

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

LISBON LAW REVIEW



ANO LXI

2020

NÚMERO 2

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Christian Baldus (Professor da Universidade de Heidelberg)
Dinah Shelton (Professora da Universidade de Georgetown)
Ingo Wolfgang Sarlet (Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Jean-Louis Halpérin (Professor da Escola Normal Superior de Paris)
José Luis Díez Ripollés (Professor da Universidade de Málaga)
José Luís García-Pita y Lastres (Professor da Universidade da Corunha)
Judith Martins-Costa (Ex-Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul)
Ken Pennington (Professor da Universidade Católica da América)
Marc Bungenberg (Professor da Universidade do Sarre)
Marco António Marques da Silva (Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)
Miodrag Jovanovic (Professor da Universidade de Belgrado)
Pedro Ortego Gil (Professor da Universidade de Santiago de Compostela)
Pierluigi Chiassoni (Professor da Universidade de Génova)

DIRETOR

M. Januário da Costa Gomes

COMISSÃO DE REDAÇÃO

Pedro Infante Mota
Catarina Monteiro Pires
Rui Tavares Lanceiro
Francisco Rodrigues Rocha

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Guilherme Grillo

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO
LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Março, 2021

-
- M. Januário da Costa Gomes**
9-12 Editorial

ESTUDOS DE ABERTURA

-
- Miguel Teixeira de Sousa**
15-52 A prova ilícita em processo civil: em busca das linhas orientadoras
The Exclusionary Rule in Civil Procedure: In Search of some Guidelines
-
- Pierluigi Chiassoni**
53-78 *Common Law Positivism Through Civil Law Eyes*

ESTUDOS DOUTRINAIS

-
- Alfredo Calderale**
81-119 *The Forest Law e The Charter of the Forest ai tempi di Enrico III Plantageneto*
The Charter of the Forest at the time of Henry III Plantagenet
-
- Aquilino Paulo Antunes**
121-153 Vacinas para a Covid-19: aspectos para reflexão
Vaccines against Covid-19: Issues to Consider
-
- Catarina Monteiro Pires | José Maria Cortes**
155-180 Breves notas sobre o contrato de concessão comercial angolano
Brief notes about the Angolan commercial concession contract
-
- Catarina Salgado**
181-203 Breves notas sobre a arbitragem em linha
Brief notes on online arbitration
-
- Diogo Costa Gonçalves | Diogo Tapada dos Santos**
205-230 Juros moratórios, indemnização e anatocismo potestativo
Moratory interest, compensation and compulsory capitalisation of interest
-
- Elsa Dias Oliveira**
231-255 A proteção de passageiros aéreos no âmbito de viagens organizadas
Air passengers protection in package travel arrangements
-
- Francisco José Abellán Contreras**
257-288 Los efectos de la enfiteusis en los reinos peninsulares durante la Baja Edad Media: reflexiones sobre los derechos y obligaciones de las partes contratantes
The effects of emphyteusis in the peninsular kingdoms during the Late Middle Ages: reflections on the rights and obligations of the contracting parties

- **Francisco Rodrigues Rocha**
289-316 Seguro desportivo. Cobertura de danos não patrimoniais?
Sports insurance. Non-financial losses cover?
- **Georges Martyn**
317-346 O juiz e as fontes formais do direito: de “servo” a “senhor”? A experiência belga (séculos XIX-XXI)
The judge and the formal sources of law: from “slave” to “master”? The belgian experience (19th-21th centuries)
- **Hugo Ramos Alves**
347-383 Breves notas sobre o penhor financeiro
Brief notes on the financial pledge
- **Ino Augsberg**
385-414 *Concepts of Legal Control and the Distribution of Knowledge in the Administrative Field*
- **João de Oliveira Geraldés**
415-446 Sobre a promessa pública
On Promises of Rewards
- **Miguel Patrício**
447-477 Análise Económica do Risco aplicada à Actividade Seguradora
Economic Analysis of Risk applied to the Insurance Activity
- **Miguel Angel Morales Payan**
479-506 La vigilancia del ‘estado honesto’ de la mujer por la justicia almeriense durante la crisis del Antiguo Régimen
Surveillance of ‘women’s honesty’ by Almeria justice during the crisis of the Ancien Regime
- **Nuno Ricardo Pica dos Santos**
507-550 O auxílio do colaborador de justiça em Portugal: uma visão jurídico-policial
The contribution of the collaborator of justice in Portugal: a legal-police approach
- **Pedro Infante Mota**
551-582 Migração económica, a última fronteira
Economic migration, the last frontier

- **Pedro Romano Martinez**
583-607 Diferentes vias de prossecução da justiça na aplicação do direito
Different ways to pursuit justice in the application of the Law
- **Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas Ataíde**
609-627 Empreitada de bens imóveis e relações de consumo
The consumer law on real estate contracts
- **Rui Pinto**
629-646 Oportunidade processual de interposição de apelação à luz do artigo 644.º CPC
The timing for filing an appeal under the art. 644 of Portuguese Civil Procedure Code
- **Rute Saraiva**
647-681 A interpretação no momento ambiental
Interpretation in the environmental moment

JURISPRUDÊNCIA CRÍTICA

- **Filipe Afonso Rocha**
685-707 Um balanço possível entre o poder dos conceitos e o preço do sistema – Comentário ao acórdão do TJUE, de 12 de outubro de 2017, Proc. C-218/16 (Kubicka)
A Possible Balance between the Power of Concepts and the Price of the System – Commentary on the ECJ Judgment of October 12, 2017, Case C-218/16 (Kubicka)
- **Rui Soares Pereira | João Gouveia de Caires**
709-728 Decisão de isolamento profilático como privação da liberdade passível de *habeas corpus*? – breve comentário ao acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11.11.2020
Prophylactic isolation decision as a deprivation of freedom admissible for habeas corpus? – brief comment on the judgment of the Lisbon Court of Appeals of 11.11.2020

VIDA CIENTÍFICA DA FACULDADE

- **Diogo Pereira Duarte**
731-737 Arguição da Tese de Doutoramento de Rui Alberto Figueiredo Soares sobre o tema “A exceção de não cumprimento e o direito de retenção no contrato de empreitada”
Intervention in the public examination of Rui Alberto Figueiredo Soares’ doctoral thesis on the subject: “exception of non-performance and right of lien in the Construction Contract”
- **Francisco Paes Marques**
739-742 Sérvulo Correia – Mestre da Escola de Lisboa de Direito Público
Sérvulo Correia – Master of the Lisbon Public Law School

- **Gonçalo Sampaio e Mello**
743-751 Em torno das Salas-Museu da Faculdade de Direito de Lisboa – “Sala Professor Marcello Caetano” e “Sala Professor Paulo Cunha”
On The Museum-Chambers of the Law School of the University of Lisbon – Professor Marcello Caetano and Professor Paulo Cunha Chambers

- **Rui Soares Pereira**
753-772 Arguição da Tese de Doutoramento apresentada por Felipe Teixeira Neto – *Responsabilidade objetiva e dano: uma hipótese de reconstrução sistemática*
Cross-examination of the PhD Thesis presented by Felipe Teixeira Neto – Strict liability and damage: a hypothesis of systematic reconstruction

LIVROS & ARTIGOS

- **Isabel Graes**
775-782 Recensão à obra *Inamovilidad, interinidad e inestabilidad*, de Pedro Ortego Gil
- **José Lamego**
783-784 Recensão à obra *Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers*, de Thomas Olechowski
- **Miguel Nogueira de Brito**
785-795 Recensão à obra *Ausnahmeverfassungsrecht*, de Anna-Bettina Kaiser

Diferentes vias de prossecução da justiça na aplicação do direito

Different ways to pursuit justice in the application of the Law

Pedro Romano Martinez*

Resumo: O texto encontra-se estruturado em quatro partes: I. O direito e a sua aplicação, II. Prossecução da justiça na aplicação do direito, III. Decisão segundo a equidade e IV. Justiça na solução do caso concreto, a que se seguem conclusões.

Sinteticamente, depois de reiterar que o direito é, simultaneamente, uma arte e uma ciência, que tem como pressuposto a sua aplicação, pois não é especulativo, e nessa necessidade de aplicação, o direito é comparável com a música, que tem de ser tocada.

O direito tem diferentes modos de tutela jurídica e a sua aplicação não se circunscreve aos tribunais. O direito, como ordem da vida, é aplicado no dia-a-dia, espontaneamente, por cada sujeito. O direito foi pensado para resolver os problemas das pessoas, os destinatários das normas.

Abstract: This text is divided in four parts: I. The Law and its application, II. Pursuit of justice in the application of the Law, III. Decision according to equity and IV. Justice in the solution to each case.

Briefly, after restating that the Law is, simultaneously, an art and a science, that has as premise its application, as it is not speculative, and in that need for application, the Law is comparable to music, that needs to be played.

The law has several ways of protection and its application is not limited to the courts. The Law, as discipline of the life, is applied in the daily life, spontaneously, by each person. The Law was designed to solve people's problems, being the people the subjects of the laws.

The Law pursuits justice. And to understand this purpose of the Law one must

* Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Académico correspondente da Academia das Ciências de Lisboa.

O presente estudo corresponde ao texto escrito da comunicação apresentada pelo autor na Academia das Ciências de Lisboa, no dia 9 de Janeiro de 2020.

Full Professor of the School of Law of the University of Lisbon and correspondent Academic of the Academy of Sciences of Lisbon.

The present article corresponds to the written text of the communication presented by the author in the Academy of Sciences of Lisbon, on the 9th of January of 2020.

O direito prossegue a justiça. E para se compreender esta finalidade do direito importa atender à justiça em Aristóteles (*A Política*). Sendo elementos concretizadores da justiça: a igualdade, a proporcionalidade, a imparcialidade e a segurança jurídica. A segurança jurídica complementa a justiça na aplicação do direito. Na prossecução da justiça, em determinadas circunstâncias, pode a decisão ser tomada segundo a equidade. Entende-se o juízo de equidade como um modo de aplicar o direito, porquanto se parte do pressuposto de que a equidade não é arbítrio nem decisão contra o direito. A equidade é uma decisão justa assente em critérios jurídicos, que pode eventualmente ser moldada em função de outros critérios, morais, económicos, etc.

Não raras vezes, a aplicação do direito, prossequindo a justiça, segue outras vias, como a tópica ou o activismo judicial. Mas se, por qualquer via, a aplicação do direito for *contra legem*, pondo em causa a segurança jurídica, não se prossegue a justiça. São mencionados vários exemplos em que os tribunais, decidindo segundo convicções pessoais do juiz, proferem decisões injustas.

Sem haver segurança e certeza na aplicação do direito não se prossegue a justiça.

Palavras chave: aplicação do direito, justiça, segurança jurídica.

address the justice in Aristoteles (*Politics*). The elements that concretize justice are: equality, proportionality, impartiality and legal certainty. Legal certainty is complementary to justice in the application of the Law.

In the pursuit of justice, under certain circumstances, the decision may be taken according to equity. Equity is understood as a way to apply the Law, as long as one assumes that equity is not arbitrariness nor a decision against the Law. Equity is a just decision based on legal criteria, that may eventually be moulded according to other criteria, such as moral, economical, etc.

Frequently, the application of the Law, pursuing justice, follows other routes, such as the legal topic or judicial activism. However, if, by any way, the application of the Law is *contra legem*, jeopardising legal certainty, justice is not achieved. Examples are mentioned where the courts, deciding according to personal convictions of the judge, have taken unjust decisions.

Without certainty and certainty in the application of the Law, justice is not pursued.

Keywords: application of the Law, justice, legal certainty.

Sumário: I. O direito e a sua aplicação; 1. Pressuposto do direito: a sua aplicação; 2. Direito como arte ou ciência; 3. Tutela jurídica; II. Prossecução da justiça na aplicação do direito; 1. Fundamentação da justiça; 2. Elementos concretizadores da justiça; III. Decisão segundo a equidade; IV. Justiça na solução do caso concreto; 1. Problema jurídico; 2. Activismo judicial; 3. Segurança jurídica na aplicação do direito; Conclusões.

I. O direito e a sua aplicação

1. Pressuposto do direito: a sua aplicação

O direito foi pensado para resolver problemas das pessoas, não de animais ou de coisas. Sem prejuízo de, por vezes, em legislação recente, surgirem soluções bizarras que parecem tutelar mais os animais do que as pessoas – *vd.* o caso dos danos patrimoniais e não patrimoniais, artigos 496.º e 493.º-A do CC¹ – está sempre em causa a tutela das pessoas, sendo que os sujeitos de direito são necessariamente pessoas (singulares ou colectivas). Indirectamente e por causa das pessoas, tutela-se o ambiente – e com ele, as árvores, os rios ou o ar que se respira –, assim como os animais. Mas, em qualquer caso, o direito tem em vista a resolução dos problemas decorrentes da vida das pessoas em sociedade.

Neste seu desiderato, o direito visa a solução de problemas práticos das pessoas; o direito não é especulativo, ainda que no seu estudo e ponderação de soluções haja que recorrer à imaginação. As decisões jurídicas pretendem ser pragmáticas, apesar de se poder especular, mormente no plano da política legislativa, diferentes soluções.

Nesta perspectiva, o direito implica a sua aplicação; existe para se aplicar, resolvendo os problemas concretos das pessoas.

2. Direito como arte ou ciência

Além de, com Ulpiano, se poder afirmar que o direito é uma arte que prossegue a justiça², sem a prossecução da justiça, haverá terrorismo, arbítrio, não se podendo concluir pela existência de direito. A designada «lei do mais forte» é a condenação do direito. Como dizia Santo Agostinho (*A Cidade de Deus*), sem justiça, os reinos são bandos de ladrões. Só há direito numa ordem jurídica que prossiga a justiça, aplicando-a.

Tal como o direito, a justiça não é especulativa; aplica-se, concretiza-se. Pese embora o conceito de justiça e as diferentes vias da sua realização possam ser problematizantes, a justiça que o direito prossegue tem em vista a resolução de casos concretos, de situações reais, sendo, por isso, também pragmática. Pragmática no

¹ Utilizam-se as seguintes abreviaturas de diplomas: CC – Código Civil; CCP – Código dos Contratos Públicos; CPC – Código de Processo Civil; CRP – Constituição da República Portuguesa; CT – Código do Trabalho; LCS – Lei do Contrato de Seguro.

² *Jus est ars boni et aequi*, em que Ulpiano acompanha a definição de Celso.

sentido de relevar a sua efectivação.

Daí que, mesmo quem considera que a justiça não é pragmática³, pois alheia-se de preocupações de eficiência, não a transforma numa discussão teórica. E a eficiência não é um critério a atender na aplicação da justiça. Em suma, quando se afirma que a justiça não é especulativa, pretende-se atender à sua efectivação, entendida como aplicação no caso concreto, ou seja, como via de dar resposta a um problema jurídico decorrente de uma situação real.

Nesta necessidade de aplicação, há uma similitude entre o direito e a música⁴. A 9.^a Sinfonia de Beethoven, escrita em pautas, só é música quando uma orquestra a toca. E uma sonata para piano, escrita em pautas, será música quando um pianista a toca. A música só se realiza quando é tocada e o direito realiza-se quando se aplica. O pianista dá vida à música da sonata para piano e essa realização depende de múltiplos factores (qualidade do piano, acústica da sala, público alvo, etc.). E a mesma música é interpretada de modo diferente pelo mesmo pianista em distintos dias ou salas, assim como por outros pianistas.

Também no direito a mesma norma jurídica comporta diferentes modos de aplicação em razão da interpretação, da maleabilidade de cláusulas gerais e conceitos indeterminados, e, principalmente, pela diversidade de casos a que a mesma regra se aplica.

Com efeito, a aplicação do direito comporta divergências, em grande medida assentes em critérios de decisão de problemas jurídicos. Como raciocínios de solução jurídica é usual atender-se a critérios normativos (como a justiça e a confiança) e não normativos (p. ex. a discricionariedade).

A ciência do direito recorre normalmente a critérios normativos na aplicação das regras jurídicas. A aplicação do direito assenta em raciocínios jurídicos, que podem ser infirmados por outros raciocínios, com diversa argumentação.

Daí as diferentes opiniões jurídicas, justificadas em argumentos jurídicos. Mas esta diversidade tem de assentar numa justificação fundamentada, por critérios jurídico-científicos (normativos) e não com base em razões subjectivas ou discricionárias.

³ SOARES MARTINEZ, *Filosofia do Direito*, 3.^a edição, Coimbra, 2003, pp. 289 e ss., depois de indicar que a justiça acaba por se confundir com o direito, e que aquela se mostra inseparável da igualdade, conclui que dificilmente se entenderá a justiça como pragmática. Contudo, nesta passagem (p. 292), o autor alude a uma justiça absoluta, pois considera que o direito não é insensível a preocupações pragmáticas.

⁴ Esta comparação, entre o direito e a música, surge com mais detalhe em PEDRO MÚRIAS, «Sobre algumas características do pensamento jurídico», *Exercícios de Introdução ao Estudo do Direito*, Lisboa, 2001, pp. 173 e ss.

3. Tutela jurídica

A aplicação do direito e da sua principal fonte – a lei – não se circunscreve aos tribunais; sem grande dificuldade poder-se-á até dizer que, por via de regra, o direito aplica-se fora dos tribunais.

Os tribunais não têm o monopólio da aplicação do direito; pelo contrário, são várias as instituições destinadas a aplicar o direito. Além de que as normas jurídicas, na maioria das vezes, são automática e quase inconscientemente aplicadas pelos respectivos destinatários. É a designada aplicação espontânea do direito; os destinatários das normas jurídicas aplicam-nas voluntariamente, sem necessidade de intervenção de um tribunal ou de qualquer outra instituição. Há inclusive normas de aplicação automática, *ipso iure*, como a caducidade, cuja solução do problema jurídico não depende nem da aceitação voluntária do efeito pelo destinatário nem da decisão de um tribunal.

Por outro lado, o direito é uma ordem da vida, não estando a sua aplicação restringida aos profissionais do direito. Como refere Oliveira Ascensão⁵, o Templo do Direito não é o Palácio da Justiça (*Domus Iustitiae*), mas a praça pública, onde os cidadãos livremente aplicam o direito.

Pese embora a aplicação espontânea do direito ser a regra, há que atender à solução preconizada na nossa ordem jurídica, assente na heterotutela. Porquanto a aplicação do direito por esta via, mormente pelos tribunais, ainda que não seja a usual, constitui o paradigma; daí que a aplicação do direito na praça pública tenha como modelo a que é feita na *Domus Iustitiae*.

O princípio geral da heterotutela na aplicação do direito consta nomeadamente do artigo 1.º do CPC. Incluindo-se nesta designada heterotutela judiciária o poder judicial, assente na organização judiciária. Refira-se ainda a aplicação do direito por via da heterotutela arbitral (institucional e *ad hoc*) e da heterotutela administrativa. A heterotutela, com ampla justificação histórica e fundamentação filosófica parte do pressuposto da independência e imparcialidade do decisor; independência e imparcialidade relativamente às partes e às razões económicas, políticas, sociais, etc. do litígio. A independência e imparcialidade do decisor poderão encontrar-se mitigadas no caso de heterotutela administrativa, na medida em que o operador jurídico possa decidir em função dos interesses da administração; não assim na heterotutela judicial ou arbitral em que a independência e imparcialidade constituem imperativos intransponíveis.

⁵ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito. Introdução e Teoria Geral*, 13.ª edição, Coimbra, 2005, pp. 599 ss.

No pólo oposto, a autotutela, também denominada justiça privada, permite que em dado diferendo um dos sujeitos aplique o direito sem o consentimento da contraparte nem a intervenção do poder judicial. A autotutela, ainda que residual, subsiste em vários institutos do Direito Civil, mas teve no passado um papel de grande relevo. De facto, na evolução histórica nota-se uma tendencial restrição da autotutela, até para fomentar a paz social. Mas, como referido, a autotutela subsiste em múltiplos institutos, podendo exemplificativamente enumerar-se os seguintes meios: Direito de resistência, Acção directa, Legítima defesa, Estado de necessidade, Direito de retenção, Excepção de não cumprimento, Tomada de posse da obra, Compensação, Execução extrajudicial de garantias reais, Relações de vizinhança ou Greve.

Pese embora a diversidade de vias, cabe atender, em especial, à situação paradigmática de aplicação do direito através da heterotutela judicial.

II. Prossecução da justiça na aplicação do direito

1. Fundamentação da justiça

Não cabe, nesta comunicação, discutir a fundamentação da justiça, nem a justiça da lei vigente, mas tão-só a aplicação do direito fundada na justiça. O fundamento da justiça justificaria outra intervenção e um intenso debate, remetendo-se para uma multiplicidade de estudos sobre a questão. Até porque a justiça está para além da lei, e, neste estudo, pretende-se analisar a aplicação do direito vigente, essencialmente plasmado na lei. A este propósito é interessante mencionar a evolução semântica do termo *ius*, nas palavras de São Tomás de Aquino (*Suma Teológica*): o termo *ius* usou-se originariamente para significar a coisa justa, depois para designar a arte por meio da qual se reconhece o que é justo, seguidamente para denominar o lugar onde o direito é declarado (*domus iustitiae*) e finalmente para indicar aquele que administra a justiça (juiz), mesmo quando essa decisão seja injusta⁶.

Ainda que neste estudo não se discuta o fundamento da justiça, não pode deixar de se fazer uma referência perfunctória ao sentido de justiça prosseguida pelo direito.

⁶ Com uma explicação mais detalhada, *vd.* FRANCISCO SUÁREZ, *De Legibus*, tradução Gonçalo Moita e Luís Cerqueira, Lisboa, 2004, pp. 193 e ss., indicando que *ius* deriva de *iubere* (mandar, ordenar), mas também de *iustitia*, daí que seja usado tanto como justo ou como ordem e, neste segundo sentido, é identificado com a lei. Além disso, de *ius* também derivou o acto do juiz, nos dois sentidos: como acto justo e de acordo com a lei.

O nosso sistema jurídico é essencialmente tributário da justiça aristotélica. Além da tradicional e reiterada distinção entre a justiça distributiva e a justiça comutativa, o filósofo acrescentava que a justiça é teleológica, pois tem um propósito, e a justiça é honorífica, virtuosa, na medida em que visa honrar e recompensar.

Sinteticamente, a justiça visa dar a cada um o que lhe é devido em função de um propósito. Parafraseando Ulpiano, a justiça seria o *ius suum cuique tribuere*⁷.

Noutro plano, Aristóteles (*Ética a Nicómaco*) distingue a justiça estrita e a equidade.

Na contraposição mais referida de Aristóteles, entre a justiça distributiva e comutativa, a primeira é por vezes relacionada com a *res publica*, mas também tem de ser atendida em relações privadas. Ainda assim, na aplicação do direito para dirimir conflitos tem particular relevo a justiça comutativa.

A justiça comutativa tem por base a designada justiça do contrato, assente em dois postulados: Autonomia privada (também designada, liberdade contratual); Mercado livre (com especial relevo para a análise económica).

São estes dois postulados da justiça comutativa (autonomia privada e liberdade de mercado) que justificam uma frequente clivagem entre a aplicação da lei e o paternalismo judicial. No fundo, o consentimento livre e a fixação de benefícios mútuos (não necessariamente económicos) redundará em diferendos cuja solução pode divergir entre a aplicação estrita do direito e a visão «paternalista», muitas vezes justificada na justiça do caso concreto.

Importa esclarecer que os considerandos subsequentes sobre a justiça e a sua aplicação assentam no pressuposto de nos inserirmos numa democracia em economia de mercado; noutro contexto político-económico algumas ponderações seriam eventualmente diversas.

2. Elementos concretizadores da justiça

O desenvolvimento da justiça aristotélica tem permitido identificar quatro princípios: Princípio da igualdade; Princípio da proporcionalidade; Princípio da imparcialidade; e Princípio da segurança jurídica. Sem desenvolvimento, importa aludir a estes quatro princípios em que se funda o direito.

O princípio da igualdade não carece de explanação, constituindo um postulado essencial da ordem jurídica, podendo, a título exemplificativo, aludir-se ao artigo

⁷ A indicação, quanto aos preceitos do direito, é mais extensa: *Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.*

13.º da CRP. Na aplicação do direito há que decidir tratando de igual modo o que é igual e diferentemente o que é desigual. Não se trata, contudo, de um princípio absoluto, havendo múltiplas desigualdades tuteladas pelo direito. De todo o modo, tendencialmente, a solução justa promove a igualdade.

O princípio da proporcionalidade pressupõe que a decisão do caso concreto assente em três directrizes: adequação da solução à realidade; não ir além do estritamente necessário; e equilíbrio. Na decisão do caso concreto, o operador jurídico terá de ponderar se a decisão tomada é adequada à factualidade subjacente. Por outro lado, não pode decidir quanto a questões desnecessárias, nomeadamente por supervenientemente inúteis. Por fim, o equilíbrio da solução tem de ser encontrado na globalidade do diferendo e das normas jurídicas aplicáveis.

O princípio da imparcialidade do julgador é especialmente relevante e enquadra-se na independência do aplicador do direito. Como referido, a imparcialidade e a independência do julgador não se aferem só em relação às partes, mas igualmente na necessidade de não decidir em função de convicções próprias (políticas, sociais, económicas, etc.).

Por último, o princípio da segurança jurídica é um pilar essencial da justiça; nas palavras de Santos Justo⁸, uma finalidade do direito. São múltiplos os exemplos legais de certeza na aplicação do direito. Exemplificando: Irrelevância do desconhecimento da lei (artigo 6.º do CC); Não retroactividade da lei (artigo 12.º do CC); Nulidade por inobservância de forma legal (artigo 220.º do CC); Caso julgado (artigo 619.º do CPC); Usucapião (artigo 1287.º do CC); ou Prescrição (artigo 309.º do CC). Os exemplos referidos não correspondem a modos de preterir a justiça, mas antes de a aplicar. Quando, por exemplo, se obsta à reabertura de um processo judicial, independentemente da injustiça da decisão tomada, por ter havido caso julgado, está a concretizar-se a justiça. De igual modo, quando se impede uma demanda judicial por ter decorrido o prazo de prescrição, é proferida uma decisão justa. Mesmo quando se afirma que a justiça representa um ideal de hierarquia superior⁹, não deixa de ser justa a decisão fundada na certeza jurídica; até porque, como indica Baptista Machado, «uma justiça puramente ideal, desacompanhada de segurança, seria vazia de eficácia e, por isso, não passaria de piedosa intenção»¹⁰.

A justiça tem por base a segurança jurídica: são valores que se complementam. Dito de outro modo, a justiça harmoniza-se com a segurança jurídica. Não há justiça sem segurança e certeza na aplicação do direito.

⁸ SANTOS JUSTO, *Introdução ao Estudo do Direito*, 9.ª edição, Coimbra, 2018, p. 73.

⁹ BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, 1983, p. 55.

¹⁰ BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito*, cit., p. 56.

E é a segurança jurídica que justifica diferentes e específicas concretizações da justiça; por exemplo, justiça social ou justiça fiscal. Assentam no parâmetro comum, mas com um desiderato distinto.

III. Decisão segundo a equidade

I. A decisão segundo a equidade não representa uma via alternativa, mas um modo específico de prossecução da justiça, assente numa tradição jurídica que remonta a Aristóteles (*Ética a Nicómaco*). Ainda que, com frequência, se associe a equidade a um critério de decisão diverso do estritamente legal¹¹, no fundo, é uma via de resolução de litígio, a que se pode recorrer em alternativa à aplicação do direito estrito; mas por ambas as vias se prossegue a justiça. A equidade, como via de resolução de um litígio distinta do recurso ao direito estrito, costuma ser identificada com a justiça, mas igualmente com a igualdade, a imparcialidade e a proporcionalidade; no fundo com a justiça do caso concreto.

Seguindo a equidade, o julgador profere uma decisão jurídica, que desde Aristóteles surge como a justiça do caso concreto, comparando o filósofo a equidade à régua lésbica (régua flexível da ilha de Lesbos) em contraposição com o direito estrito, equiparando este a uma régua rígida, que não abstrai das circunstâncias em que se aplica¹².

Como explicita Menezes Cordeiro¹³, a equidade é modelada pela história, pelo que o entendimento que dela se possa ter repousa na sua evolução, cujas bases se encontram no direito romano com elementos gregos. Na sua base romana, a equidade encontrava-se ligada à expressão *bonum et aequum*, como margem para calcular a condenação, tendo por base a virtude da deusa *Aequitas*.

Além da base greco-romana, para o sentido de equidade ter-se-á de atender ao contributo cristão, mormente de S. Tomás de Aquino (*Suma Teológica*), que, partindo do entendimento aristotélico, admite que a aplicação da lei a todos os casos pode ir contra a equidade e o bem comum, concluindo que a equidade permite que não se aplique a lei ao caso concreto, podendo a decisão ser *praeter*

¹¹ Assim, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Manual de Introdução ao Direito*, Vol. I, Coimbra, 2017, p. 127, afirma: «A equidade é um modo jurídico de resolver litígios suscitados na vida real – mas um modo alternativo ao da aplicação do direito estrito».

¹² Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito*, cit., p. 246.

¹³ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, I, *Introdução, Fontes do Direito, Interpretação da lei, Aplicação das leis no tempo, Doutrina geral*, 4.^a edição, Coimbra, 2012, pp. 591 e s.

legem ou *contra legem*¹⁴. Como Cícero (*De Officiis*) referia, através do direito (*ius strictum*) podem cometer-se injustiças, *summum ius summa iniuria*.

Paulo Otero¹⁵ explica que esta perspectiva da equidade se altera com o positivismo legalista oitocentista, em que a equidade *contra legem* ou mesmo *praeter legem* contrastaria com a onipotência da lei, invertendo-se a tradição histórica sobre o sentido e a função da equidade. O mesmo autor alude ao retorno da equidade, essencialmente no séc. XX e, em especial, na sequência da segunda grande guerra, com o apelo a uma ordem de valores suprapositiva.

Desta evolução e contraposições resultaram três acepções: *aequitas*, como bitola crítica do direito; *aequitas*, como interpretação do direito; *aequitas*, como decisão diferente do direito¹⁶. Destas acepções derivam as noções forte e fraca de equidade; no primeiro caso, prescindindo da aplicação do direito estrito como via de resolução do problema, justiça do caso concreto; no segundo caso, partindo do direito positivo, como modo de corrigir injustiças da rígida aplicação das normas ou por falta de solução legal concreta¹⁷. Em qualquer das acepções de equidade mencionadas, estar-se-á perante a relação da equidade com o direito¹⁸.

II. O Código Civil tem mais de vinte referências à equidade. Além da regra fundamental constante do artigo 4.º, que, apesar de enunciada neste diploma, prescreve o regime geral de direito quanto à possibilidade de os tribunais decidirem segundo a equidade, há várias previsões legais. Refira-se, a título de exemplo, os artigos 72.º, n.º 2, 283.º, n.º 1, 339.º, n.º 2, 400.º, n.º 1, 437.º, n.º 1, 494.º,

¹⁴ PAULO OTERO, “Equidade e Arbitragem Administrativa”, *Centenário do Nascimento do Professor Paulo Cunha. Estudos em Homenagem*, 2012, p. 830.

¹⁵ “Equidade e Arbitragem Administrativa”, cit., pp. 832 e ss.

¹⁶ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, I, cit., p. 593.

¹⁷ Sobre a equidade como critério de decisão de litígios, veja-se DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Manual de Introdução ao Direito*, cit., pp. 126 e ss.; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito*, cit., pp. 245 e ss.; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “A Decisão segundo a Equidade”, *O Direito*, ano 122, 1990, II, pp. 261 e ss., e *Tratado de Direito Civil*, I, cit., pp. 590 e ss.; JOSÉ ALLEN DE SOUSA MACHADO FONTES, “Súmula de uma Leitura do Conceito de Justiça no Livro V da Ética Nicomaqueia de Aristóteles”, *Ab Uno Ad Omnes, 75 Anos da Coimbra Editora*, 1998, pp. 172 e ss.; MANUEL CARNEIRO DA FRADA, «A equidade (ou a justiça com coração)», *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 72, I, 2012, pp. 109 e ss.; PAULO OTERO, “Equidade e Arbitragem Administrativa”, cit., pp. 830 e ss.

¹⁸ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, I, cit., p. 599.

Num sentido mais amplo, PAULO OTERO, “Equidade e Arbitragem Administrativa”, cit., p. 836, alude a seis sentidos de equidade: i) para *dulcificar* a lei; ii) para resolução de casos concretos; iii) para flexibilizar a aplicação da norma; iv) para interpretar e aplicar a norma; v) para integrar lacunas do ordenamento jurídico; vi) com o propósito correctivo da lei.

496.º, n.º 3, 566.º, n.º 3, 812.º, n.º 1, 883.º, n.º 1, 992.º, n.º 3, 993.º, n.º 1, 1158.º, n.º 2, 1215.º, n.º 2, e 1407.º, n.º 2, todos do CC. Nestes casos remete-se para a equidade porquanto a solução do caso concreto pode ser difícil de encontrar com base unicamente em critérios legais. Pode afirmar-se que, genericamente, nos preceitos indicados, a remissão da lei para a equidade é um meio de obviar à dificuldade de regular em abstracto certo tipo de situações. Surgem ainda casos em que se remete para a equidade como modo de repartição justa, *v. g.*, artigo 462.º do CC, ou para obviar a uma injustiça (artigo 489.º, n.º 1, do CC).

Além da referência à equidade no Código Civil, é determinante a previsão constante da Constituição de o Tribunal Constitucional decidir segundo a equidade, no artigo 282.º, n.º 4, da CRP. Também a alteração das circunstâncias, nos termos do artigo 314.º do CCP pode permitir a reposição do equilíbrio financeiro (n.º 1) ou uma compensação financeira, segundo juízos de equidade (n.º 2). O elenco apresentado de normas com menção à equidade é obviamente exemplificativo, mas pode concluir-se que as várias remissões legais para a equidade correspondem à ideia tradicional de uma justiça do caso concreto.

Ainda que a equidade possibilite uma decisão com base em critérios jurídicos, morais, económicos, etc., não permite que seja tomada uma decisão arbitrária ou contra o direito. Em primeiro lugar, está banido o arbítrio, porquanto mesmo uma decisão fundada na equidade tem de ser justificada à luz dos critérios aplicáveis a essa decisão. Acresce que, ao decidir-se segundo a equidade, o julgador tem de ponderar os princípios jurídicos e as normas legais aplicáveis ao caso, mesmo quando a decisão *ex aequo et bono* seja diversa da que se obteria pela aplicação do direito estrito.

A decisão segundo a equidade, independentemente da concepção seguida de *aequitas*, é sempre tomada à luz do direito e da justiça que lhe subjaz. A equidade não é um campo aberto, de ausência de critério e de arbitrariedade. Com efeito, ela é, desde logo, delimitada por critérios de justiça material e pelas ideias de rectidão e imparcialidade. Como é usual referir-se no direito anglo-saxónico, apesar de *equity* não corresponder exactamente ao conceito de «equidade»: *equity follows the law*.

A equidade diverge da justiça salomónica, a que a lei também, por vezes, recorre, p. ex. artigos 497.º, 506.º ou 516.º do CC, a propósito da repartição da responsabilidade ou de obrigações plurais.

III. Além do recurso à equidade em caso de heterotutela judicial, também no âmbito da arbitragem há várias normas que a convocam¹⁹.

¹⁹ Quanto à equidade na jurisprudência arbitral, *vd.*, por exemplo, acórdão arbitral proferido por Barbosa de Melo, Carlos Lima e José Vaz Serra de Moura de 22 de Agosto de 1988, *O Direito*, ano

Na (revogada) Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto (Lei da Arbitragem Voluntária) mereciam destaque os artigos 22.º e 29.º, n.º 2. O primeiro preceito estabelecia que «os árbitros julgam segundo o direito constituído, a menos que as partes (...) os autorizem a julgar segundo a equidade», de modo similar ao citado artigo 4.º do CC. O segundo prescrevia que «a autorização dada aos árbitros para julgarem segundo a equidade envolve a renúncia aos recursos». Na nova Lei de Arbitragem Voluntária (aprovada pela Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro) prescreve-se no artigo 39.º, n.º 3, que, sendo confiada ao tribunal arbitral a missão de julgar segundo a equidade, pode o litígio ser composto na base do equilíbrio dos interesses em jogo.

IV. O processo de decisão segundo a equidade tende a ser diferente do processo de decisão segundo o direito estrito. Tendencialmente, a solução do caso segundo o direito estrito é rígida, enquanto, por recurso à equidade, pode modular-se a decisão atendendo aos interesses em confronto. Esta distinção esbate-se atendendo ao facto de o direito estrito remeter amiúde para conceitos indeterminados e recorrer a princípios.

Ainda assim, a equidade é uma via de decisão potencialmente aberta a distintos critérios, não só jurídicos, como morais, económicos, etc., enquanto a aplicação do direito estrito recorre quase em exclusivo a critérios técnico-jurídicos.

O recurso à equidade como modo de julgamento de litígios suscita tradicionalmente algumas dificuldades no que toca à possibilidade de um tribunal (seja judicial ou arbitral) afastar a aplicação do direito constituído ao caso concreto, existindo correntes de opinião divergentes sobre a extensão de tal possibilidade.

Tendo as partes convencionado o recurso à equidade, o tribunal não terá, pois, no caso concreto, de decidir de acordo com critérios estritos de legalidade (*ex iure stricto*), mas de acordo com a equidade (*ex aequo et bono*).

Podendo o litígio ser dirimido *ex aequo et bono* e a decisão fundada na *aequitas*, isto é, na consciência do que é justo e adequado ao caso concreto, cabe, então, proceder à densificação do critério de equidade, que suscita posições divergentes.

121, 1989, III, pp. 591 e ss. (pp. 599 e ss.); acórdão arbitral proferido por Fausto de Quadros, Ruy de Albuquerque e Almeida Costa, de 31 de Março de 1993, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 55, I, 1995, pp. 123 e ss.; acórdão arbitral proferido por Freitas do Amaral, Fausto de Quadros e Vieira de Andrade, in *Aspectos Jurídicos da Empreitada de Obras Públicas*, Coimbra, 2002, pp. 33 e ss. O acórdão de 31 de Março de 1993 foi apreciado em várias anotações: anotação de MENEZES CORDEIRO, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 55, I, 1995, pp. 151 e ss.; anotação de RITA AMARAL CABRAL, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 55, I, 1995, pp. 194 e ss.

Com efeito, o julgamento de acordo com a equidade pode, em termos conceptuais, ser entendido num sentido *amplo* ou *forte* – em que se sustenta que é possível ignorar as normas jurídicas, mesmo as imperativas, corrigindo-as quando implicarem uma solução iníqua, respeitando contudo a ordem pública nacional e transnacional –, um segundo sentido, *restrito* ou *fraco* – segundo o qual o recurso à equidade não pode ignorar o direito positivo, devendo a decisão ser proferida à luz das directrizes jurídicas estabelecidas pelas normas jurídicas positivas, embora o julgador possa atenuar a aplicação estrita destas para evitar injustiças –; e ainda um sentido *intermédio* – segundo o qual a equidade postula que o julgador deve aplicar as normas jurídicas pertinentes, podendo, contudo, não aplicar aquelas que tenham um conteúdo meramente formal ou de mera segurança jurídica e ainda as normas cuja aplicação no caso concreto possa conduzir a resultados injustos²⁰. A este propósito, Antunes Varela²¹ sustenta que «a nota verdadeiramente típica ou característica da equidade é a da sua referência valorativa, não à situação geral, abstracta ou ideal, que serve de leito factual à estatuição normativa, mas sim à situação concreta, ao caso real, à ocorrência histórica, que constitui o objecto do litígio».

Seja como for, independentemente da posição que se adopte sobre os concretos limites do julgamento de harmonia com a equidade, é inquestionável que o recurso a esta figura não permite uma decisão de acordo com o livre arbítrio. A equidade não é um campo aberto, de ausência de critério jurídico e de arbitrariedade. Com efeito, ela é, desde logo, delimitada por critérios de justiça material e pelas ideias de rectidão e imparcialidade. Por outro lado, não se pode também perder de vista que qualquer processo que visa dirimir um litígio está enquadrado por uma determinada ordem jurídica (admitamos, *in casu*, que seja a ordem jurídica portuguesa), a qual é evidentemente dotada de um conjunto de princípios, valores e normas que caracterizam a sua essência – e traduzem um estágio de desenvolvimento social e cultural da respectiva comunidade –, os quais não podem de modo algum ser ignorados pelo tribunal.

Deste modo, podendo um tribunal, ao decidir segundo a equidade, apreciar com larga margem de liberdade os argumentos jurídicos e factuais com relevância objectiva para o mérito das questões litigiosas, socorrer-se-á, para fundar a sua decisão, do regime jurídico de certos institutos que, na ordem jurídica portuguesa, estejam mais próximos do caso concreto, devendo atender aos princípios gerais de

²⁰ Cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, I, cit., p. 593 e pp. 598 e ss.

²¹ ANTUNES VARELA, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 126.º ano, 1993-1994, n.º 3831, pp. 181-182, nota.

direito e a valores fundamentais da ordem jurídica, sem prejuízo, contudo, de se ter sempre presente que o objectivo último – e, nessa medida, o primeiro – da sua decisão final será a procura da concreta solução que seja mais equitativa, isto é, mais justa para o caso submetido a juízo.

Sintetizando, dependendo das circunstâncias, o recurso à equidade faculta ao julgador uma apreciação do caso concreto desprendida da estrita aplicação das regras positivas. O juízo *ex aequo et bono* pressupõe um modo de aplicação do direito, tendo por base os seus institutos e normas jurídicas, atenuando a rigidez de aspectos formais e preenchendo lacunas decorrentes da dificuldade de aplicação estrita de soluções de direito positivo. Em suma, proferindo uma decisão justa no caso concreto, que corresponda à concretização do direito ainda que não se identifique plenamente com a solução legal.

IV. Justiça na solução do caso concreto

1. Problema jurídico

Na aplicação do direito e na inerente busca da justiça, não podendo o julgador recorrer à equidade – como é a regra –, surgem amiúde vias alternativas de justificar uma decisão sem base legal. Salvo nas situações previstas no artigo 4.º do CC, o julgador decide *ex iure stricto*, mas por vezes, sem para tal se encontrar habilitado, surgem decisões criativas²². Pese embora as alternativas neste âmbito serem múltiplas, far-se-á alusão a três vias: uma metodológica, a segunda por recurso a princípios jurídicos e a terceira intervencionista e pragmática. Não raras vezes, estas três vias entrecruzam-se e completam-se com o mesmo desiderato: a busca de uma justiça para o caso concreto, não obstante, *in casu*, estar vedado o recurso à equidade.

A via metodológica determina a procura da justiça do caso concreto por uma inversão no método aplicativo do direito. Em vez da lógica dedutiva, que caracteriza

²² Alude-se a «decisões criativas» em sentido diverso do utilizado por MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, I, cit., pp. 495 ss., quando o autor se refere à criatividade da decisão. A criatividade referida pelo tratadista é no quadro legal, atenta a complexidade do processo decisor; no fundo, explicando que a solução jurídica não surge automaticamente, pois é uma decisão humana em que o operador recorre a múltiplos elementos. E o autor conclui que a decisão pressupõe uma dogmática própria, da ciência do direito. De igual modo, quando MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, I, cit., pp. 769 ss., expõe a interpretação criativa também não é no sentido do texto, pois para o autor a interpretação criativa do direito não se confunde com a livre criação do direito (p. 769), porquanto aquela, recorrendo ao método jurídico de interpretação e integração, atende a situações de aplicação complexa do direito, como no caso de conceitos indeterminados.

a subsunção, parte-se do facto e da sua solução para a regra e a consequente justificação. Esta inversão metodológica é bem representada pela tópica jurídica (Vieweg, *Topik und Jurisprudenz*)²³, ainda que esta corresponda a noções variáveis. Através da tópica jurídica o operador do direito encontra a solução do caso concreto antes da correspondente fundamentação, que será depois modelada em função do resultado pretendido. A tópica jurídica pode ter duas vertentes: quanto à matéria de facto e quanto à matéria de direito.

A tópica, na modalidade em que a apreciação da prova (matéria de facto) é condicionada pelo julgador à decisão pré-definida, distingue-se da livre apreciação da prova que Pinto Duarte²⁴ designa por «convicção-crença» do julgador, pois esta assenta em juízos objectivos de probabilidade. Para Teixeira de Sousa²⁵, ainda que a tópica jurídica, em qualquer das suas vertentes, não corresponda à solução usual, não considera preocupante que a decisão preceda a justificação, que é encontrada depois, mas rejeita liminarmente que o decisor apure os factos e extraia a regra em função da vontade de proferir uma certa decisão.

Quanto à segunda vertente, não é incomum fazer uma listagem, por vezes extensa, de princípios fundamentais da ordem jurídica que se sobrepõem às regras jurídicas²⁶. Estarão em causa princípios gerais de direito, também designados princípios fundamentais de direito. Baptista Machado alude a princípios jurídicos «transcendentes às decisões positivadoras do legislador (...) que representam postulações eliciadas da própria ideia de Direito»²⁷. Explicita o autor que estes princípios «vinculam o próprio legislador constituinte, como a gramática vincula o uso da linguagem», pois pretende-se que as normas «sejam justas e válidas por fundadas em princípios regulativos superiores». «Consequentemente, são princípios que não podem ser derogados sem perversão da própria ordem jurídica (...) por outro lado, são princípios universais de direito, por imporem as suas exigências a todo e qualquer ordenamento jurídico»²⁸. Como princípios fundamentais de

²³ A tópica encontra antecedentes clássicos na *Retórica* de Aristóteles e na *Tópica* de Cícero, ainda que entendida como dialéctica de pontos de referência.

²⁴ RUI PINTO DUARTE, «Algumas notas acerca do papel da “convicção-crença” nas decisões judiciais», *Themis*, IV, n.º 6, 2003, p. 14.

²⁵ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, Coimbra, 2012, pp. 448 e s.

²⁶ Sobre a potencial incompatibilidade entre princípios e regras jurídicas, *vd.* MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *Introdução ao Estudo do Direito*, 2.ª edição, Lisboa, 2018, pp. 334 e ss. O autor (*ob. cit.*, p. 252), apesar de considerar questionável a argumentação com base em princípios, presente na *analogia iuris*, acaba por concluir que há uma tendência generalizada para positivar os princípios, nomeadamente na Constituição.

²⁷ BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito*, *cit.*, pp. 163 s.

²⁸ BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito*, *cit.*, p. 164.

direito, o autor citado indica: o princípio democrático e princípios expressos na Declaração Universal dos Direitos do Homem. Acrescenta ainda princípios gerais do ordenamento português que se podem induzir de uma pluralidade de normas dispersas pelos textos legais. Na mesma senda, Santos Justo, indica princípios constantes da Constituição, como a dignidade da pessoa humana, a igualdade perante a lei e o princípio *nullum crimen sine lege*²⁹. E segundo este autor, apesar de o Código Civil, diferentemente de outros congéneres, não lhes ter feito referência, não deixou de os consagrar, podendo exemplificativamente indicar-se: a não retroactividade da lei, a liberdade contratual, a responsabilidade civil por culpa e a proibição de enriquecimento sem causa³⁰. Por seu turno, Oliveira Ascensão refere que os princípios gerais, como o da boa fé, emancipam-se das fontes que os indicam, sendo, assim, decisivo o papel da jurisprudência³¹. Mas esclarece este autor que os princípios não podem corresponder «à expressão de necessidades sociais» e os «princípios não são normas, são orientações de carácter mais flexível»³².

Sem descurar a relevância dos princípios e o facto de a ordem jurídica ser formada por princípios fundamentais³³, a dificuldade inerente a esta via de aplicação do direito encontra-se na incerteza e flutuação da incompatibilidade entre dada regra jurídica e um princípio fundamental. Dito de outro modo, ao admitir-se a não aplicação de uma lei por se entender que a mesma contraria um princípio jurídico está-se a conferir valor à interpretação ab-rogante, concretamente à ab-rogação teleológica, cuja admissibilidade não parece aceitável na nossa ordem jurídica³⁴. Além de que a invocação de um princípio como modo de justificar a

²⁹ SANTOS JUSTO, *Introdução ao Estudo do Direito*, cit., pp. 225 ss. e pp. 227 s.

³⁰ SANTOS JUSTO, *Introdução ao Estudo do Direito*, cit., pp. 228 s. 446.

³¹ OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito*, cit., p. 418.

³² OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito*, cit., pp. 419 e s.

³³ Nomeadamente na jurisprudência dos valores, cf, KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, 3.ª edição, Lisboa, 1997, pp. 163 e ss.

³⁴ A chamada «correção do direito incorrecto», nas palavras de KARL ENGISH, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 6.ª edição, Lisboa, 1988, p. 310, pode resultar de contradições de técnica legislativa, de contradições normativas, de contradições valorativas, de contradições teleológicas e de contradições de princípios (ob. cit., pp. 311 a 321). Sem prejuízo da interpretação conforme à Constituição, que pode corrigir regras, ENGISH (p. 328) conclui: «O direito há-de permanecer o direito», mesmo quando se mostre desajustado ao caso concreto. O juiz não pode pretender corrigir o legislador. Ele está vinculado à lei». E continua (p. 329), «a rectificação de lapsos de redacção (...) cabe qualificar ainda como “interpretação”, mas a decisão *contra legem* está para além da interpretação. O autor (ob. cit., pp. 334 e ss.), recusando «lançar o direito contra a lei» admite excepcionalmente uma «espécie de rectificação da lei», parafraseando Radbruch e invocando o caso de leis do nacional-socialismo, no caso de «contradição da lei positiva com a justiça atinja um grau tal e seja de tal maneira insuportável que a lei, como “Direito injusto”, tenha de ceder o passo à justiça».

não aplicação de uma regra jurídica pode contrariar o disposto no artigo 203.º da CRP, em especial na lapidar formulação do n.º 2 do artigo 8.º do CC: «O dever de obediência à lei não pode ser afastado sob pretexto de ser injusto ou imoral o conteúdo do preceito legislativo».

Resta atender ao activismo judicial, que, não raras vezes, na sua perspectiva intervencionista e pragmática na aplicação do direito, conjuga igualmente a inversão metodológica da tópica com a prevalência dos princípios jurídicos sobre as normas. Como o designado activismo judicial costuma conglomerar todas estas vias criativas de aplicação do direito, autonomiza-se a sua análise no ponto seguinte.

2. Activismo judicial

I. Nem sempre as normas jurídicas e as cláusulas contratuais, principalmente num período de crise económica, prescrevem soluções favoráveis a uma das partes, dita desfavorecida. Até porque as normas jurídicas não têm por escopo a tutela de uma das partes, justificando-se primordialmente para assegurarem o equilíbrio na relação jurídica. E esse equilíbrio, ainda que, nalguns casos, se evidencie tutelando uma das partes (consumidor ou trabalhador), também se obtém pela tutela do comércio e da prossecução da actividade empresarial. No fundo, na promoção da justiça social e do equilíbrio na relação jurídica tem de se atender a todos os intervenientes, porquanto a solução justa para um pode ter implicações iníquas para a contraparte e para a comunidade em geral.

A segurança jurídica é posta em causa sempre que, contrariando a disposição legal aplicável, num activismo jurídico muito em voga, se pretenda encontrar uma solução jurídica mais favorável a uma das partes. A decisão do caso concreto atendendo a uma justiça particular segundo a consciência do julgador, contrariando o sentido da norma, é especialmente preocupante por violar a segurança jurídica atento o facto de existir uma regra de «dupla conforme», que potencia uma diferente jurisprudência em cada Tribunal da Relação.

Com efeito, o activismo jurídico, na prossecução de um ideal subjectivo de justiça, põe em causa um dos vectores fundamentais do sistema jurídico, a segurança jurídica³⁵.

Entende-se por activismo jurídico a tendência, relativamente embrionária na judicatura portuguesa, de afastar a regra legal aplicável, decidindo *contra legem* (eventualmente, *praeter legem*), com base em princípios que correspondem a tendências jurídico-políticas; no fundo, aplicando o direito assente na consciência do julgador

³⁵ Como indica BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito*, cit., p. 312, o ideal de justiça, baseado em sentimentos e opiniões não pode legitimar uma decisão.

e tendo em vista a justiça do caso concreto, que se pode denominar como «jurisprudência do coração». Além do *favor laboratoris*, frequente na jurisdição laboral³⁶, podem ainda indicar-se dois exemplos: conferir à parte débil o «direito à mentira», nomeadamente no que respeita a deveres de informação a cargo do trabalhador ou do consumidor³⁷, e impor deveres a um sujeito quando a lei determina que impendem sobre outrem³⁸.

A justiça do caso concreto, num acentuado paternalismo jurídico, em detrimento da segurança jurídica, conduz a soluções iníquas. Como decorre do Estatuto dos Magistrados Judiciais, «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» (artigo 3.º, n.º 1), acrescentando-se que «Os magistrados judiciais julgam apenas segundo a Constituição e a lei (...)» (artigo 4.º, n.º 1) e que «O dever de obediência à lei compreende o de respeitar os juízos de valor legais» (artigo 4.º, n.º 2). E independentemente de a decisão do caso ser tomada por magistrado judicial, há que julgar segundo a lei. Não no sentido de o julgador ser meramente «a boca da lei» – numa visão positivista, ultrapassada³⁹ –, mas de julgar segundo o direito, não podendo interpretar a lei e aplicar o direito recorrendo a critérios diversos dos estabelecidos; no fundo, aplicar o direito com base em argumentos extrajurídicos.

A invocação de princípios – como o *favor laboratoris* ou a dignidade da pessoa humana – tendo em vista não aplicar a solução legal contraria a ciência do direito. De facto, o activismo jurídico que procura a decisão mais adequada ao trabalhador, ao consumidor (em suma, ao desprotegido socialmente) assenta numa fusão entre direito e moral contrária à ciência do direito. Recorde-se que no plano hermenêutico deu-se uma evolução científica na via de o subjectivismo ser afastado pela interpretação no sentido objectivo⁴⁰.

³⁶ Cf. do autor, *Direito do Trabalho*, 9.ª edição, Coimbra, 2019, pp. 224 e ss.

³⁷ JOSÉ JOÃO ABRANTES, *Direitos Fundamentais da Pessoa Humana no Trabalho. Em especial a reserva da intimidade da vida privada (Algumas questões)*, Coimbra, 2014, p. 31, respondendo à pergunta «Tem o trabalhador direito à mentira?» afirma «Julgamos que não», mas acrescenta: «Cremos que, mais apropriado do que falar de um direito à mentira, será considerar estarmos perante um “direito a manter reservada a sua intimidade” (...)». ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, II, Situações Laborais Individuais, 6.ª edição, Coimbra, 2016, pp. 159 e s., depois de considerar lícito que a trabalhadora negue o seu estado de gravidez, admite abertamente o «direito à mentira», afirmando: «Em suma, numa situação deste tipo ou em situações análogas, o trabalhador terá o direito de mentir».

³⁸ *Vd. infra* o acórdão citado na nota 43.

³⁹ TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, cit., pp. 330 s., alude a algumas manifestações de positivismo, desde Justiniano a Napoleão, tendo em vista impedir ou limitar a interpretação jurídica.

⁴⁰ Na dogmática jurídica é possível identificar duas orientações distintas quanto à interpretação dos negócios jurídicos que marcam a evolução histórica dos ordenamentos (cf. RUI PINTO DUARTE, *A*

II. O activismo judicial melhor se compreende com a exemplificação de algumas decisões judiciais, sem prejuízo de aludir igualmente a tendências gerais e ao seu impacto económico-social.

Com a referência a casos concretos, a título exemplificativo, não se pretende questionar a decisão tomada; trata-se inclusive de caso julgado. Contudo, cabe alertar para a deficiente fundamentação, porquanto, nos casos apresentados, são invocadas convicções pessoais do julgador para justificar a decisão tomada. Num primeiro grupo de casos indica-se jurisprudência em que a decisão é ditada pela consciência particular do julgador.

No Acórdão da Relação do Porto de 10 de Julho de 2013⁴¹ considerou-se que o consumo de álcool era irrelevante, pois, na convicção do julgador, servia para

Interpretação dos Contratos, Coimbra, 2016, pp. 10 e ss., com referências a diferentes ordens jurídicas). Ambas as orientações assinalam a prevalência de um de dois princípios materiais fundamentais do sistema: o da *autonomia privada*; e o da *tutela da confiança*. Uma primeira orientação, dita *subjectivista*, coloca a tónica na vontade do declarante: o sentido juridicamente relevante da declaração negocial seria aquele que o declarante lhe quisesse ter atribuído. O subjectivismo é a posição dominante no séc. XIX. O dogma da vontade, moldado por Savigny e perpetuado na pandectística, favoreceu esta orientação. No início do séc. XX, em Portugal, é ainda o subjectivo o critério seguido pelos autores na interpretação dos negócios jurídicos. Contudo, nem mesmo nos autores do séc. XIX alemão, o subjectivismo foi absoluto. Paulatinamente, à medida que se ia adiantando o séc. XX, foi crescendo assim a preocupação com a *tutela da confiança* do declaratório que não se podia ver confrontado com uma vontade negocial alheia àquela com que razoavelmente podia esperar, atendendo à declaração. Nesta evolução, foi especialmente importante a obra de LARENZ, *O método da interpretação do negócio jurídico*, publicada em 1930. E hoje a doutrina é maioritariamente objectivista.

⁴¹ Acórdão da Relação do Porto de 10 de Julho de 2013 (relator Desembargador Eduardo Petersen Silva), Proc. n.º 313/12.9TTTOAZ.P1, disponível em www.dgsi.pt. Importa transcrever algumas passagens (esclarecedoras) do aresto, que entendeu não haver motivo de despedimento num caso em que o trabalhador estava a executar a sua actividade (recolha de lixo) com 2,3 g/l de álcool no sangue: «Como não existe na empresa nenhuma norma que proíba o consumo de álcool em serviço (...)» aconselham a empresa a «que emita uma norma interna fixando o limite de álcool em 0,50 gramas por litro (...) para evitar que os trabalhadores se despeçam todos em caso de tolerância zero». Questiona seguidamente se existirá tal norma: «É do bom senso que resulta a norma que proíbe o consumo de álcool, ou o estar alcooolizado? O bom senso não é fonte de direito, antes fosse. E no caso do consumo de álcool e da execução da prestação laboral, digamos que o bom senso tem mil e mais facetas: – depende do tipo de prestação laboral e do tipo (quantidade e consequências da quantidade) de consumo. Vamos dizer que, e sem qualquer carácter pejorativo, não resulta do bom senso que um “almeida”, um “homem do lixo”, não possa beber uma cerveja ao almoço, e ir trabalhar a seguir. Ou não possa, consoante as suas funções concretas, beber bastante mais ao almoço» E continua: «Vamos convir que o trabalho não é agradável (...)». «Note-se que, com álcool, o trabalhador pode esquecer as agruras da vida e empenhar-se muito mais a lançar frigoríficos sobre camiões, e por isso, na alegria da imensa diversidade da vida, o público servido até pode achar que aquele trabalhador alegre é muito produtivo e um excelente e rápido removedor de electrodomésticos».

esquecer as agruras da vida, dando alegria no trabalho. Será, por certo, esse o entendimento do decisor, mas não poderia servir como fundamentação de uma decisão jurídica.

De igual modo, no Acórdão da Relação do Porto de 11 de Outubro de 2017⁴², o julgador fundou a decisão em concepções religiosas, nomeadamente na perspectiva bíblica do adultério e em considerações históricas, consagradas no Código Penal de 1886. Sem questionar a solução, que confirmou a pena fixada no tribunal recorrido, não cabe ao juiz expressar na decisão judicial convicções pessoais de natureza política, ideológica ou religiosa, em especial quando as mesmas servem para fundamentar a decisão.

Num outro plano, surgem decisões em que o magistrado, atenta a sua concepção pessoal sobre determinado aspecto, recusa a solução decorrente da regra jurídica aplicável, decidindo de acordo com a sua convicção.

No Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de Dezembro de 2013⁴³, estando em causa um seguro de grupo, contrariando o que decorre do regime legal,

⁴² Acórdão da Relação do Porto de 11/10/2017 (relator Desembargador Neto Moura), Processo n.º 355/15.2 GAFLG.P1, que deixou de constar da página da dgsi, mas se encontra disponível na internet. Lê-se no citado aresto, a propósito de uma agressão a uma mulher adúltera por parte do marido, “o adultério da mulher é um gravíssimo atentado à honra e dignidade do homem”, e há sociedades “em que a mulher adúltera é alvo de lapidação até à morte”, daí que “na Bíblia podemos ler que a mulher adúltera deve ser punida com a morte”, acrescentando que o Código Penal de 1886 “punia com uma pena pouco mais do que simbólica o homem que, achando sua mulher em adultério, nesse acto a matasse”.

⁴³ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de Dezembro de 2013 (relator Conselheira Maria Clara Sottomayor), proc. 306/10.0TCGMR.G1.S1, disponível em www.dgsi.pt. Na fundamentação jurídica, em que a relatora cita a sua dissertação de doutoramento, lê-se: “A moderna teoria dos contratos defende uma mudança de orientação no direito dos contratos, traduzida na passagem do paradigma do liberalismo económico, em que o contrato era visto como o resultado de interesses antagónicos negociados com dureza e egoísmo, para um nova concepção de contrato baseada num princípio de *respeito pelos interesses do outro* e numa *ética de cooperação* e de *solidariedade*. Este novo paradigma, resultante da crise do pensamento liberal sobre o contrato, exige às organizações utilizadoras de cláusulas contratuais gerais novos deveres destinados a suprir a desigualdade estrutural entre as partes dos contratos de adesão, entre os quais se destacam os deveres de comunicação e de informação previstos nos arts. 5.º e 6.º do DL 446/85, de 25 de Outubro e, em geral, o dever de não lesar os interesses da contraparte e os deveres pré-contratuais de lealdade, conselho, correcção, assistência e cooperação, decorrentes do art. 227.º do Código Civil”. No caso decidido foi acrescentado um dever de informação e esclarecimento, para além do elenco legal e imposto a diferente sujeito, com base nesta orientação de princípio, revogando o acórdão da Relação de Guimarães que aplicara correctamente o direito. Além de se ter acrescentado um dever de informação ao extenso elenco legal (artigo 18.º da LCS), descurou-se o facto de, por se tratar de um seguro de grupo, o dever de informação impender sobre o tomador do seguro (artigo 78.º da LCS) e não sobre o segurador, como decidido.

atentas as convicções da relatora relativamente ao que designa de novo paradigma do contrato, amplamente transcritas no acórdão, acrescentou-se um dever de informação e esclarecimento, para além do elenco legal, impondo tal dever a um sujeito diferente daquele que se encontra previsto na lei.

Surtem decisões judiciais em que, invocando princípios da ordem jurídica, se põem em causa cláusulas contratuais lícitas e livremente pactuadas, tendo tais sentenças um significativo impacto negativo no plano económico.

No Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 1 de Março de 2011⁴⁴ considerou-se que a prática generalizada de estabelecer um prémio de seguro automóvel diferente para homens e mulheres, tendo em conta que, com base em dados actuariais, os condutores do sexo feminino causam acidentes menos graves, violava o princípio da não discriminação em função do sexo. Esta distinção, justificada estatística e actuarialmente, subsiste em diferentes sistemas jurídicos, como no Canadá, nos Estados Unidos ou no Brasil, mas foi banida na União Europeia com o consequente aumento do prémio de seguro para as mulheres, de modo a não pagarem menos do que os condutores do sexo masculino.

Na jurisprudência brasileira – onde o activismo judicial é recorrente – generalizou-se a tendência de invalidar as cláusulas de delimitação da cobertura de um seguro de saúde (ditas cláusulas de exclusão) por contrariarem o princípio da dignidade da pessoa humana; se o seguro foi ajustado não cobrindo certa doença ou foi acordada uma limitação temporal de cobertura, pode o segurador ser condenado a pagar as despesas relativas ao tratamento da doença excluída ou responsabilizado por não garantir a cobertura para além da vigência temporal fixada⁴⁵.

⁴⁴ O Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 1 de Março de 2011 (Processo n.º C-236/09), numa decisão prejudicial do Tribunal Constitucional belga, decidiu que a diferença de prémio, no seguro automóvel, entre condutores de distintos sexos em razão da taxa de sinistralidade, “é contrária à concretização do objectivo de igualdade de tratamento entre homens e mulheres prosseguido pela Directiva 2004/113 e incompatível com os artigos 21.º e 23.º da Carta”. No aresto esclarece-se que “por exemplo, as diferenças entre homens e mulheres na prestação de serviços de saúde, resultantes das diferenças físicas entre homens e mulheres, não se referem a situações equivalentes, pelo que não constituem discriminação”, mas acrescenta “para garantir a igualdade de tratamento entre homens e mulheres, a consideração do sexo enquanto factor actuarial não deve resultar numa diferenciação nos prémios e benefícios individuais”. Como consta do ponto 53 das conclusões da advogada geral, “os acidentes de viação graves são – estatisticamente – causados mais frequentemente por homens do que por mulheres”, mas entende ser incompatível com os direitos fundamentais da União Europeia considerar o sexo do segurado como um factor de risco na configuração de contratos particulares de seguro.

⁴⁵ Por exemplo, o Tribunal de Justiça de Pernambuco (Apelação 3048122, de 29/5/2013, Stênio José de Sousa Neiva Coêlho, 5.ª Câmara Cível) condenou a companhia de seguro ao pagamento de uma indemnização por danos morais por se ter recusado a celebrar um seguro facultativo de veículo;

Esta jurisprudência, que se pode qualificar de paternalista, teve como consequência o agravamento exponencial dos prémios de seguro de saúde no Brasil, cujo valor é, presentemente, o décuplo do que se paga em Portugal⁴⁶. Tudo por conta de uma justiça sentimental, com consequências negativas no comércio jurídico. Oliveira Ascensão⁴⁷, referindo-se à Escola do Direito Livre e às tendências antilegalistas sintetiza: «São poucos os partidários declarados desta orientação, muitos são infelizmente os seus partidários ocultos. A figura do “bom juiz”, que decide impressionado pelas circunstâncias do caso concreto e violenta por pressão dele as regras, é frequente, e os seus custos sociais são elevados. O maior é tornar a decisão uma lotaria, dependente das inclinações do juiz ou das impressões que no momento se lhe apresentaram como predominantes».

III. Para além das dúvidas de legalidade – e até de constitucionalidade – os inconvenientes do activismo judicial são patentes.

Ao conferir um especial relevo ao poder judiciário, e atenta a divisão tripartida de poderes, com o executivo e o legislativo, constante da Constituição, suscita dúvidas de constitucionalidade. Sem prejuízo de haver zonas de intercepção entre a função de legislar e a de julgar, na medida em que se admita que o julgador possa decidir em função das suas convicções pessoais, independentemente da solução legal, é posto em causa o princípio constitucional de sujeição do tribunal à lei (artigo 203.º da CRP); em suma, apresenta-se em contrariedade ao princípio da legalidade⁴⁸.

em sentido idêntico, o Supremo Tribunal de Justiça condenou um segurador por não ter renovado um seguro de saúde a um segurado quando este perfez 70 anos (Recurso Especial 1073595/MG, de 23/3/2011, Nancy Andrighi, 2.ª Seção). Por seu turno, o Supremo Tribunal Federal (Recurso 1.104.226, de 27/4/2018, Roberto Barroso, 1.ª Turma; Acção 1657 MC, de 27/6/2007 Cezar Peluzo, Tribunal Pleno) tem decidido que a liberdade de iniciativa privada não é uma liberdade anárquica, mas com cunho social, pelo que deve ser limitada em razão de uma funcionalização do seguro. Esta jurisprudência assenta em três postulados: função social do contrato, boa fé objectiva e dignidade da pessoa humana; e assim decide tem decidido, *v. g.* que a apólice que prevê furto qualificado também abrange furto simples (Recurso Especial 1352419/SP, de 19/8/2014, Ricardo Villas Bôas Cueva, 3.ª Turma) ou que são abusivas as cláusulas que indicam delimitação de tratamento médico ou de fornecimento de próteses ou que determinem tempo máximo de internamento hospitalar (Apelação 1226643/SP, de 5/4/2011, Luis Felipe Salomão, 4.ª Turma).

⁴⁶ É evidente que uma diferença tão significativa (dez vezes mais) não pode ter como único factor a citada jurisprudência paternalista; será, sem dúvida, uma análise económica complexa, mas, muito provavelmente, a diferença do serviço de saúde garantido pelo Estado, no Brasil e em Portugal, também influencia o prémio do seguro de saúde.

⁴⁷ OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito*, cit., p. 478.

⁴⁸ Sobre o princípio da legalidade e a sua flutuação, nomeadamente tendo em conta o recurso legal a conceitos indeterminados, *vd.* KARL ENGLISH, *Introdução ao pensamento jurídico*, cit., pp. 207 e ss.

Por outro lado, na medida em que, através de um método tópico, se configure a prova e se procurem as justificações em função de uma decisão previamente tomada, procede-se a uma incorrecta aplicação do direito. De igual modo, mesmo sem o recurso à inversão metodológica que caracteriza a tópica, se a decisão for tomada e justificada com base nas convicções pessoais do julgador, procede-se a uma incorrecta aplicação do direito.

O activismo judicial, conferindo poder ao julgador para decidir segundo as suas convicções pessoais, viola o princípio da imparcialidade. Porquanto, para ser imparcial, ao operador jurídico não basta que não tenha interesse no objecto daquele processo em concreto, mas também que não tenha uma pré-compreensão relativamente à questão em litígio, mesmo no plano abstracto. O decisor que, atendendo às suas convicções políticas, sociais, etc., entende que, em determinado tipo de litígio, a razão assiste necessariamente a uma das partes, não é imparcial.

O subjectivismo que caracteriza o activismo judicial cria desigualdades pontuais; de facto, a decisão casuística, desenquadrada da fundamentação técnico-jurídica, permite resolver casos similares de modo diverso. Por um lado, a maioria das sentenças não é objecto de recurso e, havendo recurso, este é limitado não chegando muitas vezes ao Supremo Tribunal de Justiça; daqui decorre uma proliferação de decisões judiciais diversificadas. Se as decisões judiciais não forem fundamentadas exclusivamente por critérios jurídicos e objectivos, o recurso a tribunal pode equiparar-se a um jogo de fortuna e azar. Recorde-se que a ciência do direito se tem preocupado em definir directrizes objectivas no que respeita à aplicação do direito, como por exemplo através da superação do subjectivismo na interpretação da lei⁴⁹.

Concomitantemente, e atendendo à incerteza da decisão, o activismo aumenta a litigância judicial. A transacção é postergada e o recurso tentado sempre que se vislumbre a hipótese de o julgador poder decidir assente em critérios extrajurídicos, em especial com base nas suas convicções pessoais.

Por fim, o activismo judicial põe em causa a segurança jurídica e a natural confiança na decisão dos tribunais.

O autor, ob. cit., pp. 254 e s., indica que a Escola do Direito Livre, apesar de refutada, reaviva-se a cada passo com diferentes formas, por exemplo a de que o juiz não pode estar escravizado à lei ou que o juiz deve ter o papel de modelador da vida social. ENGLISH conclui que estas novas tendências o preocupam. Quanto a uma apreciação crítica da Escola do Direito Livre, veja-se GALVÃO TELLES, *Introdução ao Estudo do Direito*, Vol. I, 11.^a edição, Coimbra, 1999, pp. 269 e ss.

⁴⁹ Cf. artigo 9.º do CC. Veja-se, por todos, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, I, cit., pp. 683 e ss.

3. Segurança jurídica na aplicação do direito

A segurança jurídica é posta em causa sempre que, contrariando a solução legal, num activismo jurídico, se pretenda encontrar uma solução jurídica mais favorável a uma das partes. A solução do caso concreto, atendendo a uma justiça particular segundo a consciência do julgador, contrariando o sentido de uma norma jurídica, é especialmente preocupante por violar a segurança e certeza do direito.

O activismo jurídico põe em causa um dos vectores fundamentais do direito: a justiça, de que a segurança jurídica é um dos pilares. Com efeito, não se pode prosseguir a justiça na aplicação do direito sem um parâmetro de segurança jurídica.

Como indica Pinto Duarte⁵⁰, o juízo da matéria de direito é co-determinado pelo “lado emocional” do julgador; daí a necessidade do discurso legitimador na fundamentação da decisão. Como refere o mesmo autor, as decisões têm de ser fundamentadas por três razões: controlo da actividade judicial; evitar o carácter voluntarioso e subjectivo no exercício da actividade jurisdicional; conhecimento da racionalidade e coerência argumentativa do julgador.

Ao decisor cabe julgar, resolvendo o caso concreto mediante aplicação do direito e, nessa aplicação do direito, é imprescindível fundamentar a decisão. A fundamentação impede as arbitrariedades, tanto na decisão de facto como na de direito, permitindo o controlo do processo aplicativo do direito no caso concreto. Da fundamentação retira-se o raciocínio jurídico subjacente, a *ratio decidendi* que justifica a solução apresentada. E a fundamentação não pode assentar em critérios subjectivos, em opiniões próprias do julgador, mas tão-só em critérios jurídicos objectivos.

V. Conclusões

A decisão jurídica que põe termo a um dissídio tem de ser justificada. E é essa fundamentação que determina a aceitabilidade da decisão.

A justificação tem de assentar numa coerência argumentativa, que diverge de uma fundamentação baseada em critérios pessoais do julgador. Na fundamentação da decisão é imprescindível o discurso legitimador⁵¹; perante um pluralismo de posições jurídicas há que legitimar a decisão, fundamentando-a. A prossecução da justiça pressupõe a fundamentação da decisão, assente, desde logo, nos princípios

⁵⁰ RUI PINTO DUARTE, «Algumas notas acerca do papel da “convicção-crença” nas decisões judiciais», cit., respectivamente p. 17 e p. 12.

⁵¹ BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito*, cit., pp. 307 e ss.

da legalidade e da imparcialidade, assim como nos argumentos jurídicos (regras de interpretação ou de integração, *consensus iuridicus*, comparação de casos, etc.).

É através da argumentação jurídica, constante da decisão que se cria a convicção de justeza no destinatário⁵². O argumento é um meio de fundamentação da relação entre a premissa e a conclusão, para que não seja uma mera opinião⁵³. Como refere Larenz, a solução de questões jurídicas é obtida pela via de um processo argumentativo, predominantemente sistemático⁵⁴ e a bússola das valorações do juiz não consiste numa soma de processos ao nível da consciência, mas atendendo a um «espírito objectivo»⁵⁵. O processo argumentativo tem-se baseado no esquema subsuntivo de aplicação do direito, assente num modelo dedutivo de fundamentação⁵⁶. A decisão só é aceitável se for justificada em termos jurídicos⁵⁷, com coerência interna e correcção externa⁵⁸. E só assim se confere «força persuasiva e legitimadora ao discurso aplicativo» do direito⁵⁹.

Só mediante uma decisão fundamentada em critérios jurídicos se confere certeza na aplicação do direito e razoabilidade da solução do caso concreto. E, deste modo, em harmonia com a segurança jurídica, prossegue-se a justiça.

⁵² MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, cit., p. 421.

⁵³ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, cit., p. 435.

⁵⁴ KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, cit., p. 171.

⁵⁵ KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, cit., p. 173.

⁵⁶ KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, cit., pp. 215 e ss.

⁵⁷ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, cit., p. 447.

⁵⁸ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, cit., pp. 450 e s.

⁵⁹ BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito*, cit., p. 319.