstverwaltung,
3) Neuschaffung einer Weisungsbefugnis des Bundes gegenüber den Ländern,
4) Übernahme von Ausgaben für neue Zwecke auf den Bundeshaushalt,
5) Neuschaffung eines bundeseigenen Verwaltungsunterbaus.

Bei Erlaß systemverschiebender Gesetze erfährt die Stellung des Bundesrats gegenüber seiner Mitwirkung bei der normalen Gesetzgebung in den Varianten 1 und 3 eine wesentliche Verstärkung. Dabei ist im Hinblick auf die besonders starke Beeinträchtigung der Länder durch die Neuschaffung eines bundeseigenen Verwaltungsunterbaus bei der vorstehenden Ziff. 5 eine noch weitergehende Qualifizierung vorgesehen. Der Grad der Qualifizierung ist in beiden Vorschlägen verschieden. Nach der Variante 1, bei der schon das normale Gesetz nur durch übereinstimmenden Beschluß von Bundestag und Bundesrat zustande kommt, wird bei Ziff. 1–4 eine Zweidrittelmehrheit und bei Ziff. 5 die Einstimmigkeit des Bundesrats vorgesehen. Die Variante 3, die für die normale Gesetzgebung nur das Einspruchsrecht des Bundesrats vorsieht, verlangt bei den Ziffern 1–4

### Das Rechnungswesen des Bundes[16])

*Rechnungslegung und Rechnungsprüfung*

Rechnungslegung und Rechnungsprüfung sind gleichfalls in der üblichen Weise geregelt.

### Das Schuldenwesen des Bundes[17])

*Schuldenwesen*

Das Schuldenwesen des Bundes ist in Anlehnung an Art. 87 der Weimarer Verfassung geregelt.

### Die Regelung finanzieller Festsetzungen im Bereich des Bundes[18])

*Schutz der Wirtschaft gegen willkürliche Preis- und Tarifpolitik vom Bund geführter oder kontrollierter Betriebe und gegen willkürliche Beitragsfestsetzung der unter Bundesaufsicht stehenden Selbstverwaltungen*

Diese Bestimmung bezweckt den Schutz der deutschen Wirtschaft vor einer willkürlichen Preis- und Tarifpolitik der Bundesbahn, der Bundespost und anderer vom Bund geführter oder kontrollierter Betriebe. Auch soll die Wirtschaft durch Art. 127 vor einer willkürlichen Beitragsfestsetzung der unter Bundesaufsicht stehenden Selbstverwaltungen geschützt werden.

## Zwölftes Kapitel

## DIE RECHTSPFLEGE

*Eigener Abschnitt für die Rechtspflege*

Der Konvent ist sich darüber einig, daß ebenso wie in der Weimarer Verfassung und sämtlichen neuen Länderverfassungen der Rechtspflege als dritter Staatsfunktion ein eigener Abschnitt zu widmen ist[19]).

*Wiederaufbau der Rechtspflege*

Eine unabhängige, unpolitische und rein sachlich eingestellte Rechtspflege ist ein besonders wichtiges Erfordernis und zugleich eine unentbehrliche Bürgschaft des Rechtsstaats. Auf diesem Gebiet hat das nationalsozialistische Regime ein großes Vertrauenskapital zerstört. Die schon in den Länderverfassungen in Angriff genommene Aufgabe, hier von Grund aus aufzubauen, muß im Grundgesetz fortgesetzt werden. Zum Teil handelt es sich darum, alte bewährte Grundsätze (Anspruch auf den gesetzlichen Richter, sachliche und persönliche Unabhängig-

16) Siehe unten S. 609 Art. 125.
17) Siehe unten S. 609 Art. 126.
18) Siehe unten S. 610 Art. 129.
19) Siehe unten S. 610 ff. Art. 126–138.

keit der Richter, nulla poena sine lege) wieder zu Ehren kommen zu lassen, zum Teil darum, neue Formulierungen zu finden, um früher unbekannten, in der nationalsozialistischen Zeit eingerissenen Mißbräuchen für die Zukunft den Boden zu entziehen (Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlungen, Anspruch auf rechtliches Gehör, Recht auf einen Verteidiger, ne bis in idem).

*Gerichtshoheit der Länder und des Bundes. Grundsätzlich nur Oberste Bundesgerichte und nur für Fragen des Bundesrechts*

An die Spitze des Abschnitts soll das Prinzip gestellt werden, daß die Gerichtshoheit grundsätzlich den Ländern zusteht. Eine Gerichtshoheit des Bundes ist nur in den Fällen gegeben, die durch das Grundgesetz selbst festgelegt sind. Grundsätzlich sind nur oberste Bundesgerichte und nur zur Entscheidung über Fragen des Bundesrechts zulässig.

*Einheitliches oberstes Bundesgericht oder mehrere oberste Bundesgerichte?*

Meinungsverschiedenheiten bestehen darüber, ob ein einheitliches oberstes Bundesgericht für sämtliche Sachgebiete des Bundesrechts zu schaffen sei oder ob verschiedene oberste Bundesgerichte errichtet werden sollen. Für die erste Meinung wird vor allem angeführt:

Konzentration der dritten Gewalt, um sie dem Volksbewußtsein einzuprägen und eine scharfe Trennung der Gewalten herbeizuführen;
Zusammenhang der Materie;
einheitliche Rechtsprechung;
Vorbilder in der Schweiz und den Vereinigten Staaten.

Gegen diese Auffassung wird vorgebracht:

Andere Voraussetzungen in Deutschland und Gegenvorbilder in Frankreich und Großbritannien;
Entstehung eines Übergerichts, daher zwangsläufige Aufsplitterung in Abteilungen oder Senate, so daß eine Einheit der Rechtsprechung auch nicht leichter zu erzielen sei als bei mehreren Gerichten;
Förderung der Bundesfreudigkeit durch Sitz der Gerichte in verschiedenen Ländern (Beispiel: Reichsgericht in Leipzig).

Schließlich wird noch der Standpunkt vertreten, daß in dem Grundgesetz überhaupt nur das Bundesverfassungsgericht geregelt und die Möglichkeit zur Schaffung eines obersten Bundesgerichts für Zivil- und Strafsachen gegeben werden solle.

*Einigkeit über Herbeiführung der Rechtseinheit*

Alle Meinungen sind sich aber einig im Ziel, daß möglichst bald eine Rechtseinheit herbeigeführt werden müsse.

*Regelung durch die Bundesgesetzgebung*

Zum Ausgleich der widersprechenden Ansichten wird vorgeschlagen, die Zahl der Gerichte offen zu lassen und es dem Bundesgesetzgeber anheimzustellen, ein oder mehrere oberste Bundesgerichte zu schaffen.

dingungen regeln, sowie Festsetzungen bundesunmittelbarer Selbstverwaltungen über Beiträge und Leistungen und über die Voraussetzungen der Zugehörigkeit, bedürfen, soweit sie nicht im Wege der Gesetzgebung getroffen werden, der Zustimmung des Bundestags und des Bundesrats (Senats). Beide Häuser können ihre Befugnis auf einen Ausschuß übertragen.

## XII. DIE RECHTSPFLEGE

### Artikel 128

Die Gerichtsbarkeit wird ausgeübt durch Gerichte der Länder und, soweit es dieses Grundgesetz bestimmt oder zuläßt, durch Bundesgerichte.

### Artikel 129

(1) Soweit über die Anwendung von Bundesrecht zu entscheiden ist, wird die oberste Verfassungsgerichtsbarkeit, die oberste Verwaltungsgerichtsbarkeit, die oberste Dienststrafgerichtsbarkeit bei Dienstvergehen gegen den Bund, die oberste ordentliche Gerichtsbarkeit einschließlich der Arbeitsgerichtsbarkeit sowie die oberste Gerichtsbarkeit bei Meinungsverschiedenheiten über die Zuständigkeit zwischen Gerichten und Verwaltungsbehörden durch ein oder mehrere oberste Bundesgerichte ausgeübt.
(2) Zur Ausführung des Abs. 1 kann durch Bundesgesetz bestimmt werden, daß das oberste Gericht eines Landes, wenn es bei der Auslegung einer Bestimmung dieses Grundgesetzes oder sonstigen Bundesrechts von der Entscheidung eines obersten Gerichts eines anderen Landes oder, wenn über die Rechtsfrage bereits eine Entscheidung eines obersten Bundesgerichts ergangen ist, von dieser abweichen will, unter Begründung seiner Rechtsauffassung die Entscheidung des entsprechenden obersten Bundesgerichts herbeizuführen hat. Dessen Entscheidung ist für das Gericht des Landes bindend.
(3) Untere Bundesgerichte können nur für Streitigkeiten über Anordnungen von Bundesverwaltungsbehörden und für Dienststrafverfahren gegen Bundesbeamte eingerichtet werden.
(4) Durch Landesgesetz kann einem bestehenden obersten Bundesgericht in solchen Sachen, bei denen über die Anwendung von Landesrecht zu entscheiden ist, die Entscheidung für den letzten Rechtszug zugewiesen werden.

### Artikel 130

Zur Wahrung der Bundesbelange bei der Anwendung von Bundesrecht durch Gerichte der Länder kann durch Bundesgesetz bestimmt werden, daß in Straf- und Verwaltungsstreitsachen sowie in Dienststrafverfahren wegen Vergehen gegen den Bund eine Bundesbehörde die Befugnis der Anklagebehörde oder des Vertreters des öffentlichen Interesses ganz oder teilweise übernehmen und ein zulässiges Rechtsmittel selbständig bei dem zuständigen obersten Bundesgericht einlegen kann, auch wenn sie sich am bisherigen Verfahren nicht beteiligt hat.

### Artikel 131

(1) Ausnahmegerichte sind unzulässig. Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden.

[*Akten… volume 2*]



(2) Gerichte für besondere Sachgebiete sind nur kraft gesetzlicher Bestimmung zulässig.

Artikel 132

Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetz und ihrem Gewissen unterworfen.

Artikel 133

(1) Die Richter können gegen ihren Willen nur kraft richterlicher Entscheidung und nur aus den Gründen und unter den Formen, die gesetzlich bestimmt sind, dauernd oder zeitweise ihres Amtes enthoben oder an eine andere Stelle oder in den Ruhestand versetzt werden. Bei Veränderung der Einrichtung der Gerichte oder ihrer Bezirke können die Richter an ein anderes Gericht versetzt oder vom Amt entfernt werden, jedoch nur unter Belassung des vollen Gehalts. Die Gesetzgebung kann Altersgrenzen festsetzen, bei deren Erreichung die Richter in den Ruhestand treten.
(2) Die planmäßigen Richter der ordentlichen Gerichtsbarkeit werden auf Lebenszeit bestellt.

Artikel 134

(1) Die Verhandlungen vor allen Gerichten sind öffentlich.
(2) Bei Gefährdung der Staatssicherheit oder der öffentlichen Sittlichkeit kann die Öffentlichkeit durch Gerichtsbeschluß ausgeschlossen werden. Für Ehesachen ist eine gleiche Regelung durch Gesetz zulässig.

Artikel 135

(1) Vor Gericht hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör.
(2) Jeder Angeklagte kann sich eines Verteidigers bedienen.

Artikel 136

(1) Eine Handlung kann nur dann mit Strafe belegt werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde.
(2) Niemand darf wegen derselben Tat zweimal gerichtlich bestraft werden.

Artikel 137

(1) Hält ein Gericht ein Gesetz, auf dessen Gültigkeit es bei seiner Entscheidung ankommt, für verfassungswidrig, so hat es das Verfahren auszusetzen und, wenn es sich um die Verletzung der Verfassung eines Landes handelt, die Entscheidung des Verfassungsgerichts des Landes, wenn es sich um die Verletzung des Grundgesetzes handelt, die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einzuholen. Das letztere gilt auch, wenn ein Gericht ein Landesgesetz mit einem Bundesgesetz für unvereinbar hält.
(2) Die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes oder die Unvereinbarkeit eines Landesgesetzes mit einem Bundesgesetz kann bei jedem Gericht und von jedem am Verfahren Beteiligten geltend gemacht werden. Im Verfahren vor dem Verfassungsgericht hat diejenige Partei, die sich auf die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes oder die Unvereinbarkeit eines Landesgesetzes mit einem Bundesgesetz berufen hat, das Recht auf Gehör.
(3) Das Nähere bestimmt ein Bundesgesetz.

*Zu Artikel 131:*
Diese Bestimmung geht zurück auf Art. 105 der Weimarer Verfassung[37]). Der für die ordentliche Gerichtsbarkeit ohnehin geltende Grundsatz wird auf die gesamte Gerichtsbarkeit ausgedehnt und mit verfassungsrechtlichem Schutz ausgestattet.
Unter Ausnahmegerichten sind durch die Regierung oder Verwaltung für bestimmte Einzelfälle oder Gruppen von Einzelfällen eingesetzte Gerichte zu verstehen, mit denen sich die Gefahr oder der Verdacht verbindet, daß die Gerichtsmitglieder mit einer bestimmten Tendenz ausgewählt sind. Im Gegensatz dazu steht der „gesetzliche Richter", der durch abstrakte Norm und daher ohne Rücksicht auf die Person der Beteiligten bestimmt ist.
An Stelle des in der nationalsozialistischen Zeit mißbrauchten und dadurch in Mißkredit geratenen Ausdrucks „Sondergerichte" wird in Absatz 2 die Bezeichnung „Gerichte für besondere Sachgebiete" gewählt. Es sind solche Gerichte, die durch abstrakte Normen für bestimmte sachlich umschriebene Gruppen von Rechtsfällen vorgesehen werden. Beispiele: Arbeitsgerichte, Jugendgerichte, Gerichte auf Grund des Kontrollratsgesetzes Nr. 45 usw.

*Zu Artikel 132:*
Diese Bestimmung geht weiter als Art. 102 der Weimarer Verfassung[38]). Sie stellt wie dieser den Grundsatz der sachlichen Unabhängigkeit der Rechtspflege auf, unterwirft aber den Richter nicht nur dem positiven Gesetz, sondern auch seinem Gewissen, d. h. der Richter hat die Vereinbarkeit des positiven Rechts mit dem ungeschriebenen Recht zu prüfen. Diese Formulierung soll aber keineswegs etwa eine Wiedereinführung des sogenannten „gesunden Volksempfindens" bedeuten. Entscheidend ist in diesem Zusammenhang die Kopula „und".
Da unbestritten ist, daß die Richter lediglich hinsichtlich der Ausübung der richterlichen Gewalt, nicht hinsichtlich ihrer sonstigen Tätigkeit auf dem Gebiet der Justizverwaltung unabhängig sein sollen, wurde ein Antrag, die Fassung des Art. 87 der Verfassung von Württemberg-Baden zu übernehmen, nach der die richterliche Gewalt durch unabhängige, nur dem Gesetz unterworfene Gerichte ausgeübt wird, fallen gelassen.

*Zu Artikel 133:*
Diese Bestimmung geht zurück auf Art. 104 der Weimarer Verfassung[39]); dessen Inhalt ist nunmehr auf alle Richter ohne Unterschied ausgedehnt. Er normiert die persönliche Unabhängigkeit der Richter, d. h. ihre Unabsetzbarkeit und Unversetzbarkeit gegen ihren Willen. Vorbehalten bleiben dagegen wie bisher die gesetzlichen Fälle, über deren Vorliegen aber stets ein Gericht in genau geregeltem Verfahren entscheiden muß, die Versetzung und Entfernung vom Amt bei Änderung der Gerichtsorganisation und die Bestimmung einer Altersgrenze.
Unter Abs. 1 fallen auch die Laienrichter, z. B. Handelsrichter, Schöffen und Geschworene. Dagegen ist in Abs. 2 bestimmt, daß nur die planmäßigen Richter der

[37]) Siehe S. 333.
[38]) Siehe S. 333 f.
[39]) Siehe S. 334.

[*Akten… volume 2*]



ordentlichen Gerichtsbarkeit auf Lebenszeit bestellt (ernannt oder gewählt) werden. Die Planmäßigkeit eines Richters ergibt sich aus den einschlägigen beamtenrechtlichen Bestimmungen. Die Bestellung von Richtern für besondere Sachgebiete auf Lebenszeit soll durch Abs. 2 nicht ausgeschlossen werden; sie ist auf Grund Gesetzes zulässig, aber nicht mit verfassungsrechtlichem Schutz ausgestattet.

*Zu Artikel 134:*
Diese Vorschrift geht zurück auf Art. 90 der Bayerischen Verfassung und Art. 117 der Badischen Verfassung[40]). In der Weimarer Verfassung war eine solche Bestimmung nicht enthalten. Der Grundsatz der Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlungen ist ein wichtiges Prinzip des Rechtsstaats. Entsprechend seiner sonstigen Einstellung hatte der Nationalsozialismus dieses Prinzip weitgehend eingeschränkt. Es erscheint daher geboten, diesen Grundsatz hervorzuheben und unter den Schutz des Grundgesetzes zu stellen. Nur für Einzelfälle werden unvermeidliche Ausnahmen zugelassen.
Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 sollen unmittelbar geltendes Recht darstellen. Dagegen enthält Abs. 2 Satz 2 lediglich eine Ermächtigung für den Gesetzgeber, eine gleiche Regelung für Ehesachen einzuführen; auch eine bereits bestehende Regelung wird dadurch gedeckt. Zweckmäßig erscheint dies deshalb, weil gerade in Ehesachen häufig höchstpersönliche Angelegenheiten behandelt werden müssen, deren Erörterung vor der Öffentlichkeit, auch wenn sie nicht die öffentliche Sittlichkeit gefährdet, unerwünscht ist.

*Zu Artikel 135:*
Der Anspruch auf rechtliches Gehör vor Gericht und auf einen Verteidiger ist für den Rechtsstaat an sich selbstverständlich. Aber angesichts der Vorkommnisse in der jüngsten Vergangenheit erscheint es dem Ausschuß angebracht, beide Rechte unter den besonderen Schutz des Grundgesetzes zu stellen.

*Zu Artikel 136:*
Abs. 1 entspricht wörtlich Art. 116 der Weimarer Verfassung und hat dieselbe Bedeutung.
Abs. 2 stattet den Grundsatz „ne bis in idem" mit verfassungsrechtlichem Schutz aus. Vorbilder: Württemberg-Baden Art. 4 Abs. 3, Hessen Art. 22 Abs. 3, Bayern Art. 104 Abs. 2, Württemberg-Hohenzollern Art. 17 Abs. 3. Dieser Grundsatz gilt aber nur für gerichtliche Strafen. Er schließt also beispielsweise das Nebeneinander einer gerichtlichen und einer Disziplinarstrafe nicht aus, die ja beide eine ganz verschiedene Rechtsgrundlage haben, dort das allgemeine Verhältnis des Einzelnen zum Staat, hier ein besonderes Gewaltverhältnis.

*Zu Artikel 137:*
Bereits im darstellenden Teil ist dargelegt, daß durch Art. 137 die Frage des richterlichen Prüfungsrechts dahin geregelt ist, daß nicht der einzelne Richter die Prüfung der Gültigkeit eines Gesetzes (im materiellen Sinn) vorzunehmen, sondern im Zweifelsfall die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (für Fra-

[40]) Siehe S. 334 f.

# Der Parlamentarische Rat 1948–1949

## Akten und Protokolle

Band 5/I

## Ausschuß für Grundsatzfragen

bearbeitet
von
Eberhard Pikart und Wolfram Werner

HARALD BOLDT VERLAG · BOPPARD AM RHEIN

# Der Parlamentarische Rat
# 1948–1949

Akten und Protokolle

herausgegeben
vom Deutschen Bundestag
und vom Bundesarchiv

unter Leitung von
Rupert Schick und Friedrich P. Kahlenberg

## Nr. 14
## Elfte Sitzung des Ausschusses für Grundsatzfragen 14. Oktober 1948

Z 5/31, Bl. 149–189[1]). Stenogr. Wortprot., undat. und ungez.
Kurzprot.: Z 12/45, Bl. 90–93. Drucks. Nr. 198

*Anwesend*[2]*:*
CDU/CSU: Lensing, v. Mangoldt (Vors.), Pfeiffer, Weber
SPD: Bergsträsser, Eberhard, Schmid, Wunderlich, Zimmermann
FDP: Heuss
Mit beratender Stimme: Suhr (SPD)
Stenografischer Dienst: Koppert
Dauer: 9.15–12.32 Uhr

[1. GRUNDSÄTZLICHES ÜBER DEN STAATLICHEN AUFBAU (ART. 21), BUNDESGEBIET (ART. 22), BEITRITT ZUR BUNDESREPUBLIK, BZW. AUFNAHME ANDERER LÄNDER, BERLIN (ART. 23), BUNDESFARBEN, NORMATIVBESTIMMUNGEN]

*Vors. [Dr. v. Mangoldt]:* Wir wollen heute in die Beratung der allgemeinen Fragen eintreten, die im Anschluß an den Grundrechtsteil zu regeln sind. Zunächst soll nach unserem Plan in einem ersten Artikel in allgemeinen Worten die Staatsform umschrieben werden. Ich habe hierzu einen Vorschlag entworfen, den ich zur Erörterung stellen möchte. Er lautet:

> Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Rechtsstaat mit parlamentarischer Regierungsform und bundesstaatlichem Aufbau.
>
> Das Volk ist Träger der Staatsgewalt.
>
> In Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung wird die einheitliche Staatsgewalt für jeden dieser Bereiche getrennt durch besondere Organe ausgeübt.
>
> Rechtsprechung und Verwaltung stehen unter der Herrschaft des für alle gleichen Gesetzes.

Ich stelle diesen Vorschlag zur Diskussion.

*Dr. Schmid:* Ich bin völlig damit einverstanden. Nur möchte ich noch hinzugefügt sehen, daß das Gebilde, das wir hier organisieren, daß der provisorische Aufbau, den wir hier gestalten, den der Bundesrepublik Deutschland eigenen strukturellen Grundwirklichkeiten entspricht. Was ich vermeiden möchte, ist, daß wir durch diesen Artikel einen separaten Staat aufrichten, während wir doch nur auf dem Fundament vorhandener Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland ein Notdach für ein Teilgebiet errichten.

---

[1]) Bl. 190–192 (S. 2, 3, der ursprünglichen Zählung) wurden wegen schwer lesbarer Rednerkorrekturen vom Sekretariat aus dem Prot. entfernt und neu geschrieben.
[2]) Anwesenheitsliste nach Kurzprot.

*Dr. Heuss:* Diese Dinge haben wir in der Präambel zum Ausdruck gebracht. Wenn wir in den einzelnen Formulierungen den weichen Charakter zum Ausdruck bringen, kommen wir allzu sehr ins Weiche hinein. Ich habe das Gefühl, wir sollten uns an den hartgewordenen Begriffen nicht stoßen. Wir haben den provisorischen Charakter mit dem Wort „Übergangszeit" in der Präambel umschrieben. Wir haben einen Integrationseffekt auf das Politische, nicht auf das Statische hin. Wir brauchen nicht bloß etwas Labiles, sondern auch ein statisches Gefüge.

*Dr. Schmid:* Ich bin ganz Ihrer Meinung. Aber in diesem Artikel, der die Integration struktureller Art gibt, sollten wir das noch einmal sagen. Im allgemeinen würde ich davon absehen, etwa zu sagen, der Bundestag sei kein „richtiger" Bundestag. Aber hier, bei dieser Generalklausel, sollte man das Fragmentarische noch einmal wiederholen.

*Dr. Heuss:* Ich kann mir nicht helfen: Ich sehe in der Wiederholung einen gewissen Pleonasmus.

*Dr. Bergsträsser:* Ich stoße mich etwas an den Ausdrücken „Bundesrepublik" und „bundesstaatlicher Aufbau". Sollte man nicht einfach sagen: „Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Rechtsstaat?[3])" Sollten wir nicht einfach mit Deutschland anfangen?

*Vors. [Dr. v. Mangoldt]:* Je mehr ich es mir überlege, desto mehr komme ich zu der Auffassung, daß wir den provisorischen, den Übergangscharakter bereits in der Präambel hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht haben. Wir sollten ihn hier nicht erneut festlegen.

*Dr. Weber:* Was Herr Dr. Heuss vorhin gesagt hat, trifft durchaus zu. Wir haben alles, was einschränkenden Charakter hat, schon in der Präambel ausgesprochen und können es nicht bei den verschiedenen Artikeln immer wiederholen. Sonst nimmt das Grundgesetz mehr und mehr ein labiles Gepräge an. Andererseits verstehe ich die Bedenken, die Herr Dr. Schmid geltend gemacht hat, durchaus.

*Dr. Schmid:* Ich bin in Verzug. Eigentlich liegt es an mir, eine Formulierung vorzuschlagen, die trifft, was ich sagen möchte; aber es ist mir noch nicht gelungen. Rein redaktionell hätte ich noch eine Anregung: Sollte man den Begriff „Parlamentarische Regierungsform" nicht definieren, mit deutlichen Worten klarstellen, was ihr Wesen ist? Man könnte etwa so sagen: „. . . dessen Regierung der Volksvertretung verantwortlich ist".

*Dr. Heuss:* Auch ich stoße mich an dem Begriff „Parlamentarische Regierungsform".

*Dr. Schmid:* Den möchte ich definieren.

*Dr. Heuss:* Parlamentarische Regierungsform ist ein dynamischer, gar kein rechtlicher Begriff. Die Abhängigkeit vom Vertrauensvotum des Parlaments usw. sind Dinge, die erst später hereingekommen sind. Ich frage: Ist es überhaupt notwendig, an dieser Stelle hier darüber etwas zu sagen? Das wird in späteren Artikeln mitgeteilt. In dem Begriff Rechtsstaat kommt die Legitimität klar zum

[3]) Folgt gestrichen: „ich stoße mich an der Häufung der Begriffe „Bundesrepublik mit bundesstaatlichem Aufbau."

kung verwandt mit Polizei. Übrigens kommt „Hoheitsgewalt" schon in der Präambel vor.

*Dr. Schmid:* Wir müssen gewisse Konsequenzen aus dem, was wir schon beschlossen haben, ziehen. Wir können uns doch nicht dauernd in der Terminologie widersprechen.

*Vors. [Dr. v. Mangoldt]:* Es ist kein Widerspruch. Ich würde sagen, hier wird ein Teil der Staatsgewalt ausgeübt.

*Dr. Schmid:* Sagen wir einfach: „Das Volk ist Träger der staatlichen Gewalt". Ich ziehe meinen Vorschlag zurück.

*Vors. [Dr. v. Mangoldt]:* Wir sagen also: „Das Volk ist Träger der staatlichen Gewalt". Wir kommen zu Abs. 2.

*Dr. Schmid:* Dazu würde ich folgende Formulierung vorschlagen: „Diese einheitliche Gewalt wird in Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung für jeden dieser Bereiche durch besondere Organe ausgeübt.

*Vors. [Dr. v. Mangoldt]:* Ich habe die Fassung „diese einheitliche Gewalt" vorgeschlagen, um der Theorie zu widersprechen, als ob, wie unter dem Nationalsozialismus behauptet worden ist, durch die Gewaltenteilungslehre eine Aufteilung der Staatsgewalt erfolge. Das ist gar nicht wahr.

*Dr. Bergsträsser:* Ich würde „diese einheitliche Gewalt" an den Anfang stellen.

*Vors. [Dr. v. Mangoldt]:* Die letzte Lösung ist das, was wir jetzt haben, noch nicht; aber das läßt sich in Ordnung bringen.

*Dr. Schmid:* Ich hätte hierzu noch einen Gedanken, der mir teuer ist: Man sollte aussprechen, daß die Gesetzgebung nicht schlechthin alles zu „Recht" machen kann.

*Vors. [Dr. v. Mangoldt]:* Das steht schon in den Grundrechten; da haben wir das ausdrücklich festgelegt. Aber es ist vielleicht gut, wenn man es hier wiederholt.

*Dr. Bergsträsser:* Auch mir erscheint es fraglich, ob wir diesen Passus an dieser Stelle überhaupt brauchen. Er ist eine bloße Wiederholung dessen, was an früherer Stelle gesagt wurde.

*Dr. Schmid:* Es ist schon ganz gut, daß es auch hier klar dasteht.

*Vors. [Dr. v. Mangoldt]:* Das Wesen des Rechtsstaates besteht in der Herrschaft des Gesetzes, und zwar sowohl des geschriebenen Gesetzes wie des Gewohnheitsrechts.

*Dr. Schmid:* In den klassischen Grundrechtsdeklarationen steht noch etwas weiteres drin: daß man von Gesetzes wegen nicht alles machen kann. Auch die Gesetzgebung ist dem Satz unterworfen, daß die staatliche Gewalt vom Volk ausgeht.

*Dr. Heuss:* Es heißt doch: „Das Volk ist Träger der staatlichen Gewalt."

*Dr. Schmid:* Wie wäre es, wenn wir noch den Gedanken zum Ausdruck brächten, daß das Volk als Träger der staatlichen Gewalt nicht selbst, sondern durch besondere Organe tätig wird, da das Volk in seiner Realität nicht auftreten kann? Das Volk handelt durch Organe.

*Vors. [Dr. v. Mangoldt]:* Das könnte man vielleicht in einem Relativsatz ausdrükken.

*Dr. Bergsträsser:* Man könnte auch sagen: „im Auftrag des Volkes".
*Dr. Schmid:* Das Volk handelt durch die im Grundgesetz bestimmten Organe. (Man kann diese Feststellung natürlich weglassen, wenn wir in diesem Artikel nicht eine Definition dessen geben wollen, was den Funktionalismus des Gebildes ausmacht[7].) Dies zu sagen erscheint mir nicht ein superfluum, sondern eine Bereicherung zu sein. Wir sollten zum Ausdruck bringen, daß das Volk nicht nach Art einer Landsgemeinde handelt, sondern sich in Organen „vergegenwärtigt". Diese Organe stellen die Konzentration der Volksgewalt in ihrer Aktivitätsform dar. Sie sind die Volksgewalt in der Exekutive. Die Rechtsprechung spricht „im Namen des Volkes". Also handelt die Volksgewalt auch in der Rechtsprechung.
*Vors. [Dr. v. Mangoldt]:* In diesen Organen wird das Volk handelnd tätig. Man darf aber nicht sagen, *nur* in diesen Organen; dann wäre die Volksabstimmung ausgeschlossen.
*Dr. Schmid:* Wir wollen kein Monopol für die repräsentative Demokratie.
*Dr. Bergsträsser:* Man kann sagen: Die einheitliche Gewalt wird *im Namen* des Volkes ausgeübt.
*Dr. Pfeiffer:* Das Volk ist Träger der Staatsgewalt. Das Volk übt diese einheitliche Gewalt in Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung durch gesonderte Organe aus. Ich möchte also keine Passiv-Konstruktion, sondern das Subjekt, das Volk in den Vordergrund stellen. Ich würde die Worte „Das Volk" lieber wiederholen, als mit „Es" fortfahren.
*Dr. Heuss:* Ich habe Bedenken, die ich immer noch nicht ganz los werde. Ich fürchte, wir legitimieren durch eine solche Fassung Einrichtungen wie die berüchtigten Volksgerichte.
*Dr. Schmid:* Seit Weimar sprechen unsere Gerichte „im Namen des Volkes" Recht.
*Dr. Heuss:* Ich habe Sorge, eine solche Formel hinzustellen. Die Bildung der Organe durch das Volk und im Namen des Volkes bezieht sich auf die Gesetzgebung, Rechtsprechung, aber auch auf die Exekutive, wie etwa Bürgermeisterwahlen, Landratswahlen, usw.
*Dr. Schmid:* Gemeint ist, daß die „Gewalten" dem Volke nicht polar oder gar kontradiktorisch gegenüberstehen, sondern Ausfluß der Volkssouveränität sind, sei es mittelbar, wenn z. B. der Bürger den Wahlzettel in die Urne wirft, sei es unmittelbar, wenn eine durch das Parlament gewählte Regierung tätig wird oder wenn ein Gericht Recht spricht. Alles das geht zurück auf die originäre Volksgewalt. Ein Gericht spricht nicht Recht aus dem Privileg der Richter heraus, wie etwa die Parlamentsrichter in der französischen Monarchie aus ihrem persönlichen Privileg heraus Recht gesprochen haben, sondern kraft der Legitimation durch das Volk.
*Vors. [Dr. v. Mangoldt]:* Ich möchte nur betonen, daß durch diese Fassung nicht ausgeschlossen werden darf, daß die Beamten entweder vom Staatsoberhaupt oder vom zuständigen Ressortminister ernannt werden. Nach Ihren Ausführungen wären alle Beamten wählbar.

[7]) Der Satz wurde vom Redner nachträglich in Klammern gesetzt.

*Dr. Heuss:* Ich habe nur Angst gegen eine so weite Fassung. Man kann im Namen des Volkes viel tun, was gegen das Volk gerichtet ist.
*Dr. Schmid:* Es handelt sich darum, einen Schritt zu tun, der noch nicht voll getan ist. In der belgischen Verfassung lautet die Formel: Par la grâce de Dieu et le volonté du peuple roi de Belges[8]). Es gibt keine Gewalt, die nicht Ausfluß des Volkes wäre, die per se stände, sei sie nun aus irgendeinem Privileg heraus oder weil sie Ausdruck einer anderen nicht aus der Volkssouveränität fließenden Macht ist.
*Dr. Heuss:* Ich habe die Besorgnis, daß bei der speziellen Ausführung dieser Grundsätze Mißbrauch getrieben werden könnte.
*Vors. [Dr. v. Mangoldt]:* Man muß davon ausgehen, daß das Volk die staatliche Gewalt ausübt. Die Fassung, wie sie hier steht, bezieht sich darauf, daß die drei verschiedenen Gewalten namens des Volkes ausgeübt werden. Über die Stellung der Organe wird darin nichts gesagt.
*Dr. Pfeiffer:* Das Volk übt die einheitliche Gewalt in der Gesetzgebung, der Verwaltung und der Rechtsprechung durch besondere Organe aus. Man kann Bezug nehmen darauf, daß die Art und Weise, wie dies geschieht, im einzelnen in der Verfassung festgelegt wird.
*Vors. [Dr. v. Mangoldt]:* Wir hätten also jetzt die Formulierung: „Das Volk übt diese einheitliche Gewalt für jeden dieser Bereiche getrennt durch besondere Organe aus.
*Dr. Schmid:* Die Exekutive umfaßt Regierung und Verwaltung. Wir wissen aber, was gemeint ist. Es handelt sich um das, was man die vollziehende Gewalt nennt.
*Dr. Suhr:* Es wäre zu überlegen, ob wir nicht „nach Maßgabe des Grundgesetzes" einfügen sollten. Damit wären erstens die Bedenken des Herrn Dr. Heuss beseitigt, zweitens wäre auch dem Gedanken des Herrn Dr. Schmid Rechnung getragen, daß auch die Gesetzgebung nicht völlig frei, sonder dem Grundgesetz unterworfen ist.
*Dr. Pfeiffer:* Die Feststellung, daß das Volk diese einheitliche Gewalt in Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung, für jeden dieser Bereiche getrennt, *nach Maßgabe dieses Grundgesetzes* durch besondere Organe ausübt, halte ich für wichtig.
*Dr. Schmid:* Damit ist gleichzeitig die Selbstbeschränkung der Volksmacht[9]) ausgesprochen.
*Dr. Pfeiffer:* Der Hinweis auf das Grundgesetz ist schon der eindämmende Zaun um die Selbstbeschränkung. Es wird auf den Weg der gesetzlichen Norm verwiesen, und damit ist die Willkür, die wir vermeiden wollen, abgebremst.

[8]) Titel III. Art. 25 der belgischen Verfassung vom 25. Febr. 1831 lautete: „Jede Macht geht vom Volke aus. Jede Macht wird in der durch die Verfassung festgestellten Weise ausgeübt." — Der Satz: „Par la grâce de Dieu et la volonté du peuple Roi des Belges" kommt in der Verfassung von 1830 nicht vor; die Bezugnahme auf Gottes Gnade wurde vielmehr bewußt unterlassen. Vgl. André Mast: Overzicht van het Belgisch Grondwettelijk Recht. Gent-Leuven 1972, S. 26.
[9]) Korrigiert aus „Willkür".

*Vors. [Dr. v. Mangoldt]:* Es ist die Frage, ob wir den letzten Absatz noch brauchen. An sich halte ich ihn für recht gut.
*Dr. Schmid:* Ich halte ihn für sehr gut.
*Vors. [Dr. v. Mangoldt]:* Ich glaube auch, daß man ihn stehen lassen sollte. Es handelt sich um die Fixierung eines grundlegenden Prinzips: Rechtsprechung und Verwaltung stehen unter der Herrschaft des für alle gleichen Gesetzes.
*Dr. Heuss:* Ist das Wort „Herrschaft" nicht zu scharf?
*Dr. Schmid:* Man kann dieses Wort vermeiden, indem man sagt: „Rechtsprechung und Verwaltung stehen unter dem für alle gleichen Gesetz". Noch kürzer wäre die Fassung: „Rechtsprechung und Verwaltung stehen unter dem Gesetz". Daß das Gesetz für alle gleich sein muß, steht bereits unter den Grundrechten. Ich finde diese Fassung sehr schön, genau und kurz. Sie ist auch sprachlich gut.
*Dr. Bergsträsser:* Wäre es sprachlich nicht besser, zu sagen: „Rechtsprechung und Verwaltung *unterstehen* dem Gesetz"?
*Dr. Schmid:* Nein! Wir sagen einfach: „Rechtsprechung und Verwaltung stehen unter dem Gesetz".
*Vors. [Dr. v. Mangoldt]:* Mit dieser Formulierung sind wir alle Einwände der Verwaltungsrechtler los, die sagen, es gebe auch Verwaltungsakte, die nicht in die Freiheit eingreifen. Wenn es heißt „. . . .stehen unter dem Gesetz", ist alles klargestellt.
*Dr. Schmid:* Das ist die merkwürdig schiefe Selbstverteidigung der Bürokraten, die so tun, als ob wir behaupteten, man könne nur handeln auf Grund eines Gesetzes, das lauter konkrete Befehle gibt.
*Vors. [Dr. v. Mangoldt]:* Das stand leider im Herrenchiemseer Entwurf drin[10]).
Die Gleichheit vor dem Gesetz ist bereits durch Art. 19 festgelegt. Dadurch sind alle Bedenken, die vielleicht von verwaltungsrechtlicher Seite eingewendet werden könnten, aus dem Weg geräumt.
Damit ist Art. 21 klar.
Wir kommen zu Art. 22.
Hierzu möchte ich vorschlagen, das Wort „Bundesrepublik" wegzulassen, sondern einfach zu sagen: „Das Gebiet des Bundes besteht vorläufig aus den Gebieten der Länder Baden, . . .". Die Überschrift lautet schon: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland.
*Dr. Schmid:* Sollten wir nicht besser sagen: „Das Grundgesetz findet Anwendung auf . . ."? Dann brauchen wir das Wort „vorläufig" nicht.
*Vors. [Dr. v. Mangoldt]:* Wir sollten sagen: „Dieses Grundgesetz gilt für *das Gebiet* der Länder . . ."; nicht „für die Gebiete".
*Dr. Suhr:* Nun werden die Länder aufgezählt. Wie steht es da mit Berlin?
*Vors. [Dr. v. Mangoldt]:* Es ist klar, daß das nicht für Berlin gelten kann.
*Dr. Suhr:* Nein; das kann nicht ohne weiteres für Berlin gelten. Dafür müßte ein besonderer Artikel geschaffen werden.

[10]) ChE, Art. 29, vgl. Der Parl. Rat Bd. 2, S. 584.

# Der Parlamentarische Rat 1948–1949

## Akten und Protokolle

Band 7

## Entwürfe zum Grundgesetz

bearbeitet
von
Michael Hollmann

mit Unterstützung der
Forschungsstelle für Zeitgeschichte des Verfassungsrechts



HARALD BOLDT VERLAG · BOPPARD AM RHEIN

# Der Parlamentarische Rat
# 1948–1949

Akten und Protokolle

herausgegeben
vom Deutschen Bundestag
und vom Bundesarchiv

unter Leitung von
Rupert Schick und Friedrich P. Kahlenberg

gerechter Abwägung der Interessen der Allgemeinheit und des Betroffenen festzusetzen.
(3) Eigentum verpflichtet. Seine Ausübung findet ihre Schranken in den Lebensbedürfnissen der Allgemeinheit und der öffentlichen Ordnung des Gemeinwesens.

*Artikel 18*

Die Überführung von Grund und Boden, von Bodenschätzen und Produktionsmitteln in Gemeineigentum ist nur auf Grund eines förmlichen Gesetzes zulässig.

*Artikel 19*

(1) Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.
(2) Männer und Frauen haben dieselben staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten.
(3) Niemand darf seiner Abstammung, seiner Rasse, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen wegen benachteiligt oder bevorzugt werden.

*Artikel 20*

Soweit nach den Bestimmungen dieses Grundgesetzes ein Grundrecht eingeschränkt werden kann, darf es in seinem Wesensgehalt nicht angetastet werden.

II. VÖLKERRECHTLICHE VERHÄLTNISSE DES BUNDES UND
III. BUND UND LÄNDER (– teilweise –)

*(Vom Ausschuß für Grundsatzfragen in 1. Lesung angenommen)*

*Artikel 21*

(1) Deutschland ist eine demokratische und soziale Republik bundesstaatlichen Aufbaus, deren Regierung der Volksvertretung verantwortlich ist.
(2) Das Volk ist Träger der staatlichen Gewalt.
(3) Das Volk übt diese einheitliche Gewalt in Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung für jeden dieser Bereiche getrennt durch besondere Organe nach diesem Grundgesetz aus.
(4) Rechtsprechung und Verwaltung stehen unter dem Gesetz.

*Artikel 22*

(1) Dieses Grundgesetz gilt für das Gebiet der Länder Baden, Bayern, Bremen, Hamburg, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Schleswig-Holstein, Württemberg-Baden und Württemberg-Hohenzollern.

[*Akten… volume 7*]



(2) Jeder andere Teil Deutschlands kann dem Bund beitreten. Seine Eingliederung wird durch Bundesgesetz vollzogen.

*Artikel 23*

Vertreter Groß-Berlins wirken in den gesetzgebenden Körperschaften des Bundes mit.

*Artikel 24*

*(Vermerk: Diese Bestimmung betr. „Neugliederung" wird später formuliert.)*

*Artikel 25*[1)]

(1) Die Verfassungen der Länder müssen die rechtliche Freiheit und Gleichheit aller Bürger sichern.
(2) Sie müssen den Grundsätzen demokratischer und sozialer Rechtsstaatlichkeit im Sinne dieses Grundgesetzes, insbesondere der allgemeinen Vorschriften des Artikels 21 und des Teiles XII über die Rechtspflege, entsprechen. Die Regierungen der Länder müssen durch das Vertrauen der aus allgemeinen, unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen Wahlen hervorgegangenen Volksvertretungen berufen sein.
(3) Die Vorschriften dieses Grundgesetzes über die Parteien binden Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung der Länder.
(4) Die Länder haben den Gemeinden und Gemeindeverbänden das Recht der Selbstverwaltung zu gewährleisten. Zum Wesen der Selbstverwaltung gehört, daß die Gemeinden alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft in eigener Verantwortung zu regeln haben, soweit das Gesetz dem Lande oder einem Gemeindeverbande nicht Aufgaben zuweist.

*Anm. [1)] Siehe auch Art. 29 in der vom Ausschuß für Zuständigkeitsabgrenzung in 2. Lesung angenommenen Fassung)*

*Artikel 26*

Die Verfassungsmäßigkeit des staatlichen Lebens der Länder im Sinne des Artikels 25 wird vom Bund gewährleistet.

*Artikel 27*

*(Vermerk: Diese Bestimmung betreffend „Bundesfarben" wird später formuliert.)*

Bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit bleibt der Rückgriff gegen ihn vorbehalten. Der ordentliche Rechtsweg darf nicht ausgeschlossen werden.

### b) Drucksache Nr. 279 vom 16. Nov. 1948

[ABSCHNITTE II. VÖLKERRECHTLICHE VERHÄLTNISSE UND III. BUND UND LÄNDER]

*Artikel 21*

(1) Deutschland ist eine demokratische und soziale Bundesrepublik[15], [16].
(2) Das Volk ist Träger der staatlichen Gewalt.
(3) Sie wird vom Volk nach diesem Grundgesetz durch Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der Rechtsprechung und der vollziehenden Gewalt ausgeübt. Die Regierung ist dem Volke verantwortlich[17].
(4) Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, Rechtsprechung und vollziehende Gewalt sind an Gesetz und Recht gebunden.

*Anm. [15] Nach Ansicht des Ausschusses sollte der Inhalt des Relativsatzes erst in Abs. 3 geregelt werden, da zunächst der Grundsatz des Abs. 2 vorangehen muß.*
*Anm. [16] Ob im Abs. 1 die Bezeichnung „Deutschland" gewählt werden kann, hängt von der Präambel ab. Je nach dem Inhalt der Präambel wird noch folgende Variante vorgeschlagen: „Der Bund ist eine demokratische und soziale Republik."*
*Anm. [17] Vgl. Anm. 15) zu Abs. 1. Da Abs. 3 Satz 2 der vom Ausschuß vorgeschlagenen Fassung auch für die Länderverfassungen gelten soll, darf er nicht zu eng gefaßt sein: es soll dem Volk überlassen bleiben, ob es die Regierung durch die Volksvertretung oder auf andere Weise (z. B. durch unmittelbare Wahl) beruft und auf welche Weise es die Kontrolle ausübt.*

*Artikel 21 a*

(1) Die Mitwirkung der Parteien bei der politischen Willensbildung des Volkes und die innere Ordnung der Parteien sind durch Gesetz zu regeln.
(2) Die Bildung der Parteien ist frei.
(3) Parteien, die darauf ausgehen, die freiheitliche und demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen, sind verfassungswidrig. Über die Verfassungswidrigkeit entscheidet das Bundesverfassungsgericht. Das Antragsrecht und das Verfahren werden durch Gesetz geregelt.
(4) Auf andere Vereinigungen finden die Vorschriften über Parteien Anwendung, soweit sie Wahlvorschläge zum Bundestag oder zu Volksvertretungen in den Ländern einreichen oder ein Volksbegehren betreiben.

*Artikel 21 b*

*(Bundesfarben)* [18]

*Anm. [18] Der Ausschuß schlägt vor, den Inhalt des Art. 26 an dieser Stelle aufzunehmen.*

[*Akten… volume 7*]



*Artikel 22*

(1) Dieses Grundgesetz gilt zunächst im Gebiet der Länder Baden, Bayern, Bremen, Hamburg, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Schleswig-Holstein, Württemberg-Baden und Württemberg-Hohenzollern.
(2) Jeder andere Teil Deutschlands kann dem Bund[19)] beitreten. Seine Eingliederung wird durch Bundesgesetz vollzogen.

*Anm. [19)] Falls das Wort „Bund" hier und an anderer Stelle des Grundgesetzes allgemein gebraucht werden soll, müßte der Begriff in Art. 21 umschrieben werden.*

*Artikel 23*

---

*Artikel 24*

(1) Abtretung und Austausch von Teilen deutschen Staatsgebietes sind nur wirksam, wenn die beteiligte Bevölkerung zustimmt.
(2) Ihre Vollziehung bedarf eines Gesetzes des Bundes[20)].

*Anm. [20)] Es erscheint angebracht, das durch die Gebietsveränderung betroffene Land mitwirken zu lassen, d. h. ein übereinstimmendes Bundes- und Landesgesetz oder eine Zustimmung des Bundesrats mit qualifizierter Mehrheit zur Bedingung zu machen (die in Art. 41 Abs. 3 vorgeschriebene Anhörungspflicht dürfte nicht ausreichen).*

*Artikel 25*

(1) Das Bundesgebiet ist unter Berücksichtigung der Stammesverbundenheit, der geschichtlichen und kulturellen Zusammenhänge, der wirtschaftlichen Zweckmäßigkeit und des sozialen Gefüges durch Gesetz[22)] neu zu gliedern.
(2) Diese Neugliederung soll Länder schaffen, die nach Größe und Leistungsfähigkeit imstande sind, die ihnen nach dem Grundgesetz obliegenden Aufgaben wirksam zu erfüllen.
(3) Die Neugliederung soll vor Ablauf von drei Jahren nach Inkrafttreten dieses Grundgesetzes durch Gesetz[22)] geregelt sein.
(4) Tritt ein anderer Teil Deutschlands dem Bund bei, so soll vor Ablauf von zwei Jahren nach dem Beitritt eine notwendig werdende Neugliederung durch Gesetz[22)] geregelt sein.
(5) Die Bundesregierung hat die in Abs. 1 bis 4 vorgesehene Neugliederung nach Übernahme ihres Amtes oder nach Aufnahme eines neues Landes unverzüglich einzuleiten. Bei der Vorbereitung des Gesetzesentwurfs ist ein aus Mitgliedern des Bundestags und des Bundesrats zusammengesetzter Ausschuß zu beteiligen.
(6)[21)] Das Gesetz ist nach seiner Verabschiedung durch die gesetzgebenden Körperschaften des Bundes in den Gebieten, deren Landeszugehörigkeit geändert werden soll, zur Volksabstimmung zu bringen. In jedem Gebiet wird dabei nur über den Teil abgestimmt, der dieses Gebiet betrifft.

(2) Auf die Richter der oberen Bundesgerichte findet Art. 128 d Anwendung.
(3) Der Bund kann für Dienststrafverfahren gegen Bundesbeamte und Bundesrichter Bundesdienststrafgerichte errichten.

*Artikel 129-1*

*(seither Art. 133)*

(1) Wenn ein Bundesrichter vorsätzlich oder grobfahrlässig in oder außerhalb des Amtes gegen die Grundsätze des Grundgesetzes oder die verfassungsmäßige Ordnung eines Landes verstößt, so kann das Bundesverfassungsgericht auf Antrag des Bundestags oder des Bundesjustizministers ihn seines Amtes für verlustig erklären und zugleich bestimmen, ob er in ein anderes Amt oder in den Ruhestand zu versetzen oder zu entlassen ist.
(2) Die Länder können für Landesrichter entsprechende Bestimmungen erlassen.

*Artikel 129 a*

Die Länder können bestimmen, daß über die Anstellung der Richter in den Ländern der Landesjustizminister gemeinsam mit einem Richterwahlausschuß entscheidet.

*Anm.: Während der seitherige Art. 129 a in der Fassung des Ausschusses für Verfassungsgerichtshof und Rechtspflege vorsah, daß über die Anstellung der Richter in den Ländern der Landesjustizminister gemeinsam mit einem Richterwahlausschuß zu entscheiden hatte, gibt die jetzige Fassung des Art. 129 a den Ländern nur die Ermächtigung zur Anstellung ihrer Richter auf diesem Wege. [Fassung berichtigt gemäß Drucksache Nr. 394]*

*Artikel 129 b*

Dem Bundesverfassungsgericht kann durch Landesgesetz die Entscheidung von Verfassungsstreitigkeiten innerhalb eines Landes, den oberen Bundesgerichten für den letzten Rechtszug die Entscheidung in solchen Sachen zugewiesen werden, bei denen es sich um die Anwendung von Landesrecht handelt.

*Artikel 129 c*

*(seither Art. 137)*

(1) Hält ein Gericht ein Gesetz, auf dessen Gültigkeit es bei der Entscheidung ankommt, für verfassungswidrig, so ist das Verfahren auszusetzen und, wenn es sich um die Verletzung der Verfassung eines Landes handelt, die Entscheidung des für Verfassungsstreitigkeiten zuständigen Gerichtes des Landes, wenn es sich um die Verletzung dieses Grundgesetzes handelt, die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes einzuholen. Dies gilt auch, wenn es sich um die Verletzung dieses Grundgesetzes durch Landesrecht oder um die Unvereinbarkeit eines Landesgesetzes mit einem Bundesgesetz handelt.

[*Akten… volume 7*]



(2) Ist in einem Rechtsstreit zweifelhaft, ob eine Regel des Völkerrechts Bestandteil des Bundesverfassungsrechts ist und ob sie unmittelbare Rechte und Pflichten für den Einzelnen erzeugt (Art. 29), so hat das Gericht die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts[1] einzuholen.
(3) Will das Verfassungsgericht eines Landes bei der Auslegung des Grundgesetzes von einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts oder des Verfassungsgerichts eines anderen Landes abweichen, so hat das Verfassungsgericht die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einzuholen; will es bei der Auslegung von sonstigem Bundesrecht von der Entscheidung des Obersten Bundesgerichts oder eines oberen Bundesgerichts abweichen, so hat es die Entscheidung des Obersten Bundesgerichts einzuholen.

*Anm. [1] Falls für die Entscheidung dieser Streitigkeiten das Oberste Bundesgericht zuständig sein soll, muß das Wort „Bundesverfassungsgericht" durch „Oberstes Bundesgericht" ersetzt werden.*

*Artikel 129 d*

*(seither Art. 137 a)*

Die näheren Bestimmungen zu den Artikeln 128, 128 a, 128 b, 128 d, 128 e, 129, 129-1 und 129 c sind durch Bundesgesetze zu regeln.

*Artikel 130*

*(entfällt)*

*Artikel 131*

(1) Ausnahmegerichte sind unzulässig. Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden.
(2) Gerichte für besondere Sachgebiete können nur durch Gesetz errichtet werden.

*Artikel 132[1]*

Richter, Geschworene, Schöffen und andere Laienrichter sind unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen.

*Anm. [1] In der Fassung des Hauptausschusses hieß es: „dem Grundgesetz und den Gesetzen unterworfen". Wenn von Gesetz gesprochen wird, so ist selbstverständlich darunter ein Gesetz im materiellen Sinne, also in jeder Form: Grundgesetz, Gesetz, Rechtsverordnungen und Gewohnheitsrecht zu verstehen.*

*Artikel 133*

*(siehe Art. 129-1)*

(3) Eine Enteignung ist nur zum Wohle der Allgemeinheit zulässig. Sie darf nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes erfolgen, das Art und Ausmaß der Entschädigung regelt. Die Entschädigung ist unter gerechter Abwägung der Interessen der Allgemeinheit und der Beteiligten zu bestimmen. Wegen der Höhe der Entschädigung steht im Streitfall der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten offen.

*Artikel 15*

Grund und Boden, Naturschätze und Produktionsmittel können zum Zwecke der Vergesellschaftung durch ein Gesetz, das Art und Ausmaß der Entschädigung regelt, in Gemeineigentum oder in andere Formen der Gemeinwirtschaft überführt werden. Für die Entschädigung gilt Artikel 14 Abs. 3 Satz 3 entsprechend.

*Artikel 16*

(1) Die Deutsche Staatsangehörigkeit darf nicht entzogen werden. Der Verlust der Staatsangehörigkeit darf nur auf Grund eines Gesetzes und gegen den Willen des Betroffenen nur dann eintreten, wenn der Betroffene dadurch nicht staatenlos wird.
(2) Kein Deutscher darf an das Ausland ausgeliefert werden. Politisch Verfolgte genießen Asylrecht.

*Artikel 17*

Jedermann hat das Recht, sich einzeln oder in Gemeinschaft mit anderen schriftlich mit Bitten oder Beschwerden an die zuständigen Stellen und an die Volksvertretung zu wenden.

*Artikel 18*

Wer die Freiheit der Meinungsäußerung, insbesondere die Pressefreiheit (Artikel 6), die Lehrfreiheit (Artikel 7), die Versammlungsfreiheit (Artikel 8), die Vereinigungsfreiheit (Artikel 9), das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis (Artikel 10), das Eigentum (Artikel 14) oder das Asylrecht (Artikel 17 Absatz 2) zum Kampfe gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung mißbraucht, verwirkt diese Grundrechte. Die Verwirkung und ihr Ausmaß werden durch das Bundesverfassungsgericht ausgesprochen.

*Artikel 19*

(1) Soweit nach diesem Grundgesetz ein Grundrecht durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden kann, muß das Gesetz allgemein und nicht nur für den Einzelfall gelten. Außerdem muß das Gesetz das Grundrecht unter Angabe des Artikels nennen.

(2) In keinem Fall darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden.
(3) Die Grundrechte gelten auch für inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind.
(4) Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen. Soweit eine andere Zuständigkeit nicht begründet ist, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben.

## II. BUND UND LÄNDER.

### *Artikel 20*

(1) Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat.
(2) Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt.[1)]
(3) Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.

*[Anm. [1)] Fassung berichtigt gemäß Drucksache Nr. 854]*

### *Artikel 21*

(1) Die Parteien wirken bei der politischen Willensbildung des Volkes mit. Ihre Gründung ist frei. Ihre innere Ordnung muß demokratischen Grundsätzen entsprechen.
(2) Parteien, die nach ihren Zielen oder nach dem Verhalten ihrer Anhänger darauf ausgehen, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen oder den Bestand der Bundesrepublik Deutschland zu gefährden, sind verfassungswidrig. Über die Frage der Verfassungswidrigkeit entscheidet das Bundesverfassungsgericht.
(3) Das Nähere regeln Bundesgesetze.

### *Artikel 22*

*Abstimmung im Plenum*

### *Artikel 23*

Dieses Grundgesetz gilt zunächst im Gebiet der Länder Baden, Bayern, Bremen, Groß-Berlin, Hamburg, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Schleswig-Holstein, Württemberg-Baden und Württemberg-Hohenzollern. In anderen Teilen Deutschlands ist es nach deren Beitritt in Kraft zu setzen.

diesem Lande und die Polizeikräfte anderer Länder ihren Weisungen unterstellen. Die Anordnung ist nach Beseitigung der Gefahr im übrigen jederzeit auf Verlangen des Bundesrates aufzuheben.

## IX. DIE RECHTSPRECHUNG.

### *Artikel 92*

Die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern anvertraut; sie wird durch das Bundesverfassungsgericht, durch das Oberste Bundesgericht, durch die in diesem Grundgesetz vorgesehenen Bundesgerichte und durch die Gerichte der Länder ausgeübt.

### *Artikel 93*

(1) Das Bundesverfassungsgericht entscheidet:

1. über die Auslegung dieses Grundgesetzes aus Anlaß von Streitigkeiten über den Umfang der Rechte und Pflichten eines obersten Bundesorgans oder anderer Beteiligter, die durch dieses Grundgesetz oder in der Geschäftsordnung eines obersten Bundesorgans mit eigenen Rechten ausgestattet sind;
2. bei Meinungsverschiedenheiten oder Zweifeln über die förmliche und sachliche Vereinbarkeit von Bundesrecht oder Landesrecht mit diesem Grundgesetz oder die Vereinbarkeit von Landesrecht mit sonstigem Bundesrecht auf Antrag der Bundesregierung, einer Landesregierung oder eines Drittels der Mitglieder des Bundestages;
3. bei Meinungsverschiedenheiten über Rechte und Pflichten des Bundes und der Länder, insbesondere bei der Ausführung von Bundesrecht durch die Länder und bei der Ausübung der Bundesaufsicht;
4. in anderen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten zwischen dem Bund und den Ländern, zwischen verschiedenen Ländern oder innerhalb eines Landes, soweit nicht ein anderer Rechtsweg gegeben ist;
5. in den übrigen in diesem Grundgesetz vorgesehenen Fällen.

(2) Das Bundesverfassungsgericht wird ferner in den ihm sonst durch Bundesgesetz zugewiesenen Fällen tätig.

### *Artikel 94*

(1) Das Bundesverfassungsgericht besteht aus Bundesrichtern und anderen Mitgliedern. Die Mitglieder des Bundesverfassungsgerichts werden je zur Hälfte vom Bundestag und vom Bundesrat gewählt. Sie dürfen weder dem Bundestag, dem Bundesrat, der Bundesregierung noch entsprechenden Organen eines Landes angehören.

(2) Ein Bundesgesetz regelt seine Verfassung und das Verfahren und bestimmt, in welchen Fällen seine Entscheidungen Gesetzeskraft haben.

[*Akten… volume 7*]



*Artikel 95*

(1) Zur Wahrung der Einheit des Bundesrechts wird ein Oberstes Bundesgericht errichtet.
(2) Das Oberste Bundesgericht entscheidet in Fällen, deren Entscheidung für die Einheitlichkeit der Rechtsprechung der oberen Bundesgerichte von grundsätzlicher Bedeutung ist.
(3) Über die Berufung der Richter des Obersten Bundesgerichts entscheidet der Bundesjustizminister gemeinsam mit einem Richterwahlausschuß, der aus den Landesjustizministern und einer gleichen Anzahl von Mitgliedern besteht, die vom Bundestag gewählt werden.
(4) Im Übrigen werden die Verfassung des Obersten Bundesgerichts und sein Verfahren durch Bundesgesetz geregelt.

*Artikel 96*

(1) Für das Gebiet der ordentlichen, der Verwaltungs-, der Finanz-, der Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit sind obere Bundesgerichte zu errichten.
(2) Auf die Richter der oberen Bundesgerichte findet Artikel 95 Absatz 3 mit der Maßgabe Anwendung, daß an die Stelle des Bundesjustizministers und der Landesjustizminister die für das jeweilige Sachgebiet zuständigen Minister treten. Ihre Dienstverhältnisse sind durch besonderes Bundesgesetz zu regeln.
(3) Der Bund kann für Dienststrafverfahren gegen Bundesbeamte und Bundesrichter Bundesdienststrafgerichte errichten.

*Artikel 97*[1]

(1) Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetze unterworfen.
(2) Die hauptamtlich und planmäßig endgültig angestellten Richter können wider ihren Willen nur kraft richterlicher Entscheidung und nur aus Gründen und unter den Formen, welche die Gesetze bestimmen, vor Ablauf ihrer Amtszeit entlassen oder dauernd oder zeitweise ihres Amtes enthoben oder an eine andere Stelle oder in den Ruhestand versetzt werden. Die Gesetzgebung kann Altersgrenzen festsetzen, bei deren Erreichung auf Lebenszeit angestellte Richter in den Ruhestand treten. Bei Veränderung der Einrichtung der Gerichte oder ihrer Bezirke können Richter an ein anderes Gericht versetzt oder aus dem Amte entfernt werden, jedoch nur unter Belassung des vollen Gehaltes.

*[Anm. [1] Fassung berichtigt gemäß Drucksache Nr. 854]*

*Artikel 98*[1]

(1) Die Rechtsstellung der Bundesrichter ist durch besonderes Bundesgesetz zu regeln.
(2) Wenn ein Bundesrichter innerhalb oder außerhalb des Amtes gegen die Grundsätze des Grundgesetzes oder gegen die verfassungsmäßige Ordnung eines Landes verstößt, so kann das Bundesverfassungsgericht mit Zweidrittelmehrheit

# Der Parlamentarische Rat
## 1948—1949

### Akten und Protokolle

Band 8

## Die Beziehungen des Parlamentarischen Rates zu den Militärregierungen

bearbeitet
von
Michael F. Feldkamp

HARALD BOLDT VERLAG · BOPPARD AM RHEIN

# Der Parlamentarische Rat
# 1948–1949

Akten und Protokolle

herausgegeben
vom Deutschen Bundestag
und vom Bundesarchiv

unter Leitung von
Rupert Schick und Friedrich P. Kahlenberg

[*Akten… volume 8*]



(except in this last case, to secure such coordination as essential to safeguard the health of the people in the several states),
that its powers in the field of public welfare be limited to those necessary for the co-ordination of social security measures,
that its powers in the police field be limited to those especially approved by the Military Governors, during the occupation period;

d) that the powers of the federal government in the field of public finance shall be limited to the disposal of monies, including the raising of revenue for purposes for which it is responsible, that the federal government may set rates and legislate on the general principles of assessment with regard to other taxes for which the uniformity is essential, the collection and utilization of such taxes being left to the individual states, and that it may appropriate funds only for the purpose for which it is responsible under the constitution;
e) that the constitution should provide for an independent judiciary to review federal legislation, to review the exercise of federal executive power, and to adjudicate conflicts between federal and land authorities as well as between land authorities, and to protect the civil rights and freedom of the individual;
f) that the powers of the federal government to establish federal agencies for the execution and administration of its responsibilities should be clearly defined and should be limited to those fields in which it is clear that state implementation is impracticable;
g) that each citizen has access to public office, with appointment and promotion being based solely on his fitness to discharge the responsibilities of the position, and that the Civil Service should be non-political in character;
h) that a public servant, if elected to the federal legislature, shall resign his office with the agency where he is employed before he accepts election.

The Military Governors will be guided by these principles in their final examination of the basic law (provisional constitution) and any subsequent amendments thereto, and they will consider the basic law (provisional constitution) as a whole in order to determine whether or not the broad requirements of Document 1 have been met.

# Der Parlamentarische Rat 1948–1949

## Akten und Protokolle

Band 13

## Ausschuß für Organisation des Bundes / Ausschuß für Verfassungsgerichtshof und Rechtspflege

bearbeitet
von
Edgar Büttner und Michael Wettengel

Teilband II

HARALD BOLDT VERLAG IM R. OLDENBOURG VERLAG
MÜNCHEN 2002

# Der Parlamentarische Rat 1948–1949

Akten und Protokolle

herausgegeben

vom Deutschen Bundestag

und vom Bundesarchiv

unter Leitung von

Hans-Joachim Stelzl und Hartmut Weber

4.) Neuer Artikel 100 a:
Das Oberste Bundesgericht entscheidet in den Fällen des Art. 97 a und des Art. 98 Ziffern 4) und 5) in der Besetzung nur mit Berufsrichtern.
5.) Neue Fassung des Art. 128:
Die Gerichtsbarkeit wird ausgeübt durch das Oberste Bundesgericht nach den Vorschriften des VIII. Abschnitts, durch Gerichte der Länder und, soweit es dieses Grundgesetz bestimmt oder zuläßt, durch Bundesfachgerichte.
6.) Änderungen im Art. 129:
a) Absatz 1) erhält folgende Fassung:
In Fragen des Bundesrechts wird unbeschadet der Vorschriften des Art. 97 a die oberste ordentliche Gerichtsbarkeit einschließlich der Arbeitsgerichtsbarkeit, die oberste Verwaltungs- und Finanzgerichtsbarkeit, die oberste Dienststrafgerichtsbarkeit bei Dienstvergehen gegen den Bund und die oberste Gerichtsbarkeit bei Meinungsverschiedenheiten über die Zuständigkeit zwischen Gerichten und Verwaltungsbehörden durch oberste Bundesfachgerichte ausgeübt.
b) Absatz 2) entfällt, Absätze 3) und 4) werden Absätze 2) und 3)

*Vorschlag Abg. Zinn (SPD)*[3]

Artikel A
(1) Die rechtsprechende Gewalt wird durch Gerichte der Länder und, soweit dieses Grundgesetz es bestimmt, durch Bundesgerichte ausgeübt.
(2) Ausnahmegerichte sind unstatthaft. Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden.
(3) Gerichte für besondere Sachgebiete sind nur kraft eines Bundesgesetzes zulässig.

Artikel B
(1) Die Verhandlungen vor allen Gerichten sind öffentlich.
(2) Wegen Gefährdung der Staatssicherheit oder der Sittlichkeit kann das Gericht die Öffentlichkeit ausschließen. Für Ehesachen und Jugendsachen ist eine besondere Regelung durch Bundesgesetz zulässig.

Artikel C
(1) Vor Gericht hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör.
(2) Jeder Angeklagte kann sich einen Verteidiger wählen.

Artikel D
(1) Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn ihre Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.
(2) Niemand darf wegen derselben Tat zweimal gerichtlich zur Verantwortung gezogen werden.

[3] Die Vorlage für den vervielfältigten Formulierungsvorschlag im NL Zinn (Ordner „Parl. Rat") enthielt zusätzlich zur Drucks. Nr. 243 Begründungen zu den einzelnen Artikeln (Durchschrift hiervon in: ADL N 53 (NL Dehler)/196, Bl. 11–13), die hier in Kursivdruck angefügt sind.

Artikel E

(1) Richter, Geschworene und Schöffen sind unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen.

(2) Richter können einer politischen Partei weder angehören noch für sie tätig werden.

Artikel F

(1) Die planmäßigen Richter werden auf Lebenszeit berufen.

(2) Über die vorläufige Anstellung eines Richters und die Berufung auf Lebenszeit entscheidet die oberste Justizbehörde des Landes gemeinsam mit einem Richterwahlausschuß. Auf Lebenszeit berufen wird ein Richter erst, wenn er nach vorläufiger Anstellung in einer gesetzlich bestimmten Frist auf Grund seiner Persönlichkeit und richterlichen Tätigkeit die Gewähr dafür bietet, daß er sein Amt im demokratischen Geiste dieses Grundgesetzes und des sozialen Verständnisses ausübt.

(3) Das Nähere regelt die Gesetzgebung der Länder.

Artikel G

(1) Wider seinen Willen kann ein auf Lebenszeit berufener Richter nur kraft richterlicher Entscheidung und allein aus den Gründen und in den Formen, welche die Gesetze bestimmen, dauernd oder zeitweise seines Amtes enthoben oder an eine andere Stelle oder in den Ruhestand versetzt werden. Bei einer Veränderung in der Einrichtung der Gerichte oder ihrer Bezirke kann ein Richter unter Belassung des vollen Gehaltes an ein anderes Gericht versetzt oder aus dem Amt entfernt werden. Die Gesetzgebung kann festsetzen, daß Richter allgemein in den Ruhestand treten, wenn sie ein bestimmtes Alter erreicht haben.

(2) Bietet ein Richter keine Gewähr mehr dafür, daß er sein Amt im demokratischen Geiste dieses Grundgesetzes und des sozialen Verständnisses ausüben wird, so kann auf Antrag das für Verfassungsstreitigkeiten zuständige Gericht des Landes ihn seines Amtes für verlustig erklären und zugleich bestimmen, ob er in ein anderes Amt oder in den Ruhestand zu versetzen oder zu entlassen ist. Den Antrag kann nur der Landtag oder die oberste Justizbehörde des Landes im Einvernehmen mit dem Richterwahlausschuß stellen.

Artikel H

(1) Das Deutsche Bundesgericht besteht aus den Bundesgerichtshöfen.

(2) Bundesgerichtshöfe können als höchste Gerichte für Rechtsfragen, die nicht landesgesetzlich geregelt sind, eingesetzt werden.

(3) Das Deutsche Bundesgericht gibt sich eine Geschäftsordnung.

Artikel J

(1) Die Mitglieder der Bundesgerichtshöfe (Bundesrichter) müssen das 35. Lebensjahr vollendet und die Befähigung zum Richteramt erworben haben. (Anmerkung: Durch Übergangsvorschrift kann für eine Übergangszeit die Befähigung zum höheren Verwaltungsdienst für ausreichend erklärt werden.)

(2) Die Bundesrichter werden abwechselnd auf Grund Wahl durch das Deutsche Bundesgericht und durch den Bundesrat (Senat) vom Bundesjustizminister ernannt. Vor der Ernennung ist der Bundestag zu hören; sie unterbleibt, wenn der Bundestag innerhalb von drei Monaten mit der Mehrheit seiner gesetzlichen Mitgliederzahl widerspricht.

Artikel K

(1) Das Deutsche Bundesgericht entscheidet in der Besetzung mit sieben Bundesrichtern (Kleiner Bundessenat) oder mit vier Bundesrichtern und fünf Bundesschöffen (Großer Bundessenat).

(2) Die Bundesrichter bestimmt das aus den Präsidenten und Senatspräsidenten des Deutschen Bundesgerichts gebildete Präsidium jeweils für drei Jahre im voraus nach seiner Geschäftsordnung.

(3) Die Bundesschöffen wählt der Bundestag auf Vorschlag des Bundesrates (Senats). Nach Ablauf von je drei Jahren scheidet der dritte Teil der Bundesschöffen aus und ist neu zu wählen.

(4) Die weiteren Bestimmungen trifft ein Bundesgesetz.

Artikel L

(1) Nur das Deutsche Bundesgericht (Großer Bundessenat) entscheidet darüber, ob eine Rechtsvorschrift mit diesem Grundgesetz vereinbar ist.

(2) Hegt ein anderes Gericht Bedenken, ob eine Rechtsvorschrift, auf deren Gültigkeit es für sein Erkenntnis ankommt, mit diesem Grundgesetz vereinbar ist, so hat es durch Vorlage der Akten die Entscheidung des Deutschen Bundesgerichts herbeizuführen.

(3) Das Deutsche Bundesgericht regelt das Verfahren. Seine Entscheidung hat Gesetzeskraft.

Artikel M

(1) Das Deutsche Bundesgericht (Großer Bundessenat) entscheidet über Streitigkeiten aus diesem Grundgesetz, über öffentlich-rechtliche Streitigkeiten zwischen Deutschland und den Ländern oder zwischen den Ländern, über Anklagen wegen Verletzung dieses Grundgesetzes gegen ein Mitglied der Bundesregierung oder gegen einen Richter und über die Zulässigkeit einer politischen Partei.

(2) Das Nähere regelt ein Bundesgesetz.[4])

Artikel N

(1) Das Deutsche Bundesgericht (Großer Bundessenat) kann wegen Verletzung eines Grundrechts angerufen werden, wenn die Bedeutung der Sache über den Einzelfall hinausgeht, insbesondere mit einer Wiederholung zu rechnen ist, und daher eine allgemeine Regelung erforderlich erscheint.

(2) Das Deutsche Bundesgericht regelt das Verfahren. Seine Entscheidung hat Gesetzeskraft.

Artikel O

(1) Das Deutsche Bundesgericht (Kleiner Bundessenat) kann gegen die sonst nicht mehr anfechtbare Entscheidung eines Gerichts angerufen werden, wenn die Rechtsfrage, insbesondere für die Rechtseinheit, von grundsätzlicher Bedeutung ist oder wenn Bundesgerichtshöfe zu einander widersprechenden Erkenntnissen kommen.

(2) Das Deutsche Bundesgericht regelt das Verfahren. Seine Entscheidungen binden die anderen Gerichte.

---

[4]) In der Vorlage wie in der Drucks. „Grundgesetz", offensichtlich ein Schreibfehler.

[*Akten… volume 13/II*]



*[Begründungen]*

*Zu Art. A.*

*Diese Vorschläge entsprechen den Artikeln 128 und 131 des Herrenchiemsee-Entwurfs. Statt „Gerichtsbarkeit" ist jedoch, wie in der Hessischen Verfassung, „rechtsprechende Gewalt"[5]) gesagt, um zum Ausdruck zu bringen, daß es sich um eine der Gesetzgebung und Verwaltung gleichgeordnete Ausübung der Staatsgewalt handelt. Auch sollen Gerichte für besondere Sachgebiete nicht schon kraft Landesrechts, sondern nur kraft Bundesrechts zulässig sein.*

*Zu Art. B.*

*Dieser Vorschlag entspricht Art. 134 des Herrenchiemsee-Entwurfs. Nur soll für Ehesachen nicht „eine gleiche Regelung" zulässig sein, sondern im Gegenteil eine abweichende.*

*Zu Art. C.*

*Dieser Vorschlag entspricht Art. 135 des Herrenchiemsee-Entwurfs, nur ist statt „bedienen" gesagt „wählen", auch um zum Ausdruck zu bringen, daß der Angeklagte selbst den Verteidiger bestimmen kann.*

*Zu Art. D.*

*Dieser Vorschlag entspricht Art. 136 des Herrenchiemsee-Entwurfs, jedoch stilistisch verbessert. Wenn in Absatz 2 eine Handlung als Tat bezeichnet wird, kann man es auch in Absatz 1 tun. Auch soll durch Absatz 2 nicht erst die doppelte Bestrafung, sondern schon die doppelte Verfolgung ausgeschlossen werden.*

*Zu Art. E.*

*Absatz 1 entspricht grundsätzlich der traditionellen Formel und Art. 132 des Herrenchiemsee-Entwurfs. Wegen der folgenden Bestimmungen ist es jedoch richtiger, zwischen Richtern einerseits und Schöffen sowie Geschworenen andererseits zu unterscheiden. Keinesfalls darf dem Herrenchiemsee-Entwurf darin gefolgt werden, daß die Richter dem Gesetz „und ihrem Gewissen" unterworfen wären, weil dadurch der grundfalsche Anschein erweckt würde, als ob das Gewissen des Richters eine dem Gesetz gleich- oder übergeordnete Rechtsquelle wäre. Der Richter, der ein Gesetz nicht mit seinem Gewissen vereinbaren kann, muß dem Gesetz weichen und aus seinem Amt ausscheiden, nicht aber hat das Gesetz dem Gewissen des Richters zu weichen so daß er sich darüber hinwegsetzen dürfte. Tut er es gleichwohl, so muß er sich darüber klar sein, eine revolutionäre Handlung zu begehen, die nur in Ausübung des Widerstandsrechts gerechtfertigt sein kann.*

[5]) Verfassung des Landes Hessen, Art. 126.

[21. RICHTERLICHE UNABHÄNGIGKEIT (ART. 132)]

Art. 132 umschreibt nur gewissen neuen Erfordernissen entsprechend einen sehr alten Grundsatz: „Richter, Geschworene, Schöffen und andere Laienrichter sind unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen." Geschworene und Schöffen kommen nur bei Strafgerichten vor. Denken Sie aber an Beisitzer für Arbeitsgerichte und Gemeindegerichte, wie sie etwa in Süddeutschland bestehen. Deshalb haben wir hinzugefügt „und andere Laienrichter".

*Dr. de Chapeaurouge:* Gegen den Satz habe ich gar nichts. Ich wollte meiner Befriedigung Ausdruck geben, daß in dem Entwurf Zinn[176]) der zweite Absatz fortgefallen ist, in dem er jede[177]) Betätigung eines Richters in einer Partei ausgeschlossen hat.

Wir haben im Organisationsausschuß vor mehreren Monaten auf meine Veranlassung eine Entschließung über das passive Wahlrecht der Richter und Beamten gefaßt[178]). Diese Frage müßte demnächst auch einmal im Hauptausschuß besprochen werden, weil es nach meiner Überzeugung eine der allerwichtigsten Fragen für das Funktionieren des neuen Grundgesetzes im Bund und in den Ländern ist, ob diese Kreise passives Wahlrecht haben oder nicht. Wenn wir die Fachjuristen, die Richter wie die Beamten entbehren müssen, dann fehlt den Landtagen und dem Bundestag das Hauptelement, daß sie ihre gesetzgeberischen und verwaltungskontrollierenden Arbeiten überhaupt sachgemäß ausführen. Ich wollte den Herrn Vorsitzenden bitten, darauf zu achten, daß die Entschließung, die im Organisationsausschuß einstimmig angenommen worden ist, auch im Plenum rechtzeitig herankommt. Wir haben auf diesem Gebiet eine merkwürdige Rechtsungleichheit. Wir alle werden davon überzeugt sein, daß die Frage im Bund einheitlich geregelt werden soll. Es geht nicht an, daß da in der britischen Zone ganz extreme Grundsätze herrschen, daß die Amerikaner etwas entgegenkommender sind, in Württemberg aber einen Frontwechsel vorgenommen haben, daß die Beamten und Richter, die dem württembergischen Landtag angehören, zum 31. Dezember diesen Jahres aus ihm ausscheiden müssen[179]). Außerdem ist die Sache interessanterweise auch in Ziffer 7 der letzten Demarche der Besatzungsmächte[180]) angerührt, wo verlangt wird, daß ein Bundesbeamter, wenn er gewählt wird, im Falle der Annahme seines Mandates aus seinem Amt ausscheiden muß. Daraus ergibt sich, daß im Gegensatz zu dem jetzt in der britischen Zone geltenden Recht die Besatzungsmächte offenbar nun der Auffassung sind, daß Beamte und Richter sich parteipolitisch betäti-

176) Dok. Nr. 54, Art. E Abs. 2.
177) Folgt gestrichen: „erhebliche".
178) 11. Sitzung des Kombinierten Ausschusses für die Organisation des Bundes und Verfassungsgerichtshof und Rechtspflege am 7. Okt. 1948, siehe Dok. Nr. 14, TOP 4b.
179) Art. 21 Abs. 2 des Beamtengesetzes von Württemberg-Baden vom 19. Nov. 1946, siehe Dok. Nr. 6, Anm. 15 sowie Der Parl. Rat Bd. 6, S. XLVf. und ebenda, Dok. Nr. 23, S. 660 ff.
180) Die Bestimmung des Memorandums vom 22. Nov. 1948 schrieb im Wortlaut der englischen Fassung vor: „... h) that a public servant, if elected to the federal legislature, shall resign his office with the agency where he is employed before he accepts election", Der Parl. Rat Bd. 8, Dok. Nr. 18, S. 40. Die als Drucks. Nr. 516 an die Mitglieder des Parl. Rates verteilte Übersetzung datierte erst vom Jan. 1949 (Anlage Nr. 1 zum Kurzprot. der neunten Sitzung des HptA vom 25. Nov. 1948), siehe Der Parl. Rat Bd. 8, S. 37.

gen können, und erst, wenn die Frage kommt, ob sie in ein Parlament eintreten, wollen sie die Wahl haben, zwischen der Annahme des Parlamentsmandats oder dem Verzicht zu entscheiden. Hier ist eine Fülle von Unklarheiten. Wenn wir das Grundgesetz und das Wahlgesetz verabschieden, müssen wir in diesem Punkt klarsehen. Ich bin der Meinung, daß diese Entschließung jetzt bereits den Besatzungsmächten[181]) zugeleitet werden soll. Sie geht an die Besatzungsmächte mit der Bitte, ihre Stellungnahme noch einmal zu überprüfen, weil für das Funktionieren des Grundgesetzes und der Landesverfassungen die einheitliche Entscheidung der Frage von lebenswichtiger Bedeutung ist. Ich wollte nur die Gelegenheit benutzen, auf diese Sache hinzuweisen.

*Dr. Löwenthal:* Ich würde vorziehen zu sagen „sind von keinerlei Weisung abhängig".

*Vors. Dr. Strauß:* „Die Unabhängigkeit der Richter" ist ein alter Begriff. Wir wollen keine neuen Worte verwenden. Wir wollen ihm wieder einen guten Sinn verleihen. Es ist ein Begriff, der in allen Verfassungen der Welt vorkommt.

*Dr. Löwenthal:* Es gibt keinen Menschen, der unabhängig ist. Er kann nur von Weisungen unabhängig sein.

*Vors. Dr. Strauß:* Sie mögen in der Sache Recht haben, ich habe aber eine Scheu dagegen, Begriffe, die wirklich feststehen, zu verändern.

*Dr. de Chapeaurouge:* Die Staatsanwälte sind an sich weisungsgebunden. Ich möchte betonen, die Bestrebungen in Kreisen der Staatsanwaltschaft gehen dahin, die Staatsanwälte unter die richterliche Unabhängigkeit zu nehmen mit Ausnahme politischer Prozesse.

(Dr. Laforet: Das ist ganz unmöglich!)

*Dr. Greve:* Das paßt gar nicht in den Rahmen der staatsanwaltlichen Tätigkeit hinein.

*Vors. Dr. Strauß:* Die Weimarer Verfassung sagt: „Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen.[182])" Das haben wir auf Geschworene, Schöffen und Laienrichter ausgedehnt.

*Dr. Becker:* Wir müssen sagen, was mit den Worten „dem Gesetz" gemeint ist, um den Begriff klarzustellen.

*Vors. Dr. Strauß:* Das ist natürlich auch das Grundgesetz.

*Dr. Becker:* Sie entsinnen sich der Nürnberger Urteile[183]), in denen ausgesprochen ist, daß das positive Recht gegenüber den Geboten der allgemeinen Menschlichkeit zurückzutreten hat, daß gerade ein Bestehenbleiben auf dem Wortlaut des positiven Rechts nur als ein Milderungsgrund; nicht aber als ein Schuldausschließungsgrund anerkannt worden ist, allerdings nicht gegenüber Richtern, sondern gegenüber Persönlichkeiten des öffentlichen Lebens, die mehr der Verwaltung angehö-

---

181) Folgt gestrichen: „zur nochmaligen Überprüfung".

182) WRV Art. 102.

183) Siehe die Aktenediționen „Der Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationalen Militärgericht Nürnberg, 14. November 1945 – 1. Oktober 1946". 42 Bde. Nürnberg 1947–1949, und zu 12 nachfolgenden Prozessen vor amerikanischen Gerichten „Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10, October 1946 – April 1949". 15 Bde. Washington 1950–1953.

rend anzusehen sind. Die Frage ist, heißen diese Worte „dem Gesetz" dem geschriebenen positiven Recht oder dem Recht im höheren Sinne.

(Vors. Dr. Strauß: Dem Recht, heißen sie!)

Es kann unter Umständen einmal dahin kommen, daß der Grundgedanke unserer Verfassung vom Richter im Sinne des höheren Rechts überschritten werden kann.

*Vors. Dr. Strauß:* Ich glaube, das sollten wir der Auslegung überlassen. Die Frage des Naturrechts ist durch die Erfahrungen der Nazizeit wieder lebendiger geworden als im 19. Jahrhundert.

*Dr. Becker:* Ich wollte nur festhalten, daß wir mit dem Wort „dem Gesetz unterworfen" nicht an das Gesetz im formellen Sinne, sondern an das Gesetz im höheren Sinne denken.

*Dr. Greve:* Ich bitte noch einmal zu erwägen, statt „unabhängig" zu sagen „sind an Weisungen nicht gebunden und nur dem Gesetz unterworfen." Mir ist das doch klarer. Im Gegensatz zu Ihnen habe ich keine Scheu, überkommene Begriffe zu ändern[184]), wenn mit ihnen nicht klar genug umrissen ist, was sie inhaltlich bedeuten sollen. Die von mir vorgeschlagene Formulierung ist klarer, als wenn wir sagen „unabhängig". Wir meinen natürlich, sie sind auch von Weisungen unabhängig, von Weisungen des Justizministers oder sonstiger Stellen. Dann können wir auch sagen, sie sind an Weisungen nicht gebunden.

*Vors. Dr. Strauß:* Ich halte nicht in allen Fällen an einem überkommenen Wortlaut fest, weil er mitunter einen anderen Tatbestand deckt; aber ich glaube, daß Auslegungsschwierigkeiten hier nicht entstehen können. Da sollte man bei dieser alten Wendung, die in allen Kulturstaaten üblich ist, verbleiben. Ich würde es bedauern, wenn man hier ein neues Wort nehmen sollte.

Gerade wenn man den Richter von der übrigen Beamtenschaft trennen will, sollte man seine Unabhängigkeit auch sprachlich betonen.

*Dr. Greve:* Der Begriff „unabhängig" ist nicht klar genug, weil es eine Unabhängigkeit überhaupt nicht gibt. Das, was gemeint ist, kommt am besten dadurch zum Ausdruck, daß man sagt „an Weisungen nicht gebunden".

*Dr. de Chapeaurouge:* Könnte man nicht beide Ausdrücke hineinnehmen und sagen „unabhängig und an Weisungen nicht gebunden". Dann würden die Bedenken des Kollegen Greve ausgeräumt sein.

*Vors. Dr. Strauß:* Einverstanden, obwohl ich es für überflüssig halte.

*Dr. Greve:* Wenn ich sage „sind unabhängig und an Weisungen nicht gebunden", dann bedeutet „unabhängig" etwas anderes als „an Weisungen nicht gebunden". Dann könnte etwas hineininterpretiert werden, was wir gar nicht meinen. Stellen wir es also zunächst zurück.

### [2m. AMTSENTHEBUNG VON RICHTERN (ART. 133)]

*Vors. Dr. Strauß:* Dann kommt Art. 133, der einen völlig neuen Gedanken enthält, zumindestens für das Bundesrecht. Wir haben in der hessischen und württembergi-

184) Maschinenschriftlich korrigiert anstelle von: „aufzugeben".

schen Verfassung etwas Ähnliches[185]). Wir haben uns die Wortwahl sehr eingehend überlegt und hoffen, eine Fassung gefunden zu haben, die den Beifall des Ausschusses findet:

(1) Wenn ein Richter in oder außerhalb des Amtes gegen die Grundsätze des Grundgesetzes oder die verfassungsmäßige Ordnung eines Landes verstößt, so kann bei Bundesrichtern das Bundesverfassungsgericht, bei Landesrichtern das für Verfassungsstreitigkeiten zuständige Gericht des Landes ihn seines Amtes für verlustig erklären und zugleich bestimmen, ob er in ein anderes Amt oder in den Ruhestand zu versetzen oder zu entlassen ist.

(2) Der Antrag kann bei Bundesrichtern vom Bundestag und vom Bundesjustizminister im Einvernehmen mit dem Richterwahlausschuß, bei Richtern eines Landes vom Landtag und vom Landesjustizminister im Einvernehmen mit dem Richterwahlausschuß des Landes gestellt werden. Weitergehendes Landesrecht bleibt unberührt.

In Abs. 1 letzte Zeile muß es heißen „in ein anderes Amt"[186]). In Abs. 2 müßten wir, wenn wir den Art. 129 a streichen, die Worte „im Einvernehmen mit dem Richterwahlausschuß des Landes" auch streichen. Wir wollen zunächst feststellen, ob der Ausschuß sich dem Grundgedanken des Abs. 1 anschließen kann.

*Dr. Löwenthal:* Ich möchte zunächst fragen, ob in den Übergangsbestimmungen die Möglichkeit vorgesehen ist, daß das augenblickliche vorhandene Richterpersonal politisch nachgeprüft wird, ob die Richter im Einklang mit den Grundsätzen des Grundgesetzes stehen oder nicht; denn wir haben namentlich in der britischen Zone zum Teil halbfaschistische Elemente in der Richterschaft, die man nicht mitschleppen sollte.

*Vors. Dr. Strauß:* Die Frage kann ich nicht beantworten, weil das eine Angelegenheit des Redaktionsausschusses ist. Ich weiß nicht, ob wir unsere Debatte um diese Frage verlängern sollen.

*Dr. de Chapeaurouge:* Ich möchte dringend bitten, nicht im Grundgesetz oder irgendwelchen Ausführungsvorschriften noch einmal die Überprüfung der Richter in der britischen Zone vorzuschreiben. Die Entnazifizierungsverfahren sind durchgeführt worden und haben soviel Unruhe hineingebracht, ich weiß, welche Erregung kommt, wenn das wieder aufgegriffen wird. Wir wollen die Entnazifizierung zum definitiven Schluß bringen. Für die Richter, die schon soviel Prüfungen durchgemacht haben, die Sache noch einmal vorzuschreiben, würde ich politisch für höchst bedenklich halten.

*Dr. Greve:* Wir haben in Niedersachsen in Richterstellen 70 Prozent ehemalige Mitglieder der NSDAP und in den Staatsanwaltschaften 75 Prozent[187]).

*Vors. Dr. Strauß:* Vom Standpunkt der amerikanischen Zone aus gesehen ein politisch unmöglicher Zustand. Aber ich sehe nicht ein, warum wir die heutige De-

185) Verfassung des Landes Hessen, Art. 127, Verfassung für Württemberg-Baden, Art. 88.

186) In Drucks. Nr. 343 fehlerhaft: „in ein anderes Land".

187) Greve führte seinen Redebeitrag nochmals in der 24. Sitzung des HptA aus, siehe Verhandlungen, S. 288. Zur Entnazifizierung der Richter in der britischen Zone siehe Dok. Nr. 52, Anm. 54, sowie Wenzlau: Der Wiederaufbau der Justiz in Nordwestdeutschland, insbes. S. 138f. Danach betrug 1948 der Anteil ehem. NSDAP-Mitglieder bei den Landgerichtsräten und Landgerichtsdirektoren 80–90%.

*Vors. [Zinn]:* Dem Gedanken von Herrn Dr. Katz, der mir persönlich durchaus sympathisch ist, ist auch vom Redaktionsausschuß Rechnung getragen worden. Der Redaktionsausschuß hat daher den Art. 129 a wie folgt gefaßt: „Die Länder können bestimmen, daß über die Anstellung der Richter in den Ländern der Landesjustizminister gemeinsam mit einem Richterwahlausschuß entscheidet." Die Bedeutung dieser Bestimmung besteht darin, daß der Bundesgesetzgeber den Ländern einen solchen Weg, wenn er in den Landesverfassungen oder Landesgesetzen vorgesehen ist, nicht mehr verbauen kann. Ich glaube, gegen diese Fassung wird niemand Bedenken haben.

(Dr. Laforet: Nein.)

In den Übergangsvorschriften haben wir wegen des zweiten Gesichtspunktes, den der Kollege Dr. Katz erwähnt hat, die Vorschrift des Art. 143 c-2 vorgesehen[35]):

> Auf Lebenszeit angestellte Beamte und Richter können bis zum 1. Januar 1950 auch vor Erreichung einer gesetzlich vorgeschriebenen Altersgrenze in den Ruhestand versetzt werden.

Dieser Artikel deckt auch den zweiten Gedanken. Irgendwie werden die Richter, wenn sie schon angestellt sind, Versorgungsansprüche haben. Wir wollten es aber nicht auf Richter beschränken, sondern auf andere Beamte ausdehnen, umso mehr als bei dem Neuaufbau des Staates auch den Ländern unter dem Gesichtspunkt der Verwaltungsreform eine Bewegungsfreiheit gegeben werden muß, die das seitherige Beamtenrecht nicht gewährt. Die Beamten behalten alle ihre Versorgungsansprüche. Es ist eine Vorschrift, wie sie die Abbaugesetzgebung vom Jahre 1924[36]) ermöglicht hat. Solche Vorschriften sind jetzt vielfach in Sparverordnungen auf Grund des Umstellungsgesetzes[37]) erlassen worden. Man will hier eine Möglichkeit eröffnen, die Verwaltung in angemessenem Maße abzubauen, ohne daß Versorgungsansprüche verlorengehen.

(Dr. de Chapeaurouge: Ich möchte bitten, daß der Antrag Dr. Katz vervielfältigt und uns zugeleitet wird.)

*Dr. Katz:* Ich ziehe meinen Antrag nach dieser Erklärung wieder zurück. Ich bin mit der Zuleitung dieses Antrages an diesen Artikel einverstanden. Ich glaube, mein Antrag erledigt sich dadurch.

*Vors. [Zinn]:* Art. 129 a würde wohl die Billigung des Ausschusses finden?

*Dr. de Chapeaurouge:* Ich möchte es vorbehalten.

*Vors. [Zinn]:* Da können Sie eigentlich zustimmen.

---

[35]) Der Parl. Rat Bd. 7, Dok. Nr. 4, S. 195.

[36]) Zur Reduzierung der Staatsausgaben traf die Reichsregierung einschneidende Maßnahmen zum Personalabbau. Rechtliche Grundlage war die Personalabbauverordnung vom 27. Oktober 1923 (VO zur Herabminderung der Personalausgaben des Reichs, RGBl. I S. 999); bis zum 31. März 1924 wurde das Personal der Reichsverwaltungen einschließlich Post und Eisenbahn um ca. 25 % vermindert; siehe Akten der Reichskanzlei, Die Kabinette Marx I und II, bearb. von Günter Abramowski, Bd. 1, Boppard 1973, Einleitung S. XXV f. Im besonderen gemeint sein dürfte die VO betr. Änderung des Gesetzes über das Verfahren in Versorgungssachen vom 12. Febr. 1924 (RGBl. I S. 59).

[37]) Drittes Gesetz zur Neuordnung des Geldwesens (Umstellungsgesetz) vom 20. Juni 1948 (Beil. Nr. 5 zum Gesetz- und VObl. des Wirschaftsrates 1948, S. 13), siehe auch Dok. Nr. 23, Anm. 39.

*Dr. de Chapeaurouge:* Da kann ich zustimmen. Nur die Übergangsbestimmungen müßte ich zurückstellen.
*Vors. [Zinn]:* Die würden wir heute nicht behandeln.
129 b ist geblieben. 129 c ist unverändert geblieben. Das gleiche gilt von 129 d. Dann folgen die sogenannten allgemeinen Rechtspflegeartikel. In Art. 131 ist nichts geändert. Dem Art. 132 hatte der Hauptausschuß folgende Fassung gegeben:

> Richter, Geschworene, Schöffen und andere Laienrichter sind unabhängig und nur dem Gesetz und den Gesetzen unterworfen.

Das ist irreführend. Es könnte der Eindruck erweckt werden, als wenn der Richter nur dem Grundgesetz und förmlichen Gesetzen unterworfen sein soll. Wir haben das gestrichen und haben nur „dem Gesetz" gesagt, weil dann darunter Gesetz im materiellen Sinne zu verstehen ist, also Grundgesetz, Gesetz, Rechtsverordnungen und Gewohnheitsrecht.

(Dr. Dehler und Dr. Laforet: Einverstanden.)

Art. 135 ist unverändert geblieben, desgleichen Art. 136.

### [3. BESCHLUSSFASSUNG]

Dann würden wir nur noch beschließen:

> Die Beschlußfassung über die Art. 128, 128 a und 129 wird zurückgestellt. Es soll unter Zuziehung des Abg. Dr. Strauß in einer neuen Sitzung des Rechtspflegeausschusses vor Beratung im Hauptausschuß nochmals zu den darin geregelten Fragen Stellung genommen werden.

*Dr. de Chapeaurouge:* Dazu gehört das Schreiben von Prof. Dr. Nipperdey.
*Vors. [Zinn]:* Das Schreiben von Prof. Nipperdey soll sämtlichen Herren des Ausschusses zugänglich gemacht werden[38].
*Dr. Katz:* Haben wir nicht auch die Entscheidung über Art. 128 d Ziff. 2 zurückgestellt?
*Vors. [Zinn]:* Dazu haben wir heute keinen Beschluß gefaßt. Das könnten wir das nächste Mal noch nachholen. Vielleicht kommt dazu noch ein Antrag.

### [4. STAATSSCHUTZBESTIMMUNGEN IN DEN ÜBERGANGSVORSCHRIFTEN]

Ich darf noch auf etwas hinweisen, was den Rechtspflegeausschuß interessiert. Wir haben in die Übergangsvorschriften eine Vorschrift betreffend die Staatsschutzbestimmungen aufgenommen. Wir haben angeregt, entweder gewisse Vorschriften des Reichsstrafgesetzbuchs oder, was mir sympathischer wäre, des Entwurfs eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches vom 14. Mai 1927 in Kraft zu setzen[39].

---

[38] Siehe Anm. 17 und Dok. Nr. 62, Anm. 11. Das Schreiben Prof. Nipperdeys wurde wohl vervielfältigt, ohne als Drucks. behandelt worden zu sein.

[39] Art. 148 c, siehe Der Parl. Rat Bd. 7, Dok. Nr. 4, S. 200, mit der Variante I, die dem Reichsstrafgesetzbuch in der Fassung vom 15. Mai 1871 folgte (RGBl. S. 127), und der Variante II, die sich am Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches vom 14. Mai 1927 orientierte, Drucks. des Reichstages, III. Wahlperiode 1924/27, Nr. 3390.

# Der Parlamentarische Rat 1948–1949

## Akten und Protokolle

Band 14

## Hauptausschuß

ISTITUTO STORICO ITALO-GERMANICO
BIBLIOTECA
TRENTO

bearbeitet
von
Michael F. Feldkamp

Teilband I

R. OLDENBOURG VERLAG MÜNCHEN 2009

# Der Parlamentarische Rat 1948–1949

Akten und Protokolle

herausgegeben

vom Deutschen Bundestag

und vom Bundesarchiv

unter Leitung von

Horst Risse und Hartmut Weber

ausgeschlossen, die Fassung des [S. 46] Redaktionsausschusses zur Grundlage unserer Beratungen zu machen, weil dieser sich leider nicht ganz an seinen Auftrag gehalten hat, der dahin ging, grundlegende Änderungen den Fachausschüssen zur nochmaligen Beratung zuzuleiten. Es scheint mir doch wesentlich zu sein, daß die Fraktionen zu den Vorschlägen Stellung genommen haben, ehe sie im Hauptausschuß behandelt werden.

*Brockmann* (Z): Wir kommen weiter, wenn wir uns an die parlamentarischen Gepflogenheiten halten. Danach empfiehlt es sich, als Grundlage unserer Beratung das zu nehmen, was der zuständige Fachausschuß beschlossen hat. Man kann jeweils die Formulierungen des Redaktionsausschusses zuziehen. Grundlage muß aber sein, was der zuständige Fachausschuß beschlossen hat. Im übrigen sind wir souverän in der Beschlußfassung darüber, wie wir verfahren wollen.

*Walter* (CDU): Es ist geradezu unwürdig, wie die Arbeiten der einzelnen Fachausschüsse hier behandelt werden. Die Fachausschüsse haben sich während acht Wochen bemüht, zu einem Ergebnis zu kommen. Sie haben ihre Beschlüsse schriftlich niedergelegt; diese sind in der Hand der Mitglieder des Hauses. Aber nun kommt ein Redaktionsausschuß, der einschneidende sachliche Änderungen an den Beschlüssen der Fachausschüsse vornimmt, ohne die Fachausschüsse oder auch nur deren Vorsitzende vorher zu stören. Ich denke, die Fachausschüsse hatten ihre Gründe für die Wahl dieser oder jener Formulierungen. Im Interesse des Ansehens der Fachausschüsse erscheint es dringend geboten, ihre Beschlüsse als Grundlage der Beratungen des Hauptausschusses anerkannt zu sehen. Es deprimiert etwas, ansehen zu müssen, wie der Redaktionsausschuß die Arbeiten der Fachausschüsse einfach über den Haufen wirft.

*Vors. Dr. Schmid* (SPD): Wir müssen darüber abstimmen, welche der beiden Vorlagen uns als Arbeitsgrundlage dienen soll. – Es ist mit 9 gegen 8 Stimmen beschlossen, die Vorlage des Ausschusses für Grundsatzfragen zur Grundlage unserer Erörterungen zu machen.

### [4.2. ART. 21: STAATLICHER AUFBAU UND ART. 21a: PARTEIEN]

Ich rufe auf Art. 21 in der Fassung des Ausschusses für Grundsatzfragen (PR. 11.48 – 269). Er lautet:

(1) Deutschland ist eine demokratische und soziale Republik bundesstaatlichen Aufbaus, deren Regierung der Volksvertretung verantwortlich ist.

(2) Die Staatsgewalt geht vom Volke aus.

(3) Das Volk übt diese einheitliche Gewalt in Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung für jeden dieser Bereiche getrennt durch besondere Organe nach diesem Grundgesetz aus.

(4) Rechtsprechung und Verwaltung stehen unter dem Gesetz.

Ich darf nun Herrn Dr. Dehler bitten, die Fassung des Redaktionsausschusses zu vertreten.

*Dr. Dehler* (FDP): Art. 21 Abs. 1 lautet nach dem Vorschlag des Redaktionsausschusses (PR. 11.48 – 279):

Deutschland ist eine demokratische und soziale Bundesrepublik.

Wenn man geographische oder politische Bedenken hat, kann man auch die Fassung wählen:

Der Bund ist eine demokratische und soziale Republik.

Abs. 2 lautet:

Das Volk ist Träger der staatlichen Gewalt.

Abs. 3 lautet:

Sie wird vom Volk nach diesem Grundgesetz durch Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der Rechtsprechung und der vollziehenden Gewalt ausgeübt. Die Regierung ist dem Volke verantwortlich.

Abs. 4 lautet:

Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, Rechtsprechung und vollziehende Gewalt sind an Gesetz und Recht gebunden.

Ich darf auf eine Begründung wohl verzichten; sie ergibt sich schon aus der Formulierung.

*Vors. Dr. Schmid* (SPD): Einen sachlichen Unterschied zwischen den beiden Fassungen kann ich nicht sehen; es handelt sich nur um redaktionelle Verschiedenheiten.

Wir behandeln zunächst Abs. 1.

*Dr. Seebohm* (DP): Ich schlage vor, Abs. 1 wie folgt zu fassen:

Das Deutsche Reich ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat.

Ich finde diese Fassung klarer. Zur Begründung verweise ich auf meine Ausführungen im Plenum.

*Vors. Dr. Schmid* (SPD): Herr Dr. Dehler, Sie stellen den Antrag auf Annahme der Fassung des Redaktionsausschusses?

*Dr. Dehler* (FDP): Namens des Redaktionsausschusses stelle ich diesen Antrag.

*Vors. Dr. Schmid* (SPD): Am weitesten geht der Antrag Dr. Seebohm. Ich lasse über diesen Antrag abstimmen. – Der Antrag Dr. Seebohm ist mit 12 gegen 2 Stimmen abgelehnt.

Wir kommen zum Antrag des Redaktionsausschusses. – Der Antrag des Redaktionsausschusses ist mit 15 gegen 3 Stimmen angenommen.

Wir kommen zu Abs. 2.

*Dr. Seebohm* (DP): Da wir eine Verfassung mit föderalem Aufbau schaffen wollen, schlage ich folgende Fassung vor:

Volk und Länder sind Träger der Bundesgewalt.

*Dr. Dehler* (FDP): Ich muß mich berichtigen. Ich habe die Fassung des Redaktionsausschusses falsch wiedergegeben. Sie lautet in Abs. 2:

Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus[29].

*Vors. Dr. Schmid* (SPD): Diese geänderte Fassung unterscheidet sich nur geringfügig von der Fassung des Ausschusses für Grundsatzfragen.

Ich stelle den Antrag Dr. Seebohm, der der weitergehende ist, zur Abstimmung. – Der Antrag Dr. Seebohm ist mit 12 gegen 5 Stimmen abgelehnt.

Wir kommen zur Abstimmung über den Antrag des Redaktionsausschusses, den

[29] Anders die Drucks. Nr. 279; Der Parl. Rat, Bd. 7, Dok. Nr. 2, S. 42: „Das Volk ist Träger der staatlichen Gewalt".

Herr Dr. Dehler soeben berichtigt hat: „Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus." – Der Antrag des Redaktionsausschusses ist mit 12 Stimmen angenommen. Herr Dr. Laforet hat sich der Stimme enthalten. [S. 47] Wir kommen zu Abs. 3.

*Dr. Dehler* (FDP): Der Antrag des Redaktionsausschusses lautet in Satz 1:

> Alle Staatsgewalt wird vom Volke nach diesem Grundgesetz durch Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der Rechtsprechung und der vollziehenden Gewalt ausgeübt.

Das ist das Wesentliche. Der Antrag des Ausschusses für Grundsatzfragen enthält diese Klarstellung nicht. Ich halte die Formulierung des Redaktionsausschusses für treffender.

*Vors. Dr. Schmid* (SPD): In Ihrem Vorschlag sind die Worte „für jeden dieser Bereiche getrennt" nicht enthalten.

*Dr. Dehler* (FDP): Dafür sage ich: „durch besondere Organe der Gesetzgebung, der Rechtsprechung und der vollziehenden Gewalt".

*Dr. von Mangoldt* (CDU): Wir haben im Ausschuß für Grundsatzfragen auf die Betonung der Einheitlichkeit der Staatsgewalt besonderen Wert gelegt. In den letzten 15 Jahren wurde im Schrifttum die Meinung vertreten, daß die Gewaltenteilung eine Aufsplitterung der Gesamtstaatsgewalt bedeute. Gerade um dieser Theorie entgegenzutreten, haben wir zum Ausdruck gebracht, daß es sich bei der Staatsgewalt um eine einheitliche Gewalt handelt, die in ihren verschiedenen Funktionen von besonderen Organen ausgeübt wird.

*Dr. von Brentano* (CDU): Eine Frage an Herrn Dr. Dehler: Würden Sie sich mit dieser Änderung des Herrn Dr. von Mangoldt einverstanden erklären? Es würde dann heißen: „Diese einheitliche Gewalt wird vom Volke … ausgeübt". Dann würde Ihre Fassung folgen.

*Dr. Dehler* (FDP): So kann man auch sagen, obwohl die Bezeichnung „alle Staatsgewalt" auch ausreichen dürfte.

*Vors. Dr. Schmid* (SPD): Ich glaube, eine Änderung ist nicht notwendig.

*Zinn* (SPD): Wir haben in dem Abs. 2 bewußt die Worte „alle Staatsgewalt" aufgenommen. Auf diese Weise wird die Einheitlichkeit der Gewalt in erkennbarer Weise zum Ausdruck gebracht.

*Vors. Dr. Schmid* (SPD): Ich stelle den ganzen Abs. 3 in der Fassung des Redaktionsausschusses zur Abstimmung. – Abs. 3 Satz 1 und 2 ist in der Fassung des Redaktionsausschusses mit 16 gegen 2 Stimmen angenommen.

Wir kommen zu Abs. 4.

*Dr. Dehler* (FDP): Wir haben es, um die Rechtsstaatlichkeit abzugrenzen, für nötig gehalten, zu sagen, daß die Gesetzgebung an die verfassungsmäßige Ordnung – hier kommen sowohl das Grundgesetz wie die Länderverfassungen in Frage –, Rechtsprechung und vollziehende Gewalt an Gesetz und Recht gebunden sind. Damit ist, glauben wir, die Grundlage unseres Grundgesetzes, die Rechtsstaatlichkeit, besser ausgedrückt.

*Dr. von Mangoldt* (CDU): Wir haben die verfassungsmäßige Ordnung bewußt weggelassen, weil es uns selbstverständlich erschien, daß die Verfassung alles bindet, Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung, so daß das nicht mehr besonders gesagt zu werden braucht. Die Befolgung des Grundsatzes von der Gesetzmäßigkeit aller Staatsgewalt versteht sich bei der Rechtsprechung von selbst, weil die Recht-

[*Akten… volume 14/I*]



sprechung nur die Aufgabe hat, die Gesetze anzuwenden und auszulegen. Der Grundsatz von der Rechtmäßigkeit der Verwaltung wird aber in der richtigen Form durch Abs. 4 des Vorschlags des Ausschusses für Grundsatzfragen zum Ausdruck gebracht.

*Dr. Dehler* (FDP): Wir haben auch noch die Regierung hereingenommen und sie als vollziehende Gewalt bezeichnet. Darunter sind Regierung und Verwaltung zu verstehen.

*Vors. Dr. Schmid* (SPD): Wir kommen zur Abstimmung. Wer ist für die Ersetzung des Abs. 4 nach der Vorlage des Ausschusses für Grundsatzfragen durch den Vorschlag des Redaktionsausschusses? – Es ist mit 17 gegen 2 Stimmen so beschlossen.

*Dr. Seebohm* (DP): Ich möchte den Grundsatz der staatsrechtlichen Trennung von Bund und Ländern im Grundgesetz klar verankert sehen und zu diesem Zweck einen weiteren Absatz des Inhalts vorschlagen:

> Die Länder üben kraft ihrer Staatshoheit alle Rechte aus, die nicht durch das Bundesgesetz auf den Bund übertragen sind.

*Vors. Dr. Schmid* (SPD): Ist das nicht eine Bestimmung, die an anderer Stelle behandelt werden wird? Ich glaube, sie wird in dem Abschnitt über die Kompetenzverteilung auftauchen.

*Dr. Seebohm* (DP): Vielleicht ist es doch gut, wenn man diesen Grundsatz in dem hier gegebenen Zusammenhang festlegt. Hier handelt es sich um die Staatsgewalt; dort handelt es sich um Fragen der Zuständigkeit.

*Vors. Dr. Schmid* (SPD): Art. 30 in der Fassung des Redaktionsausschusses besagt:

> Die Ausübung der staatlichen Befugnisse und die Erfüllung der staatlichen Aufgaben ist Sache der Länder, soweit dieses Grundgesetz keine andere Regelung trifft oder zuläßt.

*Dr. Seebohm* (DP): Ich muß bei meinem Einwand bleiben: Dort handelt es sich um die Zuständigkeit, hier aber um die Staatsgewalt.

*Dr. Menzel* (SPD): Da wir die Tragweite dieses Antrags nicht sofort und völlig übersehen können, möchte ich anregen, die Beschlußfassung darüber zurückzustellen, bis wir den Kompetenzverteilungskatalog und den Art. 30 behandeln.

*Dr. Heuss* (FDP): Ich bin dagegen, einen solchen Absatz einzufügen. Der Begriff der Staatshoheit der einzelnen Länder gehört nicht in eine Bestimmung, die sich mit der Gesetzgebung und Verwaltung befaßt. Beabsichtigt ist wohl eine Deklaration der Eigenstaatlichkeit der Länder, die aber zum großen Teil keinen Wert darauf legen, daß man ihnen Staatshoheit zuerkennt.

*Brockmann* (Z): Der Antrag Dr. Seebohm ist mir an sich sympathisch. Ich möchte vorschlagen, ihn bei Art. 30 zu behandeln. Dann können wir abwägen, ob wir ihn dort einfügen wollen oder nicht. Ich möchte Herrn Dr. Seebohm empfehlen, seinen Antrag zurückzustellen, bis wir zu Art. 30 kommen.

*Dr. Seebohm* (DP): Ich bin damit einverstanden, daß die Abstimmung über meinen Antrag zurückgestellt wird. Ich möchte aber ausdrücklich betonen, daß ich meinen Antrag grundsätzlich aufrechterhalte. Er muß bei Art. 30 behandelt werden. Wir müssen dann darüber Beschluß fassen, ob eine Bestimmung im Sinne meines Antrags einzufügen ist oder nicht. [S. 48]

weil sie eine Art von Grundrechten enthalten und daher den Vorrang vor den Vorschriften über den Aufbau der Gerichte und über das Verfahren verdienen. [S. 297]
*Kaufmann* (CDU): Kann das nicht als eine Anregung an den Redaktionsausschuß verwertet werden?
*Vors. Dr. Schmid* (SPD): Wir können es auch sofort beschließen.
Ich lasse zunächst über Art. 131 abstimmen. – Art. 131 ist angenommen.
Dann lasse ich darüber abstimmen, ob der soeben beschlossene Art. 131 sowie die Art. 132, 135 und 136 im Fall ihrer Annahme an den Anfang des Abschnitts „Gerichtsbarkeit und Rechtspflege" gestellt werden sollen. – Es ist einstimmig so beschlossen.

[2.2. ART. 132: RICHTERLICHE UNABHÄNGIGKEIT]

Ich rufe auf

Art. 132

Richter, Geschworene, Schöffen und andere Laienrichter sind unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen.

*Renner* (KPD): Ich beantrage folgende Formulierung:

Richter, Geschworene, Schöffen und andere Laienrichter sind unabhängig und nur der Verfassung und dem Gesetz unterworfen.

Das scheint mir der Extrakt dessen zu sein, was heute morgen von weitesten Kreisen dieses Gremiums befürwortet worden ist.
*Vors. Dr. Schmid* (SPD): Es soll also vor den Worten: „dem Gesetz unterworfen" eingefügt werden: „der Verfassung und".
Ich lasse über diese Einfügung abstimmen. – Die Einfügung ist mit 12 gegen 5 Stimmen angenommen. Ich würde empfehlen, statt „nur der Verfassung und dem Gesetz" zu sagen: „nur dem Grundgesetz und den Gesetzen".
*Dr. Becker* (FDP): Im Hinblick auf die in Nürnberg gefällten Entscheidungen, in denen festgestellt wurde, daß unter „Gesetzen" nicht ausschließlich der positive Gesetzestext, sondern das Recht als solches zu verstehen ist, halte ich den Zusatz für überflüssig.
*Vors. Dr. Schmid* (SPD): Ich lasse über Art. 132 abstimmen mit der Maßgabe, daß die beschlossene Einfügung folgenden Wortlaut haben soll: „und nur dem Grundgesetz und den Gesetzen unterworfen". – Art. 132 ist mit dieser Maßgabe angenommen, so daß er nunmehr folgenden Wortlaut hat:

Richter, Geschworene, Schöffen und andere Laienrichter sind unabhängig und nur dem Grundgesetz und den Gesetzen unterworfen.

[2.3. ART. 135: RECHTLICHES GEHÖR UND VERBOT DER DOPPELBESTRAFUNG]

Ich rufe auf

Art. 135

(1) Vor Gericht hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör.

(2) Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.

(3) Niemand darf wegen derselben Tat auf Grund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden.

(Zimmermann [SPD]: Das schließt aber die Disziplinarstrafen nicht aus!)[17]

– Deshalb heißt es: „auf Grund der allgemeinen Strafgesetze". Ich lasse abstimmen. – Art. 135 ist angenommen.

[2.4. ART. 136: RECHTSGARANTIEN BEI FREIHEITSENTZUG]

Art. 136

(1) Über die Zulässigkeit und Fortdauer einer Freiheitsentziehung hat nur der Richter zu entscheiden. Bei jeder nicht auf richterlicher Anordnung beruhenden Freiheitsentziehung ist unverzüglich eine richterliche Entscheidung herbeizuführen. Die Polizei darf aus eigener Machtvollkommenheit niemanden länger als bis zum Ende des Tages nach dem Ergreifen in eigenem Gewahrsam halten. Das Nähere ist gesetzlich zu regeln.

(2) Jeder wegen des Verdachts einer strafbaren Handlung vorläufig Festgenommene ist spätestens am Tage nach der Festnahme dem Richter vorzuführen, der ihm die Gründe der Festnahme mitzuteilen, ihn zu vernehmen und ihm Gelegenheit zu Einwendungen zu geben hat. Der Richter hat unverzüglich entweder einen mit Gründen versehenen schriftlichen Haftbefehl zu erlassen oder die Freilassung anzuordnen.

(3) Vor jeder richterlichen Entscheidung über die Anordnung oder Fortdauer einer Freiheitsentziehung ist unverzüglich ein Angehöriger des Festgehaltenen oder eine Person seines Vertrauens zu benachrichtigen.

*Dr. Laforet* (CSU): Es dreht sich um zwei verschiedene Gegenstände. Die Abs. 2 und 3 erfassen die Tätigkeit der Polizei bei der Verfolgung strafbarer Handlungen, der Abs. 1 die Fürsorgetätigkeit der Polizei, wie sie zum Beispiel gegenüber Geisteskranken, entlaufenen Kindern usw. eintreten kann. Der Schwerpunkt liegt darin, daß die Polizei aus eigener Machtvollkommenheit niemanden länger als bis zum Ende des Tages nach dem Ergreifen in eigenem Gewahrsam halten kann. Sie muß also in dieser Zeit entweder eine Anstalt für den Geisteskranken oder eine Einrichtung des Jugendamtes für den aufgegriffenen Jugendlichen in Anspruch genommen haben, um die Person dort zu verwahren. Schutzhaft gibt es keine. Die Gliedstaaten, die über die Einschaffung von Geisteskranken Rechtsvorschriften erlassen haben, werden diese Rechtsvorschriften nachprüfen müssen. Ich möchte zu diesem Zweck ausdrücklich klarstellen, daß auch der Verwaltungsrichter Richter ist.

*Vors. Dr. Schmid* (SPD): Ich lasse abstimmen. – Art. 136 ist einstimmig angenommen.

[17] Der Zwischenruf „(Zimmermann [SPD]: Das schließt aber die Disziplinarstrafen nicht aus!") wird im stenograph. Wortprot., S. 12, als Wortbeitrag dem Vors. Schmid zugeschrieben.

[3.1. ART. 21: STAATSVERSTÄNDNIS]

Ich rufe auf

Art. 21

(1) Deutschland ist eine demokratische und soziale Bundesrepublik.

(2) Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus.

(3) Sie wird vom Volk nach diesem Grundgesetz durch Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der Rechtsprechung und der vollziehenden Gewalt ausgeübt. Die Regierung ist dem Volke verantwortlich.

(4) Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, Rechtsprechung und vollziehende Gewalt sind an Gesetz und Recht gebunden.

*Dr. Seebohm* (DP): Ich möchte folgende Formulierung des Abs. 1 vorschlagen (PR. 12.48 – 406)[29]:

Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat.

Ich habe wiederholt betont, daß das Wort „Bundesstaat" den Gesamtcharakter zum Ausdruck bringt, den die neue Staatsgestaltung haben soll, in Anlehnung an die bestehende Tradition.

*Dr. Heuss* (FDP): Wir müssen den Namen des neuen Staatsgebildes an den Anfang stellen und in Abs. 1 sagen (PR. 12.48 – 381)[30]:

Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat.

Der Begriff „Bundesstaat" ist staatsrechtlich nicht eindeutig. Die von mir vorgeschlagene Fassung ist etwas prägnanter als die bisherige Fassung.

*Dr. Lehr* (CDU): Wir möchten den Antrag Dr. Seebohm aufnehmen: „Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat".

*Renner* (KPD): Ich bin der Auffassung, daß der Parlamentarische Rat kein Recht hat, dieses [S. 320] Westdeutschland oder Restdeutschland schlechthin als Deutschland zu bezeichnen. Ich möchte mich an dieser Stelle nicht weiter über die rechtlichen und politischen Hintergründe auslassen, die den Parlamentarischen Rat in Funktion gebracht haben, sondern nur zum Ausdruck bringen, daß mit dieser Bildung des westdeutschen Staates zerschlagen wird, was jeder wirklich deutsch fühlende Mensch verlangen muß: daß Deutschland als eine unteilbare und demokratische Republik in seiner Gänze erhalten bleibt. Ich spreche außerdem dem Parlamentarischen Rat bzw. der Mehrheit, die hier herrscht, das Recht ab, eine solche absolut irreführende Bezeichnung in die Verfassung hineinzuarbeiten. Der Staat, den Sie hier bilden, ist kein sozialer Staat, sondern sein Gegenteil. Er ist ein absolut reaktionärer Staat, ein Staat, in dem die Kreise der Reaktion, vertreten durch die Mehrheit dieses Hauses, alle Machtfülle in der Verwaltung und Wirtschaft in der Hand haben oder in die Hand gespielt bekommen. Ich erinnere hier nur an das vor einigen Tagen verkündete Gesetz Nr. 75[31]. Wenn einmal der Zeit-

[29] Der von Seebohm gez. Antrag Nr. 12 der DP-Fraktion zu Art. 21 Abs. 1 und 2 vom 16. Dez. 1948, vervielfält. auf Drucks. Nr. 406.

[30] Der Antrag auf Drucks. Nr. 381 war vom 15. Dez. 1948.

[31] Zum „Gesetz Nr. 75 über die Umgestaltung des deutschen Kohlenbergbaus und der deutschen Eisen- und Stahlindustrie" für das britische und US-amerikanische Kontroll-

punkt gekommen ist, eine gesamtdeutsche Republik zu schaffen, so kann meines Erachtens die Formulierung nur lauten: „Deutschland ist eine unteilbare demokratische Republik, die sich auf den deutschen Ländern aufbaut." Aus den von mir angeführten Gründen stimme ich gegen die beiden hier eingebrachten Vorschläge.
*Vors. Dr. Schmid* (SPD): Es liegen zwei Abänderungsvorschläge vor. Am weitesten geht der Antrag Dr. Seebohm, den die Fraktion der CDU/CSU aufgenommen hat: „Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat". Weniger weit geht die Formulierung nach dem Antrag Dr. Heuss.
Ich lasse über den Antrag der CDU/CSU, Dr. Seebohm abstimmen. – Der Antrag ist mit 11 gegen 9 Stimmen abgelehnt.
Ich stelle nunmehr den Antrag Dr. Heuss zur Abstimmung. – Der Antrag ist mit 11 gegen 1 Stimme bei mehreren Stimmenthaltungen angenommen.
Wir kommen zu Abs. 2 von Art. 21. Hierzu liegt ein Abänderungsantrag der CDU/CSU vor. Er lautet:

Das Volk ist der Träger der Staatsgewalt.

Ich lasse über den Abänderungsantrag abstimmen. – Der Antrag ist mit 10 gegen 10 Stimmen, also mit Stimmengleichheit, abgelehnt. Damit ist die Fassung des Hauptausschusses in erster Lesung angenommen.
Zu Abs. 3 liegt kein Antrag vor.
Zu Abs. 4 schlägt der Allgemeine Redaktionsausschuß folgende Änderung vor: „… die Rechtsprechung und die vollziehende Gewalt sind an Gesetz und Recht gebunden". Ich glaube, dieser Vorschlag stellt eine redaktionelle Verbesserung dar, und wir können sie annehmen. – Ich stelle die einmütige Zustimmung dazu fest.
*Renner* (KPD): Ich bitte, zur Kenntnis zu nehmen und zu protokollieren, daß ich gegen diese Formulierungen nach ihrer sachlichen Seite hin nichts habe. Ich kann aber nicht annehmen und Ihnen nicht konzedieren, daß Sie es mit diesen Deklarationen ernst meinen, und deshalb bin ich gegen diese Formulierungen.
*Vors. Dr. Schmid* (SPD): Ich lasse nunmehr über den gesamten Art. 21 abstimmen. – Art. 21 ist mit 19 gegen 1 Stimme bei Stimmenthaltung angenommen.

## [3.2. ART. 21a: PARTEIEN]

Wir kommen zu

**Art. 21a**

(1) Die Mitwirkung der Parteien bei der politischen Willensbildung des Volkes und die innere Ordnung der Parteien sind durch Bundesgesetz zu regeln.
(2) Die Bildung der Parteien ist frei.
(3) Parteien, die darauf ausgehen, die freiheitliche und demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen, sind verfassungswidrig. Über die Frage der Verfassungswidrigkeit entscheidet das Bundesverfassungsge-

---

gebiet vom 10. Nov. 1948, gedruckt in: Gesetzblatt der Verwaltung des Vereinigten Wirtschaftsgebietes 1947 bis 1949, Beilage Nr. 1, S. 1–15, vgl. auch unten die 31. Sitzung des HptA am 7. Jan. 1949; Dok. Nr. 31, S. 931.

(4) Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen. Soweit eine andere Zuständigkeit nicht begründet ist, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben. Artikel 10 Abs. 2 Satz 2 bleibt unberührt.

## II.
## Der Bund und die Länder

### Art 20

(1) Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat.

(2) Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt.

(3) Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.

(4) Gegen jeden, der es unternimmt, diese Ordnung zu beseitigen, haben alle Deutschen das Recht zum Widerstand, wenn andere Abhilfe nicht möglich ist.

### Art 20a

Der Staat schützt auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen und die Tiere im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung.

### Art 21

(1) Die Parteien wirken bei der politischen Willensbildung des Volkes mit. Ihre Gründung ist frei. Ihre innere Ordnung muß demokratischen Grundsätzen entsprechen. Sie müssen über die Herkunft und Verwendung ihrer Mittel sowie über ihr Vermögen öffentlich Rechenschaft geben.

(2) Parteien, die nach ihren Zielen oder nach dem Verhalten ihrer Anhänger darauf ausgehen, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen oder den Bestand der Bundesrepublik Deutschland zu gefährden, sind verfassungswidrig. Über die Frage der Verfassungswidrigkeit entscheidet das Bundesverfassungsgericht.

(3) Das Nähere regeln Bundesgesetze.

### Art 22

(1) Die Hauptstadt der Bundesrepublik Deutschland ist Berlin. Die Repräsentation des Gesamtstaates in der Hauptstadt ist Aufgabe des Bundes. Das Nähere wird durch Bundesgesetz geregelt.

(2) Die Bundesflagge ist schwarz-rot-gold.

### Art 23

(1) Zur Verwirklichung eines vereinten Europas wirkt die Bundesrepublik Deutschland bei der Entwicklung der Europäischen Union mit, die demokratischen, rechtsstaatlichen, sozialen und föderativen Grundsätzen und dem Grundsatz der Subsidiarität verpflichtet ist und einen diesem Grundgesetz im wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz gewährleistet. Der Bund kann hierzu durch Gesetz mit Zustimmung des Bundesrates Hoheitsrechte übertragen. Für die Begründung der Europäischen Union sowie für Änderungen ihrer vertraglichen Grundlagen und vergleichbare Regelungen, durch die dieses Grundgesetz seinem Inhalt nach geändert oder ergänzt wird oder solche Änderungen oder Ergänzungen ermöglicht werden, gilt Artikel 79 Abs. 2 und 3.

(1a) Der Bundestag und der Bundesrat haben das Recht, wegen Verstoßes eines Gesetzgebungsakts der Europäischen Union gegen das Subsidiaritätsprinzip vor dem Gerichtshof der Europäischen Union Klage zu erheben. Der Bundestag ist hierzu auf Antrag eines Viertels seiner Mitglieder verpflichtet. Durch Gesetz, das der Zustimmung des Bundesrates bedarf, können für die Wahrnehmung der Rechte, die dem Bundestag und dem Bundesrat in den vertraglichen Grundlagen der Europäischen Union eingeräumt sind, Ausnahmen von Artikel 42 Abs. 2 Satz 1 und Artikel 52 Abs. 3 Satz 1 zugelassen werden.

Ein Service des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz
in Zusammenarbeit mit der juris GmbH - www.juris.de

4. andere Handlungen, die geeignet sind und in der Absicht vorgenommen werden, das friedliche Zusammenleben der Völker zu stören (Artikel 26 Abs. 1);
5. Staatsschutz.

**Art 97**

(1) Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetze unterworfen.

(2) Die hauptamtlich und planmäßig endgültig angestellten Richter können wider ihren Willen nur kraft richterlicher Entscheidung und nur aus Gründen und unter den Formen, welche die Gesetze bestimmen, vor Ablauf ihrer Amtszeit entlassen oder dauernd oder zeitweise ihres Amtes enthoben oder an eine andere Stelle oder in den Ruhestand versetzt werden. Die Gesetzgebung kann Altersgrenzen festsetzen, bei deren Erreichung auf Lebenszeit angestellte Richter in den Ruhestand treten. Bei Veränderung der Einrichtung der Gerichte oder ihrer Bezirke können Richter an ein anderes Gericht versetzt oder aus dem Amte entfernt werden, jedoch nur unter Belassung des vollen Gehaltes.

**Art 98**

(1) Die Rechtsstellung der Bundesrichter ist durch besonderes Bundesgesetz zu regeln.

(2) Wenn ein Bundesrichter im Amte oder außerhalb des Amtes gegen die Grundsätze des Grundgesetzes oder gegen die verfassungsmäßige Ordnung eines Landes verstößt, so kann das Bundesverfassungsgericht mit Zweidrittelmehrheit auf Antrag des Bundestages anordnen, daß der Richter in ein anderes Amt oder in den Ruhestand zu versetzen ist. Im Falle eines vorsätzlichen Verstoßes kann auf Entlassung erkannt werden.

(3) Die Rechtsstellung der Richter in den Ländern ist durch besondere Landesgesetze zu regeln, soweit Artikel 74 Abs. 1 Nr. 27 nichts anderes bestimmt.

(4) Die Länder können bestimmen, daß über die Anstellung der Richter in den Ländern der Landesjustizminister gemeinsam mit einem Richterwahlausschuß entscheidet.

(5) Die Länder können für Landesrichter eine Absatz 2 entsprechende Regelung treffen. Geltendes Landesverfassungsrecht bleibt unberührt. Die Entscheidung über eine Richteranklage steht dem Bundesverfassungsgericht zu.

**Art 99**

Dem Bundesverfassungsgerichte kann durch Landesgesetz die Entscheidung von Verfassungsstreitigkeiten innerhalb eines Landes, den in Artikel 95 Abs. 1 genannten obersten Gerichtshöfen für den letzten Rechtszug die Entscheidung in solchen Sachen zugewiesen werden, bei denen es sich um die Anwendung von Landesrecht handelt.

**Art 100**

(1) Hält ein Gericht ein Gesetz, auf dessen Gültigkeit es bei der Entscheidung ankommt, für verfassungswidrig, so ist das Verfahren auszusetzen und, wenn es sich um die Verletzung der Verfassung eines Landes handelt, die Entscheidung des für Verfassungsstreitigkeiten zuständigen Gerichtes des Landes, wenn es sich um die Verletzung dieses Grundgesetzes handelt, die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes einzuholen. Dies gilt auch, wenn es sich um die Verletzung dieses Grundgesetzes durch Landesrecht oder um die Unvereinbarkeit eines Landesgesetzes mit einem Bundesgesetze handelt.

(2) Ist in einem Rechtsstreite zweifelhaft, ob eine Regel des Völkerrechtes Bestandteil des Bundesrechtes ist und ob sie unmittelbar Rechte und Pflichten für den Einzelnen erzeugt (Artikel 25), so hat das Gericht die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes einzuholen.

(3) Will das Verfassungsgericht eines Landes bei der Auslegung des Grundgesetzes von einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes oder des Verfassungsgerichtes eines anderen Landes abweichen, so hat das Verfassungsgericht die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes einzuholen.

**Fußnote**

Art. 100 Abs. 2: vgl. BVerfGE v. 6.12.2006 I 33 - 2 BvM 9/03

# Do Código Penal Alemão,

# alterado por lei de 1935

C. Leuel




# Reichsgesetzblatt

## Teil I

| 1935 | Ausgegeben zu Berlin, den 5. Juli 1935 | Nr. 70 |
|---|---|---|



| Tag | Inhalt | Seite |
|---|---|---|
| 28. 6. 35 | Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs | 839 |
| 28. 6. 35 | Gesetz zur Änderung von Vorschriften des Strafverfahrens und des Gerichtsverfassungsgesetzes | 844 |


### Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs.

**Vom 28. Juni 1935.**

Die Reichsregierung hat das folgende Gesetz beschlossen, das hiermit verkündet wird.

#### Artikel 1

**Rechtsschöpfung durch entsprechende Anwendung der Strafgesetze**

Die §§ 2 und 2a des Strafgesetzbuchs erhalten folgende Fassung:

§ 2

Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient. Findet auf die Tat kein bestimmtes Strafgesetz unmittelbar Anwendung, so wird die Tat nach dem Gesetz bestraft, dessen Grundgedanke auf sie am besten zutrifft.

§ 2a

Die Strafbarkeit einer Tat und die Strafe bestimmen sich nach dem Recht, das zur Zeit der Tat gilt.

Gilt zur Zeit der Entscheidung ein milderes Gesetz als zur Zeit der Tat, so kann das mildere Gesetz angewandt werden; ist die Tat zur Zeit der Entscheidung nicht mehr mit Strafe bedroht, so kann die Bestrafung unterbleiben.

Ein Gesetz, das nur für eine bestimmte Zeit erlassen ist, ist auf die während seiner Geltung begangenen Straftaten auch dann anzuwenden, wenn es außer Kraft getreten ist.

Über Maßregeln der Sicherung und Besserung ist nach dem Gesetz zu entscheiden, das zur Zeit der Entscheidung gilt.

#### Artikel 2

**Verhütung ungerechter Freisprechungen durch Zulassung der Wahlfeststellung**

Hinter § 2a des Strafgesetzbuchs wird als § 2b folgende Vorschrift eingefügt:

§ 2b

Steht fest, daß jemand gegen eines von mehreren Strafgesetzen verstoßen hat, ist aber eine Tatfeststellung nur wahlweise möglich, so ist der Täter aus dem mildesten Gesetz zu bestrafen.

#### Artikel 3

**Verletzung der Wehrpflicht und der Wehrkraft**

1. An die Stelle der §§ 140 bis 143 des Strafgesetzbuchs treten folgende Vorschriften:

§ 140

Ein Wehrpflichtiger, der vor Erfüllung der aktiven Dienstpflicht mit dem Vorsatz, sich der Erfüllung der Wehrpflicht zu entziehen, ohne Erlaubnis entweder das Reichsgebiet verläßt oder sich nach Erreichung des wehrpflichtigen Alters außerhalb des Reichsgebiets aufhält, wird mit Gefängnis nicht unter einem Monat bestraft. Daneben ist auf Verlust der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter auf die Dauer von einem bis zu fünf Jahren zu erkennen. Zugleich kann auf Geldstrafe erkannt werden.

Der Versuch ist strafbar.

§ 140a

Ein Wehrpflichtiger des Beurlaubtenstandes, der nach Erfüllung der aktiven Dienstpflicht ohne Erlaubnis auswandert, wird mit Gefängnis bis zu sechs Monaten oder mit Haft oder mit Geldstrafe bestraft.

Der Versuch ist strafbar.

# Indice

**Livro 1.º-** Introdução ao tema e apresentação do modo de o expor. ..... 4

**Título 1.º** O tema, a *caracterização preliminar da lacuna*, os problemas concitados (*maxime*, os limites do jurídico no Direito português), e a antevisão do conceito *lacuna.* ..... 4

§1 (Do estudo a empreender) ..... 4

§2 (Do labor do jurista) ..... 5

§3 (Do carácter quase irrelevante do tema central – o instituto *lacunas*) ..... 5

§4 (Do carácter maximamente relevante de institutos concitados pelo tratamento do tema *lacunas*) ..... 6

§5 (Textos legais como ponto-de-partida) ..... 7

§6 (Da pertinência de dúvidas, atentas as disposições legais atrás referidas) ..... 8

§7 (Temas concitados pelas perguntas feitas) ..... 8

§8 (Da acepção de Direito privilegiada) ..... 9

§9 (Das condições de inteligibilidade de um texto [como este] afastado da Lição dominante) ..... 10

§10 (Caracterização preliminar da lacuna à luz da Lição dominante) ..... 11

§11 (Antevisão do conceito *lacuna da lei*, no âmbito da Hipótese) ..... 12

§12 (Do carácter *óbvio* da Hipótese, como corolário da leitura integral dos *textos legais* reproduzidos ao longo destas páginas. Do afastamento entre Hipótese e Lição dominante) ..... 14

§13 (O conceito *lacuna*, os *2 edifícios jurídicos*, as *poucas palavras* do art. 203.º, e os critérios orientadores da procura do conceito *lacuna*) ..... 18

§14 (Breve delimitação do tema. Com breve referência a relações entre o Direito Constitucional, o Direito Internacional Público e o Direito da União Europeia) ..... 21

**Título 2.º** Apresentação e justificação do modo de expor o tratamento do tema (ou: acerca do discurso jus-científico) ..... 23

§15 (Da sistematização. Da centralidade das *fontes historiograficamente primárias*)* ..... 23
§16 (Sobre o discurso, em especial, a terminologia) ..... 25
§17 (Ainda sobre dificuldades discursivas e dialógicas) ..... 27
§18 (Retomando o §1: sobre a *jus-cientificidade* do tratamento do tema)* ..... 28
§19 (Explicitações quanto à História do Direito, aos Direitos estrangeiros, à ciência que tem por objecto cada um destes Direitos e ao Direito comparado)* ..... 30
§20 (Do Apêndice e da singularidade do Direito português actual) ..... 33
§21 (*Cont.*: da ilustração do dito nos parágrafos anteriores) ..... 35
§22 (Corolários – do que se disse sobre a História do Direito e o Direito comparado – quanto às fontes secundárias, em especial, aos critérios bibliográficos jus-doutrinários e aos critérios referentes a citações) ..... 36
§23 (Refutações no texto "Da detecção de lacunas da lei no Direito Português – I", apresentado, como tese de mestrado. *Maxime*: da refutação da *translegalidade principialista*) ..... 39
§24 (Breve referência aos títulos do texto) ..... 42
§25 (Documentos – em especial documentos inéditos) ..... 42
§26 (Modelos doutrinais na apresentação do tema) ..... 43

**Livro 2.º**- Da delimitação do Direito português, em função do regime da fonte do Direito (com os seus corolários em sede do regime do método jurídico) ..... 44

**Título 1.º** Considerações preliminares – *maxime*, da relação entre *regime da fonte do Direito* (*maxime*, do modo de revelação do Direito) e *regime do método jurídico* (ou: metodonomia). O tema nuclear: *unde ius*?, *onde procurar o Direito para resolver o caso*? ..... 44

§27 (Enquadramento – o modo de revelação – ou: *o lugar do Direito*) ..... 44
§28 (Enquadramento – o método. Relação entre fonte e método) ..... 45
§29 (Em suma) ..... 47

**Título 2.º** Regime-regra da fonte do Direito (com os seus corolários em sede do regime do método jurídico): o positivismo legalista democrático. Corolários jus-científicos. ..... 47

**Subtítulo 1.º-** Considerações preliminares ..... 47

§30 (A Constituição como *a fonte historiograficamente primária* da resposta à pergunta *onde está o Direito?*) ..... 48

§31 (Em suma) ..... 49

§32 (Breve comentário a *alternativas*) ..... 49

§33 (Breve referência a outras perguntas) ..... 53

§34 (Uma explicitação) ..... 54

§35 (Em suma: da improcedência da acusação de petição de princípio) ..... 54

§36 (Do *método de interpretação* da Constituição) ..... 55

§37 (Da interpretação exegética subjectivista e historicista da Constituição) ..... 55

§38 (Da justificação da interpretação da Constituição nos termos atrás referidos: o texto legal como *lugar* do pensamento jus-normativo da comunidade representada pelo legislador) ..... 56

§39 (Em suma, da improcedência da *petição de princípio* relativamente ao método) ..... 59

§40 (Breve referência aos elementos interpretativos) ..... 59

**Subtítulo 2.º-** Da consagração do positivismo legalista na Constituição da República Portuguesa, de 1976. ..... 60

**Capítulo 1.º-** O significado *primeiro* das palavras do art. 203.º: a consagração do *positivismo legalista democrático*. ..... 60

§41 (Ordem na procura dos significados *primeiros*) ..... 60

§42 (A *independência* é *sujeição à lei*) ..... 61

§43 (Da *lei* a que os tribunais estão sujeitos) ..... 62

§44 (Da elucidação de "lei" proporcionada por "sujeitos a" e por "apenas". Da norma positivada *versus* ponderação principialista) ..... 64

§45 ("*Lei*" como *conjunto de leis*) ..... 69

§46 (Elucidação proporcionada por expressões linguísticas alternativas) ..... 69
§47 (Finalmente, as abonações do *Dicionário de Morais*, na sua 10.ª edição)* ..... 70
§48 (Conclusão) ..... 70

**Capítulo 2.º-** Os trabalhos da Assembleia Constituinte confirmam o *positivismo legalista democrático*. ..... 71

§49 (Considerações preliminares) ..... 71
§50 (Quanto aos trabalhos preparatórios da Constituição) ..... 71
§51 (O projecto PPD sobre o art. 203.º) ..... 72
§52 (Breves comentários) ..... 73
§53 (Outros projectos de Constituição) ..... 74
§54 (Trabalhos na 6.ª Comissão confirmam que *lei* é Direito legal) ..... 76
§55 (Trabalhos no Plenário, referentes ao art. 203.º - o então art. 3.º) ..... 77
§56 (Discussão tida em plenário da Assembleia Constituinte) ..... 78
§57 (Explicitações relativas às declarações de voto) ..... 81
§58 (Breve referência ao *judicialismo*) ..... 83
§59 (Da moral e da justiça. Da recusa da Lição de *Castanheira Neves*. Da Alemanha nazi) ..... 84
§60 (Brevíssimas referências à polissemia de *justiça* – tendo presente as intervenções de José Luís Nunes) ..... 89
§61 (Retomando o que ficou dito sobre *sujeito a*) ..... 90
§62 (Ainda sobre o carácter conclusivo destes trabalhos preparatórios. Com retoma do *universo normativo* recusado com a recusa do *"Direito" além da lei*) ..... 92
§63 (Final da votação do articulado sobre tribunais, e declaração de voto do deputado constituinte *Jorge Miranda*) ..... 94
§64 (A terminar) ..... 95
§65 (Conclui-se) ..... 96
§66 (Uma explicitação em jeito de devida reposição histórica: *José Luís Nunes*, deputado à Assembleia Constituinte,

como primacial obreiro da Constituição de 1976, bem como o decisivo obreiro dos regimes que são o *ADN* do Direito Português actual) ..... 96
§67 (Justificação do parágrafo anterior) ..... 98
§68 (Do positivismo legalista confirmado em sede da *legalidade democrática* densificadora de *Estado de direito democrático* – conforme o disposto no art. 3.º/4 antecessor do actual art. 3.º/2) ..... 99
§69 (Dos trabalhos *paralelos* referentes ao actual art. 3.º/2 da CRP, sucessor do art. 3.º/4 na versão de 1976) ..... 99
§70 (Explicitações referentes ao art. 3.º/4. Da clivagem entre *Estado de direito tout court* e "Estado de direito democrático") ..... 111
§71 (Elucidação) ..... 114
§72 (Uma pergunta, em jeito de insistência) ..... 115

**Capítulo 3.º-** Os trabalhos da Revisão Constitucional de 1982 confirmam o *positivismo legalista democrático.* ..... 115

§73 (Enquadramento) ..... 115
§74 (Transcrições dos trabalhos de 1982 referentes ao art. 203.º) ..... 115
§75 (Explicitações: da confirmação do positivismo legalista. Da vagueza do Direito. Nova recusa da Lição de *Castanheira Neves*) ..... 121
§76 (Transcrições dos trabalhos de 1982, referentes ao art. 3.º/2, com a sua *legalidade democrática*, contextualizados com a consagração do *Estado de direito democrático* no art. 2.º) .... 124
§77 (Da paralela reiteração do positivismo legalista, em sede do art. 3.º/4) ..... 127

**Capítulo 4.º-** Os trabalhos da Revisão Constitucional de 1989 confirmam o *positivismo legalista democrático.* ..... 128

§78 (Transcrições dos trabalhos de 1989, na CERC, referentes ao art. 203.º) ..... 128

§79 (Explicitações referentes aos trabalhos concernentes ao art. 203.º) ..... 139
§80 (Transcrições dos trabalhos de 1989, em Plenário, referentes ao art. 203.º) ..... 141
§81 (Explicitações) ..... 143
§82 (Enquadramento dos trabalhos da CERC referentes ao art. 3.º/2) ..... 145
§83 (Transcrições dos trabalhos de 1989 referentes ao art. 3.º/2 ) ..... 145
§84 (Explicitações) ..... 148

**Capítulo 5.º-** Os trabalhos da Revisão Constitucional de 1997 confirmam o positivismo legalista. ..... 149

§85 (Enquadramento da atenção dada a mais este processo de Revisão constitucional, de 1997) ..... 149
§86 (Trabalhos na CERC, referentes ao art. 3.º/2 ) ..... 150
§87 (Explicitações. Nova recusa da Lição de *Castanheira Neves*) ..... 159

**Capítulo 6.º-** O enquadramento, na Constituição, do disposto no art. 203.º confirma o *positivismo legalista democrático.* ..... 160

§88 (O art. 203.º e a Constituição) ..... 160
§89 (Do disposto no art. 203.º e o *Estado de direito democrático* – artigos 2.º e 3.º da CRP) ..... 160
§90 (O disposto no art. 203.º e a separação e interdependência de poderes consagradas nos artigos 2.º e 111.º da CRP) ..... 169
§91 (Do positivismo legalista e do disposto no art. 202.º) .... 173
§92 (Do disposto no art. 203.º e outras disposições constitucionais) ..... 175
§93 (*Cont.*: das disposições constitucionais alusivas a princípios e valores) ..... 180

**Capítulo 7.º-** As conjunturas histórica e actual, e a teleologia referentes ao disposto no art. 203.º confirmam o *positivismo legalista democrático.* ..... 182

§94 (Retoma dos trabalhos preparatórios)..... 182

**Capítulo 8.º-** O regime da *dignidade da pessoa humana* como paradigmática confirmação do *positivismo legalista democrático.* ..... 188

§95 (Acerca dos textos que se passa a transcrever)..... 188
§96 (Transcrições dos trabalhos de 1976 ) ..... 189
§97 (Transcrições dos trabalhos parlamentares – confirmatórios – aquando da Revisão de 1982 ) ..... 197
§98 (Transcrições dos trabalhos parlamentares – confirmatórios – aquando da Revisão de 1989 ) ..... 206
§99 (Transcrições dos trabalhos parlamentares – confirmatórios – aquando da Revisão de 1997 ) ..... 214
§100 (Poucas e breves explicitações) ..... 226

**Capítulo 9.º-** Conclusão. Explicitações. Corolários..... 230

**Secção 1.ª-** Conclusão: o Direito português é positivista legalista democrático. ..... 230

§101 (Confirmação do *sentido primeiro*: o Direito português é positivista legalista) ..... 230
§102 (Da presença *consumpta* dos princípios-vector na norma legal)..... 231
§103 (Âmbito do positivismo legalista democrático) ..... 232

**Secção 2.ª-** Explicitações conceptuais e fixação terminológica ..... 233

§104 (Explicitações conceptuais e terminológicas) ..... 233
§105 (Conceito indeterminado normativo) ..... 234
§106 (A polissemia de princípio: o princípio-norma e o princípio-vector)..... 234
§107 (*Cont.*: conceitos indeterminados e princípios)..... 235
§108 (Cont.: *princípio* como *nome*) ..... 236
§109 (Valor, princípio e norma. A ponderação de princípios *versus* o conflitos de normas)..... 237
§110 (A norma carecida de ponderação como norma [meramente] potencial) ..... 240
§111 (O positivismo legalista democrático. Breve referência à equivocidade na linguagem jus-doutrinal) ..... 241

**Secção 3.ª-** Explicitações referentes à indelegabilidade da nomogénese/ imodificabilidade da competência jurisdicional.....242

§112 (Da indelegabilidade da nomogénese/ imodificabilidade da competência jurisdicional) .....242

**Secção 4.ª-** Explicitações referentes a "princípios", no art. 204.º da CRP. .....244

§113 (Explicitações referentes ao disposto no art. 204.º da CRP) .....244

**Secção 5.ª-** Explicitações referentes ao regime dos *direitos, liberdades e garantias* como regime normativo e não como regime principialista. .....250

§114 (Dos direitos, liberdades e garantias, à luz da Hipótese) .....250

**Secção 6.ª-** Explicitações referentes ao regime jurídico-constitucional do método jurídico. .....252

§115 (Acepções de *método jurídico*).....253

§116 (Do *subjectivismo historicista*; a *exegese* como seu corolário. Da admissibilidade de lacunas).....254

§117 (*Cont.*: do balizamento exegético. Da eleição do *significado definitivo* no seio da moldura semântica: remissão para o Livro 3.º)*.....256

§118 (Da unicidade de sentido).....258

§119 (Da aplicação do Direito ao caso: da falta de *apport* normativo na aplicação. Da subsunção).....258

**Secção 7.ª-** Explicitações referentes ao *Direito*: sistema jurídico; norma sistémica; acepção de *Direito*; especificidades da realidade e da linguagem jurídicas. .....261

§120 (Do sistema jurídico)* .....261

§121 (Do *fechamento* do sistema jurídico).....264

§122 (Acepção privilegiada de *Direito*) .....264

§123 (Ainda sobre a norma sistémica; da profusa polissemia de *norma*) .....265

§124 (O sistema e a especificidade da realidade jurídica)* ..... 265
§125 (*Cont.*: explicitações)* ..... 267
§126 (*Cont.*: da relação entre, por um lado, o mundo jurídico e, por outro, o mundo do *quotidiano*, do *sensível*, do *naturalístico*)* ..... 269
§127 (O sistema e a equivocidade da linguagem jurídica)* ..... 270
§128 (Do sistema e a Justiça) ..... 272

**Secção 8.ª-** Corolários juscientíficos: das fontes historiograficamente primárias; da pré-compreensão e sua polissemia. ..... 272

§129 (Condições do discurso jus-científico) ..... 272
§130 (Das fontes historiograficamente primárias) ..... 273
§131 (*Da pré-compreensão* e sua polissemia) ..... 273
§132 (Ainda duas explicitações referentes à pré-compreensão) ..... 276

**Secção 9.ª-** Corolários juscientíficos: da plasticidade do jurista; da jus-cientificidade. ..... 277

§133 (Do trabalho do jurista) ..... 277
§134 (Do arbítrio e do apologético) ..... 278
§135 (Do diálogo: o diálogo jus-científico e o perigo do solipsismo jus-doutrinal) ..... 279
§136 (Da *plasticidade* do jurista e da Academia: o discurso jus-científico *versus o* discurso jus-normativo) ..... 280
§137 (Da jus-cientificidade e da contingência espácio-temporal) ..... 281
§138 (Sobre o discurso acerca da ciência) ..... 282
§139 (Conclusão) ..... 282

**Título 3.º** Regimes-excepção da fonte do Direito (como sejam os actos jurígenas, *v.g.*, o negócio jurídico; e o acórdão cf. ao disposto no art. 282.º/4, da CRP) – brevíssimas referências ..... 283

§140 (Regimes excepcionais de nomogénese) ..... 283

§141 (O negócio jurídico como fonte do Direito constitucionalmente consagrada: *capacidade civil* como *capacidade negocial civil*, rectius, como *liberdade negocial*) ..... 283
§142 (*Cont.*: explicitações: breve delimitação da *nomogénese negocial*) ..... 288
§143 (*Cont.*: explicitações: a tutela constitucional dos *direitos, liberdades e garantias*. A tutela reforçada da *liberdade contratual* perante outros *direitos, liberdades e garantias*) ..... 291
§144 (*Cont.*: explicitações: ainda a qualificação do negócio como fonte do Direito, acolhendo Lição de *Castanheira Neves*) ..... 292
§145 (Actos administrativos *jurígenas* – ou: com *apport* normativo) ..... 293
§146 (Acto *próximo* de lei – ou: acto *paralegal*) ..... 294

**Título 4.º** Para o conceito *lacuna*. ..... 296

§147 (Resenha dos elementos ao longo do Livro 2.º para o conceito *lacuna*) ..... 296

**Livro 3.º-** (*Cont.* do Livro 2.º) Da delimitação do Direito português, em função do regime do método jurídico (*rectius*, das explicitações e densificações do regime do método jurídico apresentado no Livro 2.º) ..... 297

**Título 1.º** Considerações preliminares: *maxime*, sobre os ponto-de-partida e ponto-de-chegada do *caminho* que é o método jurídico ..... 297

§148 (Retoma do *método* como *caminho*) ..... 297
§149 (Insistindo no carácter *jus-constitutivo* da metodonomia. Da vinculatividade das normas legais sobre interpretação) ..... 299
§150 (Meros corolários linguísticos) ..... 302

**Título 2.º** Regime-regra do método jurídico: a concatenação dos seguintes dois métodos: a *exegese subjectivista-historicista* (na interpretação da lei) e a *extensão teleológica subjectivista-historicista* (na detecção/integração de lacunas, e no preenchimento de conceitos indeterminados normativos). ..... 302

**Subtítulo 1.º-** Considerações preliminares: *maxime*, da sede legal ..... 302

§151 (Da sistematização) ..... 303

§152 (Das condicionantes, *maxime*, do irrealismo na exposição do *regime jurídico do método*) ..... 303
§153 ( Sede legal-âmbito de aplicação) ..... 304
§154 (Da complementaridade entre o Código Civil e o Estatuto dos Magistrados Judiciais) ..... 306
§155 (Transcrição de trabalhos preparatórios – remissão para a Adenda, em especial, os *mapas-epítomes*, em complemento, *pari passu,* deste Livro 3.º) ..... 307

**Subtítulo 2.º-** Do método da interpretação da lei: a exegese subjectivista-historicista. ..... 308

**Capítulo 1.º-** Considerações preliminares: *maxime*, o texto da lei e os trabalhos preparatórios como as únicas *fontes historiograficamente primárias* do pensamento do legislador. ..... 308

§156 (Considerações preliminares. Retoma do Livro 2.º. Equívocos acerca do subjectivismo e objectivismo, com breve referência à Lição de *Manuel de Andrade*) ..... 308
§157 (O art. 9.º - Considerações preliminares: matérias retomadas ou antevistas) ..... 312
§158 (*Guião* de leitura das páginas sobre interpretação) ..... 314
§159 (Apresentação do texto legal e dos trabalhos preparatórios como expressão do pensamento do legislador. A circunscrição da relevância dos *elementos interpretativos extraliterais* ao que sobre eles consta dos *trabalhos preparatórios*) ..... 319
§160 (Em suma: relação entre o *texto* – elemento interpretando –, os *elementos interpretativos* e os *trabalhos preparatórios*) ..... 325

**Capítulo 2.º-** O subjectivismo-historicista e o texto da lei. ..... 326

§161 (Enquadramento) ..... 326
§162 (A *primeira tarefa* do juiz: *recenseamento* da letra da lei, *i.e.*, dos *significados possíveis* de cada palavra no texto legal, à data da lei) ..... 326
§163 (Da *insuficiência* da *letra da lei*) ..... 327

§164 (Breve referência a *espécies de significados juridicamente relevantes*) ..... 328
§165 (*Conteúdo* do texto. Normas sobre elementos interpretativos) ..... 330
§166 (Da *extensão* do elemento literal interpretando) ..... 331
§167 (Da *interpretação conjugada* e da *unidade do sistema*) ..... 333
§168 (A *unidade do sistema* e o *espírito do sistema*) ..... 335
§169 (Explicitações – a retomar a propósito do disposto no art. 9.º/2) ..... 336
§170 (A *interpretação conjugada* e a *conjuntura presente*, referida no art. 9.º/1, *in fine*. Explicitações referentes à relevância da *conjuntura presente*) ..... 337
§171 (Da conjuntura presente *específica*. Ainda o carácter subjectivista-historicista dos elementos interpretativos) ..... 338

**Capítulo 3.º-** O subjectivismo-historicista e os trabalhos preparatórios. 339

§172 (Resumo. Ainda a autonomia do *subjectivismo-historicista* perante [eventuais] *trabalhos preparatórios*) ..... 340
§173 (Da autoria dos trabalhos preparatórios) ..... 341
§174 (Da data dos trabalhos preparatórios) ..... 341
§175 (Do suporte dos trabalhos preparatórios) ..... 342
§176 (Tipo de discurso nos trabalhos preparatórios) ..... 343
§177 (Do objecto dos trabalhos preparatórios. Glossário *versus* conjuntura passada e teleologia). ..... 344

**Capítulo 4.º-** O subjectivismo-historicista e o significado prevalecente (ou: definitivo). ..... 345

§178 (O significado [ou: sentido] prevalecente) ..... 346
§179 (*Directrizes de prevalência* quanto aos *elementos interpretativos* [não linguísticos] entre si) ..... 347
§180 (*Directrizes de prevalência* quanto à relação entre, por um lado, *dado auxiliar linguístico*, e, por outro lado, o *texto*) ... 349

§181 (*Directrizes de prevalência* quanto à relação entre, por um lado, *elementos interpretativos* [não linguísticos] e, por outro lado, o *texto*. O disposto no art. 9.º/2: o *mínimo qualitativo* versus o *mínimo quantitativo*) ..... 349

§182 (*Directrizes* quanto à hipótese de não haver – ou, havendo, não serem conclusivos – *elementos interpretativos*. O disposto no art. 9.º/3) ..... 357

§183 (Da *equivocidade inultrapassável*) ..... 359

**Subtítulo 3.º-** Do método da detecção/ integração de lacunas (e do preenchimento de conceitos indeterminados normativos): da *extensão teleológica subjectivista-historicista* ..... 360

**Capítulo 1.º-** O conceito *lacuna* (cf. o Livro 2.º, Título 4.º, e o Livro 3.º, neste Capítulo). ..... 360

§184 (Considerações gerais) ..... 360

§185 (Delimitação negativa de *lacuna*) ..... 361

§186 (Explicitações: *lacuna* como *nome* de [algumas] *normas existentes*) ..... 362

§187 (Explicitações: "analogia" como *teleologia*) ..... 362

§188 (Explicitações: das dificuldades na invocação da teleologia. A teleologia *segundo o legislador*) ..... 363

§189 (*Cont.*: as *razões justificativas* e sua *procedência no caso*) ..... 364

§190 (A *norma-a-ampliar* como norma cuja *extensividade* não é excluída. *Maxime*, da norma excepcional) ..... 369

§191 (O conceito *lacuna*. Confronto com a noção segundo a *Lição dominante*) ..... 373

§192 (A norma lacunar e o *método* na sua acepção ampla) ..... 374

**Capítulo 2.º-** O *conceito indeterminado normativo* ..... 374

§193 (Retoma do *conceito indeterminado normativo, rectius, da componente axiologicamente vaga de um conceito*) ..... 374

§194 (Do *aproveitamento da boa fé*, aqui tomada como *paradigma* de *conceito indeterminado normativo*) ..... 376

§195 (Do *conceito indeterminado normativo* e a *interpretação*) ..... 379

**Subtítulo 4.º-** Da *concatenação* entre os dois métodos apresentados nos Subtítulos anteriores. ..... 380

§196 (Da *concatenação*) ..... 380

**Subtítulo 5.º-** Explicitações finais. *Maxime*, do reforço e expansão do *jurídico* como corolário do fechamento positivista legalista do sistema jurídico. 381

§197 (Os limites do Direito. Da denegação da justiça *vs* declaração de a-juridicidade) ..... 381

§198 (*Cont.*: o reforço e a expansão do *jurídico* como corolários do fechamento positivista legalista do sistema: ilustrações convocando a norma angular no art. 203.º, as normas permissivas como as dos artigos 24.º e seguintes, e a norma de conflitos no art. 19.º/6 – todos da CRP). ..... 383

§199 (*Cont.*:) ..... 386

§200 (*Categorias doutrinais* de *interpretação. Confronto com a integração*) ..... 386

§201 (Ainda acerca do subjectivismo moderado e do objectivismo, e da sua presença na Lição de Manuel de Andrade. Explicação ensaiada quanto à alteração semântica de objectivismo (do objectivismo como subjectivismo do intérprete) ..... 388

§202 (Da inconstitucionalidade superveniente do disposto no art. 10.º/3) ..... 391

§203 (Dos vários *tipos de lacuna* e da *analogia iuris*) ..... 392

§204 (Da *detecção de lacunas*) ..... 393

§205 (Do método [concatenado] *da interpretação/integração* e da *aplicação ao caso*, tendo presente o disposto no art. 8.º/3 do CCiv. Retoma do *arbítrio*) ..... 395

§206 (Explicitações referentes à delimitação do tema: distinção da *norma lacunar* ante o conceito próximo *norma remissiva*) ..... 396

**Título 3.º** Regimes-excepção do método jurídico – brevíssima referência....397

§207 (Regimes excepcionais).....397

**Livro 4.º-** *Em diálogo*: textos doutrinais brevemente comentados à luz da Hipótese. 399

**Título 1.º** Considerações preliminares .....399

§208 (Ainda acerca do tema na Literatura jus-doutrinal).....399

§209 (Enquadramento) .....400

**Título 2.º** O art. 203.º da CRP na Literatura jus-doutrinal .....400

**Subtítulo 1.º-** Textos de Jorge Miranda .....400

§210 (Trecho do *Manual de Direito Constitucional.* Comentário. Declaração de voto).....400

§211 (Trecho de Constituições Políticas de diversos países. Comentário).....401

**Subtítulo 2.º-** Textos de Castanheira Neves .....402

§212 (Trechos de O instituto dos assentos).....402

§213 (Trecho de *Uma reflexão filosófica sobre o Direito*) ...407

§214 (Trecho de *Fontes do Direito)* .....409

§215 (Trechos de *Justiça e Direito*) .....414

§216 (Trechos de *A unidade dos sistema jurídico*) .....418

§217 (Trechos de *O problema da constitucionalidade dos assentos*...) .....420

§218 (Trechos de *Entre o "legislador", a "sociedade" e o "juiz"*. Tendo presente, a propósito, a Lição de *Maria Fernanda Palma*) .....421

§219 (Trechos de *O funcionalismo jurídico*...) .....424

§220 (Trechos de *O sentido actual da metodologia jurídica*).....425

§221 (Trechos de *O Direito hoje e com que sentido?*).....426

§222 (Trechos de *O poder judicial (a jurisdição) o Direito e o Estado de Direito*).....430

**Subtítulo 3.º-** Textos de Gomes Canotilho .....432

§223 (Trechos de *Direito Constitucional...*, edição de 1998)..... 432
§224 (Trechos de *Direito Constitucional...*, edição de 2003)..... 435
**Subtítulo 4.º-** Textos de Gomes Canotilho e Vital Moreira..... 436
§225 (Trechos da *Constituição anotada...*)..... 436
**Subtítulo 5.º-** Textos de Vital Moreira ..... 442
§226 (Trechos da transcrição da conferência *À procura da liberdade....* Com referência, em especial, aos Críticos da Jurisprudência da Crise: *Blanco de Morais* e outros) ..... 442
**Subtítulo 6.º-** Textos de Fernando Pinto Bronze ..... 447
§227 (Trechos de "*Quae sunt Caesaris...* ")..... 448
§228 (Trechos de *A Metodonomologia...*) ..... 455
**Subtítulo 7.º-** Textos de Miguel Teixeira de Sousa ..... 457
§229 (Trechos de *Introdução...*) ..... 458
**Subtítulo 8.º-** Textos de Paulo Otero ..... 466
**Subtítulo 9.º-** Textos de Lima Pinheiro ..... 467
§230 (Trechos de *Introdução...*) ..... 467
**Subtítulo 10.º-** Textos de Rui Medeiros e Maria João Fernandes ..... 468
§231 (Trechos de *Constituição...*)..... 468
**Subtítulo 11.º-** A terminar..... 469

**Apêndice** ..... **471**

*Diz Sócrates a Críton:* ..... 472

I) **A solução *de iure constituendo*** ..... 473

§ 233. (Contextualização do Apêndice) ..... 473

§ 234. (Contextualização do Apêndice) ..... 473

§ 235. (Sistematização) ..... 473

§ 236. (A solução de iure constituendo) ..... 474

§ 237. (Alternativas. *Maxime*, da ponderação principialista) ..... 475

§ 238. (*Cont.*: reparos à ponderação principialista) ..... 476

§ 239. (Explicitação acerca da relação entre textos legais e positivismo) ..... 477

§ 240. (Conclusão) ..... 478

II) **Brevíssima referência à História do Direito** ..... 478

§ 241. (Da hipótese de *vector legalista*) ..... 478

§ 242. (Ainda acerca do critério) ..... 479

§ 243. (Ordenações Afonsinas, de 1447, com o seu Livro II, Título VIIII [sic] - Quando a Ley contradiz aa Degratal, qual dellas se deve guardar) ..... 479

§ 244. (Comentários) ..... 481

§ 245. (Lei da Boa Razão, Lei de 18 de Agosto de 1769) ..... 482

§ 246. (Comentários) ..... 485

§ 247. (Código de Seabra, 1867) ..... 486

§ 248. (Comentários) ..... 486

§ 249. (Estatuto dos Magistrados Judiciais, de 1944) ..... 486

§ 250. (Comentários) ..... 487

§ 251. (Finalmente: a Constituição da República Portuguesa, de 1976) ..... 487

§ 252. (Comentários) ..... 488

§ 253. (Em suma: indícios de um *vector legalista*) ..... 488

§ 254. (Acerca de outros factos referentes à nomogénese) ..... 488

§ 255. (Ainda o critério de periodicização. Breves referências ao critério da *prática do Direito*) ..... 490

§ 256. (Conclusão. Dúvida quanto à explicação sócio-política do aventado vector legalista) ..... 492

§ 257. (Vector legalista e a solução *de iure constituendo*) ..... 493

**III) Brevíssima referência comparatística** ..... 493

§ 258. (Centramento nas disposições constitucionais sobre fontes do Direito/ método) ..... 493

§ 259. (Constituição do Reino de Espanha ) ..... 494

§ 260. (Constituição de Itália) ..... 494

§ 261. (Constituição da Irlanda) ..... 494

§ 262. (Constituição da Grécia) ..... 494

§ 263. (Textos constitucionais nucleares nos temas tratados: os artigos 97.º e 20.º/3 da Lei Fundamental alemã). ..... 495

§ 264. (Breve comentário) ..... 495

§ 265. (Da Constituição Alemã) ..... 496

§ 266. (O problema) ..... 496

§ 267. (Lição de Claus-Wilhelm Canaris) ..... 496

§ 268. (Texto de Claus-Wilhelm Canaris) ..... 497

§ 269. (Canaris. Conclusão) ..... 499

§ 270. (Outras breves referências doutrinais) ..... 499

§ 271. (Da atenção aos trabalhos preparatórios) ..... 501

§ 272. (Projecto de Herrenchiemsee: art.115.º, antecessor do art. 132.º do Projecto de Herrenchiemsee, por sua vez antecessor do art. 97.º) ..... 502

§ 273. (Projecto de Herrenchiemsee: relatório final, vol. 2, p. 555-556) ..... 502

§ 274. (Projecto de Herrenchiemsee: discussão; sessão plenária, 23 de Agosto; *Beyerle*, vol. 2, p. 432) ..... 503

§ 275. (Projecto de Herrenchiemsee: sessão plenária; 23 de Agosto; discussão; *Süsterhenn*, vol. 2, p. 433 e ss) ..... 503

§ 276. (Projecto de Herrenchiemsee: sessão plenária; 23 de Agosto; discussão; *Nawiasky*, vol. 2, p. 434) ..... 504

§ 277. (Projecto de Herrenchiemsee: sessão plenária; 23 de Agosto; discussão; *Drexelius*, vol. 2, p. 437-438) ..... 504

§ 278. (Projecto de Herrenchiemsee: sessão plenária; 23 de Agosto; discussão; *Pfeiffer* e *Süsterhenn*, vol. 2, p. 438) ..... 505

§ 279. (Projecto de Herrenchiemsee: sessão plenária; 23 de Agosto; discussão; *Schmid*, vol. 2, p. 438 e ss) ..... 505

§ 280. (Projecto de Herrenchiemsee: sessão plenária; 23 de Agosto; discussão; *Brill*, vol. 2, p. 439) ..... 506

§ 281. (Projecto de Herrenchiemsee: sessão plenária; 23 de Agosto; discussão; *Drexelius*, vol. 2, p. 439) ..... 507

§ 282. (Projecto de Herrenchiemsee: sessão plenária, 23 de Agosto; discussão; *Beyerle*, vol 2, p. 439) ..... 507

§ 283. (Projecto de Herrenchiemsee: votação; 23 de Agosto; vol. 2, p. 439) ..... 507

§ 284. (Projecto de Herrenchiemsee: relatório final; vol. 2, p. 628) ..... 507

§ 285. (Conselho Parlamentar: Comissão pelo Tribunal Constitucional e para a Administração da Justiça, 3 de Novembro de 1948, proposta *Straus* e *Zinn*; vol. 13-II, p. 1265) ..... 508

§ 286. (Conselho Parlamentar: Comissão para o Tribunal Constitucional e para a Administração da Justiça, Justificação da proposta *Straus* e *Zinn*; vol. 13-II, p. 1267) ..... 508

§ 287. (Conselho Parlamentar: Comissão para o Tribunal Constitucional e para a Administração da Justiça; 6 de Dezembro; Discussão da proposta *Straus* e *Zinn*; vários; vol. 13-II, p. 1417-1418) ..... 509

§ 288. (Conselho Parlamentar: Comissão Principal/Comissão de Redacção /Comissão para o Tribunal Constitucional...; 9- 17 de Dezembro; discussão da proposta *Straus* e *Zinn*; vários; vol. 13-II, p. 1509, vol. 14-I, p. 746. Assinala-se que não há actas do Conselho de redacção – apenas relatórios) ..... 510

§ 289. (Conselho Parlamentar: Comissão Principal, 5 de Maio de 1949; votação, vol. 7, p 557). ..... 511

§ 290. (Conselho Parlamentar: Comissão para as Questões Fundamentais; 14 de Outubro de 1948; proposta de *Mangoldt*, vol. 5-I, p. 288). ..... 511

§ 291. (Conselho Parlamentar: Comissão para as Questões Fundamentais; 14-18 de Outubro de 1948; discussão, vol. 5-I, pp. 288 e ss, 292, 295, vol. 7, p. 6). ..... 511

§ 292. (Conselho Parlamentar: Comissão Principal, 17 de Novembro a 15 de Dezembro de 1948; discussão do texto resultante da Comissão para as Questões Fundamentais, em paralelo com o texto resultante da Comissão de Redacção; respectivamente, vol. 14-I, p. 116-119 e vol. 7, p. 42). ..... 512

§ 293. (Conselho Parlamentar: Acompanhamento pelos Governos Militares dos Aliados dos trabalhos do Conselho; Memorando de 22 de Novembro de 1948; vol 8, p 40) ..... 514

§ 294. (Conselho Parlamentar: aprovação – vol. 14-I, p. 119) ..... 514

§ 295. (Acerca da conjugação do disposto nos artigos 20.º/3 e 97.º) ..... 515

§ 296. (Explicitações referentes aos trabalhos preparatórios) ..... 517

§ 297. (Explicitações jus-comparatísticas. Reflexos *de iure constituendo*) ..... 537

§ 298. (Da singular coerência axiológica, e da singular adequação a modelo pluralista/relativista de sociedades, do Direito português) ..... 539

**IV) Breve referência à pertinência de considerações *de iure constituendo* quanto aos pressupostos sócio-políticos do positivismo legalista** ..... 539

§ 299. (Da pertinência de *tema de filosofia social e política*-também *de iure constituendo* e a montante do tema privilegiado) ..... 540

**Bibliografia** ..... **548**

**Adenda Documental** ..... **605**

**Indice** .....