

KARL ENGISCH

INTRODUÇÃO AO PENSAMENTO JURÍDICO

8.ª edição

Tradução de
J. Baptista Machado

FUNDAÇÃO CALOUSTE GULBENKIAN
Serviço de Educação e Bolsas

Tradução
do original alemão intitulado:
**EINFÜHRUNG
IN DAS JURISTISCHE DENKEN**
Karl Engisch
8., neu bearb. Auflage, 1983
VERLAG W. KOHLHAMMER GmbH.
Stuttgart

Reservados todos os direitos de harmonia com a lei

Edição da
FUNDAÇÃO CALOUSTE GULBENKIAN
Av. de Berna | Lisboa
2001

Deposito Legal: 159 889/00
ISBN: 972-31-0192-0

ÍNDICE

Prefácio	:	7
Capítulo I	: Introdução	11
	: Anotações	19
Capítulo II	: Sobre o sentido e a estrutura da regra jurídica	21
	: Anotações	71
Capítulo III	: A elaboração de juízos jurídicos concretos a partir da regra jurídica, especialmente o problema da subsunção	75
	: Anotações	106
Capítulo IV	: A elaboração de juízos abstractos a partir das regras jurídicas. Interpretação e com- preensão destas regras	115
	: Anotações	150
Capítulo V	: Interpretação e compreensão das regras jurí- dicas. <i>Continuação: o legislador ou a lei?</i>	165
	: Anotações	198
Capítulo VI	: Direito dos juristas. Conceitos jurídicos indeterminados, conceitos normativos, poder discricionário	205
	: Anotações	256
Capítulo VII	: Direito dos juristas. <i>Continuação: preenchi- mento de lacunas e correcção do direito le- gislado incorrecto</i>	275
	: Anotações	343
Capítulo VIII	: Da Lei para o Direito, da Jurisprudência para a Filosofia do Direito	363
	: Anotações	388
Abreviaturas	:	394

Uma «Introdução ao pensamento jurídico» prossegue finalidades diferentes das de uma «Introdução à ciência jurídica» que, usualmente, é uma introdução não só aos métodos do pensamento jurídico mas também uma introdução ao próprio Direito e aos seus diferentes ramos. No presente livro, porém, trata-se antes de familiarizar um pouco o estudante de Direito e, quando possível, também o leigo interessado, com essas coisas misteriosas e suspeitas que são a lógica e a metódica do pensamento jurídico — e, mesmo assim, limitando a exposição aos problemas centrais da heurística jurídica (Rechtsfindung) e abstraindo, portanto, das elaborações da dogmática «mais elevada», como, p. ex., a construção e a sistematização jurídicas. Sob este ângulo, e apenas sob ele, foram tratados os problemas jurídico-materiais incluídos na exposição.

Na revista «Studium Generale», 1959, pp. 76 e ss., tive ocasião de me pronunciar mais detalhadamente sobre as tarefas com que se defrontam a lógica e a metodologia jurídicas. Aqui apenas quero salientar o seguinte: A lógica do jurista é uma lógica material que, com fundamento na lógica formal e dentro dos quadros desta, por um lado, e em combinação com a metodologia jurídica especial, por outro lado, deve

mostrar como é que nos assuntos jurídicos se alcançam juízos «verdadeiros», ou «justos» (correctos), ou pelo menos «defensáveis». Uma lógica e metódica do jurista assim entendida não é uma «técnica» que ensine artificios conceituais com cujo auxílio se possam dominar do modo mais expedito possível as tarefas de pensamento que se deparam ao estudioso do direito. Ela também não é psicologia ou sociologia da heurística jurídica, a qual indaga como se conduzem de facto as pessoas na prática quotidiana ao adquirirem pontos de vista jurídicos. Constitui antes reflexão sobre o processo de conhecimento jurídico especificamente correcto, o que não é coisa de fácil penetração. Ela esforça-se por alcançar (nos limites do que ao conhecimento humano é possível) a meta de descobrir a «verdade» e emitir juízos conclusivamente fundados.

O verdadeiro texto deste livro permaneceu substancialmente o mesmo desde o seu aparecimento no ano de 1956, muito embora várias edições tenham sido ajustadas, não só nas anotações mas também no texto, às evoluções da legislação, da jurisprudência e da teoria. A sexta edição (1975) foi apenas uma reimpressão da quinta. Seis anos após o aparecimento desta última (1971) posso agora uma vez mais apresentar uma edição revista, numa revisão que, no entanto, de novo incide na sua máxima parte sobre as anotações, nas quais tiveram lugar numerosos desenvolvimentos e esclarecimentos que tomam em conta a situação actual. No texto só introduzi alterações em algumas passagens, sobretudo naquelas em que novas disposições legais o exigiam. Pelo que respeita à teoria da discricionariedade (Capítulo VI), porém, a evolução

entretanto operada na teoria e na prática motivou-me a uma nova elaboração das minhas ideias.

*Em especial no que respeita às anotações, devo dizer que, nas amplas panorâmicas bibliográficas, tive como até aqui em vista a sucessão cronológica do aparecimento das publicações citadas, e não a ordem alfabética dos nomes dos autores. Isto pode dificultar a procura dos autores, mas permite uma visão de conjunto da evolução histórica da lógica e da metodologia jurídicas, que tão dinâmicas têm sido nas últimas décadas; pois não deixa de ter interesse verificar que bibliografia os autores mais recentes já encontraram antes de si e como a valoraram. Todavia, para facilitar ao leitor a descoberta de um autor, quando das remissões feitas em notas posteriores para as notas anteriores mais extensas, acrescentei, após a fórmula usual «ob. ant. citada» além do número da nota para que se remete, também os algarismos do ano da publicação do trabalho em causa. Isto é de ter em conta nomeadamente na remissão para a gigantesca nota 57. Além disso desta vez assinalei com um * aquelas anotações que contêm desenvolvimentos à substância do texto, para que o leitor sem interesse pelos meros dados bibliográficos possa deixar de lado as anotações a que estes respeitam (*). Estas últimas são destinadas àquele leitor que deseje ir mais fundo e queira cotejar os diferentes pontos de vista.*

Julho de 1977

O Autor

* [So as notas assinaladas com asterisco são transcritas na presente tradução (N.T.).]

INTRODUÇÃO

Quem se proponha familiarizar o principiante ou o leigo com a ciência do Direito (Jurisprudência) e o pensamento jurídico, ao tentá-lo vê-se a braços com uma série de dificuldades e dúvidas que não encontraria noutros domínios científicos. Quando o jurista, situado no círculo das ciências do espírito e da cultura, entre as quais se conta a Jurisprudência, olha derredor, tem de constatar, angustiado e com inveja, que a maioria delas pode contar *extra muros* com um interesse, uma compreensão e uma confiança muito maiores do que precisamente a sua ciência. Especialmente as ciências (teorias) da linguagem, da literatura, da arte, da música e da religião fascinam os leigos devotados a assuntos de cultura numa medida muito maior do que a ciência do Direito, se bem que esta, não só quanto à matéria mas ainda metodologicamente, tenha com aquela estreitos laços de parentesco. Sem grandes hesitações se depositará um livro de arqueologia ou de história da literatura sobre a mesa dos presentes, mas a custo se fará o mesmo com um livro jurídico, ainda que este não exija da parte do leitor conhecimentos especiais. As usuais introduções à ciência jurídica, com raras excepções, apenas parecem ter algum interesse para o jurista principiante, mas já não para o leigo. Quantas vezes se

encontra um código também na biblioteca de um não-jurista?

As razões deste desinteresse do leigo pelo Direito e pela ciência jurídica são fáceis de descobrir. Com efeito, a custo qualquer outro domínio cultural importara mais ao homem do que o Direito. Há na verdade pessoas que podem viver e vivem sem uma ligação íntima com a poesia, com a arte, com a música. Há também, na expressão de MAX WEBER, pessoas «religiosamente amusicais». Mas não há ninguém que não viva sob o Direito e que não seja por ele constantemente afectado e dirigido. O homem nasce e cresce no seio da comunidade e — à parte casos anormais — jamais se separa dela. Ora o Direito é um elemento essencial da comunidade. Logo, inevitavelmente, afecta-nos e diz-nos respeito. E também o valor fundamental pelo qual ele deve ser aferido, o justo, se não situa em plano inferior ao dos valores do belo, do bom e do santo. Um Direito justo «faz parte do sentido do mundo». Porquê, pois, tão pouca abertura de espírito para o Direito e para a Jurisprudência?

Responder-nos-ão, talvez, que o Direito e ciência jurídica são duas coisas diferentes, e que só esta última é suspeita aos olhos do leigo. Mas, à parte o facto de que o leigo somente se preocupa com o Direito na medida em que este é um preceito prático, Direito e ciência jurídica não são de forma alguma duas coisas assim tão diferentes. São em todo o caso muito menos diferentes do que, por exemplo, a arte e a ciência (teoria) da arte. Sem dúvida que também esta última serve a arte, na medida em que promove a sua compreensão. Pode ainda acontecer que as teorias científicas influen-

ciem a actividade artistica. Em geral, porém, a arte segue os seus próprios caminhos e a ciência (teoria) da arte é que lhe vai no encaço, dilucidando, reflectindo e historiando, sendo muitas vezes considerada com suspeição pelo próprio artista, quando não por ele pura e simplesmente repudiada e ironizada. Claro que não tenho de forma alguma o intento de pôr em questão o grande significado espiritual da consideração científica (teorética) da arte. Quanto não significou WINKELMANN para os nossos clássicos! Com que intuições felizes nos não brindaram um JAKOB BURCKHARDT ou um HEINRICH WOLFFLIN! Não obstante, temos de assentar nisto: a arte e a ciência (teoria) da arte são duas coisas distintas. E algo semelhante vale para a relação doutras ciências da cultura com o respectivo objecto. Pelo contrário, constitui um privilégio quase exclusivo da ciência jurídica, entre as outras ciências da cultura, o facto de ela não abrir caminho ao lado ou atrás do Direito, mas, antes, poder afeiçoar o Direito mesmo e a vida que nele e sob a sua égide decorre. Havendo uma ciência jurídica, esta há-de ser uma ciência prática. Os romanos, aos quais cabe o inesquecível mérito de terem fundado esta ciência, sabiam muito exactamente o que nela lhes importava. Eles celebrizaram-na como a «divinarum atque humanarum rerum notitia», considerando-a, por consequência, como a mais viva de todas as ciências, e com o seu Direito e a sua ciência jurídica se tornaram grandes e fortes. Aquilo que os juristas genuinamente dotados e criadores pensaram e trouxeram à clara luz do dia em matéria de conhecimentos juridicos tem sido em todos os tempos uma benção para o próprio Direi-

to¹¹, já por ter inspirado o legislador, já por ter influido a decisão dos concretos casos jurídicos. A sabedoria jurídica dos juristas romanos clássicos ou a dos pos-glosadores italianos (a partir de 1250) tem alimentado a Jurisprudência durante séculos. E também as doutrinas dos juristas modernos como JEHRING, WINDSCHEID, BINDING, LISZT e FRANK se têm revelado sempre frutuosas para a aplicação e para a estatuição do Direito, logo para o Direito mesmo — sem falar ainda daqueles casos em que um pensador jurista é chamado directamente a exercer o papel de legislador, como aconteceu com EUGEN HUBER relativamente ao código civil suiço de 1907, obra esta que WIEACKER classifica, na sua *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, como «o mais nobre fruto da ciência jurídica de expressão germânica do seculo XIX em forma legislativa». Mas nem por isso qualquer entendido na matéria pensará em colocar os grandes teorizadores do Direito acima dos grandes historiadores, linguistas e teóricos da arte, para os situar ao lado dos filósofos, poetas, artistas e músicos geniais. Pelo que respeita, porém, à imediata incidência cultural, as produções essenciais no domínio da ciência jurídica são seguramente comparáveis aos filosofemas, obras de arte e produções literárias importantes. Sob este aspecto, têm uma valência igual. Que desta circunstância decorre uma responsabilidade particular para a ciência jurídica, é coisa por demais evidente.

Coisa bem diferente desta luta pela compreensão e pela simpatia, em concorrência com as demais ciências do espírito e da cultura, é a permanente necessidade de auto-afirmação da ciência jurídica em face das dúvidas

que faz avultar o seu confronto com as ciências da *natureza*. O facto de tão-somente se pensar neste confronto deverá estar relacionado com o carácter *legalista* do Direito. A ciência jurídica é, tal como as ciências naturais, uma ciência de leis. No entanto, aquele que nos desvenda as leis da natureza, revela-nos o ser e a necessidade. Ora será que também o jurista nos conduz ao ser, poderá ele convencer-nos da necessidade das leis jurídicas? A liberdade, que sem mais é reconhecida ao espírito humano no sector de actuação da individualidade — logo, precisamente no domínio das artes —, facilmente parecerá acaso, arbítrio ou despropósito no domínio do Direito, onde deve imperar a regra e a lei. Decerto que também o artista conhece regras e leis. Mas estas são para ele apenas as «formas», que pode e deve preencher com conteúdos pessoais. Acontece ainda que estas «formas», por seu lado, se bem que pensadas como relativamente constantes, são individualmente configuradas. Por isso se apresentam como culturalmente variadas e historicamente mutáveis. Não têm validade universal nem são rigorosamente vinculadas. «O mestre pode quebrar a forma». Já das leis que regem o Direito e através das quais este impõe o seu domínio se aguarda sempre aquela validade universal que se espera das verdades e das leis da natureza. E ficamos profundamente decepcionados quando a não encontramos. PASCAL deu a tal decepção uma expressão clássica com estas palavras, tantas vezes citadas: «Quase nada há de justo ou injusto que não mude de natureza com a mudança de clima. Três graus de altura polar revolucionam toda a jurisprudência. Um meridiano decide sobre a verdade.

Após alguns anos de posse, alteram-se leis fundamentais. O Direito tem as suas épocas. Divertida justiça esta que um rio ou uma montanha baliza. Verdade aquém, erro além Pirinéus». O facto de os juristas, apesar de todos os seus aturados esforços, não terem até hoje conseguido encontrar o verdadeiro Direito, não o terem conseguido relacionar com a «natureza», seja esta a natureza do homem seja a natureza das coisas, faz com que a sua ciência apareça frequentemente a uma luz pouco favorável. E também a conhecida crítica que JULIUS V. KIRCHMANN, ele próprio um jurista, fez (1848) à Jurisprudência como ciência se funda precisamente nessa circunstância: «o sol, a lua, as estrelas brilham hoje da mesma forma que há milhares de anos; a rosa desabrocha ainda hoje tal como no paraíso; o Direito, porém, tornou-se desde então diferente. O casamento, a família, o Estado, a propriedade, passaram pelas mais diversas configurações»⁽²⁾.

Alguns exemplos simples bastam para fazer luz sobre esta estranheza do leigo face à «arbitrariedade» e à falta de *naturalidade* da Jurisprudência. O primeiro destes exemplos é sem dúvida banal mas, precisamente em razão da sua singeleza, poderá oferecer um bom ponto de referência para as nossas ulteriores considerações. Quando ainda era estudante, um aluno de medicina insurgiu-se na minha presença contra o facto de o § 1589 al. 2 do Código Civil declarar então (mas hoje já não): «Um filho ilegítimo e o seu pai não são parentes». Nesta disposição via ele arbitrio de juristas, arrogante denegação dos dados biológicos e porventura ainda um falso pudor e uma moral hipócrita. Sustentava abertamente a opinião de que não era possível ao

Direito atropelar desta forma os factos naturais. Agora um segundo exemplo: Numa discussão científica sobre o Direito natural, um biólogo de nomeada referiu o exemplo, hoje muitas vezes citado, das regras que os lobos observam durante a luta: — aquele que é derrotado assume uma «atitude de submissa humildade», o que induz o seu rival a abster-se de novos ataques. É evidente que na mente deste biólogo estava a ideia de que um genuíno Direito natural haveria de ter igualmente as suas raízes em dados biológicos. O «Direito natural» que lhe era apresentado pelos juristas, tal como se manifesta, por exemplo, nos direitos fundamentais do homem, não lhe parecia ser um verdadeiro Direito natural. Um último exemplo ainda: Nas esferas médicas surge frequentemente a queixa de que falta aos juristas uma correcta compreensão da função da medicina. Como particularmente chocante sentem os médicos o facto de a jurisprudência do tribunal supremo qualificar como «ofensa corporal» a operação cirúrgica necessária realizada segundo as regras da arte, só deixando ela de ser punível por o paciente ter dado o seu consentimento. Esta concepção parece ser contrária à natureza da profissão médica e a sua explicação só poderá achar-se na sobranceria dos juristas.

Que deve o jurista responder a tudo isto? Como pode ele fazer face ao desinteresse, à aversão, à desconfiança? Em primeiro lugar, familiarizando um pouco o não-jurista com a natureza ou o modo de ser do seu pensamento, que tão estranho e misterioso parece. Não nos propomos neste livro, pois, investir contra os opositores da ciência jurídica com uma apologia desta mesma ciência. Apenas poderemos salvar a dignidade do

pensamento dos juristas analisando-o conscienciosamente, olhando também de frente os seus desvios e os seus passos em falso, assim como os esforços tendentes a evitá-los. Como toda a empresa e actuação do homem, também a Jurisprudência nos aparece assinada por defeitos e exposta a riscos. Mas é lícito presumir que ela, a quem tantos homens excelentes têm dedicado o seu esforço, não se acha abandonada por todos os bons espiritos.

A propósito não deve esconder-se que as exposições subsequentes, de acordo com o carácter de uma «Introdução», têm o seu ponto de partida nos métodos tradicionais da heurística jurídica (*Rechtsfindung*) e, de uma maneira geral, neles se apoiam. Desde a primeira publicação deste livro em 1956, estes métodos foram entretanto contestados. Tal como no começo do nosso século a «escola do direito livre» e a «jurisprudência dos interesses» apontaram à heurística jurídica novos alvos, assim também não deixam de existir no presente teorias e proclamações progressistas relativamente à referida heurística. Não devem passar sem uma referência. O aparelho das anotações vem sendo consideravelmente alargado em cada nova edição, e também nesta o será, para dar conta das novas concepções e as confrontar e articular com a tradição. No essencial, porém, parece-me que a metodologia tradicional, tal como se constituiu com SAVIGNY e depois dele, forma ainda uma plataforma suficientemente firme em que o jurista dos nossos dias pode confiar como base do seu labor intelectual.

ANOTAÇÕES

1. Cfr. J. ESSER, *Grundsatz und Norm*, 1956, pp. 306 e ss.; H. DOLLE, *Jur. Entdeckungen*, 1958; L. LEGAZ Y LACAMBRA, *Rechtsphilosophie* (1961), edição alemã, 1965, pp. 558 e ss.; L. RAISER, *Rechtswissenschaft u. Rechtspraxis*, NJW 1964, pp. 1201 e ss., esp. pp. 1204 e ss.. Sobre a ciência jurídica como «terceira fonte do direito» em Puchta, cfr. LARENZ, *Methodenlehre*, 1960, p. 19, 2.ª ed. 1969, p. 20; 3.ª ed. 1975, p. 22. Quando KRAWIETZ, em *Jur. Schulg.* 1970, p. 427, «do ponto de vista da actual teoria da ciência, influenciada sobretudo pelas correntes linguístico-analíticas da filosofia», pretende que a jurisprudência romana «não (pode) valer como ciência», parece que o seu juízo assenta numa perspectiva demasiado estreita. Sobre o carácter da «Jurisprudência» romana, cfr. p. ex. R. SOHM, *Institutionem*, 17.ª ed., 1931, § 18; JÖRS-KUNKEL, *Römisches Privatrecht*, 3.ª ed., 1963, pp. 91 e ss.; M. KASER, *D. römische Privatrecht I*, 1955, p. 2. No último lugar citado diz-se: Os juristas romanos da última fase da República «lançaram o fundamento de toda a posterior ciência jurídica do Ocidente». Sem dúvida que eles «se fixaram na tarefa prática da descoberta do direito». Em todos os tempos a ciência jurídica — tal como a jurisprudência, relativamente à qual recentemente isto vem sendo acentuado com particular entono (KRIELE, ESSER) — tem co-constituído o Direito (em sentido lato), tem sido «ciência prática» (mas contra, neste ponto: H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2.ª ed. 1960, p. 75, nota 2; cfr. sobre o mesmo MAYER-MALY, ob. cit., pp. 416 e ss.). Por outro lado merece reflexão a afirmação de R. V. IHERING (*Geist des römischen Rechts II* 2, 2.ª ed., 1869, p. 369) de que «a jurisprudência, para ser verdadeiramente prática, não se pode limitar a questões práticas». Sobre o significado da jurisprudência para a prática jurídica *vide* agora também LARENZ, *Methodenlehre*, 3.ª ed., 1975, pp. 215 e ss., 224 e ss..

2. Cfr. além de BINDER, op. cit., pp. 847 e ss., e WOLF, ob. cit., p. 13. CARL SCHMITT, *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*, 1950, p. 15. Acentua-se, por outro lado, que a ciência do Direito, ao contrário das ciências naturais, pouco se tem modificado com o decorrer do tempo. V., p. ex., G. COHN, *Existenzialismus u. Rechtswissenschaft*, 1955, p. 88. Mais do

que a relação entre ciência jurídica e ciência natural discute-se presentemente a relação entre ciência jurídica e ciência social (a qual em todo o caso se mantém próxima da ciência natural na medida em que é encarada como «ciência do ser» ou «ciência da realidade» — a este respeito, por todos: LARENZ, ob. cit., 3.ª ed., 1975, pp. 171 e ss., 221 e ss., com o qual concordo). Cfr. também a nota 36, na parte final. De resto o carácter científico da jurisprudência depende naturalmente dos critérios aos quais se vincule em geral o conceito de «ciência»; conforme, p. ex., só se queiram considerar «científicas» as elaborações endereçadas ao «conhecimento da verdade» (lógico, matemático, empírico), ou também aquelas elaborações que visam estabelecer um sistema de enunciados normativos metodicamente obtidos e bem fundamentados (eventualmente «justos») — como acontece precisamente na ciência jurídica. Em último termo surge a questão das subdivisões do «globus intellectualis». Sobre o carácter da ciência jurídica como «ciência do espírito», v. *infra*.

**SOBRE O SENTIDO E A ESTRUTURA
DA REGRA JURÍDICA**

Retomemos o § 1589 do Código Civil alemão. Este parágrafo é o primeiro de um conjunto de disposições sobre o «parentesco». Na sua versão *original* dizia, na íntegra: «As pessoas que descendem umas das outras são parentes em linha recta. As pessoas que não são parentes em linha recta, mas procedem duma mesma terceira pessoa, são parentes colaterais. O grau de parentesco determina-se pelo número de gerações. Um filho ilegítimo e seu pai não são (*gelten nicht als* = não valem como) parentes entre si». Este último período foi revogado, graças à nova regulamentação da posição jurídica dos filhos ilegítimos pela lei de 19.8.1969. Mas continuará a ser considerado na análise que se segue. O que salta aos olhos na disposição transcrita é a mudança na expressão. Primeiro diz-se que certas pessoas *são* parentes em linha recta ou em linha colateral. Depois diz-se: «determina-se» e, finalmente, no último período: «*gelten*» *nicht als* (não são havidos como — não «valem» como). É evidente que neste período final a ideia do legislador não podia ser a de que os filhos ilegítimos não são parentes de sangue de seu pai, do ponto de vista *natural*; mas antes a de que o filho ilegítimo não deve ser *equiparado* ao filho

legítimo *juridicamente*, melhor: *do ponto de vista do direito civil*. Esta restrição: «do ponto de vista do direito civil», é muito importante. Pois que, por ex., do ponto de vista do direito penal, o pai e o filho ilegítimo já anteriormente eram parentes. A cominação do § 173 do Código Penal contra o incesto entre «parentes na linha ascendente ou descendente» (como anteriormente se dizia) abrangia sem dúvida também os pais e os filhos ilegítimos (filhos estes que agora são expressamente designados por «descendentes de sangue»). Ou: a despenalização de «desvios cometidos pelos pais contra os seus filhos», no Código de Processo Penal de 1841, valia também para desvios cometidos contra filhos ilegítimos (hoje um furto a um «familiar» só é susceptível de procedimento penal havendo acusação particular, o que igualmente se aplica ao parentesco ilegítimo). Por outro lado, e inversamente, volta a dizer-se no Art. 33 da Lei de Introdução ao Código Civil: «Sempre que, no Estatuto Judiciário, no Código de Processo Civil, no Código de Processo Penal (não confundir com o Código Penal), no Código de Falências... sejam atribuídos efeitos jurídicos ao parentesco ou à afinidade, aplicam-se os preceitos do Código Civil relativas matérias». Estas outras leis, portanto, de novo se orientavam pelo princípio do Código Civil segundo o qual o pai ilegítimo e o seu filho não eram «havidos» como parentes — o que se acha ultrapassado desde a lei de 19.8.1969. Daqui resultava que o direito de escusa a depor como testemunha, que é conferido aos parentes do acusado em linha recta, não era reconhecido ao pai ilegítimo num processo penal instaurado contra o filho (e inversamente) — o que hoje já se não verifica.

Assim, para nos servirmos da frase de PASCAL atrás referida, parece que não é só um meridiano que decide sobre a verdade no domínio da justiça, pois que as linhas divisórias parecem poder atravessar uma e mesma ordem jurídica, para depois se deslocarem ou desvanecerem com a evolução histórica. Pelo que respeita à palavra «validade» («Geltung»), há que dizer que ela tem um significado muito particular. Sem querermos filosofar a seu respeito (o que tem sido feito com frequência bastante), diríamos no nosso caso que ela traduz a ideia de que uma relação de vida é olhada juridicamente de determinada maneira.

Mas, antes de nos interrogarmos sobre qual seja esse específico modo de consideração, indaguemos primeiro se realmente as coisas se passam de modo essencialmente diverso com os períodos anteriores do § 1589 (ainda hoje em vigor) onde se diz que as pessoas que descendem umas das outras são parentes em linha recta. Neste ponto ao menos parece que na verdade o Direito se curva perante a natureza e que apenas afirma aquilo que é. Todavia, também aqui não estão excluídas as surpresas. O § 1589 faz depender o parentesco da «descendência». O que isto seja, toda a gente julga sabê-lo. Tanto mais chocante haverá de parecer, pois, o que o Código Civil logo a seguir, nos §§ 1591 e seguintes, preceitua com respeito à «descendência *legítima*». Diz-se aí que um filho nascido após a celebração do casamento é filho legítimo de ambos os cônjuges se a mulher o concebeu antes (?) do matrimónio ou na constância deste e o marido coabitou com ela durante o período da concepção. Se este período tem lugar durante a constância do matrimónio, presume-se (?) que o

marido coabitou com a mulher. Como período de concepção considera-se (vale?) em geral o período que medeia entre o 181.º e o 302.º dias anteriores ao nascimento do filho. Nestas condições, o filho só não é legítimo quando, «dadas as circunstâncias, resulte claramente impossível que a mulher tenha concebido o filho do marido». Mesmo que seja este o caso, a ilegitimidade ainda assim terá de ser estabelecida com força de caso julgado através duma acção de impugnação da paternidade intentada pelo marido, pelos pais deste ou pelo filho. A não ser por este meio, não é possível «fazê-la valer», se o filho nasceu na constância do casamento ou dentro de 302 dias após a dissolução do mesmo. Em resumo: relativamente aos filhos nascidos na constância do matrimónio ou dentro de um certo prazo após a sua dissolução, o Direito adopta fundamentalmente aquele ponto de vista que os romanos exprimiam com as seguintes palavras: «*pater est quem nuptiae demonstrant*» (Digesto 2, 4, 5: pai é aquele que do casamento se conclui que o é). É evidente que de novo aqui, nesta regulamentação, a consideração ou o ponto de vista jurídico pode estar em conflito com o ponto de vista «natural». Pode desde logo estranhar-se que, segundo o Código Civil alemão — ao contrário do que sucede em muitos Direitos anteriores — o filho também seja legítimo quando não foi procriado na constância do casamento mas antes da celebração deste. A mais disso, porém, nos termos do regime acabado de referir, é ainda possível que uma mulher, que não tenha escrúpulos em matéria de fidelidade conjugal, brinde o seu marido com filhos que não de ser considerados legítimos, embora o círculo das

pessoas cépticas e observadoras à sua roda chegue a uma conclusão completamente diferente fazendo uso dos seus olhos naturais. «*Mater semper certa est*». Ao contrário, a não rara incerteza acerca do *pai* é eliminada, no interesse da «segurança jurídica», através da «presunção» de que o marido coabitou com a mãe e é o pai da criança. Se a isto acrescentarmos ainda que um filho ilegítimo pode posteriormente obter «a posição jurídica de um filho legítimo» pelo facto de o pai ilegítimo casar com a mãe (§ 1719 do Código Civil), ou pelo facto de ser declarado legítimo através de uma decisão do tribunal tutelar (§ 1723 e seguintes do Código Civil), o quadro assim preenchido deixará transparecer que a descendência legítima e, por conseguinte, o parentesco em linha recta, são dados especificamente jurídicos que não precisam de coincidir com os dados naturais, muito embora o legislador se esforce, hoje mais do que nunca, por conseguir essa coincidência. E também pelo que toca aos filhos *legítimos* não nos será lícito afirmar, dum modo inteiramente geral, que eles *são* legítimos, mas antes teremos que dizer: eles *são considerados (gelten)* como legítimos para efeitos do Código Civil (não em geral, pois que os §§ 1591 e seguintes do Código Civil não decidem, por exemplo, quanto à ilegitimidade na hipótese de «infanticídio», a que se refere o § 217 do Código Penal).

Mas ainda que os dados jurídicos concordassem com os naturais, sendo, por exemplo, de considerar como legítimos por Direito e por natureza aqueles filhos que foram procriados pelos cônjuges na constância do respectivo matrimónio e nasceram durante esse período, nem mesmo assim isso quererá dizer que o *conceito*

jurídico de parentesco significa exactamente o mesmo que conceito «natural». O leitor reflexivo não deixará de ripostar logo contra a palavra «natural». Para um biólogo nem sequer existe a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos — para ele apenas existe o facto da descendência natural. A «descendência legítima», bem como o «parentesco», que sobre ela se funda, trazem em si, com a característica «legítimo», um ineliminável momento *cultural*, quer este momento tenha a sua origem na esfera do religioso, na da moral ou na do jurídico. Quando há pouco se falou de uma coincidência dos conceitos jurídico e natural de descendência legítima e de parentesco, é evidente que o conceito *natural* deste parentesco foi entendido, não num sentido biológico, mas num sentido sociocultural. Só neste sentido, e já não num sentido biológico, podemos falar duma descendência *legítima* e de parentesco «naturais». Mas, agora examinada a questão mais de perto, temos de reconhecer que também o conceito *jurídico* de parentesco se pode distinguir ainda do conceito sociocultural, e *hoc sensu* natural, de parentesco legítimo. Sim, mesmo quando estes dois conceitos coincidem nos pressupostos da sua aplicação, quando, portanto, o parentesco jurídico só existe onde exista também o parentesco *sociocultural*, quando, especialmente, abstrairmos do facto de que entre nós a celebração juridicamente relevante do casamento reveste formas particulares que se distinguem das formas religiosas — mesmo então os conceitos jurídico e cultural-natural de parentesco não são idênticos. O conceito jurídico de parentesco tem nomeadamente um alcance particular que lhe empresta uma significação incomparável. Conforme diz

o jurista, ele funciona como «hipótese legal», à qual a «regra de direito» (a «norma jurídica») liga «conseqüências jurídicas». E eis-nos chegados ao núcleo da questão.

Quando se *dizia* que o pai ilegítimo não era parente do seu filho ilegítimo, com esta regra jurídica queria significar-se que à hipótese legal da descendência ilegítima não eram ligados os mesmos *efeitos jurídicos* que à hipótese legal da descendência legítima. Mas que são efeitos jurídicos? Já referimos, p. ex., que, em caso de parentesco legítimo em linha recta, existe um direito de escusa a depor como testemunha, o qual não existia na hipótese de ascendência ilegítima, enquanto vigorou o mencionado § 1589, 2. Mas, mais importante é o seguinte, que continua a «valer» mesmo depois de eliminado o § 1589, 2. Entre a descendência legítima e a ilegítima subsiste como dantes uma diferença jurídica essencial, não obstante hoje o pai ilegítimo ser considerado «parente» do filho ilegítimo: o filho legítimo usa o apelido de família do pai, ao passo que o filho nascido fora do casamento recebe em geral o nome de família que usa a mãe ao tempo do nascimento (§ § 1616 e 1617 do Código Civil). O pai legítimo detém, ao lado da mãe, o «poder paternal» sobre o filho, quer dizer, o direito e a obrigação de cuidar da pessoa e dos bens do filho, educando-o, vigiando-o, cuidando da sua saúde, orientando a sua formação e escolha da profissão, representando-o em negócios jurídicos e em processos judiciais; ao passo que o filho nascido fora do casamento, enquanto menor, está (com certas restrições) sob o pátrio poder da mãe (§ § 1626 e 1705 do Código Civil). E, não obstante a equiparação (levada tão longe

quanto possível) da posição do filho ilegítimo à do filho legítimo relativamente ao direito a alimentos e ao direito sucessório, subsistem ainda diferenças que não vamos especificar aqui. Saliente-se a título de exemplo que o direito sucessório que agora lhe cabe, quando com ele concorram descendentes legítimos ou os de um cônjuge sobrevivente do autor da herança, assume a forma de um *direito de representação sucessória* (semelhante ao direito ao quinhão legítimo geral), de modo que o filho ilegítimo não entra na comunhão hereditária com aqueles outros herdeiros (§ 1934-a do Código Civil).

É isto e apenas isto o que significa para o Direito «parentesco» e «descendência» (legítima ou ilegítima): por força da «hipótese» do parentesco ou da descendência assim circunscrita pela lei desta ou daquela maneira surgem ou não surgem estes ou aqueles «efeitos jurídicos». Tudo o mais que, nas relações humanas, o conceito de «parentesco» evoca ou por ele é sugerido: o sentimento de solidariedade e comunidade de destino, a recordação de antepassados comuns e de uma origem comum, a consciência de compartilhar da honra de todos os membros da família e o conexo sentimento de responsabilidade, a entreajuda nas necessidades, etc. — tudo isto apenas tem para o Direito, quando muito, um significado mediato, pois que imediatamente apenas lhe interessam aqueles direitos e deveres que são reconhecidos como «consequências jurídicas». Assim, pode efectivamente constituir um dever moral para os descendentes de um tronco comum (irmãos e primos) ajudarem-se mutuamente nas situações de necessidade e garantirem-se reciprocamente o sustento. Mas, se o Direito não prescreve a obrigação de alimentos, o facto

do parentesco não tem, nessa medida, relevância jurídica. É bem certo, todavia, que existe um direito de escusa a depor como testemunha relativamente a parentes da linha colateral até ao terceiro grau, de forma que também aqui se nos depara de novo uma certa relatividade da regulamentação jurídica.

Esta relatividade da regulamentação jurídica sob a forma de diferentes *efeitos jurídicos* referidos à mesma situação básica faz-nos compreender melhor a relatividade acima descrita na formação dos *conceitos da hipótese legal*. Que a sucessão legítima e a ilegítima possam ter diferentes consequências jurídicas, não obstante representarem a mesma situação de facto natural, isso explica-se pela circunstância de na norma jurídica não ser conceitualmente *fixada* e tornada objecto de enunciados científicos (sobre um «parentesco» ou «descendência» biológica «em si», com estes ou aqueles efeitos «naturais») uma situação de facto em si previamente dada. O que acontece é, antes, que «hipóteses legais» são recortadas e por assim dizer *postas* (constituídas) como pressupostos de determinadas regulamentações jurídicas (de natureza civil, penal, ou até de direito público). Ora, ao proceder assim, o legislador tem a liberdade de determinar diferentemente os pressupostos da hipótese, na perspectiva de específicos pontos de vista jurídicos, e, portanto, de apreciar e conceber de diferentes modos, tendo em conta as diferentes consequências jurídicas, o facto natural unitário da «descendência».

Falámos repetidas vezes de *efeitos jurídicos* (ou consequências jurídicas) que se ligam a uma «hipótese legal». Que devemos entender por «efeitos jurídicos»?

Já tomámos conhecimento de alguns de entre eles: o direito de usar um certo nome, o direito e a obrigação de exercer o poder paternal, o direito a alimentos e o direito de sucessão. Em qualquer caso, *direitos e deveres*. Isso implica uma multiplicidade de coisas. Primeiramente e para começar, significa que as consequências jurídicas consistem em direitos (poderes jurídicos) e deveres e, depois, que estes direitos e deveres são *reconhecidos* como jurídicos. Com referência a este último ponto contentemo-nos com a observação de que os direitos e deveres apenas são reconhecidos como jurídicos quando podem ser defendidos e efectivados através de meios jurídicos — o que hoje praticamente significa, dada a íntima ligação entre Direito e Estado, que eles, sendo necessário, podem fazer-se valer perante as autoridades judiciais e administrativas. (O problema das relações dos direitos e deveres jurídicos com os direitos e deveres morais — aos quais falece aquela exequibilidade estadual — é já um problema de filosofia do Direito que não cabe tratar aqui).

Quando há pouco dissemos que as consequências jurídicas são constituídas por direitos e deveres, deveríamos ter logo acrescentado: em primeira linha. Pois não podemos esquecer que no Direito há «grandezas negativas», consequências jurídicas negativas, a saber, a negação de direitos e deveres, como justamente acontece (parcialmente) na paternidade ilegítima, por exemplo. Ademais, se, v. gr., um «negócio jurídico» é contrário à lei ou aos bons costumes, como, por exemplo, a promessa de prestar num processo um falso testemunho a troco de dinheiro, o negócio é «nulo» (§ § 134, 138 do Código Civil), o que significa que dele

não resultam quaisquer direitos ou obrigações. E deste caso devemos distinguir ainda aquele outro em que duma hipótese legal podem resultar direitos e deveres que têm um conteúdo negativo, isto é, direitos e deveres que se referem a uma omissão, a um não fazer algo, como, v. gr., o dever de não realizar uma actividade ruidosa e o correspondente direito. Os direitos e deveres desta última espécie são juridicamente algo de positivo, como o são também as dívidas — que nas nossas contas tratamos como algo negativo e a ser reduzido do património, mas que em face do Direito são algo de positivo, a saber, típicas obrigações. Autênticas grandezas negativas em sentido jurídico são-no, pelo contrário, as negações de direitos e deveres que vão conexas com a nulidade dos negócios jurídicos contrários à lei e aos bons costumes. Elas representam como que um cancelamento das consequências jurídicas, a que nós, no entanto, e por estranho que pareça, voltamos a chamar «consequência jurídica», pois dizemos que a ofensa da lei ou dos bons costumes por parte de um negócio jurídico tem por consequência jurídica que o negócio é nulo e que, portanto, ele não produz propriamente quaisquer consequências jurídicas. É evidente que neste contra-senso se esconde uma ambiguidade. Esta perturbante ambiguidade reside no facto de chamarmos «consequência jurídica», já a uma parte constitutiva da *regra* jurídica (a regra jurídica «consta de hipótese legal e consequência jurídica»), já àquilo que *na* regra jurídica se prescreve ou estatui: a constituição de um direito ou de um dever ou aquilo a que o direito e o dever se referem: a prestação, a pena, etc. Por exemplo, importa distinguir entre a estatuição da

regra jurídica prescrevendo que de um contrato de compra e venda resultam certos direitos e deveres para o comprador e o vendedor (é esta a consequência jurídica enquanto parte constitutiva da regra de Direito) e os próprios direitos e deveres das partes contratantes que se encontram prescritos naquela regra: o direito do vendedor a exigir o preço da venda, o dever do comprador de pagar e receber a mercadoria. Quando dizemos que uma ofensa da lei ou dos bons costumes tem a consequência jurídica de fazer com que se não produzam consequências jurídicas (efeitos jurídicos), a expressão «consequência jurídica» há-de ser atribuído um duplo sentido: um primeiro, significando o mesmo que parte constitutiva da regra jurídica, e um segundo, significando o mesmo que direito ou dever. Esta ambiguidade nunca poderá ser inteiramente evitada, por isso que a linguagem corrente dos juristas de continuo se serve de ambas as expressões conjuntamente. Para afastar dúvidas convém dar à consequência jurídica, quando esta seja entendida no sentido de elemento constitutivo da regra jurídica, a designação de comando ou estatuição jurídica.

Após este parêntesis, regressemos à nossa tese: as consequências (efeitos) jurídicas apresentam-se sob a forma de direitos e deveres. Ser-nos-á permitido pensar aqui em direitos e deveres positivos — se bem que eventualmente possamos ainda pensar naqueles direitos e deveres que são algo negativo, um *non facere* ou omissão. Eles representam a própria substância do Direito. Em face deles as negações (*scl.* de efeitos jurídicos) apresentam-se tão-só como limitações, como algo secundário. O centro gravitacional do Direito

reside nisto: em ele positivamente conferir direitos e impor deveres.

Ora topa-se agora e logo, nos tratados de Direito civil, com uma maneira de dizer segundo a qual a «consequência jurídica» ou, como também se diz, o «efeito jurídico» dum facticidade juridicamente relevante consiste na constituição, extinção ou modificação dum relação jurídica. E se agora perguntarmos o que é que deve entender-se por este novo conceito «*relação jurídica*», receberemos mais ou menos a seguinte resposta: uma relação jurídica é uma «relação da vida definida pelo Direito», como o são, v. gr., as relações entre comprador e vendedor ou entre cônjuges. «Pelo lado do seu conteúdo, as relações jurídicas apresentam-se as mais das vezes como poderes (direitos), aos quais se contrapõem os correspondentes deveres; mas também existem relações jurídicas — como, por exemplo, o parentesco, o domicílio — que apenas são consideradas como relevantes enquanto possíveis fontes de direitos e deveres futuros, isto é, de direitos e deveres que somente surgem quando outros pressupostos se verificam». Se agora analisarmos estas considerações sobre a relação jurídica enquanto conteúdo da «consequência jurídica», facilmente nos daremos conta de que, afinal, a relação jurídica não funciona justamente como consequência jurídica, mas, antes, como *hipótese legal* destinada a produzir consequências jurídicas, e que, ao invés, na medida em que a relação jurídica, ou a sua constituição, extinção ou modificação, seja efectivamente encarada como *consequência jurídica*, esta formulação por sua vez nada mais exprime senão que se trata de direitos e de deveres, da sua constituição, etc.

E, assim, também por este modo somos conduzidos, pois, aos direitos e deveres como conteúdo das «consequências jurídicas».

Do mesmo modo, só à primeira vista é que parecera tratar-se de uma diferente concepção da natureza da consequência jurídica quando se diz: como o Direito é uma ordem de coacção, a estatuição da consequência jurídica há-de consistir sempre em prescrever uma *coacção*, em prescrever, portanto, uma pena ou uma execução forçada e coisas similares. «Sendo o Direito uma ordem de coacção, toda a norma jurídica é uma norma que prescreve ou ordena um acto coercitivo. A sua essência exprime-se por conseguinte numa proposição, na qual a um determinado pressuposto vai ligado o acto de coacção como consequência». Assim se exprime o fundador da chamada «Teoria Pura do Direito», HANS KELSEN. Mas se ponderarmos que a prescrição da coacção, por seu turno, se limita também a produzir, de um modo coactivo, direitos e deveres ou que, como o próprio KELSEN diz, dada a hipótese legal, *deve* ter lugar a coacção, torna-se-nos patente que também aqui as consequências jurídicas se reconduzem a direitos e deveres. Só que são direitos e deveres dum tipo particular, a saber, direitos e deveres dos órgãos estaduais de realizarem determinados actos. O significado dos direitos e deveres assim configurados está naturalmente conexo com a circunstância de os direitos e deveres *jurídicos* serem precisamente caracterizados como jurídicos por acharem efectivação através das autoridades estaduais. Ora isto apenas pode ser assim se existem os correspondentes direitos e deveres estaduais. Estes aparecem, portanto, como o último ponto

de apoio de todos os direitos e deveres — concepção esta que é porventura discutível, mas que nós não podemos discutir neste lugar.

Como *resultado* provisório vamos assentar no seguinte: as consequências jurídicas, que nas regras de Direito aparecem ligadas às hipóteses legais, são constituídas por direitos e deveres. As estatuições das consequências jurídicas prescrevem a constituição ou a não-constituição de direitos e deveres. Mas poderemos nós porventura simplificar ainda o modo de nos exprimirmos reconduzindo os deveres a direitos e os direitos a deveres? Se não há deveres sem direitos nem direitos sem deveres, pois que sempre ao direito de um corresponde o dever de outro — v. gr., ao direito do vendedor a exigir o preço da venda corresponde o dever do comprador de pagá-lo, ou o dever do Estado de condenar por sentença o dito comprador e proceder à execução forçada do seu património —, talvez baste então dizer que a hipótese legal de toda a regra de Direito tem como consequência jurídica *direitos* ou afirmar que ela tem como consequência jurídica *deveres*. Ora se efectivamente queremos proceder a esta simplificação, parece mais viável seguir o caminho de reconduzir os direitos aos deveres. Pois é fora de dúvida que não existem direitos sem deveres, ao passo que é duvidoso se a todos os deveres correspondem direitos referidos ao cumprimento desses deveres, e isto mesmo que ao falarmos nestes direitos correlativos tenhamos em mente não só os direitos dos individuos mas ainda os da comunidade e particularmente do Estado. Digamos portanto: As consequências jurídicas previstas nas regras de Direito são constituídas por *deveres*. Mas o

que são deveres? Um dever consiste sempre num *dever-ser de certa conduta*. Quem é obrigado a adoptar um certo comportamento, fazendo ou deixando de fazer (omitindo) alguma coisa: ele deve agir desta ou daquela maneira, deixar de fazer isto ou aquilo.

E eis-nos assim chegados a uma nova fase da nossa indagação: as regras jurídicas são *regras de dever-ser*, e são verdadeiramente, como sói dizer-se, proposições ou regras de *dever-ser hipotéticas*. Elas afirmam um *dever-ser* condicional, um *dever-ser* condicionado através da «hipótese legal». Exemplo: se foi concluído um contrato válido de venda de uma coisa, o vendedor deve entregar a coisa ao comprador e transferir-lhe a propriedade sobre ela, o comprador deve receber a coisa do vendedor e pagar-lhe o preço convencionado (cfr. § 433 do Código Civil). Novo exemplo: se alguém, intencionalmente ou por negligência, ilicitamente causa dano à vida, ao corpo, à saúde, à liberdade, à propriedade ou a qualquer outro direito de outrem, deve prestar ao lesado indemnização de perdas e danos (cfr. § 832 do Código Civil). Ainda outro exemplo: se alguém subtrai a outrem um objecto móvel que lhe não pertence, na intenção de ilicitamente se apoderar dele, deve ser punido com prisão por furto (cfr. § 242 do Código Penal). Embora as leis designem as consequências jurídicas como «obrigações» (§ § 433, 823 do Código Civil) ou se exprimam de qualquer outra maneira (o Código Penal diz de um modo característico: «será punido»), o que se quer significar sempre é que algo deve acontecer.

Mas que significa aqui o verbo «dever» («dever-ser» — «Sollen»)? O que significa o *dever-ser* de certa

conduta (pois que outras acepções do dever-ser, que não aquelas que se referem à conduta humana, não nos interessam senão secundariamente)? De novo topamos aqui com uma difícil questão de filosofia do Direito, uma questão mesmo de filosofia geral. Muitos filósofos têm dito que sobre o dever-ser nada mais se pode afirmar: que ele é um conceito fundamental e último que já não é susceptível de definição, uma «categoria», um modo originário do nosso pensamento. Foi este ponto de vista defendido pelo perspicaz filósofo da moral e da cultura, GEORG SIMMEL, entre outros. «O dever-ser (*das Sollen*) é uma categoria que, aditada ao significado real duma representação, determina a sua importância relativa para a *praxis*... Não há qualquer definição do dever-ser... O dever-ser é um modo de pensamento como o futuro e o pretérito...». Outros acentuam que o dever-ser é a expressão de um querer. Neste sentido, escreve-se no conhecido dicionário dos conceitos filosóficos de R. EISLER: «O dever-ser é o correlato de uma vontade, uma expressão do que é exigido por uma vontade (própria ou alheia). O 'dever-ser' é um 'diktat' da vontade. Ele é dirigido por uma vontade supra-ordenada a uma vontade subordinada ...». Se nos lembrarmos que a expressão de uma vontade dirigida à conduta de outrem se chama «imperativo», poderemos acompanhar EISLER quando diz: «O 'tu deves' tem carácter imperativo». Sendo assim, podemos então afirmar que as regras jurídicas, como regras de dever-ser dirigidas a uma conduta de outrem, são imperativos. Finalmente, podemos ainda tentar esclarecer o conceito de dever-ser através do conceito de *valor*: uma conduta é devida (deve ser)

sempre que a sua realização é valorada positivamente e a sua omissão é valorada negativamente. Aqui não podemos aprofundar mais este assunto.

Retomemos agora a fórmula segundo a qual as regras jurídicas são *imperativos*. Ela quer dizer que as regras jurídicas exprimem uma vontade da comunidade jurídica, do Estado ou do legislador. Esta dirige-se a uma determinada conduta dos súbditos, exige esta conduta com vista a determinar a sua realização. Enquanto os imperativos jurídicos estiverem em vigor, eles têm força obrigatória. Os deveres (obrigações) são, portanto, o correlato dos imperativos. A partir disto foi elaborada uma «teoria» cuja tese afirma: o Direito é, em substância, constituído por imperativos e só por imperativos. E esta teoria é correcta quando a entendamos adequadamente e sem exageros. Em primeiro lugar, ela não se refere naturalmente a cada uma das proposições gramaticais que se encontram num Código. Nomeadamente estas proposições, na generalidade dos casos, e por razões de «técnica legislativa», não são autónomas. Só da combinação delas entre si resulta um sentido completo. Mais tarde haveremos de ver que nesta combinação se traduz uma boa parte da arte dos juristas. Para já, limitemo-nos a um exemplo. Quando o § 53 do Código Penal e o § 227 do Código Civil concordemente nos apresentam uma «definição legal» de legítima defesa, a saber: «Legítima defesa é aquela defesa que é necessária para afastar uma agressão ilícita e actual de si ou de outrem», esta determinação do conceito não tem um significado autónomo, pois só tem sentido em combinação com o ulterior esclarecimento dado pela lei de que a conduta exigida pela legítima

defesa não é «ilícita» e não é «punível». Mas também este último esclarecimento não é autónomo, pois só pode compreender-se como limitação de proibições e de declarações de punibilidade: causar danos a outrem, matá-lo, infligir-lhe lesões corporais, exercer violência sobre ele, etc., acções que em geral são proibidas e puníveis, em caso de legítima defesa passam a ser lícitas. A conhecida máxima: «O que não é proibido é permitido», pode também ser invertida: «O que é permitido não é proibido»⁽¹⁾. Tanto as definições legais como as permissões são, pois, regras não autónomas. Apenas têm sentido em combinação com imperativos que por elas são esclarecidos ou limitados. E inversamente, também estes imperativos só se tornam completos quando lhes acrescentamos os esclarecimentos que resultam das definições legais e das delimitações do seu alcance, das permissões assim como de outras excepções. Os verdadeiros portadores do sentido da ordem jurídica são as proibições e as prescrições (comandos) dirigidas aos destinatários do Direito, entre os quais se contam, de resto, os próprios órgãos estaduais. Essas proibições e prescrições são elaboradas e construídas a partir das proposições gramaticais contidas no Código.

O que acabámos de dizer vale também em relação àquelas denegações de consequências jurídicas que nós vimos terem lugar quando um negócio jurídico viola a lei ou ofende os bons costumes. Quando o Código Civil declara tais negócios nulos e, conseqüentemente, lhes recusa aptidão para criarem obrigações, isto apenas significa que a ordem ou comando impondo aquela prestação a que noutros casos os negócios jurídicos (como, v. gr., um contrato de compra e venda, um

contrato de prestação de serviços) obrigam, excepcionalmente não tem lugar. Por conseguinte, as prescrições ou comandos que impõem a prestação são também limitados por estas regras sobre a nulidade dos negócios jurídicos.

De modo diferente, porém, se passam as coisas no que respeita à revogação expressa ou tácita de imperativos jurídicos preexistentes. Assim, por exemplo, se a proibição do aborto fosse completamente revogada, como algumas vezes já tem sido reclamado, isto significaria o desaparecimento de um imperativo. Esta revogação ela mesma não seria um imperativo nem parte integrante dum imperativo. No imperativo a vontade do destinatário do Direito é vinculada, ao passo que na norma jurídica revogatória essa vontade é libertada. Se, porém, a regra proibitiva do aborto apenas é quebrada em relação a certos casos, como, v. gr., na hipótese de interrupção clínica da gravidez para salvar a vida ou a saúde da grávida, então de novo se tratará apenas de uma regra permissiva limitadora, não-autónoma, que se deixa configurar como excepção à regra proibitiva do aborto, mantendo-se esta como regra geral.

Todavia, a teoria imperativística não é forçada a abandonar a sua tese fundamental pelo facto de existirem normas jurídicas revogatórias que não têm carácter imperativo, por isso que estas normas revogatórias apenas têm por função diminuir a soma total dos imperativos jurídicos vigentes, sem acrescentar ao próprio conjunto desses imperativos preceitos jurídicos dum novo tipo. Através das normas revogatórias certas formas de conduta são subtraídas ao domínio do juri-

dico e relegadas para o «espaço ajuridico». O que subsiste após esta operação são de novo e apenas imperativos.

Há ainda uma outra classe de normas jurídicas a que devemos prestar particular atenção: as normas *atributivas*, aquelas que conferem direitos subjectivos⁽²⁾. Vamos portanto prolongar, mas de um novo ângulo, certas considerações que acima iniciámos sobre a relação entre o direito e o dever. Exemplos clássicos de atribuições de direitos aos indivíduos são-no as garantias fundamentais de Direito constitucional, tais como aquelas que nós actualmente encontramos na primeira parte da Constituição (Lei Fundamental) de Bona, mas são-no ainda as determinações do Direito Civil sobre a propriedade, o seu conteúdo e a sua protecção (§ § 903 e ss., 985 e ss., do Código Civil). A linguagem jurídica corrente distingue entre Direito objectivo e direito subjectivo. O Direito objectivo é a ordem jurídica, o conjunto das normas ou regras jurídicas que nós há pouco concebemos como imperativos. O direito subjectivo é o poder ou legitimação conferida pelo Direito (*Berechtigung*). Mas se partirmos do ponto de vista de que os direitos subjectivos se fundamentam em normas jurídicas atributivas (normas que atribuem esses direitos), estas concessões ou atribuições de direitos pertencem ao Direito objectivo, pois que são regras jurídicas. Ora em que relação se encontram estas normas com as regras jurídicas de carácter imperativo? Para responder a esta questão temos de analisar mais de perto a natureza do direito subjectivo. Antes de tudo, os direitos subjectivos são mais do que simples permissões. Uma permissão, como por exemplo, a de causar danos

ao agressor na hipótese de legítima defesa, pode ser considerada como mera excepção às várias proibições de lesar ou danificar outrem e, nesta medida, apenas terá um significado negativo. A concessão de um direito subjectivo como o da propriedade significa, ao contrário, algo positivo. Neste caso, reconhece-se ao titular do direito subjectivo uma esfera de poder, de modo a ser-lhe possível, dentro dela, acautelar os seus próprios interesses. Por isso é que no já muitas vezes citado tratado de ENNECCERUS se escreve: «O direito subjectivo é, sob o aspecto conceitual, um poder que ao individuo é concedido pela ordem jurídica e, pelo que respeita à sua finalidade, um meio para a satisfação de interesses humanos». ENNECCERUS coloca a «concessão» de tais direitos subjectivos ao lado das prescrições e das proibições do Direito. «Toda a regra jurídica perfeita (completa) contém uma prescrição (um comando); muitas, porém, a mais disso, e mesmo em primeira linha, contém uma concessão». «Efectivamente, se o Direito consistisse apenas em prescrições ou comandos, estes poderiam na verdade traduzir-se em vantagens para outrem (assim, v. gr., o preceito que manda espargir as estradas em tempo de inverno e quando há gelo, traduz-se em vantagem para os utentes das vias públicas; o preceito que ordena o estabelecimento de determinadas instituições destinadas a promover o bem-estar geral, traduz-se em benefícios para o público — são os chamados efeitos «reflexos»), ...mas não poderia surgir para esse outrem, com base apenas nessa prescrição ou comando, um direito a que ele (esse comando) seja observado; para tanto torna-se necessária ainda uma concessão deste direito a essa

pessoa... A regra jurídica que me atribui a propriedade não se limita a estabelecer para os outros a proibição de me perturbarem o domínio da coisa, antes me confere ao mesmo tempo esse domínio sobre a dita coisa, no sentido de que eu próprio posso exigir que mo não perturbem». Ora este lado positivo do Direito parece levar por completo de vencida a teoria imperativista. Numa célebre crítica desta teoria afirmou K. BINDING que, segundo ela, o direito subjectivo apenas seria «um buraco no círculo das normas». A teoria imperativista apresenta-se como uma espécie de pessimismo filosófico-jurídico. Se, de acordo com SCHOPENHAUER, o clássico representante do pessimismo filosófico em geral, todo o prazer da terra consiste em manter afastado o desprazer, segundo a teoria imperativista parece que tudo o que de positivo o Direito concede apenas consiste no não estar vinculado por imperativos, no estar liberto da «penosa exigência, do rigoroso dever-ser (*Sollen*)». Assim como só nos apercebemos da meramente negativa libertação do desprazer quando a perdemos, assim como só aprendemos a apreciar a frescura da juventude, a saúde e a energia para o trabalho quando estas vão gradualmente desaparecendo, também só damos conta da benção que representa a concessão de direitos quando os imperativos cada vez mais nos limitam a liberdade. Apenas sob o jugo do Estado totalitário aprende o homem a apreciar de novo os perdidos direitos e liberdades fundamentais. Entretanto, a teoria imperativista, rectamente entendida, não se deixa afastar por considerações desta natureza. Ela de modo algum negará que o direito concede (atribui) algo, que produz resultados positivos

e cria vantagens palpáveis. Os direitos subjectivos estão aí e são alguma coisa de positivo. Todavia, a referida teoria imperativista mostra-nos que o Direito tão-somente alcança este efeito positivo através de uma significativa instituição de imperativos. Assim, haja vista a propriedade, que pode considerar-se como *protótipo* de um direito subjectivo. A sua «concessão» é operada através dos seguintes meios, e apenas através deles: pelo facto de ser proibido a quem quer impedir ao proprietário o gozo da coisa que lhe pertence — furtando-lha ou roubando-lha, recusando-lhe a sua posse, perturbando-lhe o seu uso, etc. —; pelo facto de ser ordenado àquele que, sem um particular titulo juridico, está na posse duma coisa alheia, que a restitua ao seu proprietário; e, sobretudo, pelo facto de ser ordenado às autoridades judiciárias que, a requerimento do proprietário, intervenham no sentido de obterem a efectivação daqueles comandos e proibições primários. Sem todos estes imperativos, qualquer concessão da propriedade, por mais expressa e solene que fosse, não teria sentido nem substância. E o mesmo vale em relação a todos os outros direitos subjectivos. Deste ponto de vista, a concessão de direitos subjectivos é, no fundo, um modo de falar sobre uma constelação de imperativos entrelaçados de uma forma especial. Mas note-se bem que os direitos subjectivos não brotam do sol por toda a parte em que algo é ordenado (prescrito) pelo Direito, mas tão-somente lá onde os imperativos juridicos estão conformados e coordenados de maneira tal que deles resultam aquelas posições de privilégio (*Machtpositionen*) a que nós chamamos direitos subjectivos. KELSEN exprime isto mesmo nos seguintes termos: «Te-

mos perante nós um direito subjectivo (*Berechtigung*) quando, entre os pressupostos da consequência jurídica ilícitude, figura uma manifestação de vontade, dirigida àquela consequência, daquele que é lesado nos seus interesses pelo facto ilícito, manifestação de vontade essa vertida na forma de uma acção ou de uma queixa (ou reclamação)». Assim, «o direito subjectivo não se situa em face do Direito objectivo como algo independente dele». «O dualismo de direito subjectivo e Direito objectivo desaparece». Sempre que há direitos subjectivos, sempre que eles são «concedidos», são concedidos através da criação de imperativos. Nem aliás poderia ser doutro modo, por isso que o direito, por si mesmo, não dispõe de qualquer outro meio de acção senão daquele que lhe é conferido através do poder de emitir comandos. Tudo o que o Direito realiza, realiza-o através da utilização deste poder de comando. Ele não dispõe dum saco cheio de direitos subjectivos no qual possa meter a mão para os espalhar entre o povo. Na sua relativa pobreza assentam, em último termo, as razões de todas as dificuldades do Direito. Como os direitos subjectivos só podem ser concedidos agravando as outras pessoas com exigências e obrigações — mesmo que se trate apenas da obrigação de conservar uma coisa ou de se abster duma acção —, é muito mais difícil realizar a justiça do que se se tratasse da distribuição de um preexistente tesouro de direitos subjectivos. Também a uma mãe custa menos se tem de repartir justamente um bolo entre os seus filhos do que se se vê obrigada a impor obrigações a um filho para vantagem do outro. Ainda desta perspectiva se faz nova luz sobre a distinção entre a simples permissão e a

chamada concessão de direitos subjectivos. Com cada nova permissão são limitadas as proibições, os imperativos perdem terreno. Quando se trata de novas concessões de direitos, pelo contrário — como aconteceu, no nosso tempo, e. g., com o reconhecimento dos direitos de autor — os imperativos aumentam necessariamente. O domínio do permitido alarga-se tanto mais quanto mais os imperativos se dissolvem. Inversamente, o inventário dos direitos subjectivos apenas pode aumentar em paralelo com o aumento do inventário das proibições e prescrições⁽³⁾.

Se nos é licito, portanto, afirmar sem receio o carácter primário de imperativos de regras jurídicas essenciais perfeitas (completas), não vamos no entanto esquecer que a vontade imperativista do legislador não é uma vontade desvinculada (incondicionada), um mero arbitrio. Os comandos e proibições do Direito têm as suas raízes nas chamadas *normas de valoração*⁽⁴⁾, eles fundamentam-se — dito de forma mais simples — em valorações, em aprovações e desaprovações. Tem inteira razão o moralista FR. JODL quando afirma que todo o imperativo «já pressupõe necessariamente o juízo de que aquilo que se exige tem um valor particular, um valor próprio, e é por isso mesmo que é exigido». Com igual razão se exprime o criminalista E. MEZGER: «O Direito, enquanto 'norma determinativa' (=imperativo) não é de modo algum 'pensável' sem o Direito enquanto 'norma valoradora' — o Direito como norma valoradora é um necessário pressuposto lógico do Direito como norma determinativa... Pois quem pretende 'determinar' alguém a fazer algo tem de previamente conhecer aquilo a que o quer determinar:

ele tem de 'valorar' aquele algo num determinado sentido positivo. Um *prius* lógico do Direito como norma de determinação é sempre o Direito como norma de valoração, como 'ordenação objectiva da vida'. Temos de reconhecer como acertadas estas considerações, pelo menos quando não vejamos no Direito a expressão da vontade caprichosa de um déspota mas o produto de ponderações racionais. Nestes termos, por exemplo, o aborto não é proibido por acaso, mas porque se considera ou estima aquele ser vivo em gestação como sagrado e intocável e se reconhece a necessidade de lhe conceder protecção jurídica contra os perigos que o ameaçam, nas situações de conflito, por parte da grávida e de terceiras pessoas. Somente no caso de estas situações de conflito se apresentarem com uma configuração tal que se deva dar preferência a outros interesses sobre aquela vida em gestação, é que poderá ter lugar uma valoração diferente e abrir-se uma excepção à proibição do aborto. É neste sentido que hoje, entre nós, se reconhece a chamada indicação médica como fundamento para a «interrupção da gravidez», com o fim de se afastar um perigo sério para a vida ou a saúde da grávida, com o consentimento desta. A proibição do aborto, assim como as excepções a esta proibição, fundamentam-se, portanto, em valorações prévias. Pode, de um modo inteiramente geral, afirmar-se que a indagação destas valorações subjacentes às regras jurídicas é de máxima importância para a correcta compreensão e para a determinação do conteúdo de tais regras. A este ponto voltaremos ainda mais adiante.

Todavia, também esta consideração não é de

molde a impedir-nos de ver a substância das regras jurídicas no seu carácter imperativo. Com efeito, a valoração só se torna genuína regra jurídica ao armar-se com um imperativo. Com simples normas de valoração não poderia o Direito exercer o domínio que lhe compete sobre a vida dos homens em comunidade. Só na medida em que as normas de valoração adquirem a força de manifestações de vontade e, portanto, de ordens ou comandos, é que elas se transformam em normas jurídicas.

Tendo, portanto, de nos conformar com a tese de que as normas jurídicas são, no seu conteúdo essencial, imperativos, ela não deixará de fazer surgir, no espírito daqueles que conhecem o mundo conceitual da filosofia kantiana, a seguinte pergunta: são estes imperativos categóricos ou hipotéticos? Já dissemos que as regras ou proposições jurídicas são regras hipotéticas de dever-ser. Voltemos de novo a este ponto. Primeiramente trata-se de saber, à luz da terminologia kantiana, qual a espécie a que pertencem os imperativos jurídicos. Ora: «Os imperativos ou são hipotéticos ou categóricos. Os primeiros põem a necessidade prática de uma possível conduta como meio para qualquer outra coisa que se pretende alcançar. O imperativo categórico seria antes aquele que apresentasse uma conduta como objectivamente necessária por si mesma, sem referência a qualquer outro fim». Por outras palavras, os imperativos hipotéticos são apenas bons conselhos do teor seguinte: se queres alcançar este ou aquele fim, tens de recorrer a este ou àquele meio. Eles são indicações técnicas nas quais se pressupõe «hipoteticamente» um determinado fim. KANT designa-os

também por «imperativos de pericia» e acentua de forma incisiva: «A questão não é a de saber se o fim é racional e bom, mas apenas a do que temos de fazer para o alcançar. A receita do médico para de forma segura fazer com que o seu paciente recupere a saúde, e a do envenenador para com segurança lhe provocar a morte, são sob este aspecto de igual valor, pois que ambas são adequadas à realização perfeita do respectivo fim». O célebre livro de N. MAQUIAVEL sobre o príncipe é neste aspecto um palpitante exemplo de um repertório de imperativos hipotéticos (para fins políticos). Além de tudo o mais é um traço essencial de toda a técnica moderna formular imperativos hipotéticos que ensinam os meios de realizar determinados fins, sem discutir ou apreciar moralmente os mesmos. Ora, bem ao contrário, a função dum imperativo categórico é precisamente dizer-me qual o fim que eu me devo propor em cada caso, incondicional e absolutamente, «sem referência a um outro fim». Devo eu, como médico, curar ou, como envenenador, matar? A proposição: «Não deves matar», é um imperativo categórico. Do mesmo modo, «a lei penal é um imperativo categórico», quer dizer, é um imperativo categórico que o criminoso sofra a pena merecida. É esta pelo menos a concepção de KANT na sua *Metafísica dos Costumes*. Claro que existe uma nitida divisão do trabalho (distribuição de funções) entre «técnica» e «moral». A técnica ensina-me os meios para alcançar o fim e deixa à moral a determinação do próprio fim. A técnica é moralmente indiferente ou, para ser mais exacto, ela recebe a sua significação moral da moralidade ou imoralidade dos fins a cujo serviço se coloca.

A qual dos domínios pertencem, pois, as regras jurídicas? A ciência jurídica é mais enformada por uma orientação técnica ou por uma orientação ética? Ora certamente que as regras jurídicas, sob certo aspecto, são de conceber como preceitos que exigem determinados meios para determinados fins. Nós vimos, por exemplo, que uma grande parte dos imperativos proíbem ou prescrevem determinadas condutas, para desse modo criarem aquelas posições de privilégio a que nós chamamos direitos subjectivos. Mas, à parte isto, o Direito está sob o signo e o critério da conveniência prática (da adequação a fins). Ele deve conformar (modelar) a vida da comunidade de modo ajustado a certos fins. E, no entanto, seria errado conceber por isso as regras jurídicas como imperativos hipotéticos, no sentido kantiano. Desde logo, porque o próprio Direito aprecia os fins em ordem aos quais estabelece as suas regras. Ele valora (estima) determinados fins como bons e por aí mesmo se submete, na medida em que é enformado pela aspiração ao «justo», aos princípios morais. O mal-afamado princípio do Nacional-Socialismo: «O Direito é o que é útil para o povo», que na realidade ameaçou degradar o Direito a um conjunto de meros imperativos hipotéticos, é um princípio que não só se apresenta como uma aberração do ponto de vista ético mas também como inadequado do ponto de vista da teoria do Direito. Isto porque nos não dá qualquer resposta à questão de saber o que é útil e proveitoso para o povo e ainda porque nós esperamos do direito precisamente uma resposta à questão de quais os fins que, sob o rótulo «utilidade do povo», devemos prosseguir: a ordem fronteiras adentro ou a

afirmação de poder em relação ao exterior, a paz ou a expansão guerreira, o progresso cultural ou a riqueza material, a felicidade do individuo ou a maior vantagem da comunidade? O próprio Direito, portanto, fixa os fins e exige a sua realização de uma forma tão incondicional, dum modo exactamente tão «categórico», como a moral. Resulta, pois, como consequência desta concepção, que, na interpretação e na aplicação dos imperativos jurídicos, devemos «entender» («compreender») estes como meios para alcançar os fins que o Direito considera bons. Inversamente, quando nos achamos perante imperativos hipotéticos, somos livres para nos decidir a favor ou contra o fim. Só se queremos o fim e o queremos alcançar com segurança é que temos de nos orientar pelo imperativo hipotético, o qual nos aconselha os meios apropriados.

Mas não será justamente que o Direito deixa a cada um a escolha dos fins e se limita a fornecer-lhe os meios? Esta concepção pode encontrar apoio no facto de as regras de Direito ligarem determinados efeitos jurídicos, conformes ou contrários à vontade do agente, a determinadas acções, com a indicação de que, se pretendo esses efeitos ou estou disposto a aceitá-los, tenho de praticar ou posso praticar as respectivas acções. Assim, por um lado, eu posso, através de uma declaração de vontade, da conclusão de um acordo, duma petição junto duma autoridade e de actos semelhantes, produzir efeitos jurídicos que são de meu agrado; mas também posso, por outro lado, praticar «actos ilícitos» e «actos puníveis», isto desde que me disponha a sujeitar-me à prestação de perdas e danos e a suportar a punição. É de acordo com o espírito desta concepção

que A. RUESCH afirma: «Quem, conhecendo exactamente a pena em que incorre, se decide a cometer o crime, decide-se simultaneamente a suportar a pena, considerando-a um preço justo ou até vantajoso da satisfação que lhe proporciona o crime». Podemos ainda ler, num autor de certo relevo que escreve sobre teoria do Direito, a seguinte frase: A norma jurídica «limita-se a apresentar uma conduta como condicionalmente recta, ou seja, como meio para fins que talvez sejam por nós perseguidos, ou que talvez sejam, ao contrário, por nós detestados, mas estão conformes com a vontade de quaisquer pessoas e, portanto, hão-de ser garantidos pelo poder posto ao serviço dessa vontade». Ou ouçamos o grande jusfilósofo italiano DEL VECCHIO falar — com intuito de repúdio, claro — daqueles que «declaram que o Direito deixa ao devedor a liberdade de não pagar a sua dívida quando prefira sujeitar-se, por causa dela, à execução forçada, e além disso, que qualquer pessoa pode praticar um crime, desde que esteja pronta a sofrer a respectiva pena». Com o próprio DEL VECCHIO devemos, porém, afirmar que «o Direito tem um carácter ao mesmo tempo hipotético e categórico». As coisas passam-se efectivamente da seguinte maneira: Quanto à sua substância, a regra jurídica é um imperativo categórico. Ela exige (prescreve) incondicionalmente. De certo que constituiria um mal-entendido simplesmente lastimável pensar-se que a regra juridico-penal poderia significar que nos pertence a escolha entre matar ou não matar, entre a prisão e a liberdade, que nos é lícito, por isso, desde que estejamos prontos a passar a vida por detrás das grades da prisão, cometer tranquilamente um homi-

cídio. O Direito moderno proíbe o homicídio com tanta firmeza como a Lei mosaica. De igual modo, constitui um imperativo categórico que o transgressor da proibição seja punido. KANT viu isso muito bem. Daí deriva para o Direito hodierno o chamado princípio da legalidade: o Ministério Público, que tem por função perseguir o crime, é, segundo o Código de Processo Penal, «obrigado a agir por todos os actos que podem ser judicialmente punidos e investigados». É isto o que vale em geral para toda a espécie de actos ilícitos ou puníveis. Vale em relação a tais actos o comando estrito da sua omissão, tanto por parte do Direito como, de resto, em grande medida, também por parte da moral. E não são menos categóricos os deveres de prestar à comunidade jurídica certas contribuições positivas, por exemplo: pagar impostos, suportar expropriações, etc. É também um preceito categórico aquele que ordena o cumprimento das obrigações de Direito privado assumidas através de declarações de vontade, especialmente através da conclusão de tratados. Todavia, o certo é que depende de nós o querermos ou não vincular-nos através duma declaração de vontade à celebração dum contrato. Nesta medida, está nas nossas mãos o poder de utilizar as regras e os preceitos jurídicos como meio para a modelação planeada das nossas relações de vida. Uma vez, porém, que nos tenhamos vinculado, é-nos categoricamente exigido o cumprimento das obrigações que assumimos. A célebre máxima «pacta sunt servanda» também é, pois, um imperativo categórico — e muitas vezes é considerada como de «Direito natural».

O certo é que os imperativos jurídicos são «hipotéticos» num sentido inteiramente distinto daquele que

corresponde à terminologia kantiana. Eles são hipotéticos, não no sentido de que temos de seguir determinadas prescrições quando queremos alcançar certos fins, não nos sendo imposto nada de vinculativo quanto aos mesmos fins, mas, antes no sentido de serem conexionados a determinados pressupostos, em parte expressamente fixados, em parte tacitamente subentendidos. As regras jurídicas, por outras palavras, são imperativos hipotéticos no mesmo sentido em que já acima chamámos hipotéticas às regras normativas. «Toda a regra jurídica representa em certo sentido uma hipótese, pois que ela é apenas aplicável quando se apresentem certas circunstâncias de facto que na própria regra se acham descritas». Assim, por exemplo, a proibição de matar, não obstante o seu carácter categórico, pressupõe que se esteja em face de uma situação normal, e não duma situação excepcional, como o seriam a situação de legítima defesa, a existência duma sentença de morte passada em julgado ou o estado de guerra. Propriamente a proibição de matar tem o seguinte teor: quando não seja caso de legítima defesa, de execução duma sentença de morte ou de realização de uma operação militar em tempo de guerra, é proibido matar. E cá temos um imperativo concebido sob a forma hipotética. Para o não confundirmos com o «imperativo hipotético» no sentido de KANT, podemos designá-lo por imperativo *condicional*. Dificilmente se poderá pensar num imperativo jurídico que não seja condicionado por este modo. Ora, como os lógicos, no chamado juízo hipotético (se *a*, logo *b*), distinguem entre prótase e apódose, assim também nós devemos distinguir no imperativo jurídico condicional a prótase da apódose. A prótase

contêm os pressupostos de cuja verificação depende o imperativo, a apódose o próprio imperativo⁽⁵¹⁾. O jurista chama à prótase «hipótese legal» e à apódose «consequência jurídica», devendo a propósito desta última pensar-se no comando ou estatuição de consequências jurídicas, no dever-ser de uma prestação (acção), tolerância ou omissão.

Pode, de resto, duvidar-se, num caso concreto, sobre o que pertence à «hipótese legal» e o que faz parte da «consequência jurídica». Quando o § 823 do Código Civil diz: «Aquele que intencional ou negligentemente lesar ilicitamente a vida, a integridade física... de outrem, fica obrigado a perdas e danos pelos prejuizos que daí resultem», podemos perguntar-nos se a fórmula «danos que daí resultem» pertence propriamente à hipótese legal ou à consequência jurídica. A solução correcta é a seguinte: pertence aqui à hipótese legal que um determinado prejuizo tenha surgido, e à consequência jurídica que precisamente esse prejuizo é que deve ser indemnizado. Pertence, com efeito, à hipótese legal tudo aquilo que se refere à situação a que vai conexaso o dever-ser (*Sollen*), e à consequência jurídica tudo aquilo que determina o conteúdo deste dever-ser.

Sobre a *hipótese legal* muito haverá ainda a dizer. Desde logo isto: que ela pode não ser constituída apenas por elementos positivos, mas também por elementos negativos, como o mostram os exemplos que acima apresentámos referentes às excepções a imperativos; que podem entrar a fazer parte dela, além disso, não só elementos exteriores, apreensíveis pelos sentidos, mas também momentos interiores, psíquicos, «sub-

jectivos» (v. gr., «intencionalmente», no referido § 823); ou que podemos encontrar nela, ao lado de elementos descritivos (como, v. gr., «lesão corporal»), elementos referidos a valores, «normativos» (v. gr., no § 826 do Código Civil, «ofensa aos bons costumes»). Não nos ocuparemos por agora em detalhe destas distinções. Pelo menos algumas delas terão de ocupar de novo a nossa atenção. A teoria da hipótese legal tem sido objecto de uma elaboração particularmente subtil dentro da ciência do *Direito penal*, o que em parte se relaciona com um célebre principio, que também se encontra expresso no artigo 103, al. 2, da Constituição, o principio: *nulla poena sine lege* (nunca se aplica uma pena sem um fundamento legal). Deste principio resulta, designadamente, que os preceitos de Direito penal têm de circunscrever com relativo rigor as hipóteses (ou tipos) legais a que vai ligado o comando da punição contido na consequência jurídica (estatuição). Por outro lado, desempenham um papel especial entre as hipóteses legais aquelas do Direito *civil* que em si incluem *declarações de vontade*, como designadamente todas as hipóteses legais que têm por objecto a celebração de contratos (exemplo: § 652 do Código Civil, relativo ao contrato de corretagem: «Quem promete uma comissão pela informação sobre a oportunidade de celebrar um contrato ou pela intervenção de alguém como intermediário num contrato...»). Tais hipóteses legais, como já referimos, possibilitam-nos a modelação das nossas relações da vida de acordo com a nossa vontade. Elas tornam possível a «autonomia privada» e permitem-nos dispor dos imperativos jurídicos duma maneira tal que nos levou a duvidar do seu carácter categórico. O

sentido destes imperativos parece ser, com efeito, o de que, se queremos alcançar determinados fins (no exemplo: a informação sobre uma oportunidade de celebrar um contrato), nos temos de obrigar a uma contraprestação através das correspondentes «declarações de vontade». Todavia, importa considerar que a obrigação, fundada em último termo na declaração de vontade, tem ela mesma carácter imperativo: «quod initio est voluntaris, posterea fit necessitatis» (GROCIO).

Mas há algo que precisamos pôr em destaque antes de prosseguirmos na nossa indagação: é que tanto a hipótese legal como a estatuição (consequência jurídica) são, enquanto elementos da regra jurídica, representadas por conceitos abstractos. Assim como os juízos hipotéticos no sentido lógico são constituídos por conceitos, de igual modo o são a prótase e a apódose de um imperativo jurídico condicional. Por isso, a «hipótese legal» e a «consequência jurídica» (estatuição), como elementos constitutivos da regra jurídica, não devem ser confundidas com a concreta situação da vida e com a consequência jurídica concreta, tal como esta é proferida ou ditada com base naquela regra. Para maior clareza chamamos por isso «situação de facto» ou «concreta situação da vida» à hipótese legal concretizada. Infelizmente, porém, não existe qualquer designação para a consequência jurídica concreta. Não obstante, o nosso Código Penal esforça-se por exprimir a distinção entre a consequência jurídica abstracta e a concreta, designando a pena estatuída na lei em forma abstracta como «cominação penal» (ou pena cominada) e a pena *concreta*, isto é, a pena «medida» ou fixada para o caso concreto, como «pena aplicada» (vejam-se, por exem-

plo, o § 52, por um lado, e o § 53 pelo outro, ambos do Código Penal). Aquela «cominação penal» (pena cominada) é muitas vezes indeterminada. Assim, p. ex. a «pena de multa» é frequentemente cominada sem indicações precisas sobre o seu montante, se bem que, segundo certos preceitos da Parte Geral (cfr. § § 40 e s. do Código Penal), existam limites mínimos e limites máximos. A pena «aplicada» é em princípio, ao contrário, exactamente determinada (ela é, p. ex., multa correspondente a 20 dias, cujo montante o tribunal «determina»). Temos uma excepção a isto no direito da delinquência juvenil, onde existe a possibilidade de uma duração indeterminada, embora dentro de certos limites.

Ora, se tivermos em mente esta distinção do abstracto e do concreto, toparemos ainda com um discutidíssimo problema que não quero passar aqui em claro, por isso que é rico de ensinamentos sobre a especificidade do pensamento jurídico. Refiro-me à questão de saber *qual a relação em que se encontram entre si a hipótese legal e a consequência jurídica*. Até aqui limitamo-nos a caracterizar esta relação como relação de condicionalidade: a hipótese legal, como elemento constitutivo abstracto da regra jurídica, define conceitualmente os pressupostos sob os quais a estatuição da consequência jurídica intervém, a consequência jurídica é desencadeada. Nada se opõe a que concebamos esta relação também como pura e simples predicação, tal como frequentemente o faz o próprio legislador. Na verdade, em vez de dizer: «se alguém intencional ou negligentemente lesa a vida, a integridade física, a saúde..., fica obrigado a reparar os prejuizos que daí resultem», diz antes: «*Quem inten-*

cional ou negligentemente lesa..., fica obrigado a reparar os prejuízos que daí resultem». Por conseguinte, é logicamente indiferente dizer que, sob as condições (pressupostos) formuladas na hipótese legal vale (inter-vém) a consequência jurídica, ou dizer que *para* a hipótese legal vale a consequência jurídica. Todavia, a primeira formulação exprime mais claramente o carácter condicional dos imperativos jurídicos, ao qual nós atribuímos um certo relevo. Mas, para efeito de configurar com maior plasticidade o carácter específico do pensamento jurídico, também já se tem apresentado aquela relação de condicionalidade como uma forma particular de *causalidade do jurídico*. Foi o que fez, já no século passado, ZITELMANN, na sua importante obra «Irrtum und Rechtsgeschäft», de 1879 (pp. 214 e ss.): entre a hipótese legal e a consequência jurídica existe «um específico vínculo de necessidade, criado pelo legislador, que nós não podemos conceber doutra maneira senão por analogia com a causalidade natural» (p. 216). Trata-se aqui de uma «causalidade própria do jurídico, criada pelos homens inteiramente por analogia com a causalidade natural» (p. 221). O legislador institui, entre a hipótese legal e a consequência jurídica — quer dizer, o estar-obrigado de uma pessoa —, uma conexão causal cuja existência ele mesmo determina. De entre os eminentes juristas contemporâneos, A. VON TUHR seguiu as pisadas de ZITELMANN. Escreve: «O mundo jurídico está submetido, tal como os processos da realidade exterior, ao principio da razão suficiente. Entre a hipótese legal e a consequência jurídica existe uma causalidade baseada, não na ordem da natureza, mas na vontade da lei, que, como a causa-

lidade dos fenómenos da natureza, se fundamenta em último termo na estrutura do pensamento humano. Uma modificação no mundo do Direito somente surge (*acontece*) quando se verificou a situação descrita na hipótese legal para tanto necessária; ela desencadeia-se sempre que a situação descrita na hipótese legal se apresenta, com uma necessidade inarredável, por assim dizer automaticamente, e isto no preciso momento em que a situação descrita na hipótese legal se completa: entre a causa jurídica e o efeito não medeia, tal como na natureza física, qualquer espaço de tempo mensurável». «A causalidade jurídica (a circunstância de um facto arrastar consigo efeitos de Direito) baseia-se na determinação da lei e, por isso, pode ser livremente modelada por ela: o Direito pode coligar a quaisquer factos quaisquer conseqüências jurídicas».

Desta ideia de uma causalidade jurídica extraem-se também conseqüências práticas, por exemplo: que uma conseqüência jurídica não pode produzir-se duas vezes ou ser duas vezes anulada. Não há «efeitos duplos» no Direito. Se alguém, por exemplo, se torna proprietário com base num negócio jurídico, não pode tornar-se uma vez mais proprietário com base numa outra hipótese legal, v. gr., numa usucapião. Ou então, se um negócio jurídico já é nulo com base em certa hipótese legal, não pode ser declarado nulo uma vez mais com base noutra hipótese legal, por exemplo, com base no dolo. Neste sentido diz VON TUHR que «um direito, uma vez constituído, não pode voltar a constituir-se, e um direito que ainda se não constituiu ou se extinguiu não pode ser anulado». Suponhamos por exemplo que, num processo em que se discute a validade de um contrato de compra

e venda, uma das partes, que quer ficar desligada do contrato, alega primeiramente que tal contrato ofende os bons costumes e é, por isso, nulo. Pode então a mesma parte, no caso de encontrar dificuldades de prova, alegar, além disso, que o contrato foi concluído por dolo, pelo que ataca a sua validade e requer a sua anulação com este fundamento? Segundo o ponto de vista de VON TUHR isso não é possível, pois é contrário à «causalidade jurídica». Um direito não constituído não pode ser anulado através duma acção de anulação.

Contra a teoria da existência duma conexão jurídico-causal entre a situação descrita na hipótese legal e a consequência jurídica, tem-se repetidas vezes objectado que ela confunde uma conexão lógica com uma conexão causal. Com grande perspicácia declara, por exemplo, BINDER que é «pura insensatez os juristas falarem de 'efeito (=eficiência) jurídico'». Tratar-se-ia de simples linguagem figurativa — pois que a consequência jurídica não poderia ser concebida, como todo o efeito genuíno, como «modificação dum estado de coisas», ela não teria qualquer «realidade (efectividade) objectiva, quer no mundo físico quer no mundo psíquico». A consequência jurídica em nada mais consistiria senão «numa conexão lógica da situação de facto (descrita na hipótese legal) com a regra jurídica na sua referência normativa». Todavia, não é com esta facilidade toda que se consegue afastar a concepção causalista. Pelo caminho seguido por BINDER parece que não chegamos ao problema propriamente dito. Quando um juiz «refere à regra jurídica» uma facticidade concreta prevista na hipótese legal, uma situação da vida, portanto, quer dizer, quando ele a «subsume» à hipótese

abstracta da lei, com esta subsunção somente não chega à consequência jurídica concreta, mas unicamente quando logicamente pressuponha que, na lei, por um lado, e no caso concreto, pelo outro, a situação descrita na hipótese legal *arrasta consigo* a consequência jurídica. É precisamente a este atrair-a-si (ou arrastar atrás de si) que os causalistas dão a designação de causalidade jurídica. Por conseguinte, a questão apenas pode ser a de se está certo que chamemos *causalidade* a esta conexão entre hipótese legal e consequência jurídica, *in abstracto* (dentro da regra jurídica, portanto) ou *in concreto* (quer dizer, com referência ao caso da vida que cai sob a regra jurídica). Quando BINDER observa que tal não é possível porque a consequência jurídica não possui qualquer realidade (eficácia) objectiva, poder-se-ia responder que seria justamente uma limitação indevida do conceito de causalidade pretender aplicá-lo somente a modificações no mundo dos objectos físicos e psíquicos — pois que também há produtos espirituais que talvez possam ser submetidos à categoria da causalidade. Por que haveríamos de não poder dizer que uma promessa «produz» (provoca) uma pretensão ou uma obrigação com a mesma propriedade com que dizemos que uma pancada produz (provoca) uma ofensa corporal ou uma dor psíquica? Desde HUME e KANT que, duma forma ou doutra, se encontra afastada a ideia de que a própria causalidade seja algo de objectivo (*etwas Gegenständliches*). Em todo o caso, sempre é verdade que a causalidade natural se baseia em leis naturais, ao passo que a causalidade jurídica se funda em leis humanas, sendo que estas últimas em certo sentido são produto duma criação arbitrária. Mas também com esta

consideração não fica o assunto arrumado: «É verdade que os factos jurídicos não possuem por si mesmos a sua força criadora de Direito (*rechtserzeugende Kraft*), mas a recebem da lei ou do costume: a causalidade jurídica é instituída pelo... Estado. Mas também os factos naturais não operam por si o resultado (efeito) natural, antes o mundo é criado e ordenado num plano situado para além deles...». Impõe-se mais e mais a ideia de que estamos envolvidos numa luta de palavras. Se os juristas, em vista das descritas analogias entre a conexão natural e a conexão jurídica, querem chamar causalidade à ligação da hipótese legal com a consequência jurídica, o que desde logo é comprovado pela expressão «efeito jurídico» (*Rechtswirkung*), já radicada e com foros de cidadania, havemos então de discutir ainda se se trata duma simples «imagem linguística», ou antes, duma apropriada extensão de uma «categoria» a um âmbito de matérias que sem razão se pretende subtrair ao seu domínio?

Todavia, impõe-se uma grande cautela. Não só por razões teóricas, pois que de qualquer forma a causalidade das leis naturais preestabelecidas possui uma estrutura diferente da conexão entre hipótese legal e consequência jurídica, criada pelos homens, mas também por razões práticas. A passagem da simples «linguagem figurativa» à aplicação da categoria da causalidade aos elementos constitutivos da regra jurídica e aos dados da vida subsumidos à mesma regra induz com a maior facilidade a consequências de «jurisprudência conceitualista», consequências estas que se apresentam como pecados contra o espírito da moderna Jurisprudência. É o que logo se revela precisamente no

tratamento do problema dos efeitos duplos, ao qual nos vamos referir, mas apenas em termos breves. Vimos que VON TUHR, por exemplo, deduz do conceito de causalidade jurídica a consequência de que os direitos constituídos não se constituem de novo, que os direitos que se não chegaram a constituir ou se extinguiram não podem ser anulados. Na medida em que pensemos a relação entre hipótese legal e consequência jurídica como simples conexão condicional ou predicativa (*se se verifica a hipótese legal, desencadeia-se a consequência jurídica, ou: para a hipótese legal vale a consequência jurídica*), nenhuma objecção fundamentais se levantam a que consideremos como possíveis os duplos efeitos. Várias hipóteses legais, por exemplo: uma transferência de propriedade por meio de negócio jurídico e uma usucapião, ou uma violação dos bons costumes e uma anulação por dolo, podem verificar-se conjuntamente, uma após a outra ou uma ao lado da outra, por tal forma que ambas ao mesmo tempo forneçam o «fundamento» para que a consequência jurídica, e portanto, para que um direito ou uma obrigação, se constituam ou não constituam. Pode alguém ser proprietário, tanto porque se tornou tal através de um contrato válido de transferência da propriedade, como também porque se verificam os pressupostos da aquisição da mesma propriedade por usucapião. De igual forma, um contrato de compra e venda pode ser nulo tanto por ofender os bons costumes como por ter sido atacado com base no dolo. Qualquer leigo sabe que podemos ter razão ou não ter razão por fundamentos vários. Por isso lhe não parecerá estranha a ideia de que várias hipóteses legais, das quais, cada

uma de per si, arrasta consigo *in abstracto* a mesma consequência jurídica, funcionem como vários fundamentos jurídicos para uma e a mesma consequência jurídica, quando *in concreto* para ela ao mesmo tempo concurram. É este o ponto de vista principalmente defendido por KIPP no seu célebre trabalho sobre os duplos efeitos no Direito. Se as hipóteses (legais) com que opera o jurista não são outra coisa senão «condições para que os imperativos intervenham ou para que nos libertemos deles», então «nada há a opor à dupla fundamentação da mesma consequência jurídica, pois nenhuma objecção levanta o facto de concorrerem dois fundamentos do mesmo comando jurídico» (p. 220). É por isso igualmente possível que «se constituam uma após outra duas obrigações de realizar uma e a mesma prestação», e bem assim que «eu seja proprietário por dois fundamentos (títulos) distintos» (p. 221), sendo indiferente que estes fundamentos surjam um ao lado do outro ou um depois do outro. É igualmente possível «que uma e mesma relação jurídica deva ser negada por dois fundamentos diferentes» (p. 223). Assim, «nada obsta a que uma relação de arrendamento seja denunciada por ambas as partes com igual eficácia, e isto não somente quando a denúncia seja feita por ambas as partes ao mesmo tempo, mas ainda quando a denúncia de uma das partes se siga à da outra»; e bem assim «é possível que um crédito seja pago e depois prescreva» (p. 223). É ainda possível que «um negócio jurídico possa ser nulo por dois fundamentos, por exemplo, por falta de forma e ao mesmo tempo por doença mental de uma das partes» (p. 224) — pelo que poderá um negócio jurídico nulo ser ainda atacado em via de anu-

lação e tornar-se nulo por este outro motivo, pois que «também neste caso se trata apenas duma pluralidade de fundamentos da não-existência do vínculo» (p. 225). Todas as concepções contrárias se baseiam tão-só numa «confusão da concepção figurativa dos efeitos de Direito, como se fossem efeitos do mundo corpóreo, com a verdadeira natureza das coisas» (p. 220). Todas as críticas dirigidas contra a aceitação duma anulabilidade dos negócios jurídicos nulos se desvanecem «logo que nos libertamos da imagem da destruição de um efeito corporeamente presente diante de nós ou da expulsão de um inimigo fisicamente situado à nossa frente» (p. 225). Vemos, portanto, que a teoria da causalidade jurídica, quando levamos demasiado longe a analogia com a causalidade natural, levanta aos juristas dificuldades de ordem prática. Estas dificuldades até hoje ainda não foram aclaradas. A concepção de KIPP encontrou muitos adeptos, mas também muitos contraditores — por exemplo VON TUHR e, em parte, ZEPOS e HUSSERL. Não podemos prosseguir aqui a discussão. O alcance das expressões figurativas no Direito continua a ser objecto de debate. Uma Jurisprudência de imagens transforma-se facilmente em «Jurisprudência de conceitos». O problema dos efeitos duplos é dificultado pelo facto de que nem sempre se distinguem e separam com suficiente precisão os diferentes grupos de casos. PETER distingue os «duplos fundamentos» dos «efeitos duplos». Naqueles, trata-se duma consequência jurídica procedente de vários fundamentos, nestes, de várias consequências jurídicas iguais quanto ao seu conteúdo. Nestes complexos de questões se inserem ainda os chamados proble-

mas de concurso de normas, que são resolvidos pelo Direito positivo. Como também observou KIPP, pode acontecer que do Direito positivo se extraia uma regra por força da qual, uma vez dada uma situação prevista numa hipótese legal, a situação prevista noutra hipótese legal já não deva ter relevância. Se alguém, por exemplo, se retirou duma associação, não pode agora ser excluído pela própria associação. Todavia, isto é assim, não por razões lógicas, mas antes porque, uma vez que o associado se retirou da associação, esta perdeu sobre aquele o poder jurídico com base no qual uma exclusão poderia ser imposta. E também do § 628 do Código de Processo Civil se extrai a regra segundo a qual um casamento dissolvido por morte já não pode ser dissolvido por divórcio. Mas também isto não resulta duma necessidade lógica; antes, só é compreensível por razões práticas. De um modo mais geral podemos afirmar: Pode resultar de princípios ou regras jurídicas particulares que um facto descrito numa hipótese legal, o qual, de um ponto de vista puramente lógico — ou de um ponto de vista realista-naturalista —, poderia bem facilmente surgir ao lado dum outro descrito noutra hipótese como fundamento jurídico adicional, não deva, todavia, ser tomado em consideração quando surja acompanhado deste. Mas isto já nada tem a ver com o nosso problema da natureza da conexão entre a hipótese legal e a consequência jurídica.

Pelo que respeita a esta conexão, vamos assentar, por nossa parte, no seguinte: A hipótese legal abstracta da regra de Direito imediatamente apenas estabelece as condições e circunstâncias sob as quais intervém em geral uma consequência jurídica, isto é, um dever-ser.

Esta relação é uma relação condicional, mas também pode ser concebida como relação predicativa. Ora se, *in concreto*, pela via da «subsunção» — que mais adiante analisaremos em detalhe —, se verifica que as condições duma consequência jurídica (um dever-ser) estão efectivamente presentes, com isso fica por nós verificada a *actualidade* (*Aktualität* = efectiva existência) desta mesma consequência jurídica. Podemos, portanto, dizer que a presença dos factos concretos que preencham a hipótese legal abstracta da regra jurídica passa a ser a base em que se funda o juízo cognitivo sobre a *actualidade* da consequência jurídica. Se, por exemplo, segundo uma regra geral da lei, o assassinato (homicídio qualificado) deve ser punido com prisão perpétua, o verificarmos a existência de um assassinato *in concreto* torna-se, em combinação com aquela regra, na base em que se funda o conhecimento da consequência jurídica segundo a qual este facto deve ser punido com prisão (maior) perpétua⁽⁶⁾. Não devemos, porém, esquecer que, frequentemente, a consequência jurídica se não encontra completamente determinada na lei, e que, portanto, a sua actualização exige novas decisões que a determinem. Assim, por exemplo, com base na verificação de que existe um homicídio (simples) concreto, eu apenas sou conduzido ao juízo segundo o qual o agente deve ser punido com prisão maior de cinco a quinze anos. Qual seja mais exactamente a pena que ele merece, eis o que tem de ser determinado através duma específica decisão judicial. Decerto que surge naturalmente a tentação de interpretar logo como causalidade jurídica criada pelo legislador a ligação abstracta por ele estabelecida entre hipótese e consequência

jurídica. Mais forte ainda é a tentação de considerar o concreto complexo de factos, que «preenche» a hipótese abstracta da lei, como causa jurídica da concreta consequência de direito que se prende, por força da lei, àquele complexo de factos. A causalidade na ciência natural não é, ela também, apenas uma sequência de dados (fenómenos) em conformidade com uma lei natural abstracta? No entanto, em desabono da construção de uma causalidade jurídica, terá de pesar justamente o facto de, frequentemente, a consequência jurídica concreta não se achar ainda, de modo algum, rigorosamente predeterminada, mas, antes, consistir na atribuição de competência para, dentro de certos limites, se elaborar uma decisão ajustada, e no comando que obriga a tomar esta decisão⁽⁷⁾. Mesmo abstraindo disto, porém, temos de permanecer cónscios de que as expressões «efeitos jurídicos» e «causalidade jurídica» apenas são lícitas como um modo de falar indirecto e figurativo, mas nos não dão legitimidade para tirar conclusões como a de que uma consequência jurídica já surgida não pode surgir de novo, que um efeito jurídico já afastado por certa razão não pode ser uma vez mais eliminado. Tais conclusões são na realidade Jurisprudência conceitual, que hoje já ninguém pode defender. A questão de saber em que medida uma e mesma consequência jurídica pode ser derivada de vários complexos de factos que a fundamentam, apenas pode ser decidida de caso para caso segundo pontos de vista próprios do jurista e metodologicamente correctos. Fundamentalmente, nada obsta à admissibilidade de efeitos duplos, quer se trate de «duplos fundamentos» ou de «consequências duplas».

Estabeleçamos agora a ponte de passagem para o nosso próximo capítulo, fazendo de modo especial realçar que a conexão entre hipótese legal e consequência jurídica, de qualquer modo que a interpretemos e designemos, nos aparece, quer *in abstracto* quer *in concreto*, como uma conexão que é produzida pelo Direito positivo, quer dizer, em primeira linha, pela lei. A «regra jurídica» que — digamos agora ao concluir — institui *in abstracto* uma ligação condicional entre uma «hipótese legal» e uma «consequência jurídica», é, nos dias de hoje, a grande maioria das vezes, uma regra *legal*. Mesmo aqueles autores que crêem numa «causalidade jurídica» entre a hipótese legal e a consequência jurídica, como ZITELMANN e TUHR, acentuam expressamente que ela radica na lei, na «vontade do legislador». Segundo uma outra ideia, que até aqui ainda não foi considerada, a ligação entre hipótese legal e consequência jurídica não se funda de modo algum na lei ou na vontade do legislador, mas talvez numa qualquer «natureza das coisas». Esta ideia só muito mais tarde virá a ser ventilada. Só mesmo no termo desta nossa indagação nos poderemos ocupar sumariamente dela. Para já, devemos cingir-nos à lei. Ao leitor são devidos ainda muitos esclarecimentos sobre o modo de chegarmos ao dever-ser através do Direito positivo. Teremos especialmente de tirar a limpo o que significa a já várias vezes mencionada «subsunção» dos casos da vida à lei e como é que ela se processa.

ANOTAÇÕES

1. Nesta conformidade, «permitido» e por mim tomado como equivalente a «não proibido» e contraditório com «proibido» (negando a proibição). A «permissão» não precisa de ser expressa nem precisa de ser uma aprovação positiva. Muitos, porém, distinguem o «permitido», enquanto positivamente «aprovado», do simplesmente «não proibido» (indiferente); p. ex., SAX, *JurZ* 1975, pp. 145 e s. e nota 74; cfr. também a decisão sobre o aborto do BVerfGer. de 25.II.77 sob D II 1. *JurZ* 1975, p. 211; I. TAMMELO, em *Outlines of modern Legal Logic*, 1969, pp. 90 e ss., diferencia mesmo entre «permissory» (positivamente permitido), «licensory» (permitido, porque isento de um vínculo) e «neutral» (no sistema jurídico «aberto»). Com tais distinções podemos relacionar considerações próprias do cálculo da lógica deontica. *Vide* sobre o ponto, além de TAMMELO, p. ex.: G. WEINBERGER, *Rechtlogik*, 1970, p. 205; IDEM, *Erlaubnisbegriff*, etc., in «Études de Log. jur.» V, 1973, pp. 113 e ss.; K. HAAG, in «Rechtstheorie» (ed. Arthur Kaufmann), 1971, pp. 143 e ss.; K. OPALEK e J. WOLENSKI, *On Weak and Strong Permissions*, na revista «Rechtstheorie», vol. IV, 1973, pp. 169 e ss.; G.H.v. WRIGHT e H. H. KEUTH, in «Normlogik», edit. por H. Lenk, 1974, pp. 25 e ss., 64 e ss.; cfr. também L. PHILIPPS, *ArchRuSozPhil.* Bd. 50, 1964, pp. 317 e ss., Bd. 52, 1966, pp. 195 e ss.. Expressas em linguagem natural, segundo a terminologia aqui escolhida são válidas as seguintes afirmações: o que não é proibido é permitido, o que é permitido não é proibido, o que é preceituado é também permitido, mas o que é permitido não é, só por isso, preceituado.

2. Destacamos estas normas não só das simples permissões (com o seu «Dürfen» = é lícito) mas também daquelas disposições jurídicas que contêm um «poder» («Können») jurídico na medida em que «conferem o poder» de praticar actos que levam à «produção» de efeitos jurídicos — em especial no direito civil, concedem uma «autonomia privada», quer dizer, tornam possível *criar* (constituir) direitos e deveres através de «negócios jurídicos» (contratos, actos de disposição, testamentos). Tais normas jurídicas, por seu turno, de novo podem ser olhadas como «não autónomas», na medida em que apenas regulam pressupostos sob os quais podem surgir direitos e deveres, cujo significado

sob o ângulo de visão da teoria imperativista continua em discussão, como até aqui. A questão nuclear é agora a de saber se também a concessão de direitos (subjectivos) pode ser reconduzida à fixação de imperativos, isto é, de proibições e de preceitos (comandos). Ver também a parte final da nota subsequente.

3. Na presente modalidade, creio que posso continuar a defender a teoria imperativista contra as críticas de LARENZ, HENKEL e KLUG, com o último dos quais concorda em larga medida R. SCHREIBER. Não negarei que, no aspecto puramente lógico, a construção da teoria imperativista é apenas uma entre várias outras possíveis, que — para usar as palavras de KLUG — «não existe qualquer necessidade lógica que nos force a formular as normas jurídicas em proposições de dever-ser», que «somos livres na escolha do *modus* normativo fundamental», que, portanto, e particularmente, é logicamente possível escolher, em vez duma «linguagem de dever-ser», uma «linguagem do ser-lícito» (na qual o dever-ser é definido por um não-ser-lícito) ou, com vista aos direitos subjectivos, uma forma de expressão que fale de «autorizações» («legitimações» — «*Berechtigungen*»). Também não contradirei LARENZ quando este considera «direito e dever, concessão e proibição, 'momentos' igualmente originários de qualquer ordem jurídica» (somente colocaria talvez um ponto de interrogação depois de «qualquer». Cfr. a propósito H. COING, *Zur Geschichte des Begriffs «subjektives Recht»*, «*Arbeitsv. z. Rechtsvergleichung*» V, 1959, pp. 7 e ss.). Eu apenas acentuei a dependência *real* do direito subjectivo do Direito objectivo imperativisticamente estruturado no sentido de que a ordem jurídica só pode «conceder» direitos subjectivos mediante uma instituição *sui generis* de imperativos e de que, nesta medida, a «concessão» se baseia numa constelação particular de imperativos. As concessões de poderes (*Ermächtigungen*) para a prática de actos criadores de direito (incluindo as concessões a que nos referimos na nota anterior, que tornam possível a «autonomia privada», permitindo a conclusão de contratos e de actos de disposição no domínio do direito das obrigações, dos direitos reais, do direito de família e do direito sucessório, para as quais também remete especialmente H. L. HART na sua impressionante polémica contra a teoria imperativista) agora trazidas a terreiro por E. J. LAMPE, na sua *Jur. Semantik*, 1970, p. 65, podem, como também HART observa, ser entendidas como

pressupostos da entrada em vigor de direitos e deveres, e, portanto, como pressupostos de imperativos. Vide a propósito também o meu livro *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit*, 1971, pp. 47 e 50. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2.^a ed., p. 5, procede agora por forma a que, optando embora por uma «linguagem do dever-ser», inclui no «dever-ser» o «ser feito» e o «poder» — o que é uma posição muito *sui generis*. Sobre o direito natural nas modalidades objectiva e subjectiva, cfr. E. WOLF, *Das Problem der Naturrechtslehre*, 2.^a ed., 1959, p. 120.

4. Até aqui temos evitado o uso da palavra «norma». Usualmente, «norma jurídica» significa o mesmo que regra jurídica, concebida como proposição geral. Por vezes, todavia, fala-se também em normas individuais, validas para o caso concreto. A nós interessam-nos como «normas», em primeira linha, as regras jurídicas gerais. KELSEN dá à expressão «Rechtssatz» um uso particular. É de modo diferente que H. J. WOLFF, *Verwaltungsrecht*, 5.^a ed., 1971, § 24II, distingue entre «Rechtsnorm» e «Rechtssatz»: *Norm* e o «conteúdo imperativista» que «se exprime» na *Rechtssatz*.

5. Evidentemente que também aqui não importa a forma gramatical. Quando, e, g., o § 211 do Código Penal diz: o assassino será punido com prisão maior por toda a vida, isto para nos significa: se alguém comete assassinato, deve ser punido com a pena de prisão maior perpetua.

6. Anote-se, apenas de passagem, que deste modo se estabelecem também conexões de motivação psíquica entre a regra jurídica e a decisão concreta do órgão aplicador do direito. Não é a estas, porém, que se refere a «causalidade jurídica» de que no texto se trata. Cfr. sobre o ponto, p. ex., H. MAIER, *Psychologie des emotionalen Denkens*, 1908, pp. 681 e ss..

7. Naturalmente que se pode falar daquela própria concessão de competência ou daquele próprio comando como «efeito jurídico» (*Rechtswirkung*); mas quando se fala da consequência jurídica que deve ser «efeito jurídico», pensa-se usualmente na sanção como tal, aplicada no exercício da competência. Também aqui se deve ter em conta o duplo sentido da palavra «consequência jurídica».

A ELABORAÇÃO DE JUÍZOS JURÍDICOS
CONCRETOS A PARTIR DA REGRA
JURÍDICA, ESPECIALMENTE O
PROBLEMA DA SUBSUNÇÃO

Vamos enfrentar de novo o problema referido na parte final do último capítulo, mas de um outro ângulo. Naquele capítulo falou-se da regra jurídica. Ao falarmos desta tínhamos principalmente em vista a regra jurídica estabelecida e apreensível na lei escrita. Quando o leigo se representa o jurista e o seu «ofício», pensa-o como um homem que se ocupa de leis. Mas, ao pensar assim, o certo é que apenas está a ver uma das faces da realidade. Até o leigo sabe já que o prático do Direito, que representa sem dúvida o protótipo do jurista, se ocupa da «vida». E o leigo sabe ainda mais: ele sabe que, para *todo e qualquer* individuo, o Direito é uma força que tem incidência sobre o seu viver. Disto já falámos logo no principio deste livro. Mas o que significa, pois, dizer que a Jurisprudência prática e o Direito se referem à *vida*? Ponderando que o Direito, ao dirigir-se-nos, se nos dirige como a pessoas que afeiçoam a sua vida através de *acções*, poderemos afirmar: o Direito e a Jurisprudência prática referem-se à nossa vida e têm incidência sobre ela na medida em que, dia a dia, hora a hora, momento a momento, determinam os

actos e omissões através dos quais nós construímos essa nossa vida. Podemos dizer sem exagero que as nossas acções estão constantemente sob a égide do Direito — se bem que, evidentemente, não estejam subordinadas exclusivamente ao Direito, pois que este normalmente se limita a fixar os quadros dentro dos quais nós, agindo, modelamos a nossa vida. Ora a forma sob a qual o Direito adquire um significado determinante do nosso viver consiste em ele dizer-nos algo sobre o modo como *in concreto* nos devemos conduzir. Nesta conformidade o Direito, se há-de lograr significação para a nossa vida, tem de destilar-se em *concretas regras de dever-ser*. Pelo que respeita à nossa própria pessoa ou com referência aos outros, o que pedimos ao Direito é que nos diga como, *hic et nunc*, devemos ou não devemos agir. A questão mais lata de saber como podemos agir, facilmente se deixa transformar numa questão de dever-ser («é-me licito?») significa: «não devo fazer o contrário?»).

Ora é-nos sem mais possível imaginar que a questão sobre o concreto dever-ser jurídico seja respondida através de um costume ou uso tradicional. É a verdade é que a forma originária pela qual o Direito dirige a vida é a do chamado Direito consuetudinário, quer dizer, o uso baseado na convicção da juridicidade, confirmado e comprovado em todas as situações do mesmo tipo. Todavia, o Direito consuetudinário tem hoje um papel relativamente insignificante. É de grande importância, em todo o caso, no Direito Internacional Público. Por conseguinte, deixemo-lo agora de lado. Mas de lado ficará também e principalmente uma outra possibilidade: a de responder à questão do concreto

dever-ser jurídico de caso para caso, através do sentimento jurídico ou duma análoga intuição imediata do que seja concretamente conforme ou desconforme ao Direito. Vamos antes partir do facto — e de novo se estabelece a ligação com o capítulo precedente — de que na vida moderna é efectivamente a lei que em primeira linha nos informa competentemente sobre o concreto dever-ser jurídico. Logo, vemo-nos obrigados a relacionar a vida com o Direito. Como é que isto se processa? Esta questão conduz-nos directamente ao problema do «pensamento jurídico».

Este problema será ainda melhor apreendido se nos lembrarmos que a determinação daquilo que é *in concreto* juridicamente devido ou permitido é feita de um modo autoritário através de órgãos aplicadores do Direito pelo Direito mesmo instituídos, isto é, através dos tribunais e das autoridades administrativas sob a forma de decisões jurisdicionais e actos de administração. As mais importantes decisões jurisdicionais são as *sentenças* dos tribunais, através das quais, por exemplo, alguém é condenado a fazer uma prestação ou é considerado culpado de um crime e condenado numa pena, mas que também se podem limitar a declarar uma acção improcedente ou a ilibar um acusado. Exemplos de actos administrativos são-no as ordens da policia, as concessões, as decisões do fisco. Relativamente a estas determinações autoritárias concretas do que é juridicamente devido⁽¹⁾, rege hoje entre nós o «princípio da legalidade». O artigo 20. al. 3, da Constituição (Lei Fundamental) da República Federal declara expressamente: «O Poder Executivo (a Administração, pois) e o Poder Judicial (ou seja, os tribunais) estão vinculados à

Lei e ao Direito». É este um aspecto essencial do carácter de «Estado-de-Direito» da nossa vida pública. MAUNZ explica da seguinte forma o princípio da legalidade: «Todas as acções do Estado, sejam elas actos jurisdicionais ou actos da Administração, devem poder ser reconduzidas a uma lei formal ou, por outra, ser realizadas 'com base' numa lei formal (...). O princípio não consente que um acto do Poder Executivo seja pura e simplesmente fundamentado no Direito não escrito ou em princípios ético-sociais gerais como a justiça, a moralidade, etc.». Isto não quer dizer que a lei só por si e de modo esgotante determine as concretas decisões e actos da Justiça e da Administração. Para excluir desde logo uma tal concepção positivista-normativista basta lembrar que é função da Administração, e em parte também dos tribunais, moldar a vida da comunidade estadual segundo pontos de vista de prática utilidade e de equidade, inclusive, pois, segundo um critério discricionário ou de «livre estimativa». Em todo o caso, a lei ocupa uma posição decisiva nas decisões da Justiça e da Administração. Muitas vezes ela dita-lhes mesmo o seu exacto sentido.

Se agora quisermos analisar o pensamento dos juristas na aplicação da lei à concreta situação da vida, é aconselhável focar este processo de aplicação da lei lá onde ele se apresenta sob uma forma depurada. Tal é o caso quando a lei se propõe determinar exclusiva e esgotantemente o dever-ser concreto. Começemos, portanto, por pôr de parte aquelas hipóteses nas quais a lei se conforma com um critério de discricionariedade ou em que se apresentam combinações semelhantes. Primeiramente ocupar-nos-emos daqueles casos em que a lei

reserva para si própria a fixação do dever-ser jurídico concreto. As operações lógicas que neste ponto nos vão ser reveladas poderão depois, *mutatis mutandis*, entrar a fazer parte dos processos de pensamento em que a lei apenas é um elemento entre os vários que concorrem para fixar o conteúdo do dever-ser concreto.

Um exemplo característico duma como que nua aplicação da lei fornece-no-lo o Direito penal sempre que se trata de condenação por delitos cometidos. Isso está em conexão com o facto de as intervenções do Estado na sua função punitiva serem das mais duras de todas. Justamente por isso é que o principio do Estado-de-Direito e o conexo principio da legalidade manifestam neste domínio a sua particular relevância nos modernos Estados civilizados. Até a nossa Constituição não quis deixar de reforçar dum modo especial a validade destes principios com vista ao Direito penal. No artigo 103, al. 2, diz-se: «Um facto apenas pode ser punido quando a respectiva punibilidade haja sido legalmente fixada antes da sua prática». Não podemos ocupar-nos agora com o esclarecimento desta regra sob todos os seus aspectos. Para fins da presente indagação a sua importância reside em que, segundo ela, ninguém pode ser punido simplesmente por ser merecedor da pena de acordo com as nossas convicções morais ou mesmo segundo a «sã consciência do povo», porque praticou uma «ordinarice» ou um «facto repugnante», porque é um «canalha», ou um «patife» — mas só o pode ser quando tenha preenchido os requisitos daquela punição descritos no «tipo (hipótese) legal» de uma lei penal. por exemplo, subtraindo «a outrem uma coisa móvel alheia com o intuito de ilicitamente se apoderar

dela» (§ 242 do Código Penal) ou matando (intencionalmente) «um homem por crueldade, para satisfazer um impulso sexual, por cupidez ou por outros baixos motivos...» (§ 211 do Código Penal). *Nullum crimen sine lege*. Por força deste princípio o Tribunal do Reich (volume 32, pp. 165 e ss., e já antes vol. 29, pp. 111 e ss.) achou-se impedido, por exemplo, de qualificar e punir como furto o desvio não autorizado de energia eléctrica através duma derivação subreptícia da corrente a partir do cabo condutor. Não bastou que se estivesse, no caso, perante um «descaramento» e uma «improbidade», e que, portanto, como diz aquele Supremo Tribunal, a punição correspondesse «a um sentimento ético-jurídico, a uma exigência, imposta pelo tráfico, de tutela de bens jurídicos». Deveria ter-se tratado de uma «subtracção de coisas alheias móveis» para que pudesse admitir-se a punibilidade por furto. O Tribunal do Reich considerou, porém, não poder subsumir a energia eléctrica ao conceito de «coisa». Por isso, o legislador, no ano de 1900, teve de promulgar uma lei especial com vista à punição do desvio de energia eléctrica (hoje o § 248 do Código Penal). Mas nem mesmo esta lei dava plena satisfação à jurisprudência, no caso, por exemplo, da utilização abusiva de um telefone público, através da introdução de moedas achatadas de dois «pfenning» na respectiva caixa, pois que este facto não podia ser punido como furto de energia eléctrica, dado a lei exigir para tanto a subtracção da corrente «por meio de um cabo condutor». Pondera o Tribunal do Reich: «Pela introdução de moedas de dois 'pfenning' não se opera um desvio de corrente eléctrica, pois o que sucede é simplesmente que o peso das moedas des-

prende a tranqueta destinada a impedir de girar o disco de marcação de número» (RGStr 68, pp. 67/68). Ainda se poderia pensar em burla, mas esta não existe, pois que o telefone público funciona automaticamente e, por isso, nenhuma pessoa havia sido enganada, o que é um dos requisitos do tipo legal da burla (§ 263: «Quem, com o intuito de para si obter uma vantagem patrimonial ilícita, prejudica o património de outrem provocando ou encobrendo um erro através de simulação de factos falsos...») — ora é fora de dúvida que um aparelho não pode ser enganado). E de novo teve o legislador que intervir para evitar absolvições indevidas. Criou em 1935 o § 265 *a* do Código Penal, que sujeita a pena a subtracção do trabalho dum autómato.

Já temos agora uma ideia do que significa estrita aplicação da lei, mas precisamos ainda de entrar numa análise mais rigorosa. Do que se trata é do seguinte: temos que obter, a partir da lei, a decisão sobre o dever-ser-punido enquanto concreta decisão normativa (de dever-ser). Esta decisão é tomada em último termo pelo juiz penal, mas já antes dele a precisa de tomar o Delegado do M.P., pois que ao promover o processo-crime ele afirma um dever-ser-punido, ou — por via negativa — o defensor do acusado, na medida em que contesta este dever-ser-punido e, portanto, emite um juízo negativo de dever-ser, e porventura ainda uma terceira pessoa que se ponha a reflectir sobre o problema jurídico da punibilidade. Por razões de simplificação, todavia, pensemos tão-somente no juiz penal, cuja decisão sobre a punibilidade tem o maior peso.

Para nos não envolvermos imediatamente em particulares dificuldades lógicas, acentuemos desde já que,

na decisão juridico-penal, especialmente na chamada sentença penal (por exemplo: «A é culpado de assassinato, pelo que é condenado a prisão perpétua e a suportar as custas do processo»), apenas nos interessa o elemento de pensamento normativo a extrair dela, e não o duplo *comando* jurídico dirigido à execução e ao padecimento da pena. Claro que num «conhecimento» de juízo condenatório está contido um tal imperativo concreto, precisamente da mesma forma que na lei penal abstracta se contém um imperativo geral que obriga a punir e a suportar a pena. No entanto, a «derivação lógica» de um imperativo concreto a partir de um imperativo abstracto é uma questão teoreticamente muito intrincada. Ainda recentemente apareceu numa revista sueca (*Theoria*, XX, 1954, pp. 78-127) um penetrante estudo da autoria de MANFRED MORITZ sobre este «silogismo prático», estudo esse que pretende mostrar ser fundamentalmente impossível deduzir de «premissas maiores imperativas» imperativos concretos. Assim, por exemplo, do imperativo geral de que todos os assassinos devem ser punidos com prisão perpétua, não se poderia deduzir o imperativo concreto de que o assassino *M* deve ser punido com prisão perpétua. Deixamos aqui em aberto o problema destes silogismos práticos ou «conclusões volitivas» (H. MAIER, *Psychologie des emotionalen Denkens*, 1908). Limitar-nos-emos a apontar que, na esteira de H. MAIER, múltiplas vezes tem sido proclamada a doutrina de que «o acto de concluir (*scl.* a conclusência) não exige precisamente puras proposições enunciativas». Com efeito, «a uma proposição imperativa pode subsumir-se uma proposição enunciativa».

va e, por esse meio, obter-se uma nova proposição imperativa». (Todo o assassino deve ser punido com prisão perpétua: *M* é assassino: logo *M* deve ser punido com prisão perpétua¹³). Talvez se possa dizer que o conhecido *dictum de omni* («quidquid de omnibus valet, valet etiam de quibusdam et singulis») não só tem validade no domínio das proposições enunciativas como também no das imperativas, formando assim a coluna vertebral das conclusões volitivas — tendo de interpretar-se o «de omnibus», claro está, no sentido de «de todos e cada um», e não no sentido de «de todos em conjunto». (De outro modo poder-se-ia nomeadamente objectar: aquilo que é exigido de todos não é, só por isso, exigido de cada um, pois que cada qual somente se sentiria designado como destinatário do comando sob condição de todos os outros fazerem também aquilo que deles se exige. Todavia, cada individuo apenas pode assumir este ponto de vista quando o sentido do imperativo geral seja o de que todos em conjunto devem fazer aquilo que é exigido. Mas o sentido do imperativo geral é o de que cada um deve fazer aquilo que é ordenado sem tomar em conta o comportamento dos outros. Sob este pressuposto, é válido o *dictum de omni*). Recentemente, também a lógica matemática fez alguns ensaios com vista a apreender o pensamento jurídico-normativo por meio do «cálculo-modal»¹⁴. Dispensaremos, porém, todas as particularidades e subtilezas lógicas deste género se tivermos em mente que, na descoberta e fundamentação jurídica da sentença através da lei, se inserem conclusões puramente «cognitivas», quer dizer, conclusões sob a forma de puras proposições enunciativas^{14a}. O juiz começa por estabelecer, com base no

Código Penal, uma proposição enunciativa geral do tipo: «O assassino deve, segundo o §211 do Código Penal, ser punido com prisão perpétua». Com esta «premissa maior», que é um genuíno juízo normativo no sentido lógico (com pretensão de verdade), ele combina a «menor»: *M* é assassino, para obter daí a conclusão: «*M* deve, segundo o §211 do Código Penal, ser punido com prisão perpétua», que também é um juízo em sentido lógico. Um tal silogismo é rigorosamente uma conclusão teórica mediata, um caso de aplicação daquilo que a lógica de escola chama o «modus barbara», modus este que sem esforço se pode converter num «modus ponens», no qual a premissa maior assume forma condicional: «se alguém é assassino, deve ser punido com prisão perpétua». Os lógicos modernos chamam a tais proposições (que podem ser apresentadas não só como proposições gerais, na forma: «todos *A* são *B*», mas ainda como proposições hipotéticas, na forma: «se algo é *A*, logo é *B*») «implicações gerais». É portanto a partir de implicações gerais com conteúdo normativo que são obtidas, por via dedutiva, as concretas proposições normativas procuradas pela heurística jurídica (*Rechtsfindung*).

Nós dissemos: são «obtidas». Ser-nos-á lícito expressarmo-nos assim? Vemos muitas vezes propugnada — por exemplo, em H. ISAY, no seu livro «Rechtsnorm und Entscheidung» (1929) — a ideia de que o jurista, especialmente o juiz, exteriormente fundamenta a sua decisão normativa concreta a partir da lei e satisfaz assim, aparentemente, o princípio da legalidade na aplicação do Direito, mas frequentemente, as mais das vezes mesmo, *descobre* a sua decisão por vias

completamente diferentes, a saber, intuitivamente, instintivamente, pelo sentido jurídico, pela razão prática, a partir duma sã razão humana. A fundamentação da decisão na norma abstracta teria apenas importância secundária, ela apenas racionalizaria a posteriori a decisão em si irracional e desempenharia, em todo o caso, uma certa função de controlo. A este ponto de vista, todavia, não podemos nós aderir. Qualquer que seja a função que possam desempenhar as fontes irracionais da descoberta do juízo ou sentença judicial, o juiz, perante o seu cargo (função) e a sua consciência, tão-so podera sentir-se justificado quando a sua decisão também possa ser fundada na lei, o que significa, ser dela deduzida. Neste ponto de vista, a descoberta e a fundamentação da decisão não são procedimentos opostos. A tarefa que o juiz tem perante si é esta: descoberta duma decisão (solução) fundamentada através da lei. A teoria de ISAY é puro psicologismo. Ela passa por cima dos problemas específicos da lógica normativa¹¹.

Se agora procurarmos a fundamentação da conclusão na heurística jurídica, verificamos que o centro da gravidade desta fundamentação reside na chamada premissa menor — no nosso exemplo, portanto, na proposição: «A é assassino». (Da premissa maior e da sua exacta elaboração so trataremos no proximo capitulo. Aqui salientaremos apenas que, para a natureza da menor, é indiferente que a maior seja concebida como categorica ou hipotetica). Na menor se acha sobretudo a ja muitas vezes mencionada subsunção¹². Mas não so ela. Pois que, em regra, com ela se encontra estreitamente conexa uma verificação de factos, isto e, dos factos que são subsumidos. A proposição: «A é assassi-

no, contém pois, tanto a verificação de que *A* praticou aquilo que, do ponto de vista jurídico, é assassinato, como ainda o enquadramento dos factos verificados no conceito jurídico de assassinato. Mais exactamente, as operações lógicas realizadas para a obtenção da premissa menor, no caso de uma decisão juridico-penal como aquela que nos está a servir de exemplo, apresentam-se mais ou menos da seguinte forma: através da acção intentada pelo Ministério Público ou por um acusador privado, e através dum subsequente «despacho de pronúncia», o tribunal que tem de proferir a decisão é posto perante a acusação de que certa pessoa cometeu um facto criminoso concreto. A *questão* é logo a de saber se esta acusação é fundada. Para responder afirmativamente a esta questão, para concluir, portanto, por uma condenação do acusado, o tribunal tem de realizar duas operações: tem de, por um lado, verificar uma série de factos em que a acção criminosa se traduziu, verificar, e. g., que *A* consciente e intencionalmente envenenou a mulher para receber a sua herança, e, por outro lado, tem de subsumir estes diferentes factos ao particular tipo legal de crime ao qual a consequência jurídica da punibilidade vai *in abstracto* conexa. Pelo que respeita a este último ponto, ele tem de reconhecer, no nosso exemplo, que o envenenamento consciente e intencional da mulher com o intuito de receber a respectiva herança revela os elementos do tipo legal do assassinato no sentido do § 211 do Código Penal, ou seja, que esse envenenamento se apresenta como morte intencional de um ser humano por cupidez.

Temos de nos demorar mais um pouco na *verificação dos factos* enquanto tais. O jurista fala a este

propósito de «produção de prova», na qual o escopo é criar no juiz a convicção da existência de determinados factos. «Judici fit probatio». Dum ponto de vista puramente lógico, a verificação dos factos num processo judicial é aparentada de perto com a verificação histórica dos factos. Assim como o historiador descobre os factos históricos com base nas fontes ao seu dispor, assim também no processo judicial os factos juridicamente relevantes são descobertos com base nas declarações do próprio acusado (entre as quais se contará uma eventual confissão) e através dos chamados meios de prova, designadamente: objectos susceptíveis de inspecção ocular directa, documentos, testemunhas e peritos. Ao falar de factos temos em vista acontecimentos, circunstâncias, relações, objectos e estados, todos eles situados no passado, espaço-temporalmente ou mesmo só temporalmente determinados, pertencentes ao domínio da percepção externa ou interna e ordenados segundo leis naturais. Como a maioria das acções puníveis, no momento do processo, apenas são apreensíveis pelo tribunal através de diferentes manifestações (ou efeitos) posteriores, são principalmente as regras de experiência e conclusões logicamente muito complexas que tornam possível a verificação dos factos.

A prova judicial é, na maioria dos casos, aquilo que chamamos uma «prova por indícios», quer dizer, uma prova feita através de conclusões dos «indícios» para os factos directamente relevantes cuja verificação está em causa. Chamamos «indícios» àqueles factos que têm na verdade a vantagem de serem acessíveis à nossa percepção e apreensão actuais, mas que em si mesmos seriam juridicamente insignificativos se nos não

permittedem uma conclusão para aqueles factos de cuja subsunção às hipóteses legais se trata e a que nós chamamos «factos directamente relevantes». No exemplo mencionado do assassinato por envenenamento, a compra do veneno pelo marido antes do facto, testemunhada por um droguista, é porventura um indicio de que o dito marido ministrou veneno à sua mulher, ao passo que esta mesma administração do veneno é o «facto directamente relevante», pois que é ele que deve ser subsumido ao tipo legal do assassinato. Aquilo que é directamente relevante depende naturalmente de cada regra jurídica e da sua hipótese legal. Num processo *cível*, a compra do veneno concluída entre o marido e o droguista poderia, por seu turno, ser um facto directamente relevante, caso o droguista viesse reclamar o preço da venda. Por outras palavras, também ao conceito de facto directamente relevante pertence uma certa relatividade. Entre os indícios, a confissão do acusado goza de um crédito particular no processo penal. (Não falaremos aqui da sua função específica no processo *cível*). Com razão acentua o jurista moderno que a confissão do acusado no processo penal não fornece qualquer prova vinculante da culpa do mesmo acusado, antes, nada mais é do que um indicio, um facto presentemente apreensível que permite concluir para o facto punível confessado. Não raras vezes esta conclusão é enganadora. Pois acontece um acusado confessar um facto que não praticou. Anote-se de passagem que, por esse motivo, também a solução frequentemente proposta para o problema da pena de morte, ou seja, só a executar na hipótese de confissão, se apoia em suporte frágil, pois que também nesta hipótese não

podemos ter a certeza de excluir os inocentes da sua irremediável execução. A mais disso, também as afirmações das chamadas *testemunhas dos factos* nada mais são senão «indícios». As afirmações (depoimentos) das testemunhas perante o tribunal apenas são «factos indirectamente relevantes», os quais tão-só permitem, por seu turno, uma conclusão relativamente fundada para o facto que se situa no passado e sobre o qual são feitas as afirmações (depoimentos). Ao falarmos aqui repetidas vezes de «conclusão», deve ter-se em conta que se trata sempre duma conclusão apenas válida com certo grau de probabilidade, maior ou menor, baseada nas regras de experiência — regras estas que, por sua vez, desempenham um importante papel no procedimento judicial probatório e são fornecidas ao tribunal, em todos os casos difíceis, pelos indispensáveis peritos. As diferentes formas sob as quais se nos apresenta a conclusão baseada nas regras de experiência não podem ser objecto da nossa indagação. De particular importância são as conclusões do efeito para a causa ou da causa para o efeito — as conclusões causais, portanto. O princípio director de toda a prova indirecta poderia consistir em considerar os factos indirectamente relevantes, que constituem o escopo probatório propriamente dito do processo, como a única explicação praticamente possível dos factos indirectamente provados. No nosso exemplo, a compra do veneno prova o envenenamento, se ela apenas pode ser explicada como meio para o assassinato e, consequentemente, como constituindo o pressuposto deste. Se apenas o facto criminoso nos fornece a chave do esclarecimento dos factos indiciais provados, ele próprio

ficará provado. Sendo assim, está tudo preparado para que o integremos na premissa menor.

Se acima chamámos a atenção para a semelhança que há entre as verificações de factos feitas num processo judicial e as feitas pelos historiadores, isso não nos dispensa de nos referirmos agora a uma diferença verdadeiramente essencial, a qual todavia não é uma diferença de carácter pronunciadamente metodológico. O historiador é livre na utilização das fontes ao seu dispor e na investigação dos factos, que nelas se funda. Ele apenas está vinculado a directivas científicas. Pelo contrário, a indagação processual da verdade é juridicamente regulada numa larga medida. É certo que hoje a custo encontramos já no processo as chamadas provas legais, isto é, regras probatórias estabelecendo que, produzidas determinadas provas (confissão, declarações concordantes das «clássicas» duas testemunhas, apresentação de documentos especialmente qualificados), o *thema probandi* que elas demonstram seja sem mais havido como provado. Vale antes em geral o «princípio da livre apreciação da prova», que o § 261 do Código de Processo Penal exprime nos seguintes termos: «Sobre o resultado da prova decide o tribunal segundo a sua livre convicção, colhida de todo o procedimento de produção e discussão da mesma prova». Todavia, sobre a produção e utilização dos meios probatórios há vários preceitos legais — os quais, é certo, em parte se apresentam como a estratificação de experiências sobre a aptidão probatória desses meios, mas noutra parte surgem como comandos impondo a relevância de interesses estranhos à prova. Quando, por exemplo, o § 250 do Código Penal proíbe a utilização do depoi-

mento por escrito duma testemunha, em lugar do depoimento pessoal, ele pretende por esse meio servir ao próprio interesse probatório, pois as declarações orais da testemunha perante o tribunal são mais concludentes do que as declarações por escrito adrede preparado e elaborado. Inversamente, quando o § 252 do mesmo Código proíbe tomar em consideração as afirmações anteriores duma testemunha com direito de recusar-se a depor (por exemplo, dum parente próximo do acusado) e, especialmente, ler a acta do processo em que foram reduzidas a escrito as suas declarações anteriores, caso a testemunha no julgamento faça uso daquele seu direito de escusa, esta «proibição de prova» baseia-se numa consideração humanitária de interesses compreensíveis de quem tem esse direito de escusa, interesses esses que são antepostos ao interesse no apuramento da verdade. De uma vez, por exemplo, impressionou-me ver como um homem, que havia sido denunciado à polícia por sua própria esposa por actos indecorosos praticados sobre os filhos do casal, teve de ser absolvido, porque a mulher mais tarde se recusou a repetir, perante o tribunal, as acusações que anteriormente havia feito contra o seu marido. Não podemos tratar aqui doutras particularidades do regime jurídico da produção da prova. O seu estudo compete aos tratados de Direito processual. O que nós quisemos foi tão-só pôr em evidência, ilustrando-os com alguns exemplos, os limites jurídicos da indagação processual da verdade⁽⁷⁾.

Ora se a verificação dos factos integrada na premissa menor como um resultado parcial é já o produto de actos cognitivos e deduções complexas, algo

de semelhante se passa com a *subsunção*, que agora passaremos a considerar em si mesma. A proposição aparentemente tão simples: «A cometeu um assassinato», não nos surge imediatamente de per si, mesmo depois de esclarecidos todos os factos pertinentes. Podem deparar-se-nos dificuldades na subsunção. Neste ponto o § 211 do Código Penal vem em nosso auxílio, ao definir com certo pormenor o assassinato. Assassino é, nos termos daquele § 211, al. 2, «quem, por crueldade, para satisfação dos impulsos sexuais, por cupidez ou por outros baixos motivos, mata um ser humano traiçoeiramente, de modo cruel, por meios que constituem um perigo comum, ou para tornar possível ou encobrir outro facto criminoso». Muito frequentemente, porém, o juiz ficará na dúvida sobre se estas características se verificam nos factos apurados como assentes, sobre se, e. g., a morte de um rival político ou de um co-amante ciumentamente odiado é um homicídio realizado «por baixos motivos», ou se a morte de uma pessoa a dormir é um homicídio «à traição». Poderíamos supor que aqui as dificuldades da subsunção assentam no facto de os conceitos «baixo», «traíçoeiro», utilizados pela lei, estarem providos duma carga valorativa. Escolhamos por isso um exemplo em que a lei, para a descrição do tipo legal, se serve de conceitos que, no seu directo sentido, não requerem quaisquer valorações, que, portanto, como usamos dizer, não são conceitos «normativos» mas conceitos «descritivos». Poderíamos aqui voltar ao conceito de «coisa» e à questão de saber se a energia eléctrica deve ser subsumida a este conceito. Queremos contudo tomar um exemplo ainda mais actual, a propósito do qual os tribunais, em tempos

recentes, foram induzidos a subsunções inteiramente novas — pois e precisamente nas subsunções novas que nós melhor poderemos apreender a natureza da subsunção em geral. O § 243, n.º 2, do Código Penal define o conceito e a hipótese do chamado furto com arrombamento, dizendo que é aquele que se pratica quando «se furta *de dentro de um edifício ou espaço fechado*, por meio de arrombamento...». Ora hoje sucede não raras vezes que alguém rasga a capota de um automovel de passageiros e furta lá de dentro objectos que aí se encontram, e. g., uma gabardine ou uma pasta. Este furto deve ser subsumido à hipótese do § 243, n.º 2? E que significa aqui a «subsunção»? O Tribunal do Reich rejeitou outrora essa subsunção. O § 243, n.º 2, «não respeita ao caso», pois o agente não furtou de dentro de um edifício ou de um espaço fechado: edificios e espaços fechados seriam sempre partes delimitadas da superfície do solo ou da água (RGStr. vol. 71, p. 198). Inversamente, o Tribunal Federal, ao fazer a «nova» subsunção, entendeu que um automóvel fechado de passageiros é um «espaço fechado» no sentido (e para os efeitos) do § 243, n.º 2 do Código Penal (sentença de 21.3.1952, BGHStr. 2, pp. 214 e ss.; cfr. também RGHStr. 4, pp. 16/17). Precedente desta foi uma decisão do Grande Senado de 11 de Maio de 1951, na qual uma «roulotte» havia sido considerada como espaço fechado, e isto com base na definição geral por ele estabelecida de que um espaço fechado é «toda a construção delimitadora do espaço que não seja edifício (= uma construção limitada por paredes e telhado e firmemente ligada ao solo, que se destina a permitir o ingresso de seres humanos e a barrar a entra-

da a pessoas não autorizadas) ou receptáculo (= construção, delimitadora do espaço, que serve para a recepção de coisas e que as circunda, mas que não se destina ao ingresso de seres humanos)..., mas se destine (pelo menos também) ao ingresso de seres humanos, e seja cercada de dispositivos (pelo menos em parte artificiais) com vista a impedir a entrada a pessoas não autorizadas (BGHStr, I, pp. 158 e ss.). Nesta decisão do Grande Senado foi abandonada a concepção do Tribunal do Reich segundo a qual o espaço fechado seria sempre uma parte delimitada da superfície do solo ou da água. A decisão posterior, contida no volume 2, pp. 214 e ss., julgou, porém, poder apoiar-se na decisão precedente do Grande Senado, na medida em que esta não tinha considerado as «roulottes» como espaços fechados no sentido do § 243, n.º 2, por elas «servirem de habitação às pessoas», mas por se destinarem ao ingresso de seres humanos e estarem cercadas por dispositivos de protecção contra a entrada de pessoas não autorizadas. Ora isto aplica-se não só às «roulottes» mas também aos automóveis de passageiros. De resto esta jurisprudência do Tribunal Supremo encontrou um aplauso quase geral. BOCKELMANN, no entanto, considerou como «critério decisivo» do espaço fechado o facto de este ser «lugar de habitação do homem». Isto pode ser afirmado de uma «roulotte», mas já não de um vulgar automóvel de passageiros, assim como também não, de resto, de uma carruagem do caminho de ferro.

O que é que significa, pois, num caso como o que acabámos de descrever, a subsunção? Havemos de ter em mente duas coisas. Na subsunção, tal como agora a encaramos, trata-se primariamente da sotoposição de

um caso *individual* à hipótese ou tipo legal e não directamente da subordinação ou enquadramento de um grupo de casos ou de uma *espécie* de casos. Em segundo lugar, devemos ter presente que, como já acentuamos, nos representamos a subsunção como uma subsunção *nova*, uma subsunção a fazer pela primeira vez, e não, portanto, como simples repetição rotineira de subsunções que já muitas vezes foram feitas para casos do mesmo tipo.

Tem-se dito que a sotoposição de um caso real individual a um conceito é um absurdo lógico. «Somente um igual pode ser subsumido a outro igual». A um conceito apenas pode ser subsumido um conceito⁽⁸⁾. De conformidade com esta ideia um trabalho recente sobre a estrutura lógica da aplicação do Direito acentua: a subsunção dum caso a um conceito jurídico «representa uma relação entre conceitos: um facto tem de ser pensado em conceitos, pois que de outra forma — como facto — não é conhecido, ao passo que os conceitos jurídicos, como o seu nome o diz, são sempre pensados na forma conceitual». São, portanto, subsumidos conceitos de factos a conceitos jurídicos. Não podemos deixar-nos arrastar aqui para indagações de lógica formal e de teoria do conhecimento. Deve no entanto acentuar-se que a subsunção de uma situação de facto concreta e real a um conceito *pode* ser entendida como enquadramento desta situação de facto, do «caso», na classe dos casos designados pelo conceito jurídico ou pela hipótese abstracta da regra jurídica. Se temos de decidir o caso de um furto de dentro de um automóvel de passageiros, praticado através de rasgamento da capota, a sua subsunção ao conceito geral contido na

hipótese «furto de um lugar fechado por meio de arrombamento» significará o mesmo que: o concreto furto de dentro do automóvel é um elemento da classe compreendida no conceito «furto de dentro de um espaço fechado...». Somente por detrás desta operação é que surgem as questões decisivas de lógica jurídica: em que se fundamenta propriamente este enquadramento da concreta situação de facto na classe designada pelo conceito jurídico? A resposta, em minha opinião, deve ser: ela fundamenta-se numa equiparação do novo caso àqueles casos cuja pertinência à classe já se encontra assente⁽⁹⁾, no nosso exemplo, por conseguinte, na equiparação do furto de dentro do automóvel fechado àqueles casos que até aqui foram já submetidos com segurança ao § 243, n.º 2, como, por exemplo, o furto de dentro das instalações fechadas duma mina (cfr. BGHStr. 2, pp 411 e ss.) ou de dentro duma «roulotte» (BGHStr. 1, pp. 158 e ss.). Em que se fundamentam, por seu turno, a determinação da própria classe e o enquadramento seguro dos casos que servem como material de comparação, eis uma questão que por enquanto deixaremos de remissa. Ela pertence ao domínio dos *problemas de interpretação*. Nesta medida, a interpretação do conceito jurídico é o pressuposto lógico da subsunção, a qual, por seu turno, uma vez realizada, representa um novo material de interpretação e pode posteriormente servir como material ou termo de comparação, como podemos verificar pela evolução do BGHStr. I, pp. 158 e ss., até ao BGHStr. 2, pp 214 e ss.⁽¹⁰⁾ Pressupondo, porém, por agora, que sabemos o bastante sobre a classe como tal, a qual no fundo apenas significa um grupo de objectos iguais entre si (no

mais lato sentido). continua a ser um problema difícil o de saber se o enquadramento na classe de um novo objecto que até aqui ainda não foi considerado como pertinente a mesma se justifica ou não. se, por outras palavras, a referida equiparação é ou não admissível. A problematicidade resulta designadamente do facto de que, em cada subsunção efectivamente nova, o caso a subsumir difere sob qualquer aspecto dos casos até então enquadrados na classe e, por conseguinte, põe sempre ao jurista, que está vinculado ao princípio da igualdade, a penosa questão de saber se a divergência é *essencial* ou não. Mas esta questão de saber se existe uma igualdade essencial ou uma divergência essencial entre o novo caso e os casos até agora submetidos àquele conceito ou classe conduz-nos a uma nova questão: De que é que se trata propriamente? No nosso exemplo, a propósito do conceito jurídico do espaço fechado, trata-se de este representar uma «parte da superfície da terra» (como pensou o Tribunal do Reich) ou trata-se apenas de o espaço estar fechado — em parte através de dispositivos artificiais — (tal como decidiu o Supremo Tribunal Federal)? Além disso, trata-se de o espaço servir como «lugar de domicilio» (neste sentido BOCKELMANN) ou apenas de ele se destinar ao ingresso de pessoas (como decidiu o Supremo Tribunal Federal)? Se admitirmos o ponto de vista de que apenas se trata de que um espaço seja fechado por todos os lados e se destine ao ingresso de pessoas, então, «sob estes aspectos», o automóvel de passageiros deve ser equiparado a uma «roulotte» ou a uma instalação mineira. Estes «aspectos» serão então precisamente «aspectos essenciais». Evidentemente que é de

novo uma questão de *interpretação* a de saber a que se refere um conceito como o de espaço fechado, e se os aspectos sob os quais os casos se equivalem são essenciais ou não. A interpretação não só fornece o *material* de confronto para a subsunção como ainda os *pontos de referência* para a comparação. Desta forma, ela decide ao mesmo tempo sobre aqueles momentos (aspectos) do material de confronto e da situação de facto a decidir que hão-de ser entre si comparados. Finalmente, é ela ainda que decide por que *meios* do espirito a comparação deve ser realizada: se com meios dos sentidos externos ou com meios do pensamento e, neste último caso, se com meios do pensamento «cognitivo» ou do pensamento «emocional»⁽¹¹⁾. A questão de saber a que se deve ater esta interpretação ela mesma, se ao «uso corrente da linguagem», à «vontade do legislador», ao «fim racional da lei» ou seja lá ao que for, é problema que temos de reservar para um capítulo especial.

No presente capítulo temos de fazer ainda algumas breves considerações sobre as consequências que resultam de eventualmente se não lograr estabelecer a premissa menor. Até aqui temos na verdade pressuposto que se consegue obter efectivamente a menor, que, portanto, se chega à verificação de factos que podem ser subsumidos a um conceito jurídico, e isto de modo a podermos, da combinação desta premissa menor com a maior, deduzir a correspondente conclusão. Especialmente em relação ao Direito penal, que nos forneceu os exemplos, supusemos que podiam ser verificados factos que se deixavam subsumir no seu todo aos diferentes conceitos ou conotações de uma espécie legal de

crimes, que a punição pensada na premissa maior para aquela espécie de crimes podia deduzir-se como devida (devendo-ser) para o caso concreto. Mas como se passarão as coisas quando o juízo que constitui a premissa menor não pode ser enunciado, quer porque não é possível verificar factos relevantes, quer porque os factos verificados não se deixam subsumir ao conceito da hipótese legal utilizado na premissa maior? Por exemplo: no nosso furto, pode acontecer que não seja possível verificar se o acusado é justamente aquela pessoa que rasgou a capota do automóvel e retirou as coisas de dentro do mesmo. Mas também pode acontecer que adiramos à concepção segundo a qual o automóvel não é um espaço fechado no sentido do § 243, n.º 2, e que, por isso, a subtracção de coisas de dentro dum automóvel não seja subsumível às conotações da hipótese legal deste preceito.

Ora, dum ponto de vista puramente lógico, do não estabelecimento da premissa menor não se segue absolutamente nada, pois a lógica ensina-nos, efectivamente, que com o fundamento se põe a consequência (*modus ponens*) e que, por outro lado, desaparecendo a consequência desaparece o fundamento (*modus tollens*). Pelo contrário, a lógica não nos ensina que, com o desaparecimento do fundamento, também a consequência desaparece. Portanto, se o juiz há-de, no caso de não ficar estabelecida uma premissa menor que é afirmada pelo acusador, poder proferir uma decisão ou juízo que, por seu lado, seja também deduzido de certas premissas, então precisa de premissas *adicionais*. Concretizando: se o Ministério Público afirmou no processo que A furtou do automóvel de passageiros de K, por meio de

rasgamento da capota, certas coisas, e dessa forma se tornou réu do crime de furto qualificado, nos termos do § 243, n.º 2, pelo que deve ser punido com prisão maior, e se o tribunal não pode fazer suas estas afirmações do Ministério Público, porque não considera provada a autoria de *A* ou porque adere à opinião de que um automóvel de passageiros não é um espaço fechado no sentido do § 243, n.º 2, então o que o tribunal imediatamente sabe é que ele não pode deduzir a sua conclusão da premissa maior correspondente ao § 243, n.º 2. Agora podem pensar-se como soluções possíveis as seguintes: abster-se o tribunal pura e simplesmente de qualquer decisão, porventura recorrendo à chamada *absolutio ab instantia* (ver *infra*), ou proferir uma decisão diferente daquela que o Ministério Público propõe, aplicando, por exemplo, uma «pena de suspeição» ou uma «pena extraordinária» — como foi de uso em tempos antigos —, ou condenar o acusado — o que ainda hoje se faz — por um outro delito — por exemplo: por furto qualificado nos termos do § 243, n.º 4 (cfr. RGerStr. 71, p.198) ou por furto simples —, quando se verificarem os seus pressupostos, ou, por fim, absolver pura e simplesmente *A*. Todavia, nos quadros do princípio da legalidade da jurisprudência, é necessário que se retirem da lei novas premissas maiores, com as quais se haverão de combinar as correspondentes premissas menores, a fim de fundamentar a sentença sob a forma de uma conclusão.

Dentre estas premissas maiores são de especial interesse, por um lado, aquelas que, na hipótese de não ser possível uma subsunção com vista a uma determinada consequência jurídica, prescrevem a *absolvição*,

ou a rejeição de uma acusação, duma acção ou de qualquer outra forma de pretensão deduzida em juízo, e, por outro lado, aquelas que se referem ao chamado *ônus da prova*. Se tomarmos como exemplo duma premissa maior do primeiro tipo a absolvição em processo penal, verificaremos que existe um preceito legal e uma correspondente premissa maior nos termos da qual o acusado — abstracção feita de obstáculos processuais — deve ser expressamente absolvido através duma decisão de fundo quando não possa ser condenado. Portanto, se não se chega ao convencimento de que o acusado praticou o facto que lhe é imputado ou se o facto provado não constitui uma acção punível segundo a lei, o dito acusado é absolvido. (Abstraiamos aqui da possibilidade de aplicação duma medida de segurança). É claro que a absolvição não constitui de modo algum uma conclusão lógica do facto de a hipótese legal da norma juridico-penal abstracta ou, o que é o mesmo, a premissa maior que a esta corresponde, não se verificar *in concreto* e de, portanto, a correspondente consequência jurídica não poder desencadear-se. Antes, a absolvição é tão-só a consequência lógica do facto de existir uma premissa maior especial que a prescreve (cfr. a propósito o § 260 do Código de Processo Penal). Sem esta premissa maior especial seria também concebível uma sentença de conteúdo completamente diverso, e. g., a já mencionada *absolutio ab instantia*, como antigamente acontecia (quer dizer: um adiamento da decisão até nova ordem, sob reserva de uma posterior renovação do processo e de uma posterior condenação), ou então a também já referida declaração de suspeito com a

aplicação duma *poena extraordinaria*. Estas possibilidades estão hoje excluídas entre nós, mas por razões humanitárias, não por razões lógicas.

Por outro lado, pelo que respeita às premissas maiores sobre o chamado «*ónus da prova*», trata-se de uma das figuras de pensamento mais ricas de sentido que a razão dos juristas tem elaborado. O ónus da prova relaciona-se com a hipótese de, apesar de todas as actividades probatórias, subsistirem dúvidas na questão de facto. (Dúvidas na questão *de direito*, na «*quaestio juris*», sobre o alcance do conceito «*espaço fechado*», por exemplo, tem o juiz que as resolver sempre através da sua decisão; ele tem, pois, de aderir sempre a uma determinada concepção, mesmo que intimamente hesite entre esta concepção e a outra, também possível. É pelo menos esta a posição do nosso Direito vigente. Também aqui se não trata dum princípio lógico ou sequer dum princípio «*natural*»). Quando o tribunal duvida, por exemplo, se o autor do facto é o acusado ou uma outra pessoa, ou — para tomar ainda um exemplo do processo civil — se o demandado reembolsou o empréstimo que lhe fora feito, tal como ele próprio afirma, e o autor contesta, então não lhe é possível em princípio declarar como única correcta uma das alternativas em questão e sumariamente declarar, pois, o acusado como culpado ou não culpado ou o empréstimo como já restituído ou ainda não restituído. As dúvidas sobre os factos não podem, como as dúvidas sobre o Direito, ser afastadas esforçando-nos simplesmente por nos decidirmos por uma determinada concepção. Por outro lado, é também proibido ao tribunal recusar-se a decidir alegando a sua dúvida na questão

de facto. O tribunal tem de resolver o *litigio*, muito embora não possa resolver a *dúvida*. De outro modo, ele não se desempenharia da sua função que consiste na pacificação em concreto das relações da vida. *Qual* a decisão que ele há-de proferir em tais circunstâncias, eis precisamente o que lhe vem dizer o ónus da prova, mais exactamente, a regulamentação do ónus da prova. Esta regulamentação é relativamente simples no Direito processual penal. Neste sector vale, à parte raras excepções, o princípio: *in dubio pro reo*. Este princípio diz-nos que, quando existem dúvidas sobre as circunstâncias de facto relevantes para a condenação-ou absolvição do acusado, o juiz há-de «presumir» a situação de facto que conduza a uma decisão mais favorável àquele. Portanto, se existem dúvidas sobre a autoria, deve presumir-se que o acusado não foi o autor do facto delituoso. Se existem dúvidas sobre se o acusado praticou o facto em situação de legítima defesa, haverá de presumir-se esta, enquanto não se provar o contrário. Se existem dúvidas sobre se o acusado ao praticar o facto estava na plena posse das suas faculdades mentais, há-de presumir-se que o não estava, enquanto se não fizer prova em contrário. As coisas complicam-se muito mais no processo civil, pois que no domínio deste dá-se a chamada *repartição* do ónus da prova. O complexo de todos os factos é dividido em factos cuja prova se encontra a cargo do autor e factos cuja prova compete ao demandado. Por exemplo, ao autor que reclama a restituição dum empréstimo, cumpre-lhe provar que fez o empréstimo ao demandado. Se este facto é contestado e as dúvidas sobre a entrega da quantia mutuada não são eliminadas através da produ-

ção da prova, haverá que decidir contra o autor ou demandante. Aqui vale, portanto: *in dubio contra actorem*. Se, ao contrário, o demandado admite ter recebido o empréstimo e apenas se limita a contestar alegando que já o restituiu, caso a restituição continue a ser objecto de contestação e de dúvida, é ao demandado que cabe o ónus de provar esta «excepção». Se não for capaz de demonstrar a dita restituição, será condenado a pagar ao demandante e perde, por conseguinte, o processo. Nesta medida vale, dentro do processo civil: *in dubio contra reum*. Os romanos diziam (D 44, I, 1); «*reus in exceptione actor est*». Isto significa: relativamente àquelas oposições ou excepções cuja prova compete ao demandado, este é equiparado, pelo que respeita ao risco do processo, a um autor ou demandante que não consegue levar a bom termo a sua pretensão por não poder provar os factos que a fundamentam. Não podemos deter-nos aqui com mais pormenores sobre o regime do ónus da prova nas diferentes espécies de processos. Apenas nos interessou mostrar o que significa o ónus da prova do ponto de vista da lógica jurídica, a saber: uma injunção ao juiz sobre como ele há-de decidir sempre que não possa afirmar ou negar com segurança factos juridicamente relevantes. Neles se exprime, portanto, «uma regra jurídica segundo a qual, independentemente de o conteúdo da decisão ser ou não objectivamente justo, ao menos se determina a juridicidade (conformidade com o Direito) do comportamento do juiz enquanto tal».

Mas devemos referir ainda uma interessante complicação. Acontece não muito raramente que o juiz, ao esforçar-se por realizar uma subsunção apropriada,

apenas chega àquilo a que chamamos um «resultado alternativo». Num processo penal, por exemplo, ele pode chegar à conclusão de que uma coisa alheia encontrada em poder do acusado foi por este ilegítimamente obtida, ou através de furto ou por meio de receptação. De qualquer das formas, está-se perante uma acção punível, mas não pode afirmar-se com segurança qual das duas espécies de acções puníveis foi realmente praticada. Que atitude deve tomar o juiz em tais casos? Deve ele, em conformidade com o princípio «in dubio pro reo», absolver o acusado, ou poderá antes concluir por uma condenação, em vista do facto de o acusado ser de todo em todo culpado de uma acção punível? A teoria e a prática votam hoje predominantemente, dentro de certos limites, por uma condenação em que seja aplicada a lei menos rigorosa. Mas ao leitor será lícito ponderar que este resultado, praticamente desejável, não só suscita dificuldades do ponto de vista dos princípios jurídicos, como também não é nada fácil de construir logicamente.

ANOTAÇÕES

1. Para nós, portanto, trata-se apenas da «determinação do dever-ser como pura forma de pensamento» contida na sentença, etc., e não do teor imperativístico que eventualmente a isso acresça (v. *infra*, no texto); cfr. a propósito os meus *Logische Studien*, p. 4, assim como J. RÖDIG, *Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens*, 1973, pp. 10, 63 e s., 82 e ss., 113.

2. Em bom rigor, aliás, temos aqui uma dupla conclusão do geral para o particular: além da conclusão relativa ao dever-ser-punido do homicida, surge, do imperativo dirigido a todos os juizes mandando aplicar a pena ao mesmo homicida, a conclusão paralela para o imperativo concreto endereçado precisamente ao juiz que está a julgar e ordenando-lhe a aplicação *hic et nunc* da pena.

3. Primeiramente mediante o «cálculo modal» (cfr. O. BECKER, *Untersuchungen über den Modalkalkül*, 1952, pp. 40 e ss.), depois no quadro de uma específica lógica «deontica», relativamente à qual surgiu uma literatura própria.

4. Sobre este ponto e seguintes, v. agora também E. J. LAMPE, *Jur. Semantik*, 1970, pp. 40 e ss.; considerar em especial a p. 48: «Todo o enunciado jurídico imperativo... implica um enunciado jurídico indicativo que estabelece que... deve ser, o que ele ordena». No *Festschrift P. O. EKELÖF (Stockholm)*, 1972, pp. 502 e ss., fala M. MORITZ de «juízos paralelos» aos imperativos jurídicos e, recorrendo a eles, chega igualmente a um «silogismo com o auxílio do qual se pode decidir se uma sentença judicial concorda ou não formalmente com a lei» (p. 502) e isto justamente «mesmo que as regras jurídicas sejam concebidas como imperativos» (p. 518). Por outro lado, critica este ponto de vista K. HAAG em «Rechtstheorie» (ed. Arthur Kaufmann), 1971, p. 139. É de ter em conta, porém, tanto na doutrina de MORITZ como na minha, que os imperativos não são transformados em proposições, mas se fala sobre eles em proposições enunciativas.

5. Ver sobre o ponto a minha *Idee der Konkretisierung*, 1953, pp. 188 e ss., com bibliografia: E. SCHWINGE, *Der Jurist und sein Beruf*, 1960, pp. 40 e s., 101 e s.; diferentemente (concordando com ISAY, RADBAUCH-ZWEIGERT, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 9.ª ed., 1952, pp. 160 e s.;

ESSER, *Grundsatz und Norm*, 1956, pp. 19, 256. Mais longe ainda do que ISAY vai Jer. FRANK (cfr. ESSER, p. 21).

A minha polémica com ISAY, que se não dirigia contra o valor da obra, mas contra certas teses nucleares da mesma, depa-rou com múltiplas oposições. Assim, além de ESSER (Arch-RuSozPhil., vol. 43, 1957, p. 263): P. SCHWERDTNER, *Rechtstheorie*, vol. II, 1971, p. 70 (aqui fala-se de uma «alternativa completamente deslocada») e H. KENTH, *Logik der Normen*, 1972, pp. 38 e s. (com um apelo à consciência do juiz não poderiam contraditar-se afirmações sobre uma conduta factual). Todavia, não pode contestar-se que ISAY, por um lado, radica num facto psicológico (ou, como diz SCHWERDTNER, «antropológico») emocional, o sentimento jurídico (v. o seu livro, pp. 60 e ss.), aquela decisão judicial que, segundo o seu ponto de vista, é típica e ao mesmo tempo paradigmática, e, por outro lado, recusa à norma legal a função de fonte de conhecimento originária da decisão justa, antes lhe reservando apenas uma função subsidiária de controlo. Nisto vejo eu não apenas uma falsa ilação do que possa acontecer (que o juiz primariamente se deixe orientar pelo sentimento jurídico e só depois se preocupe com as normas e interprete estas sempre que possível por forma a harmonizá-las com o seu sentimento jurídico) para o que «é correcto», e também não apenas um perigo (a saber, o do subjectivismo frequentemente enredado em preconceitos, para o qual apontou já KARL GEILER, na sua extensa recensão da obra de ISAY no *Archiv für Rechtsphilosophie*, vol. 24, 1930, reimpressa em «Beiträge zum modernen Recht», 1933, pp. 135 e ss.), mas antes de tudo uma contradição com a vinculação do juiz à lei (Art. 20 da Lei Fundamental).

Não pode de resto negar-se a propensão para pseudo-fundamentações por amor de um resultado tido por satisfatório. Sobre este ponto, Fr. BRECHER, *Nikisch-Festschrift*, 1958, pp. 227 e ss.; K. ENGISCH, *Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken*, 1963, pp. 11 e s.; W. SCHEUERLE, *Arch.ziv. Pr.* 167, 1967, pp. 305 e ss.; M. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 1967, pp. 218 e ss.; W. HASSEMER, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, 1974, pp. 47 e ss.; Fr. MÜLLER, *Jur. Methodik*, 2.^a ed., 1976, pp. 196 e ss.. Instrutivo é o «caso da banheira» (RGerStr. 74, pp. 84 e ss.), sobre o qual pode ver-se: HARTUNG, *JurZ* 1954, pp. 430 e s.: — Para evi-

tar uma sentença de morte e a sua execução, o Reichsgericht (Tribunal do Reich), fazendo uma aplicação «arvevesada» da teoria subjectiva da participação. «construiu» como auxílio à prática do crime o afogamento de um filho nascido fora do casamento pela irmã da mãe. Critério para a distinção entre fundamentação autêntica e pseudo-fundamentação só pode sê-lo, em meu parecer, a honestidade subjectiva. «Pseudo-fundamentações inconscientes» (BRECHER) não as consideraria eu como «pseudo-fundamentações». É digno de nota que, no caso da banheira acabado de referir, HARTUNG pôde dizer que ele, «cientificamente», coincide inteiramente com a decisão por ele próprio proposta. Se se parte da presunção que, ao fim e ao cabo, não é infundada, de que as leis e os «precedentes» visam resultados «racionais» (no que creio estar de acordo com ESSER e KRIELE — este último diz, p. ex., a p. 169 da obra citada: um texto legal só pode «ser correctamente interpretado quando nele se subentenda... a intenção da racionalidade» —), então por via de regra tais resultados podem ser fundamentados também, sem «truques» especiais, dum maneira racional, isto é, por dedução da lei ou com apoio nos precedentes. Completamente diversa é a questão de saber se o juiz pode e deve consciente e abertamente recusar obediência a uma lei «irracional» (ou a uma jurisprudência firme mas criticável). Sobre o ponto, veja-se o capítulo VII.

Atraves dos livros de ESSER (ver agora também o escrito deste autor *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1970), KRIELE e Fr. MÜLLER, cujo estudo terá que ser feito pelo leitor interessado numa indagação mais aprofundada dos problemas do pensamento jurídico, entrou num novo estádio a discussão sobre a fundamentação racional dos resultados «razoáveis», «justos», «satisfatórios», assim como a discussão sobre a relação entre teoria e prática (cfr. KRIELE, pp. 37 e ss.) e ainda sobre a relação entre psicologia e lógica da decisão (*Urteilsfindung*). ESSER dá razão a ISAY quando agora acentua (*Vorverständnis*, pp. 132 e ss., 175 e s. e *passim*) que o juiz se abeira do caso com uma certa «pré-compreensão», cuja «constituição» já é determinada por uma «espécie de pré-decisão», como entretanto também HRUSCHKA, no seu *Die Konstitution des Rechtspalles*, 1965, tinha exposto em mais pormenor (cfr. também *infra*, nota 3 do Cap. IV), e que o mesmo juiz vê as partes

apresentarem-se perante o tribunal com determinadas expectativas e pretensões relativamente ao tratamento jurídico do caso e, então, deixa que a «interpretação» se oriente por determinadas considerações sobre o que possivelmente é juridicamente acertado e, nesta medida, deixa que ela se oriente por «pré-valorações», por «pré-juízos»: A procura da norma ajustada, a escolha desta ou daquela norma, a decisão sobre a sua aplicabilidade ou não aplicabilidade, podem frequentemente ser dirigidas por tais antecipações (cfr. o que já antes se dizia nesta «Introdução»). Por outro lado, a «lógica formal», da qual KRIELE e ESSER não têm uma opinião muito favorável, fornece apenas a condição necessária (em todo o caso: a necessária!), mas não a condição suficiente da «correção» da decisão (assim o próprio ESSER, *Vorverständnis*, p. 77; quem é que ainda hoje ensinará outra coisa? Cfr. sobre o ponto também Fr. MÜLLER, *Normstruktur*, 1966, pp. 40 e ss.; *Jur. Methodik*, 2.^a ed., 1976, p. 62; CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff i. d. Jurispr.*, 1969, pp. 22 e s.; J. RÖDIG, *Theorie des Gerichtl. Erkenntnisverfahrens*, 1973, pp. 148 e ss., 177 e s.). Mas, sob o domínio da nossa Lei Fundamental e do seu Art. 20.^o 3, importa em último termo — como também ESSER e KRIELE não desconhecem — que o «resultado» a que se chegue seja lógica, metodológica e juridicamente sustentável. E, para tanto, devem ser mantidas mais rigorosamente separadas do que por vezes sucede (em ISAY, pelo menos, mas também sem dúvida em ESSER e KRIELE) a *quaestio facti* e a *quaestio juris*, quero dizer: o problema psicológico e sociológico de como os nossos juizes de facto procedem, por um lado, e o problema lógico-gnoseológico de saber sob que pressupostos formais e materiais o resultado da descoberta do direito (*Rechtsfindung*) é verdadeiro ou correcto. (Segundo colho do relatório de N. HOERSTER em Arch.ziv. Pr. 171, pp. 188 e ss., sobre um livro de WASSERSTOM, também por este autor a referida distinção é claramente salientada; cfr. também a crítica a ESSER em LARENZ, *Methodenlehre*, 3.^a ed., pp. 187 e ss.). O modo como e a medida em que, p. ex., os nossos tribunais se orientam efectivamente por precedentes não nos fornece ainda, ou pelo menos só sob determinados pressupostos nos fornece uma resposta à questão da correção desta orientação. O facto de que «uma regra metodológica é seguida umas vezes e outras não» não significa, como afirma KRIELE a pp. 25 (com o acordo de

RÖDIG), que «ela não vale». O facto de a hierarquia entre os diferentes metodos de interpretação não ser ainda segura (ver *infra*, no texto) não nos liberta da obrigação de a procurar definir, por mor da decisão correcta. V. em conformidade agora CANARIS, ob. cit., p. 91. nota 23. Naturalmente que não deve ser contestado o direito próprio de uma «psicologia» ou «sociologia» da decisão jurídica (da *Rechtsfindung*) que a si própria assim se entenda duma maneira explicita (penso nas investigações de BENDIX, BOHNE, WEIMAR, OPP e ROTTLEUTHNER, entre outras). Também não deve de modo algum afastar-se de antemão a possibilidade de que existam interconexões entre a *quaestio facti* e a *quaestio juris*, sobre as quais, porém, só a própria lógica (no sentido mais amplo, incluindo uma «lógica material») pode decidir. Sobre este ponto, ver K. LARENZ, no *Festschrift für E. R. Huber*, 1973, pp. 301 e ss.. O acento do presente livro recai em todo o caso por completo sobre a lógica e a metódica do pensamento jurídico, como também acontece, p. ex., com o «pendular da visão entre cá e lá», entre o «caso» e a «norma», atacado por KRIELE e ESSER, e que por mim foi inserido num puro contexto lógico: tratava-se para mim de evitar um circulo logico (cfr. *Logische Studien*, pp. 14 e s. e *infra*, nota 3 do Cap. IV).

6. Aqui, em ligação com o que vai dito na anotação anterior, seja-me permitida uma anotação de lógica formal. Quando KRIELE, ob. cit., p. 51, diz: «O pretense problema da subsunção correcta não chega a ser qualquer problema... Podem construir-se exemplos divertidos de uma subsunção silogistica falhada... deve contestar-se que se verifique uma omissão quando um livro de metodologia não faça mais largos desenvolvimentos sobre a conclusão subsuntiva», e a propósito se reporta às «palavras de oiro» de HEGEL, segundo o qual «nunca pensou uma coisa tão chata» como a que se apresenta no *modus barbarus*, torna-se visível que se entende aqui a conclusão subsuntiva como um todo (sobre o ponto, p. ex., B. KREIBIG, *Die intellektuellen Funktionen*, 1909, p. 216), não a subsunção como parte da premissa menor (no exemplo do texto: «A é assassino»). Abstraindo do facto de que as palavras de HEGEL sobre o *modus barbarus*, aquele *modus* segundo o qual do carácter mortal de todos, muitas vezes com angústia, concluimos para a mortalidade de cada um de nós, não são de modo algum «palavras de oiro», e por isso o

notável investigador lógico Heinrich SCHOLZ qualificou Hegel como o «homem fatídico que criticou de forma radical a lógica formal aristotelica e por esse modo onerou a imensa obra da sua vida com um infortúnio que dificilmente poderá ser sobrestimado» (*Geschichte der Logik*, 1931, pp. 11 e s.), abstraindo disso, dizia, é verdade que a conclusão subsuntiva como *todo*, não obstante a sua importância, é fácil de realizar (cfr. sobre o ponto os meus *Logische Studien*, p. 13), mas já não assim a subsunção como juízo (acto de juízo) que co-constitui a premissa menor. Certo, quanto ao ponto, v. agora J. RODIG, *Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens*, 1973, p. 151. ESSER, que na *Vorverständnis* (pp. 28, 40 e s., 48, 50 e s., 60 e s., 65 e ss.) igualmente não distingue com precisão entre conclusão por subsunção e subsunção enquanto parte da premissa menor, reconhece no entanto muito claramente a gravidade do problema da subsunção enquanto tal (pp. 45 e ss.), ponto que KRIELE também aflora quando aponta a teoria de Montesquieu sobre a função do juiz como uma questionável «doutrina» da subsunção (p. 49), bem que tomando como referência a errônea teoria de que a subsunção é uma operação de pensamento puramente racional, fácil de realizar e conducente a um resultado inequívoco. Este entendimento basicamente errado da subsunção, de uma subsunção que frequentemente (talvez mesmo a maioria das vezes) é acompanhada de uma valoração, encontramos-lo infelizmente a cada passo, p. ex., agora também em Fr. MULLER, ob. cit., pp. 59 («subsunção lógica»), 83 (onde se fala de «premissas menores postuladas lógico-formalmente por uma 'subsunção' positivista»). Sobre a subsunção, também *infra*, no texto.

Com a mesma falta de cuidado com que se lida com o conceito de «subsunção» também se opera com o conceito de premissa menor do silogismo da decisão judicial, já referindo-o apenas à questão de facto e à «apreciação da prova» (KRIELE, p. 48; ESSER, p. 46; ZIPPELIUS, *Methodenlehre*, 2.^a ed., 1974, pp. 88, 93; Fr. MULLER, ob. cit., p. 27 («a situação factual da vida como premissa menor»), já abrangendo também (e nesta medida com toda a razão; ESSER, p. 50) nele o «juízo sobre os factos» («apreciação dos factos»); ver sobre este ponto mais desenvolvidamente: *Logische Studien*, pp. 18 e ss.; SCHEUERLE, *Rechtsanwendung*, 1952, p. 38, e LARENZ,

Methodenlehre, 2.^a ed., pp. 228 e ss., 232 e ss., 254 e ss., 3.^a ed. 1975, pp. 262 e ss..

7. Limites a uma verificação historicamente rigorosa da verdade no processo deparam-se nos também quando vigora o «princípio dispositivo», como acontece no processo civil alemão em que as partes é deixada — bem que dentro de certos limites — a possibilidade de determinarem a matéria de facto a apreciar juridicamente, na medida em que alegam ou não certos factos, os admitem ou não contestam, apresentam ou não certas provas. Pode, p. ex., deixar de ser considerado o facto de um contrato ter sido concluído em estado de embriaguês, quando as partes se sentem constrangidas a não mencionar esta circunstância. Cfr. sobre o ponto, além de DÖHRING, ob. cit., p. 9; LARENZ, *Methodenlehre*, pp. 206 e ss., 2.^a ed. 1969, pp. 240 e ss., 3.^a ed. 1975, p. 293. Sobre a fórmula «verdade formal» usada neste contexto, v. agora RÖDIG, ob. cit., pp. 151 e ss..

8. Assim, SOMMER. *Das Reale und der Gegenstand der Rechtswissenschaft*, 1929, pp. 119 e s.. De idêntica natureza são as dúvidas agora suscitadas por K. MICHAELIS, em *Über das Verhältnis von logischer und praktischer Richtigkeit bei der sogenannten Subsumtion*, Festschrift für das OLG Celle, 1962, pp. 117 e ss. (130), a saber, que «a hipótese legal abstracta e o juízo concreto da subsunção não podem ser confrontados com vista a excluir a contradição lógica entre eles, uma vez que os respectivos objectos — num caso a hipótese abstracta no outro a concreta situação de facto — não são logicamente os mesmos e da determinação em abstracto da hipótese legal não pode logicamente deduzir-se a concordância com ela da concreta situação de facto». Creio que estas dificuldades não surgem quando se tenha em conta o exposto no texto. É que, como observa o próprio MICHAELIS, não se compara um concreto com um abstracto mas um concreto com outro concreto. Cfr. agora também LARENZ. *Methodenlehre*, 3.^a ed. 1975, p. 258.

9. Encontra-se uma concepção semelhante em Arthur KAUFMANN, *Analogie und «Natur der Sache»*, 1965, pp. 29 e ss.; W. HASSEMER, *Tatbestand und Typus*, 1968, pp. 17 e s. e em J. ESSER, *Vorverständnis u. Methodenwahl*, 1970, p. 30: a partir da norma legal forma-se «uma panorâmica de casos de aplicação possíveis, com a qual se pode cotejar o caso *sub judice*». LARENZ, ob. cit., 2.^a ed., p. 263, nota 1, 3.^a ed., 1975,

p. 258 (subsunção é a «afirmação de que as características referidas na hipótese da regra jurídica se encontram realizadas na situação de vida a que a mesma afirmação se reporta»), pelo contrário, tem uma noção diferente de subsunção. Outras vozes críticas em relação ao texto que merecem ser consideradas: K. H. STRACHE, *Das Denken in Standards*, 1968, pp. 52 e ss., na nota 132; R. v. HIPPEL, *Gefahrteile*, etc., 1972, pp. 7 e ss.. Como LARENZ, também STRACHE, R. ZIPPELIUS (*Methodenlehre*, 2.^a ed., p. 100) e W. FRISCH, NJW 1973, p. 1346, nota 16, preferem ao entendimento lógico-extensivo («extensional») de subsunção que se dá no texto um entendimento lógico-intencional ou de conteúdo («intencional»): a subsunção é determinação da coincidência do «complexo concreto de características» com a «definição abstracta do conceito» ou determinação da identidade «entre os conteúdos da experiência significados em geral pelas palavras da lei (buzinar de carros) e o facto da experiência imediatamente perceptível da situação concreta (buzinar deste carro)». Na minha opinião ambos os entendimentos, i. e., o extensional e o intencional, podem coexistir lado a lado.

10. Sobre a relação entre subsunção e interpretação, v. também os meus *Logische Studien*, pp. 26. e ss.; SCHEUERLE, ob. cit., pp. 166 e ss.; D. JESCH, Arch.öff.R.82, 1957, pp. 186 e ss.; J. RAUTENBERG, DÖV 62, pp. 253 e ss.; MICHAELIS, ob. cit., p. 136. Também as «subsunções finais» tratadas por SCHEUERLE no Arch.ziv.Pr. 167, 1967, pp. 305 e ss., interferem no domínio da problemática da interpretação, como resulta de pp. 329 e ss. (a «interpretação final» está ao serviço da «subsunção final»). Cfr. ainda W. HASSEMER, *Tatbestand und Typus*, 1968, pp. 19 e s. e pp. 98 e ss.; Fr. OSSENBÜHL, DÖV 1971, p. 403 (onde, para a interpretação de conceitos indeterminados, reconhece uma «latitude de possibilidades de decisão», mas não uma pluralidade de decisões conformes ao direito «no caso concreto», o que considero problemático). Observe-se ainda em particular que também a *rejeição* de uma subsunção (p. ex.: «uma viatura fechada não é um 'espaço fechado' no sentido do § 243») contém o resultado de uma interpretação: cfr. sobre isto *Logische Studien*, 1943, p. 28, assim como A. WOLFERS, *Logische Grundformen der juristischen Interpretation*, 1971, pp. 11 e s. Digno de nota, do ponto de vista filosófico, sobre a

relação entre interpretação e aplicação (do direito): H. G. GADAMER, *Wahrheit und Methode*, 1960, pp. 290 e ss..

11. Sobre a distinção entre a subsunção como elemento da premissa menor e a conclusão subsuntiva como silogismo ver já *supra*, nota 6. Pelo que respeita à subsunção como tal, que é a única que agora nos interessa, são de cfr.: W. SAUER, *Jur. Elementarlehre*, 1944, pp. 32 e ss.; W. SCHEUERLE, *Recht-sanwendung*, pp. 148 e ss. (cuidadosa análise na esteira de H. MAIER); H. COING, *Rechtsphilosophie*, 1950, pp. 244 e ss., 268 e ss., 3.ª ed., 1976, pp. 322 e ss.; JESCH, ob. cit., pp. 178 e ss. (188 e ss.); LARENZ, ob. cit., pp. 210 e ss.; 2.ª ed. 1969, pp. 254 e ss., 3.ª ed. 1975, pp. 257 e ss.; D. HORN, *Studien zur Rolle der Logik bei der Anwendung des Gesetzes*, Berliner Diss., 1962; KUCHINKE, *Grenzen d. Nachprüfbarkeit*, 1964, pp. 58 e ss.; H. HENKE, *Die Tatfrage*, 1966, pp. 106 e ss.; 177 e ss.; Fr. WIEACKER, Festschrift J. W. WEBER, 1974, p. 423; Fr. MÜLLER, *Juristische Methodik*, 2.ª ed., 1976, pp. 59, 66, 153 e *passim*. Em confronto com o meu conceito de subsunção, que também compreende comparações (equiparações) com base em «valorações irracionais», encontramos nos mencionados autores conceitos de subsunção mais estritos limitados a operações racionais, que depois carecem obviamente de complementação através de outros conceitos da «apreciação jurídica» dentro da premissa menor. Cai-se no erro oposto quando se consideram todas as subsunções como assentes em valorações. Em muitos conceitos («descritivos») não se requer nenhuma valoração para a subsunção, mas um conhecimento da experiência (exemplo: «A ultrapassou a velocidade máxima de 50 km»). Cfr. também *supra*, nota 6, e *infra*, nota 2 do Cap. VI.

A ELABORAÇÃO DE JUÍZOS ABSTRACTOS
A PARTIR DAS REGRAS JURÍDICAS.
INTERPRETAÇÃO E COMPREENSÃO
DESTAS REGRAS

No capítulo precedente ocupámo-nos especialmente do silogismo jurídico. A premissa menor é o nervo que veicula até ao caso concreto as ideias jurídicas gerais contidas na lei, que o mesmo é dizer, na premissa maior, e desse modo torna possível a decisão do mesmo caso em conformidade com a lei. Como concentrámos inteiramente a nossa atenção sobre aquela premissa menor e os seus elementos constitutivos, poder-se-ia porventura pensar que a ideia jurídica geral a extrair da lei é algo de clara e firmemente definido, algo como que cristalizado, e que, portanto, toda a dinâmica do pensamento jurídico se concentra na premissa menor. Esta opinião, todavia, seria errónea⁽¹⁾. A premissa maior jurídica, com a qual se combina a menor, é ela própria, por seu turno, o resultado de uma penetrante actividade do pensamento jurídico. Assim é, pelo menos, quando nos ocupamos em descobrir o Direito através de deduções feitas a partir da lei e com fundamento nela. Poderemos mesmo dizer que aquilo a que se chama «metodologia jurídica» tem por objecto em primeira linha a obtenção da premissa maior jurídi-

ca. Também já vimos, no capítulo precedente, que a subsunção contida na premissa menor nos remete para uma «interpretação» da lei e, dessa forma, para uma actividade mental realizada em torno da premissa maior. Importa, porém, que avancemos gradualmente.

Dissemos que a premissa maior, com a qual a menor se combina, é extraída da lei²⁾. De conformidade com aquilo que atrás foi dito, representámo-nos a lei como imperativo condicional, ao passo que a premissa maior correspondente à lei a pensamos como um juízo hipotético em sentido lógico. Ora a elaboração da premissa maior seria de facto uma actividade mental bem elementar se apenas consistisse em converter o imperativo condicional contido na lei num juízo hipotético em sentido lógico. O imperativo do §211 do Código Penal, que prescreve a punição do assassino com prisão perpétua, pode, por exemplo, ser com a maior facilidade convertido no seguinte juízo normativo abstracto: «Se alguém é assassino, deve ser punido com prisão perpétua, segundo o §211 do Código Penal».

Uma primeira e mais complicada tarefa de que o jurista tem de se desempenhar para obter a partir da lei a premissa maior jurídica consiste em reconduzir a um todo unitário os elementos ou partes de um pensamento jurídico-normativo completo que, por razões «técnicas», se encontram dispersas — para não dizer violentamente separadas. Mais exactamente, é tarefa do jurista reunir e conjugar pelo menos aquelas partes constitutivas do pensamento jurídico-normativo que são necessárias para a apreciação e decisão do caso concreto. Se voltarmos ao nosso exemplo do assassinato, verificamos que o §211 do Código Penal, mesmo que tomemos

desde logo as conotações conceituais aditadas na al. 2 deste parágrafo, apenas contém uma parte dos elementos essenciais à premissa maior jurídica completa. É preciso ter em mente que o assassino, para ser punível como tal, deve ser imputável (ao que se referem os §§ 51 e 55 do Código Penal e a lei sobre os tribunais de menores), que não deve existir qualquer causa de justificação do facto (v. gr., legítima defesa, § 53 do mesmo Código) nem qualquer causa de exclusão da culpa (v. gr., estado de necessidade, nos termos do § 54 do mesmo Código). A premissa maior completa ficaria assim com o seguinte teor: Segundo o Direito penal alemão, deve ser punido como assassino com prisão perpétua aquele que, sendo uma pessoa imputável e sem que exista uma causa de justificação do facto ou de exclusão da culpa, provoque intencionalmente a morte de outra pessoa, e pratique o acto homicida por crueldade, para satisfazer os impulsos sexuais, por cupidez ou por outros baixos motivos... A complementação da premissa maior será, conforme as hipóteses, tão extensa quanto o exija a apreciação e decisão do caso. Por exemplo, poderemos deixar fora da premissa maior a referência à não verificação de uma causa de justificação do facto ou de exclusão da culpa, quando não haja motivo para supor que, *in concreto*, se põe a questão da sua existência¹¹. Uma boa ilustração da dificuldade da tarefa com que o jurista neste ponto se defronta fornecem-no-la as acusações deduzidas pelo Ministério Público nos autos. O Código de Processo Penal exige, com efeito, que a acusação qualifique «o facto imputado ao acusado pondo em evidência as suas denotações legais». Desta forma, aquele Código exige, em certa

medida, a exacta elaboração da premissa maior jurídica a partir da qual pode ser deduzida a punibilidade do acusado. Ora precisamente isto apresenta com frequência consideráveis dificuldades. Noutros domínios jurídicos as dificuldades não são menores. Quanto mais compreensiva e subtil se torna a legislação, maiores são as exigências postas pela reunião e conjugação das partes que integram a norma jurídica a fim de se lograr um domínio mental das leis. O jústilósofo STAMMLER cita esta frase: «Quando alguém aplica um artigo do Código, aplica todo o Código». Podemos considerar esta tese como um pequeno exagero. Todavia, ela põe em evidência a unidade da ordem jurídica, a qual no nosso contexto se traduz em que as premissas maiores jurídicas têm de ser elaboradas a partir da consideração de todo o Código e, mais ainda, socorrendo-nos também de outros Códigos ou leis. Subentendemos que as regras de um ordenamento contêm um complexo homogêneo e harmonicamente solidário de pensamentos jurídicos. Seja-nos permitido demonstrar este importante aspecto da arte do jurista ainda com um caso de Direito civil, que é apenas um exemplo entre mil mas tem a particularidade de me haver impressivamente revelado a especificidade da combinação jurídica dos preceitos legais já na minha juventude, pois casualmente tive de me ocupar do caso durante os meus tempos de Referendar (juiz tirocinante).

O caso, que subiu até ao Tribunal do Reich e foi um entre muitos semelhantes, pode ser lido nas Decisões do Reichgericht em matéria Cível, vol. 106, pp. 44 e ss. Após o termo da primeira Grande Guerra, quando as tropas se achavam em retirada, frequentemente

acontecia que estas não podiam continuar a arrastar atrás de si os cavalos que haviam cansado. Um soldado forrageiro, por tal motivo, vendeu um cavalo inapto para a marcha a um camponês, pelo preço de 165 Marcos. Este alimentou o cavalo com rações elevadas e um ano depois vendeu-o pelo preço de 6000 Marcos. O Reich (o «Fisco do Reich») exige agora do camponês a soma de 4100 Marcos como «enriquecimento sem causa», havendo sido deduzido do preço que o camponês obtivera com a venda do cavalo a importância de 165 Marcos, pela qual ele o havia comprado, mais uma quantia razoável para as despesas com as rações alimentares. As instâncias inferiores haviam negado provimento à acção. Como muito bem me lembro, dominava então a tendência, baseada num sentimento de justiça, para favorecer os camponeses em casos destes. As fundamentações jurídicas — e aqui temos até certo ponto um contributo para a tese de ISAY atrás mencionada — eram um pouco forçadas, como que arrancadas pelos cabelos. O Tribunal do Reich, porém, incommovivelmente aferrado à lei, concedeu provimento à acção e condenou o camponês no pagamento da quantia reclamada. A pretensão do autor foi «declarada fundamentalmente conforme ao Direito». O parágrafo do qual aquele Tribunal imediatamente lançou mão foi o § 816 do Código Civil. Diz ele: Se alguém sem titulo legitimo (no nosso caso, o camponês) dispõe (no nosso caso, a disposição traduziu-se na venda do cavalo por 6000 Marcos) de um objecto (o cavalo) e esta disposição é eficaz em relação à pessoa legitimamente titulada (o Fisco do Reich), será obrigado a restituir a esta o que obteve (os 6000 Marcos) através da referida dis-

posição. Todavia, até um leigo reconhece imediatamente que este preceito, tomado de per si, não fornece ainda uma premissa maior adequada. Com efeito, precisamos logo de preceitos jurídicos que nos permitam determinar em que medida o camponês não era detentor de um título legítimo e o Fisco do Reich (*scl.* a Fazenda Pública) o era. Pois então o camponês, através da aquisição do cavalo, não se tornou proprietário e, nessa medida, detentor de um título legítimo, depois de ter sido o Fisco, anteriormente, o detentor desse título? O facto é que o camponês não se tornou proprietário e, portanto, continuou a ser uma pessoa não-titulada, e isto porque o forrageiro, do qual ele havia adquirido o cavalo, não era proprietário do animal nem possuía qualquer poder de disposição sobre ele e, por isso, de acordo com as disposições relativas à aquisição da propriedade (§ § 292 e ss. do Código Civil), não podia transmitir esta ao camponês. A boa-fé do camponês, que agira na convicção de que o forrageiro tinha o poder de dispor do cavalo, de nada lhe podia valer. O camponês, portanto, continuou a ser, como até ali, uma pessoa sem título legítimo no sentido do § 816 do Código Civil. É isso o que resulta dos preceitos sobre a transferência da propriedade que, sob este aspecto, esclarecem e completam o § 816. Que o cavalo é um «objecto» no sentido desta disposição, isso resulta do § 90 do mesmo Código: pois o cavalo é em sentido jurídico uma coisa e uma coisa é um «objecto» corpóreo. Sobre este objecto havia o camponês praticado um acto de «disposição», segundo os termos usados pelo Código Civil. acto de disposição esse que consistiu na alienação do cavalo a um terceiro.

Todavia, como é que este acto de disposição foi «eficaz em relação ao detentor do título legítimo», pois tal é outro dos pressupostos do § 816? Assim como o forrageiro não pudera transmitir a propriedade ao camponês, tão-pouco este poderia transmiti-la ao terceiro comprador. O camponês não poderia ter mais poder de disposição sobre o cavalo do que o que antes possuía o forrageiro. O certo, porém, é que o terceiro adquirente julgou que adquiria o cavalo, não de um simples titular do poder de disposição, mas do proprietário. Pois que ele considerava o camponês proprietário do cavalo. Ora a boa-fé referida à propriedade é — diferentemente da boa-fé referida ao poder de disposição — protegida (§ 932 do Código Civil). Aqui intervêm, porém, dois preceitos excepcionais. Um deles é o § 935 do Código Civil, que exclui a aquisição da propriedade com base na boa-fé quando se trate de coisas «extraviadas». Todavia, em relação ao Reich o cavalo somente ficou extraviado no momento em que o forrageiro, enquanto simples «possuidor em nome alheio» (§ 855 do Código Civil), o entregou ao camponês. Em segundo lugar, intervêm ainda um decreto especial de 23-5-1919 que exclui a boa-fé na aquisição de bens pertencentes ao exército da mão de pessoas sem título legítimo. Mas — temos de perguntar de novo — como é que a transmissão feita pelo camponês ao terceiro adquirente constitui uma disposição eficaz em relação ao Fisco do Reich, que era o legítimo proprietário da coisa? Neste ponto ao Tribunal do Reich ocorreu uma ideia que só um jurista inventivo conseguiria descobrir. Foi buscar à Parte Geral do Código Civil o § 185, que diz: «Um acto de disposição (*scl.* a alienação do cavalo ao

terceiro adquirente), que uma pessoa sem título legítimo (o nosso camponês) praticou sobre uma coisa (o cavalo). (...) torna-se eficaz se o detentor desse título (o Fisco do Reich) o confirma». Ora a confirmação ao acto de disposição do camponês foi dada pelo Fisco do Reich ao propor contra o dito camponês uma acção pelo preço obtido com a venda do cavalo: «Ao pretender, através da acção, o preço da venda, ele confirma o acto de disposição». Desta forma, e só agora, se encontram preenchidos todos os requisitos do § 816: uma pessoa sem título (o camponês) praticou sobre uma coisa um acto de disposição que é eficaz em relação ao detentor do título, mais rigorosamente: que se tornou eficaz «retroactivamente» (cfr. § 184 do Código Civil), através da acção pelo preço da venda e da confirmação nela implícita.

Não curamos agora de saber se esta forma de discorrer, que um jurista achará digna de nota, encontrará também num leigo plena compreensão. Não curamos mesmo de saber se ela é inteiramente forçosa. O que agora nos interessa é apenas mostrar como o jurista reúne os parágrafos dispersos pelo Código (§ § 816, 929 e ss., 932, 935, 855, 185, etc.) num todo unitário com sentido e, desta forma, prepara a «premissa maior» de que necessita no caso concreto. Se a esta premissa maior se pode dar ou não uma formulação linguística satisfatória, isso é coisa secundária. Talvez que ela se apresente como uma tessitura de pensamentos que só possa receber expressão linguística adequada numa série de proposições. Essencial é e será que, no sentido lógico, a conexão intrínseca dos pensamentos jurídicos forme aquela premissa maior com a qual se combinam a

premissa menor e, através dela, a conclusão. Não podemos aqui analisar e pôr a descoberto como se estrutura rigorosamente, dentro da premissa maior, esta «conexão intrínseca»; pois que são múltiplas as relações ou conexões materiais que fundamentam aquela conexão. Ora se trata de que um parágrafo explicita outro, ora de que por qualquer forma o complementa, ora de que lhe abre exceções. São as conexões materiais (*sachliche*) que, sobre a base do princípio da «unidade da ordem jurídica», apontam para aquela reunião de pensamentos jurídicos dispersos e prefiguram a articulação destes no mosaico da competente premissa maior. Aqui, porém, toma início o trabalho inteiramente concreto do jurista, do qual já nos não podemos ocupar.

Conjuntamente com a integração do sentido do § 816, a partir doutras disposições do Código Civil, processou-se, como vimos, uma *interpretação* daquele preceito. Com efeito, nós interpretámos os diferentes requisitos do § 816 (pessoa sem título legítimo, etc.) recorrendo áqueles outros preceitos que pudessem desempenhar uma função interpretativa. Entretanto, a interpretação de um preceito através de outros preceitos da lei não é ainda toda a tarefa interpretativa com que o jurista se defronta. Podemos antes dizer que fomos conduzidos ao problema geral da interpretação quase sem darmos por isso. Para este problema nos voltamos agora, cientes de que nos é lícito considerá-lo como o problema central da metodologia jurídica. Ao tratá-lo, vamos como que ser reconduzidos do domínio do «extensivo» para o do «intensivo», isto é, da «subsunção global» para a «subsunção particular».

1) Para tanto, pensemos de novo, por breves momentos, no exemplo do capítulo anterior. Um automóvel de passageiros é um «espaço fechado» no sentido do § 243, n.º 2, do Código Penal? Dissemos então que a subsunção como tal se processa pela equiparação do caso a decidir *hic et nunc* àqueles casos que sem dúvida são abrangidos pela lei, mas acrescentámos que a nova questão de saber quais são estes casos e sob que pontos de vista e aspectos o novo caso lhes há-de ser equiparável seria decidida através da *interpretação* da disposição legal em causa (do § 243, n.º 2, portanto). Ora diz-se às vezes que, através desta interpretação, a premissa maior directamente colhida da lei com as suas conotações abstractas é «aproximada» do caso concreto a decidir. Isto é na verdade correcto, mas não passa duma imagem. Se queremos emprestar a esta imagem uma expressão lógica mais exacta temos de dizer que, através da interpretação, são intercaladas entre a premissa maior jurídica directamente retirada da lei e a decisão do caso, não simplesmente uma premissa menor, mas várias, as quais facilitam a subsunção. A sequência conclusiva, globalmente considerada, apresentar-se-á da seguinte forma:

- I — Se alguém (por meio de arrombamento) furta algo de dentro dum espaço fechado, deve ser punido por furto qualificado com prisão maior até dez anos.
- II — Se alguém de dentro dum espaço que se destina ao ingresso de pessoas e que, pelo menos em parte, se encontra cercado de dispositivos artifi-

ciais com vista a impedir a entrada a pessoas não autorizadas, furta de dentro dum espaço fechado.

III — Se alguém furta algo de dentro dum espaço fechado que se destina ao ingresso de pessoas e..., deve ser punido por furto qualificado com prisão maior até dez anos.

IV — Se alguém furta de dentro dum automóvel de passageiros, furta de dentro dum espaço que se destina ao ingresso de pessoas e...

V — Se alguém furta algo de dentro dum automóvel de passageiros, deve ser punido por furto qualificado com prisão maior até dez anos.

VI — *A* furtou de dentro de um automóvel de passageiros.

VII — *A* deve ser punido com prisão maior até dez anos.

Nesta cadeia conclusiva as premissas II e IV traduzem duas proposições mais específicas que servem para «aproximar» do caso concreto a decidir (furto de dentro de um automóvel de passageiros) a premissa maior geral I, que resulta directamente da lei. II e IV são aqui, vistas sob o aspecto lógico, premissas meno-

res, III e V novas premissas maiores mais específicas. Em V alcançamos nós uma premissa maior tão especial que a subsunção propriamente dita pode fazer-se em VI sem dificuldade. Para tanto é já necessário recorrer a uma «prolepse», quer dizer, à «substituição do portador abstracto do predicado (alguém) por um sujeito determinado (A)». Vê-se que a «interpretação» se situa nas premissas menores especiais II e IV. Podemos tirar isso a claro fazendo à premissa maior geral esta pergunta: que *significa* aqui «espaço fechado»? A esta pergunta dá *logo* a premissa menor II uma resposta, a qual se apresenta como uma típica interpretação que a transformação linguística realizada no interesse da cadeia conclusiva nos não poderá ocultar. O sentido desta premissa menor interpretativa é este: espaço fechado é aquele que se destina ao *ingresso* de pessoas, etc. A sotoposição dos automóveis de passageiros a este conceito, feita pela premissa menor IV, continua então a interpretação.

Também podemos exprimir da seguinte forma o que significa logicamente a interpretação para as deduções jurídicas: a tarefa da interpretação é fornecer ao jurista o conteúdo e o alcance (extensão) dos conceitos jurídicos. A indicação do conteúdo é feita por meio duma definição, ou seja, pela indicação das conotações conceituais (espaço fechado é um espaço que...). A indicação do alcance (extensão) é feita pela apresentação de grupos de casos individuais que são de subordinar, quer dizer, subsumir, ao conceito jurídico. Uma simples vista de olhos lançada ao comentário feita a uma lei nos pode informar sobre este ponto. Como exemplo tomemos de novo o conceito jurídico de

«documento», relevante para efeitos da hipótese jurídico-penal da falsificação de documentos (§ 267 do Código Penal). Um dos nossos principais Comentários ao Código Penal diz: «Documento no sentido do Direito penal material é toda a declaração firmemente ligada a uma coisa corpórea, compreensível por toda a gente ou pelo menos pelos interessados, que se destina e é apropriada para, no tráfico jurídico, provar um facto que lhe é extrínseco, e que ao mesmo tempo designa ou permite conhecer o seu autor» (definição do conceito de documento). Mais adiante diz-se então: «A jurisprudência classifica entre os documentos os chamados escritos probatórios» (indicação de um grupo de casos com vista a determinar o alcance do conceito; todavia, acrescenta-se a seguir uma definição particular para o conceito de escrito probatório). Posto isto, indicam-se alguns casos particulares pertinentes ao grupo dos sinais ou marcas probatórias: «Como sinais probatórios e documentos consideram-se, por exemplo, o número de matrícula de um carro, o número do motor assim como a placa com a indicação do tipo do carro, a marca da rolha numa garrafa de vinho (...), a assinatura do artista num quadro» (ver SCHÖNKE-SCHRÖDER, Komm. z. StGB, 10.^a ed., III ao § 267).

II) Mas pode dizer-se com uma certa razão que tudo isto apenas nos mostra o resultado final e, em certa medida, o lado exterior da interpretação. Não tem a interpretação de penetrar mais fundo, não tem ela que apreender o *sentido* dos preceitos jurídicos, não há-de ela tornar-se uma *compreensão*? Não é verdade que só através da interpretação como compreensão é posto a claro e apreendido o conteúdo material intrínseco das

regras jurídicas? Somente o jurista que se esforça por atingir o verdadeiro sentido e a correcta compreensão dos preceitos jurídicos torna plausível a afirmação de que a ciência jurídica é uma das ciências do espírito, pois que, segundo as concepções modernas, o sentido e a compreensão são o critério decisivo de tais ciências. Ora como se passam as coisas quanto à apreensão do sentido e ao compreender na ciência jurídica?

Querer esclarecer filosoficamente aqui e assim de passagem o conceito de «sentido» é querer o impossível. Ele conta-se entre os conceitos mais problemáticos. Uma análise aparecida há alguns anos sobre o «Sentido da Existência» distingue logo de começo dezasseis significados do vocábulo «sentido». O conceito filosófico geral de «comprender» é igualmente composto de muitos estratos e tem múltiplas faces. Por outro lado, aquilo que usualmente nos é oferecido nos tratados como «hermenêutica jurídica» é muito dogmático e muito seco. Por isso, em vez de começarmos com considerações abstractas, preferimos mostrar, através dum exemplo concreto, os esforços do jurista em torno do sentido e da compreensão dos preceitos legais, e avançar a partir daí para o domínio de problemas da hermenêutica.

Daremos o texto da lei como seguramente estabelecido. Não nos ocuparemos, portanto, dos problemas relativos à *crítica de textos*, pois estes problemas não têm propriamente uma natureza lógico-jurídica. E, dado o processo moderno de publicar as leis em colectâneas oficiais, também só muito excepcionalmente surgirão dificuldades na determinação do texto.

Vamos demonstrar agora a *metodologia da inter-*

preiação, da apreensão do sentido e do compreender jurídicos. primeiramente através dum novo *exemplo* que me parece excelentemente apropriado para este fim particular, ou seja, o exemplo da receptação. O texto de cuja interpretação se trata é o § 259 do Código Penal, do qual, porém, só nos interessam algumas palavras. O § 259 diz: «Aquele que, com mira num proveito pessoal, esconda, compre, tome de penhor ou por qualquer outra forma chame a seu poder coisas que sabe ou, dadas as circunstâncias, deve presumir, terem sido obtidas por meio duma acção punível... será punido com prisão como receptador». Desta disposição ocupar-nos-emos especialmente com as palavras: «obtidas por meio duma acção punível». A sua interpretação apresenta dificuldades específicas. Se começarmos com o lado prático da disposição, ou seja, com o conteúdo e o alcance do conceito de «obtenção por meio duma acção punível», levanta-se antes de tudo a questão de saber se esta obtenção deve ter sido conseguida «directamente» por meio duma acção punível, ou se basta uma obtenção indirecta ou mediata. Referida especialmente ao *alcance* da norma, a questão é a de saber se não só as coisas furtadas ou de qualquer forma criminosamente adquiridas, mas também aquelas coisas que com estas foram adquiridas e por elas trocadas se consideram «obtidas através duma acção punível». Vejamos um exemplo: Certamente que é receptador aquele que recebe dum ladrão de jóias uma parte das jóias furtadas como oferta. Mas será também receptador aquele que recebe como oferta jóias que — conforme sabe — foram compradas com dinheiro furtado ou com o produto de coisas furtadas? Neste último caso

fala-se de «receptação de sub-rogado», pois que a receptação não se refere à própria coisa furtada (o dinheiro, etc.), mas a uma coisa que veio ocupar o seu lugar (as jóias compradas com o dinheiro furtado). Esta receptação de sub-rogado é receptação punível nos termos do § 259? Tal a questão. A resposta afirmativa ou negativa depende da interpretação das palavras: «obtida por meio dum acto punível» — como então se dizia. O Tribunal do Reich disse numa decisão bastante antiga (Vol. 2, pp. 443 - 44) que, «segundo o claro teor verbal do § 259, por 'coisas obtidas por meio (como então se dizia⁴¹) dum acto punível' só podem entender-se aquelas coisas individualmente determinadas que foram *directamente* obtidas através dum acto punível, mas de forma nenhuma aquelas às quais não inere uma tal mácula, mas, antes, vieram ocupar o lugar das primeiras...». A esta concepção estreita se opuseram muitos autores, entre os quais um dos mais eminentes criminalistas do nosso século, ERNST BELING, o qual foi de opinião de que também «o produto (da venda) duma coisa furtada, aquilo que foi comprado com o dinheiro furtado, o dinheiro trocado pelo dinheiro furtado, (são) obtidos através do furto». «Pois uma coisa é adquirida pelo autor de certo acto 'por meio do mesmo acto' quando este, como acto prévio, foi causal relativamente à obtenção da coisa». O valor obtido com a coisa furtada como que adere ainda, ele próprio, ao acto que o condicionou, ao «acto punível». Está bem de ver que BELING, tal como o Tribunal do Reich, nada mais quer do que apreender o «sentido literal» do § 259 do Código Penal. Também cura apenas daquilo a que chamamos uma interpretação *gramatical*. Esta, porém.

não conduz, no nosso exemplo — como de resto também em muitos outros casos — a um resultado absolutamente unívoco. A palavrinha «meio» na expressão «por meio de» (*mittels*) é ambígua: tanto se conforma com «letra da lei» a opinião de BELING como a do Tribunal do Reich. E isto é essencial, pois que, segundo a doutrina dominante, não pode ir-se além do «teor literal» quando se trata de punição: *Nullum crimen sine lege* (cfr. *supra*, pp. 64 e ss.). Mas por aqui se não fica ainda o jurista com o seu latim. Antes, ele vai continuar a interpretação — dentro dos limites da ambiguidade do teor literal — através doutros meios. Oferece-se-nos aqui à nossa consideração, por exemplo, a *colocação sistemática* da receptação. Pelo que a esta respeita, duas possibilidades imediatamente se nos deparam. Podemos colocar a receptação ao lado da co-autoria, da instigação e da cumplicidade, entre as disposições relativas à *comparticipação* (criminosa) como uma espécie de «auxilium post delictum» e, portanto, como uma promoção *ex post* do acto criminoso. Mas também a podemos considerar como uma *espécie criminosa autónoma*, tal como o furto, o roubo, a extorsão e a burla. O nosso Código Penal decidiu-se neste último sentido: ele inseriu a receptação, juntamente com o encobrimento (pessoal), na parte especial, entre os tipos de crime acabados de referir. Resulta daí algo para a compreensão do sentido do § 259? De facto, MAURACH, por exemplo, na sua exposição da parte especial do Código Penal, parece ter querido concluir do «desenvolvimento sistemático que parte da participação e segue até ao delito autónomo» pela necessidade de referir o acto criminoso da receptação

«exactamente à coisa concreta que o primeiro agente obteve através do seu acto». Outros, pelo contrário, são da opinião de que, da colocação sistemática no Código, nada resulta relativamente à nossa questão, ou então resulta precisamente o contrário, isto é, a punibilidade da receptação de sub-rogado. Em face desta nova ambiguidade temos que recorrer a um outro processo interpretativo, o qual de resto já transparece em MAURACH: a evolução *histórica* do crime da receptação e a «história de como surgiu» o § 259. Decerto que nos conduziria demasiado longe relatá-las aqui em pormenor. Isso fê-lo MEZGER no seu estudo há pouco citado, no «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», vol. 59. Nós apenas destacaremos que os últimos passos que, na história do § 259, conduziram à sua elaboração consistiram numa receptação dos parágrafos do Código Penal prussiano sobre a receptação um tanto modificados. O parágrafo do Código Penal da Prússia (§ 237) ao qual corresponde o nosso § 259, diz: «Quem esconde, compra... ou de qualquer outra forma chama a si coisas que sabe terem sido furtadas, fraudulentamente subtraídas ou obtidas por meio de outro crime ou delito...». Esta formulação vai muito mais claramente no sentido da concepção do Tribunal do Reich e, portanto, contra a admissão da punibilidade da receptação de sub-rogado. Com efeito, a prévia indicação dos concretos grupos de casos (furtadas, fraudulentamente subtraídas) lança também luz sobre a subsequente fórmula geral: «obtidas por meio de outro crime ou delito». Parece claro que apenas se pensou no facto de a coisa ter sido directamente obtida por aquele meio. O Código Penal de 1870, porém, ao formular

duma maneira mais abstracta o preceito relativo à receptação, criou a possibilidade duma interpretação extensiva que incluia a receptação de sub-rogado no âmbito da punibilidade. Esta interpretação é ainda apoiada pelo facto de o Código Penal do Reich de 1870 expressamente exigir que o receptador tenha agido «em seu proveito», ao passo que o Código Penal prussiano não referia este requisito. Desta sorte, também a história do aparecimento do § 259 permite operar em dois sentidos. Portanto, não só o «teor verbal» e a «colocação sistemática», como ainda as «fontes históricas», nos não conduzem a um resultado líquido. Nem a interpretação gramatical, nem a sistemática, nem a histórica alcançam o seu objectivo. Poderemos nós porventura conseguir um resultado positivo por uma outra via? Efectivamente o jurista moderno, a todos os métodos de interpretação até agora mencionados, prefere em certa medida o chamado método «teleológico» de interpretação, o qual procura o fim, a «ratio», o «pensamento fundamental» do preceito legal, e a partir dele determina o seu «sentido». Aqui, portanto, o «sentido» é o fim visado pela lei. Com referência ao nosso exemplo da receptação, trata-se, pois, de pôr a claro com que finalidade e por que motivo é punida a receptação em geral. Pode duma maneira geral dizer-se que as normas penais se propõem como fim a defesa contra as actuações nocivas para a comunidade. Mas, *em que medida* é a receptação prejudicial à comunidade, *o que é que* nela é tido como merecedor de repúdio, *por que razão* deve ela ser punida? Infelizmente também para esta pergunta não existe uma resposta absolutamente unívoca. Antes, de novo se apresentam duas

soluções possíveis do problema, soluções essas em tempos recentes transformadas em «teorias» que se apresentam como construções em certa medida acabadas, e que já na história do conceito da receptação nós vemos entrarem em conflito mais ou menos aberto uma com a outra. Primeiramente, pode dizer-se, com efeito, que o receptador merece ser punido porque continua e mantém (diz-se também: «perpetua») o prejuízo ou dano que o principal agente, o ladrão, e. g., provocou: se o receptador chama a si a coisa que aquele furtou, dificulta a restituição desta ao proprietário. Expressa em termos jurídicos rigorosos, a essência da receptação consiste na «manutenção dum situação patrimonial ilícita estabelecida por uma conduta anterior de outrem contra a qual é cominada uma pena». Apoiando-se nesta concepção, o Tribunal do Reich, com a adesão de vários autores, conclui pela rejeição da receptação de sub-rogado. Com efeito, nesta, o aparente «receptador», que na verdade o não é, não chama a si aquelas coisas que o principal agente adquiriu através dum conduta punível, mas outras coisas com que de certo modo nada tem a ver o prejudicado por aquela conduta. «Se a essência da receptação consiste na manutenção da situação criada pela conduta punível do principal agente, então o receptador apenas se pode apossar indevidamente do objecto corpóreo que foi ele mesmo 'obtido' através da acção do primeiro agente» (exigência da «identidade da coisa»). Mas pode ainda aceitar-se uma outra concepção da essência da receptação, a qual, sob o nome de «teoria do proveito», é contraposta àquela teoria da manutenção ou teoria da perpetuação: o que merece punição na receptação é a exploração, com

intuito lucrativo, de actos puníveis que outros cometeram, é, numa palavra, o pescar em águas turvas. O receptador é o parasita do crime, o «alcoviteiro dos ladrões». Como tal merece ser punido. Este ponto de vista avulta claramente, por exemplo, na Compilação Geral do Direito Prussiano de 1794 II, título XX, § 83, segundo o qual receptador é aquele que «consciente e livremente participa nos proveitos de um crime após a realização deste». Mas encontra também apoio no teor verbal do nosso § 259, na medida em que o receptador há-de ter agido «em seu proveito» (por motivo de proveito pessoal). Em tempos recentes foi esta concepção defendida por GALLAS, entre outros: a essência da receptação de coisas seria «de determinar como uma participação, em proveito pessoal, no produto de um acto sujeito a pena por motivo de defesa de interesses patrimoniais». MEZGER reconhece a esta teoria uma certa razão de ser, pelo menos em combinação com a citada teoria da manutenção. Do ponto de vista desta teoria do proveito, a questão decisiva não está em saber se o receptador chama a si precisamente aqueles objectos que o primeiro agente adquiriu directamente por um meio punível. Deve bastar que ele chame a si aqueles objectos que o dito agente adquiriu em estreita ligação com o acto punível, e aos quais adere ainda a «mácula da aquisição criminoso». Pelo menos dentro de certos limites, a receptação de sub-rogado deve ser punida. As coisas que são compradas com dinheiro furtado e, inversamente, o dinheiro obtido com objectos furtados, bem como as coisas compradas com este dinheiro e, finalmente, o dinheiro pelo qual foi trocado o dinheiro furtado, tudo isto deve constituir

objecto possível duma receptação. Deverá na verdade fazer qualquer diferença se, por exemplo, o principal agente oferece uma das cinco notas de vinte marcos furtadas ou se ele troca no banco uma nota furtada de cem marcos por cinco de vinte e depois oferece uma destas? O receptador não é tão merecedor de punição neste último caso como no primeiro? É verdade que se pode lançar sobre a teoria do proveito a suspeição de ser uma teoria moralizante, uma teoria juridicamente menos rigorosa. Mas então surgirá de novo um problema de interpretação, qual o de saber se não estará na base da punição da receptação uma ideia moral. Logo, na interpretação do § 259, defrontam-se uma concepção moral e uma concepção estritamente jurídica do Direito penal.

Não é aqui o lugar próprio para decidir o conflito de opiniões sobre a natureza da receptação e a punibilidade da receptação de sub-rogado⁽⁵⁾, nem para determinar com rigor os limites que têm de ser postos a uma punição demasiado extensiva da receptação de sub-rogado do ponto de vista da teoria do proveito. Agora apenas tratamos, exclusivamente, da natureza e da metodologia da interpretação e da compreensão. Por isso, fazemos aqui uma pausa para nos perguntarmos o que é que podemos até aqui colher do nosso exemplo pelo que respeita à interpretação e à compreensão, e que problemas se encontram porventura ainda em aberto.

Em primeiro lugar, vimos em acção diferentes métodos e pontos de vista interpretativos, a saber: a interpretação segundo o teor verbal (a interpretação «gramatical»), a interpretação com base na coerência

(conexidade) lógica (a interpretação «lógica» ou «sistemática», que se apoia na localização de um preceito no texto da lei e na sua conexão com outros preceitos), a interpretação a partir da conexão histórica, particularmente a baseada na «história da gênese do preceito», e finalmente a interpretação baseada na *ratio*, no fim, no «fundamento» do preceito (a interpretação «teleológica»). Sob esta forma ou semelhante, as quatro espécies de interpretação pertencem em certa medida, desde SAVIGNY, ao patrimônio adquirido da hermenêutica jurídica. O tratado de Direito Civil de ENNECCERUS, que continua a ser um texto modelar, declara que a interpretação tem de partir do teor verbal da lei, o qual há-de ser posto a claro «tendo em conta as regras da gramática e designadamente o uso (corrente) da linguagem», tomando, porém, em particular consideração também os «modos de expressão técnico-jurídicos». Acrescenta, todavia, que além do teor verbal hão-de ser considerados: «a coerência interna do preceito, o lugar em que se encontra e as suas relações com outros preceitos» (ou seja, a interpretação lógico-sistemática), assim como «a situação que se verificava anteriormente à lei e toda a evolução histórica», bem assim «a história da gênese do preceito», que resulta particularmente dos trabalhos preparatórios, e finalmente o «fim particular da lei ou do preceito em singular» (ou seja, a interpretação teleológica). A terminar acentua-se ainda, porém, que também releva ou tem importância o *valor* do resultado, que o direito apenas é uma parte da cultura global e, por conseguinte, o preceito da lei deve, na dúvida, ser interpretado de modo a «ajustar-se o mais possível às exigências da nossa vida em sociedade

e ao desenvolvimento de toda a nossa cultura» (o que, todavia, em minha opinião, pode ser incluído no conceito da interpretação teleológica). A estas representativas formulações muitas outras semelhantes se poderiam acrescentar. Como é natural, há muitas divergências na terminologia e também na substância. O essencial é que também a prática jurisprudencial, nas suas grandes linhas, opera com os mesmos pontos de vista.

Só muito sucintamente nos podemos referir às particularidades da hermenêutica jurídica, a qual entretanto se transformou numa dogmática interpretativa canonificada. Com referência à chamada *interpretação gramatical*, deve começar-se por observar que é frequente o mal-entendido que consiste em se supor que existe uma pura interpretação verbal ou terminológica distinta de uma interpretação do sentido. Assim, por exemplo, escreve ZWEIGERT: «A interpretação verbal da norma duvidosa, que em geral é apontada como a primeira fase da interpretação, não conduz em regra a qualquer resultado... Antes, a dúvida só poderá ser resolvida — nisto todos estão de acordo — investigando o sentido da norma...». Mas a verdade é que contraposição apenas existe entre a interpretação segundo o *sentido* verbal e a interpretação segundo um sentido a determinar por qualquer outro modo⁶¹. Pelo que respeita ao sentido verbal, do qual se trata na interpretação gramatical⁷⁾, compreende-se que se verifique uma tensão entre duas tendências: por um lado, a de fazer prevalecer o sentido natural e corrente da linguagem e, pelo outro, a de privilegiar o sentido técnico-jurídico da mesma linguagem. A metodologia da interpretação depende aqui da metodologia da legislação (actividade

legislativa). Disse HEGEL que tornar o Direito, por causa da sua formulação, apenas acessível àqueles que sobre ele eruditamente se debruçam, constitui injustiça igual àquela que o tirano Dionísio cometeu quando mandou postar as tábuas da lei tão alto que nenhum cidadão as pudesse ler. BINDING, porém, escreve: «Nada há de mais falso do que a afirmação tantas vezes repetida: quando o significado de uma expressão da lei for obscuro, deve ligar-se-lhe o sentido que ela tem na linguagem corrente... O conceito jurídico necessita de segurança no seu conteúdo e exactidão nos seus limites». O Direito «fala a sua própria língua». Por isso, o que importa sempre é o «sentido técnico-jurídico», o qual possui contornos mais rigorosos que o conceito da linguagem corrente. Entretanto, porém, nós já tivemos ocasião de verificar que também a linguagem técnico-jurídica da lei de modo algum é tão rigorosa como pensa BINDING. Muitas vezes o legislador liga a uma e mesma palavra, na mesma lei e em leis diversas, um sentido diferente. Tal é o caso, por exemplo, com as palavras «funcionário», «posse», «propriedade», «punibilidade», «negligência», etc. Fala-se também, nestes casos, de uma «relatividade dos conceitos jurídicos» (MÜLLER-ERZBACH). Ela resulta inevitável, dada a inserção dos conceitos em contextos sistemáticos e teleológicos diferentes. A pura «interpretação verbal» é afastada pela interpretação sistemática e teleológica.

Pelo que respeita agora a estes dois últimos métodos da interpretação, pode ainda dizer-se deles o seguinte: devemos considerar ambos os métodos como muito mais complexos do que à primeira vista parecem. A *conexidade (coerência) lógico-sistemática* não se

refere só ao significado dos conceitos jurídicos em cada concreto contexto de ideias (como, v. gr., o significado do conceito de posse no quadro dos parágrafos relativos ao abuso de confiança), e também se não reporta apenas à colocação ou situação meramente extrínseca de uma regra jurídica no texto da lei, situação essa que, sem dúvida, bastante frequentemente fornece pontos de apoio para a interpretação (assim, v. gr., a colocação no nosso Código Penal do preceito visando a denúncia falsa a seguir aos preceitos relativos ao perjúrio permite concluir que, tal como este delito, também aquele é primacialmente um delito contra a actividade judicial e não um delito contra a honra das pessoas). Ela (aquela conexidade) refere-se antes, em último termo, à plenitude do pensamento jurídico latente na regra jurídica individual, com a sua multiplicidade de referências às outras partes constitutivas do sistema jurídico global. Assim, por exemplo, a receptação só pode ser «compreendida» em conexão com as disposições gerais sobre a participação (§§ 47 e ss. do Código Penal), com a instigação (§ 257 do mesmo Código), com os delitos contra o património (burla, extorsão, etc.), com o regime de Direito privado relativo à válida aquisição da propriedade, etc. (Assim, também no nosso exemplo de pp. 118 e ss., o § 816 do Código Penal só podia ser compreendido em conexão com o regime dos actos de disposição de pessoas sem título). Como esta referência do sentido de cada regra jurídica ao ordenamento jurídico global é em boa medida teleológica — na medida em que as regras jurídicas têm em grande parte por função preencher certos fins em combinação com outras normas, completar finalisticamente estas outras

normas —, a custo se consegue separar a interpretação sistemática da teleológica. Enquanto interpretação sistemática ela é já, em larga medida e simultaneamente, interpretação teleológica. Mas não exclusivamente. Assim, por exemplo, poderemos considerar uma interpretação sistemática, mas não teleológica, a explicitação do sentido duma cominação penal no sistema das penas sob o ângulo da Justiça retributiva. Inversamente, temos uma interpretação teleológica, mas não sistemática, quando os fins prosseguidos pela norma se situam fora do próprio ordenamento jurídico (como, por exemplo, a educação visando à formação de um homem de bons costumes).

De resto, também a interpretação teleológica⁽⁸⁾ como tal constitui um método pluridimensional. Acabamos de referir que os fins prosseguidos pelas normas jurídicas tanto podem situar-se dentro como fora delas. No primeiro caso, trata-se de certos problemas que sendo suscitados por uma parte do ordenamento jurídico são resolvidos por outra parte do mesmo ordenamento. Assim, o Direito penal aparece como instrumento e acessório do Direito civil quando sanciona o regime jurídico-privado da propriedade através de preceitos penais dirigidos contra o furto, o abuso de confiança, o roubo e o dano. O Direito processual é instrumental e acessório em relação ao Direito substantivo. No segundo caso, trata-se de que a vida, por si mesma, é conformada (modelada) pelo Direito. As penas e as medidas de segurança têm o fim de dirigir e educar os indivíduos. Mas também seria ingenuidade querer subpor a cada norma jurídica um determinado fim. Há fins mais próximos e mais remotos, menos e mais elevados.

O conceito de fim é elástico e plurissignificativo. Ele estende-se, segundo o seu conteúdo, desde o efeito real e concreto, como, por exemplo, a criação de um contra-motivo duma conduta indesejável, até a escopos tão abstractos e ideias como: a manutenção da segurança jurídica, a instauração da paz, a conservação da ordem pública, o bem-estar social, as «precauções com a existência», a humanidade, a protecção da boa-fé no tráfico jurídico, a satisfação do sentimento de justiça, a rapidez na aplicação do Direito e outros semelhantes. É à luz destes pontos de vista ideais que querem ser compreendidas e apreciadas instituições como a força do caso julgado da decisão judicial, a autoridade da policia, a renúncia à pena de morte, o regime do erro nos negócios jurídicos, o reconhecimento da aquisição de boa-fé *a non domino*, a amnistia de criminosos julgados e condenados. Podem além disso ser tomados em consideração tanto singulares interesses isolados (bens jurídicos), enquanto pontos de referência teleológicos da interpretação, como complexos conflitos de interesses, cuja solução postula que sejam também tomados em conta os «interesses opostos». A chamada Jurisprudência dos interesses, à qual mais tarde nos voltaremos a referir, pensa — pelo menos na forma que lhe deu PHILIPP HECK — a interpretação teleológica principalmente como uma solução metódica dos conflitos de interesses através de critérios, valorações e opções legais. Todavia, apesar de toda a capacidade de expansão que comporta, a ideia da interpretação teleológica não deixa de necessitar de complementação. Nem sempre e em todos os casos os «fins» nos oferecem os últimos princípios válidos. Ideias e forças que

só a contragosto pensaremos e formularemos como fins, podem constituir os fundamentos decisivos para a interpretação e compreensão das normas jurídicas. Estamos a pensar em princípios éticos (retribuição pela culpa), postulados da justiça e da igualdade, postulados politico-ideológicos (mundividenciais), forças irracionais como o poder e o ódio. Já vimos aparecer, a propósito da punição da receptação de sub-rogado, um ponto de vista moralizante. De qualquer forma, o conceito de interpretação teleológica aparece como demasiado estreito. Por esse motivo tem-se exigido, em lugar de um pensamento jurídico teleológico, um pensamento jurídico «causal». A «interpretação a partir do fundamento ou razão» seria talvez mais ajustada, porque mais compreensiva (de mais lato alcance) do que a «interpretação a partir do fim da lei».

Por último, cumpre ainda dizer algumas palavras de esclarecimento com respeito à *interpretação a partir da história do preceito*. Também aqui nos devemos fazer cónscios da riqueza de perspectivas com que temos de contar ao remontarmos aos fundamentos ou razões históricas⁽⁹⁾. Não pode tratar-se apenas de investigar o surgir de um preceito a partir dos projectos e modelos contidos em outras leis ou no Direito consuetudinário, nem tão-só de trazer à luz as causas políticas, económicas e ideológicas das disposições legais, nem ainda de simplesmente destacar a mais ou menos casual «occasio legis». Trata-se antes — para usar as palavras de WINDSCHEID — «de, tendo em atenção todos os elementos dentro do nosso alcance, penetrar o mais completamente possível no espírito do legislador» e, a mais disso, tomar em linha de conta «a situação jurídica

existente no momento em que a lei foi editada, situação essa que é de presumir o legislador teve presente». A interpretação teleológica e a interpretação histórica entrelaçam-se uma na outra, especialmente quando é posto a descoberto o fim que o legislador teve em mente. Para além disso, a correcta compreensão dos preceitos esforça-se por descobrir os fundamentos histórico-culturais e o significado da tradição. Assim, por exemplo, o princípio de que só há lugar à punição quando exista um fundamento (*Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*), hoje expressamente formulado no artigo 103 da Constituição e já por nós várias vezes referido, apenas pode ser compreendido e adequadamente interpretado remontando às suas raízes históricas no século do Iluminismo. Também o Direito das obrigações do Código Civil somente pode ser compreendido e interpretado em conexão com a tradição romanística nesta matéria, e os direitos reais do mesmo Código somente o podem ser à luz da tradição do Direito germânico. E também certos conceitos em singular, por exemplo, o conceito de infidelidade conjugal, têm o seu conteúdo tradicional, em cuja conformidade devem ser interpretados. Inversamente, é hoje em dia de reduzida importância a individualidade histórica do criador da lei, pois que este, no moderno sistema de legislação parlamentar, passa a segundo plano.

Neste lugar, não poderíamos nem desejaríamos mais que aludir aos métodos de interpretação que começámos por desenvolver a propósito do exemplo da receptação e que de seguida apreendemos no seu significado geral. ZWEIGERT queixa-se, e com razão, de que o defeito da nossa teoria jurídica interpretativa

reside especialmente no facto de não termos ainda ao nosso dispor uma «hierarquização segura» dos múltiplos critérios de interpretação. Quando SAVIGNY diz que os elementos gramatical, lógico, histórico e sistemático não constituem «quatro espécies de interpretação de entre as quais podemos escolher conforme o nosso gosto e arbitrio, mas diversas actividades que devem intervir conjuntamente para que se possa chegar a uma interpretação bem lograda», o que ele faz é passar por cima do problema com uma formulação hábil. Nós temos de contar com a possibilidade de os diferentes métodos conduzirem a resultados contraditórios, com a possibilidade de, por exemplo, o sentido verbal nos encaminhar numa determinada direcção e a coerência sistemática ou a génese histórica do preceito numa outra. Não domina bastante frequentemente o arbitrio na escolha ou preferência de uma ou outra espécie de interpretação no caso concreto? Quando SCHEUERLE, no seu estudo sobre a aplicação do Direito, diz: «A função mediadora da interpretação manifesta-se no facto de a aplicação prática do Direito se servir discricionariamente de todos os métodos que a teoria interpretativa conhece» (p. 167), considera como legítimo um processo que bastante frequentemente se pode notar na prática dos tribunais, a saber, a escolha, de caso para caso, daquele método de interpretação que conduza a resultados satisfatórios. Aqui teríamos de novo um argumento a favor do ponto de vista dos adeptos do Direito Livre (designadamente de ISAY), segundo o qual a fundamentação das decisões é arbitrariamente elaborada pelo pensamento com referência aos resultados obtidos através do sentimento jurídico.

Na verdade, a questão é intrincada. Não faltam tentativas para determinar uma relação hierárquica entre os diferentes métodos de interpretação. Frequentemente — v. gr., por parte dos pandectistas WINDSCHEID e REGELSDERGER — coloca-se em primeiro lugar o sentido literal. Partindo da ideia de que uma interpretação que procura discutir o sentido literal «claro e unívoco» não pode propriamente chamar-se já «interpretação», considera-se justamente este sentido literal como aquele que é decisivo em primeira linha. Só quando o sentido literal seja «ambíguo», subsidiariamente, portanto, podem ser chamados a intervir os outros métodos interpretativos⁽¹⁰⁾. A chamada «teoria da alusão» («*Andeutungstheorie*») reduz, na verdade, a importância do sentido literal, mas exige que este seja pelo menos respeitado como limite da interpretação: o sentido a obter através desta deve por qualquer forma ser ainda compatível como o «teor literal» da lei, ter por qualquer modo «expressão» na lei. Segundo a doutrina dominante, é esta a posição que o sentido da letra da lei reivindica no Direito penal, tendo especialmente em atenção o princípio *nullum crimen sine lege*. Dai que, por exemplo, uma chamada telefónica maliciosa feita durante a noite não possa já ser considerada, segundo o teor literal, como «violação do domicílio» e não possa, portanto, ser qualificada como quebra da paz doméstica, nos termos do § 123 do Código Penal. E também muitos outros civilistas são de opinião de que passar por cima do sentido literal já não representa interpretação mas recurso à analogia. Em todo o caso, após a vitoriosa investida da Jurisprudência dos fins e dos interesses, o método teleológico tem-se vindo a des-

locar cada vez mais para um primeiro plano em relação à «interpretação literal». Segundo o princípio de *hâ longa data* conhecido: «*cessante ratione legis, cessat lex ipsa*», deve importar mais o fim e a razão de ser que o respectivo sentido literal. A «*ratio*» deve impor-se, não apenas dentro dos limites de um teor literal muitas vezes equívoco, mas ainda rompendo as amarras desse teor literal ou restringindo uma fórmula legal com alcance demasiado amplo⁽¹¹⁾. Nestes últimos casos fala-se de interpretação extensiva ou restritiva. Com mais reservas se procede, ao contrário, nos quadros da «interpretação conforme à Constituição», a que nos últimos tempos se faz apelo com frequência. Esta, nos casos, mas só nos casos, em que o «teor verbal» não é unívoco, e, portanto, especialmente naqueles em que de antemão se consente uma interpretação mais restritiva e uma interpretação mais extensiva, procura decidir-se a favor daquele sentido da letra que conduza à compatibilidade da disposição legal interpretada com a Constituição e os seus princípios. Aqui pressupõe-se, portanto, um sentido literal não unívoco, e não se opera *contra* o sentido literal que directamente se obtém através da interpretação «gramatical» da lei. Todavia, na medida em que por esta forma se realiza uma «interpretação conforme à Constituição», esta traduz-se afinal em que a «referência do sentido de cada norma ao ordenamento jurídico global», a que acima aludimos (a páginas 140), chama a campo uma «interpretação sistemática», fá-la correr em auxílio da pura «interpretação gramatical», e é ainda ela quem decide em último termo — pelo que o que aí há de particular é o facto de aquela referência ou conexão de sentido render tributo simultaneamente à

elevada hierarquia e à grande capacidade irradiante da Constituição⁽¹²⁾. Entretanto, não precisamos de tratar agora de modo esgotante a relação de hierarquia entre as diferentes espécies de interpretação⁽¹³⁾, uma vez que em breve teremos de voltar a considerar o significado duma delas, a saber, a interpretação histórica. É evidente que têm sido feitas tentativas no sentido de determinar e fixar a relação entre os métodos interpretativos, mas não é menos evidente que todas as teses a este respeito pairam no ar enquanto se não estabelecer um sólido fundamento teórico para a doutrina da interpretação em geral. Para fixar a cada método de interpretação o seu estatuto relativo e o seu lugar lógico particular, carecemos de pontos de vista mais fundamentalmente radicados⁽¹⁴⁾. Estes pontos de vista temos ainda que os procurar. Somente eles nos poderão socorrer ainda quando — como sucede no nosso exemplo da recepção de sub-rogado — ao cabo e ao resto todos os tradicionais métodos de interpretação conduzem a resultados mais ou menos ambiguos.

Uma maior radicalização dos fundamentos exige ainda novas considerações. Até aqui comprovámos, de preferência em face do caso prático, a natureza e o processo da actividade interpretativa. Apreendemos de um modo imediato a interpretação gramatical, a sistémica, a telenológica e a histórica, enquanto métodos de dominar uma questão jurídica duvidosa (o problema da recepção de sub-rogado). Não devemos, porém, permitir que o nosso horizonte se encolha. Não por amor da árida teoria apenas, mas, antes, a fim de em nós despertarmos uma compreensão dos preceitos jurídicos que é altamente frutuosa para toda a nossa atitude em face

do Direito, importa que nós juristas, ao interpretar, transcendamos o horizonte visual do simples prático e nos esforcemos por alcançar uma compreensão de puro plano espiritual-cultural. Poderemos também dizer que não se trata apenas daquilo a que o jurista do cotidiano chama «interpretação», mas ainda uma verdadeira e omnimoda compreensão num sentido mais elevado, mesmo que esta nos arraste para uma posição filosófica, histórico-cultural ou política.

Com isto, porém, entramos num domínio de considerações a que tem de ser dedicado um novo capítulo.

ANOTAÇÕES

1. Cfr. sobre o ponto agora ESSER, *Vorverständnis*, passim, p. ex. pp. 71 e ss.. Quando ESSER ai, a pp. 75 e ss., parece admitir que eu subestimo demasiado o trabalho de elaboração da premissa maior, esquece que eu no mencionado trabalho, «Logischen Studien zur Gesetzesanwendung», como logo o título sugere, apenas me propus um objectivo limitado (cfr. ai mesmo, p. 6: não se cura de um tratamento esgotante dos problemas da fundamentação do juízo jurídico de dever-ser!). A presente introdução ao pensamento jurídico mostra, pelo contrário, a grande importância que eu também dou justamente à preparação da premissa maior, designadamente através da «interpretação» e do «preenchimento de lacunas». Certo é, no entanto, que eu decomponho nos seus elementos o «todo», declarado «indecomponível» por ESSER, da aplicação e da compreensão da norma. Também isto corresponde ao já referido aspecto lógico (*supra*, notas 5 e 6 do Cap. III).

2. Seja expressamente observado — já que agora se refere por vezes esse ponto (p. ex., em J. EBSEN, *Gesetzesbindung und «Richtigkeit» der Entscheidung*, 1974, pp. 31 e ss.) — que, tanto nas próprias leis como nas premissas maiores formadas a partir delas, devemos manter como coisas distintas, por um lado, a expressão verbal (o «texto», o «teor literal») e, por outro, o «sentido» («conteúdo de pensamento») que nela se alberga. A primeira é o *objecto*, o segundo o *escopo* da interpretação. Sobre os «problemas semióticos» que aqui se levantam nada diremos. A literatura sobre a matéria é já inabarcável.

3. Sobre o problema do círculo lógico que aqui se levanta, vide *Log. Studien*, pp. 14 e s.. A expressão aí utilizada (mas que por mim não foi usada com particular destaque e nem sequer analisada mais de perto), ou seja, «o pendular entre cá e lá do olhar, entre a premissa maior e a situação da vida», foi acolhida favoravelmente por LARENZ, *Methodenlehre*, p. 203. 2.ª ed., 1969, p. 237, 3.ª ed., 1975, p. 265; HRUSCHKA, *Die Konstitution des Rechtsfalles*, 1965, pp. 55 e ss.; H. E. HENKE, *Die Tatfrage*, 1966, pp. 137 e ss., e ainda por KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 1967, pp. 157 e ss., e outros, sendo, pelo contrário, um pouco ironizada por ESSER, *ob. cit.*, p. 76. Este último diz que, de um tal «pendular sem fim» nada de direito se

pode «retirar em conclusão» se não é possível pela pressuposição de um fundamento valorativo indicar os critérios que permitam dirigir o movimento do pêndulo para uma «determinada sub-sunção». Aqui se insere a «pré-compreensão», aparentemente inspirada ou pelo menos co-determinada por HEIDEGGER e GADAMER, a qual foi introduzida no debate da hermenêutica jurídica por ESSER. *Vorverständnis und Methodenwahl*, 1970. Sobre as bases filosóficas ver, além de HEIDEGGER. *Sein und Zeit*, 1927, § 32 (pp. 148 e ss.), § 63. H. G. GADAMER, *Wahrheit und Methode*, 1960, pp. 250 e ss., 277 e ss. IDEM, no artigo «Hermeneutik» no *Hist. Wörterbuch der Philosophie*, vol. 3, 1974 (com referências também ao teólogo BULTMANN) e ainda: E. BETTI, *Allgemeine Auslegungslehre*, 1967, pp. 172 e ss.; O. Fr. BOLLNOW, *Philosophie der Erkenntnis*, 1970, pp. 102 e ss.; O. PÖGGELER, *Hermeneutische Philosophie*, 1972, pp. 23 e ss., 43 e s., 117 e ss.; J. HRUSCHKA, *Das Verstehen von Rechtstexten*, 1972. Sobre ESSER, cfr. as resenhas de B. KUMMER, *ArchRuSozPhil.*, vol. 59, 1973, pp. 580 e ss. e H. J. KOCH em *Rectstheorie*, vol. 4, 1973, pp. 183 e ss., e ainda: LARENZ, *Methodenlehre*, 3.^a ed., 1975, pp. 183 e ss., W. FIKENSCHER, *Methoden des Rechts*, vol. III, 1976, pp. 435 e ss., 753 e ss., Ch. PERELMAN, *Logique juridique*, 1976, pp. 81 e ss. Ver, ademais, sobre o conceito da pré-compreensão (carecido ainda de maior clarificação, por indefinido nos seus contornos) em geral e dentro da hermenêutica jurídica, assim como sobre o círculo hermenêutico com ele interconexo, além de LARENZ, ob. cit., pp. 311 e ss.; H. WAGNER, *Arch.ziv.-Pr.* 165, pp. 535 e ss., 542; Fr. MÜLLER, *Normstruktur*, 1966, pp. 48 e ss.; IDEM, *Jur. Methodik*, 2.^a ed., 1976, pp. 133 e ss., 191 e s.; K. H. STRACHE, *Das Denken in Standards*, 1968, pp. 102 e ss.; R. WEIMAR, *Psychologische Strukturen richterl. Entscheidung*, 1969, pp. 64 e s.; A. MENNICKEN, *Gesetzesauslegung*, 1970, pp. 91 e ss.; W. HOFFMANN-RIEM, *Rechtsanwendung und Selektion*, *JurZ* 1972, pp. 297 e ss.; H. ROTTLEUTHNER, *Richterliches Handeln*, 1973, pp. 32 e ss., 42 e ss.; IDEM in *Jur. Methodenlehre* (Edit. H. J. KOCH), 1976, pp. 19 e ss.; Arth. KAUFMANN, *Gallas-Festschrift*, 1973, pp. 17 e ss.; J. RÖDIG, *Die Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens*, 1973, pp. 292 e s., nota 39; Fr. WIEACKER, *Festschrift f. W. Weber*, 1974, pp. 432 e s.; K.

LARENZ, Festschrift f. E. R. Huber, 1974, pp. 297 e ss.; H. OTTO, *Dogmatik als Aufgabe der Rechtswissenschaft*, Intern. Jahrb. für interdisziplinäre Forschung II 2, 1975, pp. 116 e ss. (127 e ss.); Arthur KAUFMANN, *JurZ* 1975, pp. 340 e s.; K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 9.ª ed., 1976, pp. 25 e s.; H. ZIMMERMANN, in *Jur. Methodenlehre* (Ed. H. J. KOCH), pp. 70 e ss..

Para esclarecer o leitor desta Introdução ainda não familiarizado com o problema a que se refere aquilo que digo no início desta anotação, acrescentaremos ao que se diz no texto a seguinte ilustração. Aquando de uma rixa com recurso a vias de facto e consequências mortais, tal como, p. ex., o caso descrito no RGerStr. vol. 66, p. 244, põe-se a questão de saber se o agente, que espetou o adversário com uma faca, deve ser condenado por homicídio doloso (assassinio) ou por lesão corporal intencional com consequências mortais, ou deve ser absolvido com fundamento em legítima defesa. Então, em parte com base nos conhecimentos de um simples leigo, em parte com base em conhecimentos profissionais das questões de direito e dos conceitos jurídicos pertinentes, vão procurar-se as determinações legais que porventura interessem ao caso e cujas hipóteses com as suas características (que em caso de necessidade importará interpretar com mais precisão, em último termo recorrendo à «imagem natural do mundo») remetem de novo a nossa atenção (o nosso olhar) para a «situação da vida», para verificar se e em que medida elas aí se encontram «realizadas», desta forma se destacando na situação da vida como «essenciais» e como objecto de prova aqueles momentos concretos que são subsumíveis às hipóteses legais (eventualmente a hipóteses-excepção, como p. ex., a da legítima defesa). Este andar entre «cá e lá» encontra o seu «termo» com a afirmação ou a negação da aplicabilidade das determinações legais tomadas em linha de conta. O círculo lógico, que poderia ser visto no facto de a premissa ou as premissas maiores serem procuradas a partir do caso concreto, que nos impele a chamá-las à colação, é em que, por outro lado, no caso concreto só é «essencial» aquilo que tem correspondência com a premissa maior em causa, revela-se portanto como um «circulus vitiosus» apenas aparente. Cfr. sobre o ponto, desenvolvidamente, também LARENZ, ob. cit. pp. 200 e ss., 2.ª ed., 1969, pp. 233 e ss., 3.ª ed., 1975, pp. 262 e ss..

com referências a HRUSCHKA, ob. cit., que por seu turno analisa com mais precisão a influência da «questão fundamental» de direito sobre a «configuração da situação da vida» e, inversamente, a influência da última sobre a «escolha e elaboração das proposições jurídicas». A este respeito, algumas citações: «O caso (*Sachverhalt*) enquanto representação ordenadora e articuladora da situação de vida é assim inteiramente predeterminado quanto ao seu conteúdo pela questão fundamental». ob. cit., p. 29; e, adiante, pp. 47 e s.: bem que «muitos juízos... mantêm a nossa atenção (o nosso olhar) dirigida para regras jurídicas inteiramente determinadas logo na recolha e visualização dos factos que por fim são descritos no caso (*Sachverhalt*)», no entanto «o significado ou relevância jurídica de um facto é reconhecido em muitos casos sem conhecimento da lei» (a saber, por referência, no entanto, à ideia de Direito); cfr. depois, por outro lado, p. 49: «Para a concepção linguística das regras jurídicas a aplicar mais tarde é apenas essencial aquilo que se reporta ao caso concreto!». Cfr. também W. HASSEMER, *Tatbestand und Typus*, 1968, pp. 105 e ss..

4. Deve neste ponto observar-se que a alteração da fórmula do § 259 levada a efeito no ano de 1974 pela Lei de Introdução ao Código Penal tem relevância noutros aspectos, mas não afecta o problema da receptação de sub-rogado por mim referido no texto: a palavrinha «durch» não diz em particular coisa diferente do que dizia anteriormente a palavrinha «mittels».

5. Para uma orientação deve remeter-se para os recentes manuais de direito penal, parte especial, assim como para os comentários ao Código Penal na sua nova formulação. Aqui indicarei apenas: H. BLEI, *Strafrecht*, Besond. Teil, 10.^a ed., 1976, § 72, e W. STREE, em SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Kommentar z. StGB*, 18.^a ed., 1976, notas 13 e 14 ao § 259 do Código Penal. Deve ainda salientar-se que a fundamentação dada a nova formulação do § 259 se pronuncia decididamente pela «teoria da manutenção» (citações em BLEI, ob. cit., sob II), o que é de grande importância para o tratamento da receptação de sub-rogado no quadro de um «método subjectivo-teleológico» (ver *infra*, no texto).

6. Mas já não é feliz a afirmação de que uma norma de sentido literal inequívoco não carece de qualquer interpretação. Assim p. ex., BGHZiv. NJW 51, p. 922, n.º 9, e NJW 56, p.

1553; BVerfG Bd. 4, pp. 331 e ss. (351); mas também Th. RAMM, *Arbeit und Recht* 62, p. 356; O. BACHOF, *JurZ* 63, p. 697; Arth. KAUFMANN, *Analogie und «Natur der Sache»*, 1965, p. 4 («a interpretação... só começa onde já não exista qualquer sentido unívoco»); M. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 91 («A interpretação só começa quando surgem dúvidas e divergências de opinião»); G. STRATENWERTH, *Festschrift f. Germain*, 1969, p. 267 (apenas um «texto legal com mais que um sentido exige interpretação»); e recentemente de novo K. HESSE, *Grundz. d. Verfassungsrechts*, 9.ª ed., 1976, p. 21 («Quando não existam dúvidas não se interpreta e o certo é que muitas vezes (!) não é necessária qualquer interpretação»). Pelo contrário, nada há a opor quando LARENZ, em *Methodenlehre*, 3.ª ed., p. 181, separa terminologicamente «compreensão» e «interpretação», limitando esta última à compreensão «refletida».

Tomam posição crítica contra a doutrina do «clair-sens», contra a doutrina segundo a qual, no caso de um «teor literal unívoco», não existe lugar para a interpretação: J. ESSER, *Grundsatz und Norm*, pp. 179, 253 e s.; Th. ZIMMERMANN, *NJW* 56, p. 1262; W. WEINSHEIMER, *NJW* 59, p. 566; ENNECCERUS-NIPPERDEY, ob. cit., 15.ª ed., 1959, § 56 I 4; LARENZ, *Methodenlehre*, pp. 234, 258, 2.ª ed., 1969, pp. 292, 320, 3.ª ed. 1975, pp. 298, 332; H. e K. CLAUSS, *JurZ* 61, pp. 660 e s. (cfr. já K. CLAUS, *JurZ* 60, pp. 306 e ss.); E. BETTI, *Allgemeine Auslegungslehre*, 1967, p. 251; Fr. MÜLLER, *Jurist. Methodik*, 2.ª ed., 1976, pp. 128 e 224; W. FIKENTISHER, *Methoden des Rechts* III, 1975, pp. 658 e s.. Da literatura suíça: A. KELLER, *Die Kritik, Korrektur u. Interpretation d. Gesetzeswortlautes*, 1960, pp. 16 e ss., 44 e ss., 83 e ss.. Da literatura austriaca: Th. MAYER-MALY, *Jur. Blätter* 1969, pp. 415 e s.. Sobre a inadmissibilidade de uma «interpretação conforme à Constituição» contra o pretensão sentido literal inequívoco, cfr. também *infra*, nota 10.

Deve, porém, distinguir-se entre a tese de que, perante um teor literal unívoco, não há lugar a qualquer interpretação, e a tese de que, contra um teor literal (pretensamente) unívoco não podem ser considerados quaisquer outros pontos de vista interpretativos. Cfr. p. ex. H. P. SCHNEIDER, *Die Gesetzmässigkeit der Rechtssprechung*, DÖV 1975, p. 448, sob IV 1 e p. 452 sob

VII 1 (não deve proferir-se qualquer decisão «contra o teor literal inequívoco da lei!»), e por outro lado B. HEUSINGER, *Rechtsfindung und Rechtsfortbildung*, 1975, pp. 94 e s.. A última tese continua a ser discutível quando parta também do problemático pressuposto de que pode existir um sentido vocabular unívoco; este sentido é frequentemente posto em dúvida, pelo menos para a maioria das palavras da lei: veja, p. ex., além de LARENZ, ob. cit., já SAX, *Das strafrechtliche «Analogieverbot»*, 1953, pp. 52 e s.; D. HORN, *Studien zur Rolle der Logik bei der Anwendung des Gesetzes*, 1962, pp. 64 e s.; Arth. KAUFMANN, ob. cit., p. 4, e Engisch-Festschrift, 1969, p. 270 («A linguagem voltada para a realidade — e, portanto, também a linguagem jurídica — não se conforma com a univocidade»); J. ESSER, *Vorverständnis*, 1970, pp. 134 e s.. Em todo o caso, pode existir univocidade nas palavras que representam um número, uma medida e um peso, mas também estas palavras têm de ser «entendidas» e portanto «explicadas». Outra questão ainda é a de saber em que medida a pluralidade de sentidos só decorre do contra-senso das consequências de um sentido vocabular aparentemente unívoco (cfr. KRIELE, ob. cit., pp. 215 e ss.). É também discutível a tese de que a problemática da interpretação tem a sua origem na divergência entre a expressão e o pensamento; ver p. ex., P. SCHNEIDER, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, 1963, pp. 4 e s.. Ver de resto mais adiante o próprio texto deste livro e respectivas notas.

Agora no que respeita ao termo frequentemente usado de «teor literal» (em vez de «sentido literal»), ele tem na base a falta de distinção e separação entre signo linguístico e significado linguístico. Em bom rigor o teor literal (*Wortlaut*, letra) é «objecto da interpretação» (RÖDIG, *Theorie des gerichtl. Erkenntnisverfahrens*, 1973, p. 282), o «sentido literal» (*Wortsinn*), que se trata de descobrir, é escopo da interpretação, a «gramática» e a «sintaxe» são meios da interpretação. Usualmente quando se diz «teor literal» pensa-se no «sentido literal».

7. Quando KRIELE, ob. cit., p. 82, nota que ao serviço da descoberta do «sentido literal» se acha não só a chamada «interpretação gramatical» (pela qual ele entende «a explicitação das leis de linguagem usadas pelo legislador») mas eventualmente também um outro elemento interpretativo como, p. ex., a interpretação sistemática (cfr. também LEGAZ Y LACAMBRA,

Rechtsphilosophie, p. 514), deve dizer-se que é sem dúvida exacto que para a clarificação do sentido de uma passagem da lei contribuem e cooperam *todas* as modalidades de interpretação. No entanto, com o vocabulo não muito preciso mas agora muito usado de «interpretação gramatical» quer-se obviamente significar apenas aquele método específico da determinação do sentido que (pelo menos de começo) se orienta pelo significado usual (frequentemente determinável mediante um léxico) das palavras e pela sua interligação sintáctica. Não é outra coisa aquilo que se entende por «sentido literal» como tal. Como já se disse, este a maioria das vezes não é unívoco.

8. Sobre o ponto, EKELÖF, *Teleolog. Gesetzesanwendung, Österr. z. f. öff. R. IX, 1958*; LARENZ, ob. cit., pp. 250 e ss., 2.ª ed., 1969, pp. 311 e ss., 3.ª ed., 1975, pp. 315 e ss., 322 e ss.; KELLER, ob. cit., pp. 117 e ss.; H. F. GAUL, *Arch.ziv.Pr.* 168, 1968 pp. 27 e ss. (37 e ss.); ESSER, *Vorverständnis*, pp. 142 e ss.; BACHOF, *JurZ* 1962, p. 351 I 4, 353 II 12, 355 III 25; IDEM *JurZ* 1966, pp. 14 e s. sob I 8 e 9; GERMANN, *Probleme u. Methoden d. Rechtsfindung*, 1965, pp. 80 e ss.; FIKENTSCHER, ob. cit., pp. 279 e s., 676 e ss., Interessante do ponto de vista histórico, agora J. EDELMAN, *D. Entwicklung d. Interessenjurisprudenz*, 1967, pp. 15 e ss., A distinção feita por SCHEUERLE in *Arch.ziv.Pr.* 167, 1967, p. 331, entre interpretação teleológica, retirada do fim da própria norma, e interpretação «finalística», que recebe o fim «de fora da norma», e possível, mas não é considerada por mim no texto.

A interpretação teleológica actuou sem dúvida no «afinamento», celebrado com razões por ESSER, *Vorverständnis*, pp. 54 e s., dos conceitos de «causalidade», «dolo», «negligência», sob o ponto de vista de uma imputação justa. E ao domínio da interpretação teleológica pertence obviamente também a consideração «económica» no direito fiscal. Assim, pelo menos, o afirma R. THIEL, *Steuerberater Jahrb.* 1963/64, pp. 181 e s., Segundo J. A. E. MEYER, *Jahrb. f. Rechtssoziologie*, vol. III, 1972, pp. 148 e s., também a tese de H. WELZEL segundo a qual as «condutas socialmente adequadas», que se comportam nos quadros dos «ordenamentos ético-sociais historicamente constituídos», são excluídas do círculo das condutas penalmente relevantes, se reconduz a interpretação teleológica da lei.

Cfr. além disso sobre o que vem a seguir no texto as conside-

rações de G. WARDA, em *Dogmatische Grundlagen d. richterl. Ermessens im Strafrecht*, 1962, pp. 111 e ss..

9. Elucidativa é, p. ex., a distinção agora sugerida por Fr. MÜLLER, *Jurist. Methodenlehre*, 2.^a ed., 1976, passim (nomeadamente pp. 226 e 268 e s.), entre interpretação «genética» e interpretação propriamente «histórica»: «genética» é aquela que é feita com base na «história do aparecimento» e nos «materiais» da norma legal, «histórica» em sentido próprio é aquela que parte das «normas precursoras» e procura a resposta à questão: «como é que isto era anteriormente regulado?».

10. Isto é acentuado pelo BVerfG múltiplas vezes e com particular entono para a chamada «interpretação conforme à Constituição» (sobre esta, ver *infra* no texto e na nota 12). Ver designadamente BVerfGE 4, pp. 331 e ss.; 8, pp. 28 e ss. = NJW 58, p. 1227 (com anotação de Kl. STERN a p. 1435). Ai é fixada a seguinte directriz: «O juiz não pode, através de uma interpretação 'conforme à Constituição' dar a uma lei de teor e sentido literal unívoco um sentido oposto». Ver ainda BVerfGE 38, pp. 41 e ss. = NJW 1974, pp. 1901 e s.: «o teor literal inequívoco da lei exclui» a interpretação conforme à Constituição. Cfr. sobre o ponto H. SEITZ in H. J. KOCH, *Jur. Methodenl.* 1976, pp. 232 e s. 239. É questão debatida a de saber se o BVerfG e outros tribunais que fazem apelo à «interpretação conforme à Constituição» têm sempre respeitado estes e outros limites relevantes. Assim R. ZIPPELIUS, in «Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz», 1976, p. 16., salienta que o BVerfG in E 35, pp. 278 e s., «com o maior à-vontade» declarou: «O juiz não precisa de se deixar limitar pelo teor literal de uma norma». Mais pormenores sobre a interpretação conforme à Constituição na nota 12 e nos autores aí referidos (além de ZIPPELIUS, especialmente SPANNER, BOGS, BURMEISTER, GOLDNER, MÜLLER).

11. Sobre o ponto. ENNECERUS-NIPPERDEY, *Lehrb. d. bürgerl. R.* I 1, 15.^a ed., 1959, § 56, anotação 10; REINICKE, NJW 52, pp. 1033 e ss.; ZIMMERMANN, l. cit.; SIEBERT, l. cit., p. 43; BENDER, MDR 59, p. 445; KELLER, ob. cit., pp. 134 e s., 143 e ss.; CANARIS, *D. Feststellung von Lücken in Gesetz*, 1964, pp. 189 e ss. (aconselhando precaução); GERMANN, *Probleme d. Rechtsfindung*, pp. 104 e ss.; KRIELE, ob. cit., p. 224; K. ROTH-STIELOW, NJW 1970, pp. 2057 e s.;

Br. HEUSINGER, *Rechtsfindung*, etc., 1975, pp. 94 e ss. (com dados jurisprudenciais). «A posição do séc. XIX ante o desaparecimento do fundamento da lei» é tratada por H. J. HAGG na sua dissertação apresentada na Univ. de Munique, 1966, com esse mesmo título. Cfr. de resto *infra*, nota 23 do Cap. VII. Da prática jurisprudencial, e não obstante a recente legislação que entretanto veio esclarecer o problema, continua a ser metodologicamente rica de ensinamentos a decisão sobre registos fonográficos do BGHZiv. 17, pp. 266 e ss., que assenta no princípio «cessante razione ...» e confere à interpretação «consoante ao sentido e fim da lei» a prevalência mesmo ante um «teor literal linguisticamente unívoco». Da mesma forma a «decisão sobre fotocópias», BGHZiv. 18, pp. 44 e ss. Concorda com a decisão sobre registo fonográfico CANARIS, ob. cit., pp. 190 e ss.. Toma posição crítica relativamente à interpretação contra o sentido literal designadamente LARENZ, ob. cit., pp. 243 e s., 258, 2.ª ed., 1969, pp. 303 e s., 3.ª ed. 1975, pp. 309 e s., 332 e ss. (cfr. por outro lado pp. 273 e s.; 2.ª ed. 1969, pp. 341 e s., 374 e ss., 3.ª ed., 1975, pp. 350 e s., 384 e ss., assim como Olivecrona-Festschrift, 1964, pp. 398 e ss.).

Em duas novas e significativas decisões o BarBG e o BFinH serviram-se também do princípio «cessante razione...». Ver BarBG 16.3.1962 (plenário), Arbeit und Recht 1962, pp. 383 e s. = NJW 62, p. 1694 (directiva) («O juiz não é servidor da palavra da lei, mas do seu sentido e escopo»). Crítico sobre este ponto, Th. RAMM, Arbeit und Recht 1962, pp. 353 e ss. Ver por outro lado BFinH 30.11.1960, BFinHE 72, p. 412=JurZ 63, p. 261: «A interpretação duma lei contra o seu teor literal... é admissível e de preceito quando, ou é de admitir que o legislador de facto quis algo de diferente daquilo que exprimitiu, ou a aplicação literal da norma conduziria a um resultado que representa um contra-senso insustentável»). Muito crítico em relação a esta decisão, D. JESCH, JurZ 63, p. 241 e ss., e isto enquanto sequeza da teoria da alusão. Cfr. por outro lado O. BACHOF, JurZ 63, pp. 697 e ss., que analisa a relação desta decisão com a restante jurisprudência do BFinH e reconhece a esta jurisprudência em geral assim como à decisão de 30.11.1960 uma certa consistência metodológica (l. cit., pp. 699 e s.). Concorda também com o BFinH: H. W. KRUSE, *Steuerrecht* I, 1966, § 8 III 3.

12. Sobre a interpretação conforme à Constituição é fundamental a decisão do BVerfGer vol. 2, pp. 266 e ss. = NJW 53, pp. 1057 e s. (designada por MAUNZ-DÜRIG, no *Komm. zum GG*, 1970, nota ao art. 11, como «paradigmática»). Trata-se aí da conformidade ou desconformidade à Constituição da Lei de acolhimento de 22.8.1950, § 1, secção 2, que parece conferir aos habitantes da zona oriental e de Berlim leste um direito à autorização de estadia na República Federal apenas quando exista um perigo para a integridade física e a vida ou para a liberdade pessoal, ou existam outras razões imperativas para deixar a zona oriental. Esta limitação à livre circulação de pessoas parecia contrária ao art. 11, sec. 2 da Lei Fundamental, segundo o qual a liberdade de circulação só pode ser limitada por uma lei (como a Lei de acolhimento) quando «não exista uma base de subsistência suficiente e daí possam resultar para a colectividade encargos especiais...». O BVerfG pôde declarar a Lei de acolhimento como conforme à Constituição, interpretando-a no sentido de que, verificados os pressupostos do seu § 11 sec. 2, a autorização de residência teria de ser concedida *sem mais* e de que, *quanto ao mais*, seria de verificar caso por caso se existiam os pressupostos do Art. 11 sec. 2 da Lei Fundamental para a denegação da autorização (critica esta decisão BOGS — ver *infra* — pp. 35 e s.).

Como já se salientou no texto e na nota 10, o BVerfG pressupõe repetidas vezes — quando não sempre — explicitamente que a interpretação conforme à Constituição é chamada a, no caso de um teor literal com vários sentidos, escolher entre os sentidos possíveis aquele que melhor se harmonize com a Lei Fundamental e os seus princípios. Assim é entendido o BVerfG, p. ex., também por LARENZ, *Methodenlehre*, 3.^a ed., 1975, p. 329. Este cânón interpretativo *sui generis* pode ser melhor compreendido e legitimado enquanto caso de aplicação do princípio da unidade da ordem jurídica (v. *infra*) e da «interpretação sistemática», com ele conexa. O dito cânón tem um significado prático mais patente (ainda que não apenas aí) no processo do controle das normas, quando se trata de averiguar se uma lei ordinária está em harmonia com a Constituição. Mas a nós não nos interessa neste lugar este processo como tal, com os seus problemas particulares, pois apenas nos importa o aspecto metodológico. Sob este aspecto é em si indiferente a que espécie

de normas jurídicas (lei, decreto, tratado, nova norma constitucional que colide com uma norma constitucional-imutável) vai referida a interpretação conforme à Constituição, desde que a Constituição (em particular a Lei Fundamental) forneça o critério da interpretação «correcta». Para tanto tem que naturalmente a própria Constituição ser igualmente sujeita a uma interpretação (cfr. ZIPPELIUS no «Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz», 1966, p. 112). Também metodologicamente importante é, porém, que a intenção muitas vezes manifestada na jurisprudência do BVerfG — intenção essa de forma alguma incontestada (cfr. p. ex. B. BURMEISTER, *Die Verfassungsorientierung der Auslegung*, 1966) e que certamente também não é a única decisiva — de utilizar a «interpretação conforme à Constituição» como meio de evitar ou limitar a declaração de nulidade daquelas leis cuja compatibilidade com a Constituição se tornou problemática conduz simultaneamente à interpretação restritiva ou extensiva ou mesmo ao preenchimento de lacunas das leis que à primeira vista conflituam com a Constituição (e portanto se não reconduz apenas a uma escolha entre várias interpretações que à primeira vista se apresentam como possíveis). Como um *preenchimento de lacuna* (e não uma simples «interpretação conforme à Constituição») vê, p. ex., ZIPPELIUS (ob. cit., p. 122) o alargamento da assistência judiciária do direito processual civil ao processo de acusação particular no domínio processual penal (ver BVerfGer, vol. 2, pp. 340 e s.). Ao domínio da *interpretação restritiva* pertence, na minha opinião, a muito contestada «decisão sobre a escuta». BVerfG, vol. 30, pp. 1 e ss.=NJW 71, pp. 275 e ss.: o posterior alargamento do Art. 10, sec. 2, da Lei Fundamental relativamente a limitação da esfera de privacidade não colidiria com o art. 79, sec. 3, da mesma Lei Fund., relativo este à inadmissibilidade de certas modificações constitucionais, na medida em que aquele alargamento por força do «contexto de sentido», ou seja, por força da interpretação sistemática, seja aplicado por forma a harmonizar-se com os princípios elementares da Lei Fundamental na sua ordem de valores (atente-se no «voto de vencido» anexo a decisão e na dura crítica de H. H. RUPP *in* NJW 71, pp. 281 e ss., assim como na «Análise e crítica da sentença» de P. HÄBERLE, JurZ 71, pp. 145 e ss.). Ver ainda a igualmente debatida sentença BVerfG vol. 33, pp. 52 e ss. = NJW 72, pp. 1934 e ss.: Manutenção da lei de controlo dos

filmes como compatível com o art. 5 da Lei Fund. (liberdade de informação e proibição da censura), na medida em que, numa interpretação *restritiva* em conformidade com a Constituição, se reporte aquela Lei apenas à importação do estrangeiro para a República Federal de filmes «cujo conteúdo vai tendenciosamente dirigido a combater a ordem fundamental da democracia e da liberdade» (fazendo recurso também ao § 86 do Código Penal). Também esta decisão é acompanhada de voto de vencido.

Da numerosa bibliografia sobre a interpretação conforme à Constituição destacarei, além dos manuais de Th. MAUNZ, *Deutsches Staatsrecht*, 20.^a ed., 1975, § 7 II 6 e de K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 9.^a ed., 1971, pp. 31 e ss., e além do trabalho de ZIPPELIUS citado em nota 10, a seguinte: B. BENDER, MDR 59, pp. 441 e ss.; Fr. SCHACK e H. MICHEL, *JurSchulg.* 61, pp. 269 e ss.; O. BACHOF, *JurZ* 62, pp. 351 e 66, p. 16; P. SCHNEIDER e H. EHMKE, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, 1963, pp. 29 e ss., 58, 74 e s.; V. HAAK, *Normenkontrolle und verfassungskonforme Gesetzesauslegung*, 1963; W. D. ECKARDT, *Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung*, 1964; E. STEIN, *NJW* 64, p. 1750; O. A. GERMANN, *Probleme der Rechtsfindung*, 1965, pp. 59 e s.; H. SPANNER, *Die verfassungskonforme Auslegung in der Rechtsprechung des BVerfG*, *Arch. öff. R.* 91, 1966, pp. 503 e ss.; H. BOGS, *Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen*, 1966; J. BURMEISTER, *Die Verfassungsorientierung der Gesetzesauslegung*, 1966; D. Chr. GÖLDNER, *Verfassungsprinzipien und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung*, 1969; LARENZ, *Methodenlehre*, 2.^a ed., 1969, p. 319, 3.^a ed., 1975, pp. 329 e ss.; J. SCHMIDT-SALZER, *DÖV* 69, pp. 97 e ss.; V. KREY, *NJW* 70, pp. 1908 e ss.; G. WITTKÄMPER, *Theorie der Interdependenz*, 1973, pp. 58 e s.; H. P. PRÜMM, *JuS* 75, pp. 299 e ss.; Fr. MÜLLER, *Juristische Methodik*, 2.^a ed., 1976, pp. 72 e ss.; H. SEITZ, *Verfassungskonformität*, etc., in H. J. KOCH (Edit.), *Jurist. Methodenlehre*, 1976, pp. 214 e ss., onde especialmente se procura esclarecer o termo «konform».

Deve particularmente ter-se em atenção que a «interpretação conforme à Constituição», não obstante certas interconexões, não pode ser confundida com a «interpretação do direito constitucional», e que também não é reservada apenas ao Tribunal

Constitucional (cfr. GÖLDNER, ob. cit., e BGHStr. 19, pp. 325 e ss.). Juntamente com HAAK (ob. cit., pp. 259 e ss.), BOGS (pp. 25 e s.), SPANNER (p. 59), C. W. CANARIS, *Systemdenken in der Jurisprudenz*, p. 130, nota 65, entendo, como já observei, que a interpretação conforme à Constituição é de considerar como uma modalidade da interpretação sistemática e, ao mesmo tempo, deve ser posta em ligação com a unidade da ordem jurídica (já no meu escrito «Die Einheit der Rechtsordnung», 1935, pp. 35 e ss., aponte para a conexão entre este princípio e a interpretação em geral). Segundo BOGS, ob. cit., p. 17, a interpretação conforme à Constituição é «expressão de um princípio geral de interpretação», a saber, do princípio segundo o qual «a norma de hierarquia inferior deve ser interpretada a partir da norma de hierarquia superior». Sobre a «colmação das lacunas» conforme à Constituição, ver, na mesma obra, pp. 46 e ss., e mais recentemente ZIPPELIUS, ob. cit., pp. 121 e ss.. Sobre a relação entre a interpretação conforme à Constituição e outras formas de desenvolvimento do direito em conformidade com a Constituição, ver KI. STERN, NJW 58, p. 1435, BOGS, ob. cit., p. 33, KREY, ob. cit.. Perante o direito preconstitucional aceita-se facilmente uma maior liberdade (SCHMIDT-SALZER, l. cit., e *infra*, no texto, assim como na nota 17 do Cap. VII). Pelo que respeita ao peso da interpretação conforme à Constituição, feita pelo Tribunal Constitucional, para a jurisprudência dos tribunais ordinários, e ainda pelo que respeita à própria competência destes para tal espécie de interpretação, remeterei em especial para BVerfG vol. 40, pp. 88 e ss. = NJW 75, pp. 1355 e ss.; e sobre esta U. SEETZEN, NJW 76, pp. 1997 e ss., com novas remissões.

13. As dificuldades da solução do problema, segundo o que se diz no texto, são patentes. Na opinião de LARENZ, sempre se poderiam «afirmar alguns enunciados» sobre a relação entre os critérios de interpretação. KRIELE, l. cit., faz elevadas exigências, dificilmente preenchíveis, para uma «hierarquia escalonada». Segundo ESSER, *Vorverständnis*, p. 122, «a esperança de que se possa um dia estabelecer uma hierarquia em que sejam seriados os trâmites da interpretação» está condenada ao fracasso. A «situação normal para aquele que aplica o direito» seria esta: «ele orienta a sua escolha do método a partir de um controlo teleológico da justeza do resultado sob o ponto de vista da sua

aceitabilidade numa dada ordem social». Um tal processo aproxima-se da «jurisprudência socialmente finalizada» proposta por G. OHR, NJW 67, pp. 1255 e ss., na esteira de H. LANGE, e significa seguramente em larga medida uma preferência pelo método teleológico, se bem que ESSER presume existir aqui uma certa arbitrariedade e em parte uma orientação por um resultado. CANARIS, Systemdenken, pp. 91 e s., nota 23, pronuncia-se agora clara e decididamente por uma «firme hierarquia entre os diferentes meios de interpretação», colocando no topo a interpretação teleológica.

14. Para esclarecer o ponto desde já (ver *infra*, no texto), seja notado aqui a título de exemplo que, quando se tome partido pela teoria subjectiva da interpretação de que falaremos no próximo capítulo, teoria essa outrora dominante e ainda hoje muitas vezes sustentada, segundo a qual o que importa é determinar a vontade do legislador histórico, desde que esta encontre na lei «uma qualquer expressão» (ver *infra*, no texto), a chamada interpretação gramatical forma na verdade uma moldura para as possibilidades interpretativas, mas quanto ao mais a «escolha dos métodos» orienta-se pela adequação do método a considerar para trazer à luz a vontade real do legislador. Um metodólogo da craveira de Philipp HECK tinha a este respeito uma concepção muito clara (se bem que possivelmente já não válida hoje: cfr. ESSER, *Vorverständnis*, pp. 129 e s.). Uma tal concepção deverá estar também no espírito do BGH, quando declara: «Servem à finalidade de descobrir a vontade objectivada do legislador os métodos de interpretação, reciprocamente complementares, que partem do teor literal da norma, do seu contexto de sentido assim como dos materiais legislativos e da história do aparecimento do preceito» (BGHZiv. 49, p. 223, citada por ESSER, ob. cit., p. 122). Importa em todo o caso procurar um princípio da determinação da relação entre os métodos interpretativos que em alguma medida — na medida do exequível dentro dos limites da capacidade de conhecer do jurista — seja plausível e de credibilidade garantida. Ora este problema é-nos posto. Talvez não possa ser resolvido com validade geral. Talvez exista, pois, apenas uma solução ligada à situação em causa (SAX, *Analogieverbot*, pp. 75 e s.: sobre isto, no próximo capítulo). Se, pelo contrário, se considera este problema como *absolutamente insolúvel*, então não haverá já sequer qualquer modo de, por aproxi-

mações sucessivas, dominar os problemas da heurística jurídica em termos de despertar confiança (cfr. OBERMEYER, NJW 66, p. 1888 r.). Pois todo o transcender não mediatizado para os domínios do Direito Natural, da Justiça, da Racionalidade, expõe-nos à relatividade das opiniões (dos pontos de vista partidários, das «concepções do mundo»), que aí dominam, e, em último termo, ao decisionismo das sentenças dos tribunais superiores, relativamente às quais nos perguntamos em vão em que é que elas propriamente podem assentar e por que é que se podem orientar senão pelas suas próprias valorações, com uma validade tão-só relativa, sempre que se trata de questões de aplicação do direito ainda por esclarecer. Sempre que as leis vinculam os tribunais e as autoridades administrativas, somos remetidos para uma metódica da descoberta do direito elaborada até ao fim, acabada, à qual pertence também um princípio regulativo sobre a «escolha dos métodos» credível e caucionado do ponto de vista do direito positivo. Que, para tanto, designadamente no quadro do método teleológico da descoberta do direito, que surge como particularmente importante, são chamados à colação pontos de vista de justiça, de prática conveniência e de razoabilidade, eis o que de per si bem se compreende e o que é posto em relevo em muitas passagens deste livro. Não obstante as diferenças de acentuação, creio por isso não me achar em contradição insanável com os pontos de vista de KRIELE e ESSER, menos conservadores e mais reservados relativamente à apreciação e valoração da metodologia tradicional, desde que estes não ponham de forma alguma em questão a vinculação fundamental da jurisprudência à lei. Cfr. relativamente ao que antecede, nomeadamente, LARENZ, *Methodenlehre*, 2.^a ed., 1969, pp. 323 e ss., 3.^a ed., 1975, pp. 144 e ss., e ZIPPELIUS, *Methodenlehre*, 2.^a ed., 1974, p. 85, aos quais apenas posso dar a minha adesão.

INTERPRETAÇÃO E COMPREENSÃO
DAS REGRAS JURÍDICAS
CONTINUAÇÃO: O LEGISLADOR
OU A LEI?

A moderna doutrina filosófica da compreensão conhece múltiplas distinções do «compreender». Distingue-se, v. gr., o puro «compreender de um sentido», enquanto apreensão do conteúdo real (objectivo) de uma expressão, do «compreender pelos motivos», enquanto apreensão dos motivos daquele que se exprime (G. SIMMEL, M. WEBER e outros). De forma semelhante, JASPERS distingue o «compreender espiritual» de conteúdos mentados do «compreender psicológico» a partir dos motivos. Como escopo último do compreender considera-se ainda um encontro espiritual com a individualidade que se exprime (ROTHACKER, BOLLNOW). Mais, JASPERS conhece, além do compreender espiritual e do psicológico, um compreender existencial e metafísico, e também BOLLNOW fala dum contacto de «existência a existência». Se aqui se descobre a tendência de avançar pela compreensão do real (objectivo) para o pessoal, do que exteriormente aparece para o fundamento profundo, DILTHEY, pelo contrário, considerou como grau mais elevado do compreender a apropriação das «manifesta-

ções da vida duradoiramente fixadas» como tais, sobretudo dos monumentos escritos. Para ele, «a arte do compreender» teria «o seu ponto central na interpretação dos restos de existência humana contidos no escrito». Aqui teria o seu ponto de partida a filologia e toda a verdadeira arte do compreender. Todavia, BOECKH havia descrito o compreender filológico, numa formulação muitas vezes citada da sua «Enciclopédia», como «conhecimento do conhecido» (mais exactamente: como «o conhecimento daquilo que foi produzido pelo espírito humano, isto é, do conhecido»). Em conformidade com esta mesma ideia, diz DILTHEY: «O espírito compreende aquilo que ele criou». Com base nestas últimas considerações tem-se caracterizado a interpretação filológica como método empírico. Assim, diz RADBRUCH na sua *Rechtsphilosophie*: «A interpretação filológica visa a determinação de um facto, do sentido subjectivamente mentado, dos pensamentos efectivamente pensados de homens reais». Acrescenta, porém, que a moderna ciência da literatura se emancipa cada vez mais de uma tal interpretação filológica e se volta para a «investigação do sentido objectivamente válido da poesia», para desta maneira «compreender melhor o autor do que ele se compreendeu a si próprio», segundo afirma um modo de dizer — um tanto escolar — que já remonta a KANT. A este melhor compreender se referem também os grandes poetas, ora ironicamente ora a sério. Em «A tempestade» de SHAKESPEARE, diz Gonzalo: «Vós haveis falado mais acertadamente do que estava na vossa intenção», ao que Sebastian responde: «E vós havei-lo entendido mais inteligentemente do que eu o pensei». De

GOETHE são conhecidos dois versos das *Zahmen Xenien*: «Interpretai com frescura e vivacidade — se não tirarmos e libertarmos o sentido da letra, algo aí nos ficará oculto». De um modo muito belo, diz ANDRÉ GIDE em *Paludes*: «Antes de explicar o meu livro aos outros, aguardo que os outros mo expliquem a mim. Querer explicá-lo primeiro significaria ao mesmo tempo limitar o seu sentido; pois, ainda que saibamos aquilo que quisemos dizer, não sabemos todavia se dissemos apenas isso. — Dizemos sempre mais do que ISSO. — E o que especialmente me interessa é precisamente aquilo que aí meti sem o saber — a parte do inconsciente, à qual eu gostaria de chamar a parte de Deus... Um livro vale tanto mais quanto menor for nele a parte do escritor, quanto maior for nele a recepção (fecundação) de Deus. Aguardemos de todos os lados a revelação das coisas, aguardemos do público a revelação das nossas obras». De igual modo pode ler-se em T. S. ELLIOT: «Se a palavra 'inspiração' há-de ter qualquer sentido, será ele o de que aquele que fala ou escreve exprime algo que não compreende inteiramente...».

Onde é que devemos nós, pois, no seio desta região espiritual, situar a interpretação e compreensão jurídicas? Teremos em primeiro lugar que distinguir entre as intenções da história do Direito e as da dogmática jurídica. Ao *historiador* do Direito importa, através das suas investigações sobre o imediato sentido das fontes jurídicas, descobrir os motivos das leis e dos usos jurídicos (compreensão pelos motivos), mostrar, por vezes, as personalidades e forças espirituais que tiveram actuação na elaboração do Direito («compreensão

pessoal», etc.), e, finalmente e por outro lado, pôr a claro toda a situação histórica da qual emergiu o Direito. Tudo isto pertence à forma originária do compreender histórico-jurídico, ao passo que aquilo que RADBRUCH tem em vista como «investigação das evoluções do sentido objectivo», como «história espiritual colectiva em acção» e cujo modelo ele encontra explicitado pela primeira vez em HEGEL — enquanto este trata de desimplicar os sistemas de pensamento nas suas «conexões reais» e de «conceber as suas consequências históricas como um processo lógico..., de explicar o curso do espirito objectivo como obra de *um* Espirito» —, já não seria de considerar como puro compreender histórico mas como «explicação» histórico-filosófica. A atitude do historiador do Direito em face duma fonte jurídica, especialmente em face duma lei, não difere da do historiador político em face dum documento político. Tomemos como exemplo drástico o telegrama em Ems⁽¹⁾. O que historiador logo procura indagar é o sentido mentado e querido por Bismarck com o seguinte período: «Sua Majestade o Rei recusou-se a receber novamente o embaixador francês e mandou informar este pelo ajudante de campo que Sua Majestade nada mais tem a comunicar-lhe». Para tanto, o historiador compara este sentido com o do telegrama originário, tal como ele foi comunicado de Ems a Berlim através de Abeken, para deste modo apurar quais as omissões e alterações que fazem da «chamada» uma «fanfarre» (falar duma «falsificação» é incorrecto e pouco objectivo). Tratar-se-á, em seguida, de situar no seu *contexto* histórico a fórmula do telegrama publicada, de a compreender como «resposta

a uma exigência» calculada para «provocar o toiro gaules à investida» e sujeitar o governo francês a um desaire diplomático aos olhos da opinião pública europeia. A compreensão histórica também abrange, pois, como é evidente, o acolhimento que se aguardava para aquela atitude. Segue-se a consideração dos motivos do comportamento de Bismarck, a penetração psicológica da sua personalidade, a análise da situação histórica, tal como ela se apresentava ao próprio Bismarck e como se nos apresenta hoje a nós, a dilucidação do «espírito da época», entendido este simplesmente à luz das ideias então dominantes.

Ora de forma igual ou semelhante se processa a compreensão histórica de uma lei: começando com o sentido factualmente mentado e querido, põe seguidamente a claro as conexões históricas mais próximas, descobre os «motivos», interroga os pontos de vista dos seus autores e, finalmente, investiga todo o subsolo das raízes históricas e a atmosfera espiritual em que a lei se desenvolveu e formou. Neste sentido pôde efectivamente WINDSCHEID dar ao intérprete a seguinte directiva: «entrar e integrar-se o mais possível no espírito do legislador, tomando em conta todos os elementos de que seja possível lançar mão».

Mas poderá utilizar-se a mesma receita pelo que se refere à *dogmática jurídica*? A esta há-de interessar na verdade o conteúdo objectivo da lei *per se*, e em primeira linha o seu alcance prático, assim como lhe hão-de igualmente interessar o conteúdo e o alcance (extensão) dos conceitos e normas jurídicas, mas em segunda linha interessam-lhe também os significados político, ético e cultural da mesma lei. Tudo o que é

elemento histórico apenas pode estar subordinado a estes conteúdos objectivos e colocar-se ao seu serviço. Todavia, seria precipitado tirar imediatamente a conclusão de que uma interpretação histórica e filológica é falsa, de que o escopo da interpretação jurídica apenas pode consistir em destacar o «sentido objectivamente válido da regra jurídica.» Antes, é precisamente aqui que começa a problemática central da teoria jurídica da interpretação: O conteúdo objectivo da lei e, consequentemente, o último «escopo da interpretação», são determinados e fixados através da «vontade» do legislador histórico, manifestada então e uma vez por todas, de modo que a dogmática jurídica deva seguir as pisadas do historiador — não, claro está, em razão da história, mas em razão da própria matéria em causa —, ou não será, pelo contrário, que o conteúdo objectivo da lei tem autonomia em si mesmo e nas suas «palavras», enquanto «vontade da lei», enquanto sentido objectivo que é independente do mentar e do querer «subjectivos» do legislador histórico e que, por isso, em caso de necessidade, é capaz de movimento autónomo, é susceptível de evolução como tudo aquilo que participa do espírito «objectivo»? Em volta desta problemática se trava a *luta das teorias da interpretação jurídica* — designadas abreviadamente por teoria subjectivista e teoria objectivista — até aos dias de hoje.

Descrever em pormenor os termos desta luta conduzir-nos-ia demasiado longe. Pelo que respeita à distribuição das opiniões, devemos dizer que a teoria subjectivista foi no passado mais frequentemente defendida que a outra. *Subjectivistas* foram ou são: SAVIGNY (interpretar significa «colocar-se em pen-

samento no ponto de vista do legislador e recapitular mentalmente a sua actividade»; *System*, p. 213), WINDSCHEID (a interpretação é a «determinação do sentido que o legislador ligou às palavras por ele utilizadas», o intérprete deve «integrar-se o mais possível no espírito do legislador»; *Pandekten* § 21⁽²⁾), REGE-LSBERGER («A lei é a expressão da vontade do legislador, conteúdo da lei é aquilo que se reconhece ter sido querido pelo legislador, a vontade do legislador»; *Pandekten*, p. 143), ENNECCERUS («Decisiva é a vontade do legislador expressa na lei»; *Lehrbuch*, vol. I, nas diferentes edições), BIERLING (*Jur. Prinzipienlehre* IV, pp. 230 e ss.), HECK (nomeadamente em *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*: «o método correcto da interpretação da lei é... uma investigação histórica dos comandos e dos interesses»; p. 59), BELING (o jurista tem «de investigar as ideias valoradoras que tiveram os homens empíricos concretos que criaram a lei, a 'vontade do legislador' no sentido da clássica teoria da interpretação»; *Tübinger Festgabe*), STAMMLER (por último no *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, § 129), PETRASCHEK (*System der Rechtsphilosophie*, § 30), e mais recentemente também NAWIASKY (*Allgemeine Rechtslehre*, 2.^a ed., § § 126 ss.⁽³⁾). De todo em todo, porém, a chamada teoria *objectivista* da interpretação começou desde há algumas décadas a vir ao de cima, o que aconteceu em transparente paralelismo com o emergir do princípio constitucional e democrático; sob o Nacional-Socialismo houve, por isso, e neste aspecto, um certo retrocesso, visto o «princípio do chefe» («Führerprinzip») parecer legitimar um método *subjectivista de interpretação*. Já no

final do século anterior tinham os grandes juristas BINDING, WACH e KOHLER defendido um ponto de vista objectivista. Hoje a teoria objectivista — se bem que em diferentes variantes — e plenamente dominante⁽⁴⁾. Em todo o caso encontram-se posições *intermédias*, por exemplo em SCHREIER, BARTHOLOMEYCZIK, DAHM e LARENZ⁽⁵⁾. Sem querermos destacar agora em especial um ou outro dos representantes da teoria objectivista, procuraremos levar ao conhecimento do leitor as ideias basilares desta teoria⁽⁶⁾.

Com o acto legislativo, dizem os objectivistas, a lei desprende-se do seu autor e adquire uma existência objectiva. O autor desempenhou o seu papel, agora desaparece e apaga-se por detrás da sua obra. A obra é o texto da lei, a «vontade da lei tornada palavra», o «possível e efectivo conteúdo de pensamento das palavras da lei». Este conteúdo de pensamento e de vontade imanente à lei é de futuro o único decisivo. Com efeito, só ele se constituiu e legalizou de acordo com a Constituição, ao passo que as representações e expectativas do autor da lei, que em volta dele pairam, não adquiriram carácter vinculativo algum. Ao contrário: como qualquer outro, também aquele que participou no acto legislativo fica, de agora em diante, ele próprio, sujeito à lei. Ele tem que se deixar prender pelas próprias palavras e deixar valer e actuar contra si a vontade expressa na lei. O sentido incorporado na lei pode também ser mais rico do que tudo aquilo que os seus autores pensaram ao realizar o seu trabalho — quando pensaram sequer algo, o que nem sempre se poderá afirmar em relação aos parlamentares que vota-

ram uma lei. A própria lei e o seu conteúdo interno não são uma coisa estática como qualquer facto histórico passado («eternamente quieto permanece o passado»), mas são algo de vivo e de mutável e são, por isso, susceptíveis de adaptação. O sentido da lei logo se modifica pelo facto de ela constituir parte integrante da ordem jurídica global e de, por isso, participar na sua constante transformação, por força da unidade da ordem jurídica. As novas disposições legais reflectem sobre as antigas o seu sentido e modificam-nas. Mas não é só uma mudança no todo do Direito que arrasta atrás de si, como por simpatia, o Direito preexistente: também o fluir da vida o leva atrás de si. Novos fenómenos técnicos, económicos, sociais, políticos, culturais e morais têm de ser juridicamente apreciados com base nas normas jurídicas preexistentes. Ao ser o Direito obrigado a assumir posição em face de fenómenos e situações que o legislador histórico de maneira nenhuma poderia ter conhecido ou pensado, ele cresce para além de si mesmo. «A lei, logo que surge na existência, insere-se num campo de forças social do qual, de agora em diante, ... ela vai retirar a nova configuração do seu conteúdo» (MEZGER). Por isso mesmo nos encontramos nós em situação de «compreender melhor» a lei do que a compreendeu o próprio legislador histórico. Não pode ser nossa tarefa deixarmos o presente com os seus problemas e retrocedermos anos ou décadas para entrar no espírito de um legislador que propriamente nos não interessa já. Logo: *interpretatio ex nunc* e não *interpretatio ex tunc*. A partir da situação presente é que nós, a quem a lei se dirige e que temos de afeiçoar de acordo com ela a

nossa existência, havemos de retirar da mesma lei aquilo que para nós é racional, apropriado e adaptado às circunstâncias⁽⁷⁾. Fidelidade à situação presente, interpretação de acordo com a época actual, tal a tarefa do jurista. A sua mirada não vai dirigida para o passado, mas para o presente e o futuro. Fazer do órgão aplicador do Direito um obediente servo do legislador (com o conceito da «obediência pensante» operou designadamente o subjectivista HECK) significaria degradá-lo. O juiz em especial é, como portador do «Terceiro Poder» do Estado, um igual do legislador. Na medida em que, por meio da interpretação objectivista, apenas deixa valer a lei com este sentido, ele defende a sua própria autonomia. Por último e para concluir: o que é hoje em dia um legislador cuja vontade «pessoal» possa orientar uma interpretação «histórica»? «O legislador moderno é um ser anónimo constituído por uma pluralidade de pessoas e, portanto, por uma multiplicidade de direcções de vontade» (ZWEIGERT). O sentido da lei, todavia, apenas pode ser um só, coerente e isento de contradições.

Nestes termos, ou em termos semelhantes, se exprimem os objectivistas. RADBRUCH reuniu e elaborou os respectivos argumentos da forma mais fascinante. Foi também ele quem chamou a atenção para o paralelismo com a interpretação objectivista nas lendas, na magia, na retórica, na Escolástica, nos sermões proferidos em festividades religiosas, no «biblicismo» e na moderna ciência da literatura.

E, no entanto, o problema da teoria da interpretação não pode ainda considerar-se como definitivamente resolvido. Contra o objectivismo, apresentado com tal

transparência, há importantes contra-argumentos que já HECK, designadamente, soube esgrimir com acerto. Ele tomou por alvo, sobretudo, quatro argumentos centrais e sempre repetidos da teoria objectivista, a saber: o «argumento da vontade» (não existe um legislador dotado de vontade própria), o «argumento da forma» (só as manifestações de vontade verdadeiras, na forma da lei têm força legal), o «argumento da confiança» (os destinatários da norma devem poder confiar na palavra como tal) e o «argumento da integração» (só uma interpretação objectivista se ajusta aos interesses da integração e complementação do Direito). Como, porém, não podemos acompanhar aqui esta pendência até ao seu termo, remeteremos, pelo que respeita à defesa da teoria subjectivista contra estes argumentos da teoria objectivista, para HECK e outros. Queremos limitar-nos a destacar aqueles pontos de vista que, em nossa opinião, são hoje decisivos para a solução do problema.

Em primeiro lugar, havemos de usar de cautela na utilização de imagens e paralelos. RADBRUCH comparou a passagem da interpretação filológica para a interpretação jurídica com um navio que, «à saída, é dirigido pelo piloto da barra segundo um percurso preestabelecido através das águas do porto, mas depois, no mar livre, busca o seu próprio rumo sob a orientação do capitão». Sentimo-nos também tentados a pensar, a propósito da relação entre o legislador e a sua lei, na relação entre pais e filhos: a estes começa por ser inculcado o espírito do lar paterno, mas eles logo entram de tornar-se cada vez mais independentes, até que enfrentam os pais com pontos de vista e decisões

próprios. Tais imagens podem na verdade fazer o pensamento intuitivo, mas não têm qualquer força probatória. O mesmo se diga pelo que respeita aos paralelos com outras ciências. Que a ciência da literatura, em tempos recentes, propende a avançar da interpretação filológica para a «pesquisa do sentido objectivamente válido da poesia», pode na verdade mencionar-se como interessante do ponto de vista das ciências do espírito; mas só demonstra algo válido para outras destas ciências quando se creia em leis objectivamente válidas da evolução do espírito humano. Quem proceda com a necessária precaução lógica investigará primeiro os métodos de interpretação das diferentes ciências do espírito, para depois verificar se aí se nos revela um conjunto de leis gerais. Talvez que exista uma importante diferença entre as obras poéticas e artísticas, que, — mesmo na nossa desdivinizada época — revelam o cunho da inspiração, e as leis jurídicas, que são o produto de um trabalho muito árido e cingido às realidades. Por isso, mais facilmente aceitaremos uma interpretação que «compreende melhor» no domínio da poesia e das obras de arte — de resto, nem aqui ela é completamente isenta de problemas e de perigos — do que no domínio do jurídico. De todo em todo, uma vista de olhos sobre outros domínios da criação espiritual sempre nos pode ensinar o seguinte: que o conceito de «interpretação» não está desde logo preso a uma interpretação histórico-subjectivista. Doutra forma facilmente se seria levado a crer que a «interpretação» constitui como que uma determinação, «segundo leis essenciais», do pensamento pessoal expresso em palavras e outros símbolos, que uma apreensão do sentido

que se desprendesse do autor do pensamento significaria algo de fundamentalmente diverso e consistiria em atribuir as palavras sentidos que elas não comportam, em complementar o seu sentido, especialmente por parte dos «senhores cheios de si» que se comprazem em ver-se reflectidos no espelho das palavras alheias. Como não-lo mostra uma vista de olhos sobre as outras ciências do espirito, a palavra e o conceito «interpretação» têm elasticidade bastante para darem cobertura assim a uma interpretação histórico-subjectivista como a uma interpretação objectivista. Se da palavra, do conceito e da essência da interpretação nada resulta, pois, de decisivo para a nossa questão, então nada de univoco se poderá afirmar *a priori* sobre a pendência entre as duas referidas doutrinas. Pelo que bem podem ter razão aqueles que dizem que a questão do correcto método interpretativo, quer dizer, do escopo último da interpretação, não pode ser decidida de uma vez por todas no sentido desta ou daquela doutrina, mas antes, está esse método na dependência das particulares tarefas que lhe cumpra levar a cabo. Aplicado ao Direito significa isto que depende da função jurídica da interpretação, da atitude do intérprete perante a lei em cada caso e, em certas circunstâncias, mesmo da estrutura da ordem jurídica e de regras legais positivas, a questão de saber qual dos métodos é o correcto. SOMLO distinguuiu entre «teorias fundamentais da interpretação jurídica» e «disposições sobre a interpretação com um conteúdo jurídico». As primeiras, entre as quais se conta designadamente o principio segundo o qual «um determinado conteúdo juridico não pode excluir totalmente a necessidade de interpretação»

(impossibilidade da proibição de interpretar), *valem-a-priori*, mas as segundas não. Ora entre as últimas coloca SOMLO precisamente o problema da oposição entre o método subjectivista e o objectivista, problema esse que, por conseguinte, poderia ser resolvido pelo Direito positivo. É verdade que se não atribuirá uma importância por aí além a regras gerais interpretativas desta espécie, de origem *legal*. À parte mesmo as «proibições de interpretar» (mais correctamente: proibições de comentários), que não fazem sentido e que são conhecidas na história do Direito como memoriais à ingenuidade do legislador, a sua força é diminuta. Se, e. g., uma regra interpretativa legal exige que o intérprete se cinja rigorosamente à vontade *do legislador*, ela será válida e fará sentido, mas não poderá impedir que, fazendo apelo às verdadeiras intenções do legislador ou à impossibilidade de descortinar intenções claras e unívocas, uma interpretação objectivista volte a reinstalar-se. Se, inversamente, uma regra legal interpretativa exige que o intérprete, por qualquer modo, haja de descobrir o sentido *objectivo*, pode apesar disso acontecer que este sentido seja procurado através das intenções do legislador histórico, por dessa maneira melhor poder ser descoberto. De resto, também as regras legais interpretativas necessitam, por seu turno, de interpretação. Devemos nós aplicar uma tal regra a si própria? Não serão de recear então verdadeiros paradoxos, como, por exemplo, declarar o legislador, através duma máxima de interpretação objectivista, que quer que a sua vontade não seja decisiva? A pendência entre a teoria subjectivista e a objectivista facilmente se restabelecerá de novo a propósito da própria interpretação das

regras legais interpretativas. Tal o que aconteceu, por exemplo, com o § I da Lei de reforma fiscal de 16-10-1934. Esta estabelecia: «As leis fiscais devem ser interpretadas de acordo com a ideologia (concepção do mundo) nacional-socialista». Esta disposição parecia favorecer a interpretação objectivista. Como, porém, da ideologia nacional-socialista fazia parte o princípio-do-chefe (*Führerprinzip*) e este fazia pender para um método subjectivista de interpretação (a lei era a «vontade do chefe»), também um método subjectivista se poderia apoiar naquela regra legal interpretativa. Além disso levantou-se a questão de saber se aquele preceito era susceptível de generalização. Valeria porventura apenas para as leis fiscais, e não também para as outras? — Menos ainda do que as regras sobre interpretação contidas na lei, nos proporcionam qualquer indicação para uma solução fundamental do problema as chamadas «interpretações autênticas», a que também damos o nome de interpretações legais. Elas apenas têm significado para a disposição concreta cuja interpretação esclarecem. «Aquilo a que chamamos interpretação legal é o estabelecimento duma nova regra jurídica» que «constitui ela própria, por seu turno, objecto da interpretação científica» (REGELSBERGER).

Se, portanto, as regras legais sobre interpretação não têm para nós qualquer relevo e se, por outro lado, os princípios apriorísticos também não resolvem o problema, apenas nos resta a já mencionada função jurídica da interpretação como critério do método interpretativo correcto. Uma interpretação orientada de um modo puramente científico pode, sem dúvida, servir-se de cada um dos métodos e deve mesmo fazê-lo. O teórico

do Direito pode, se quiser, assumir a posição do historiador puro, mas também pode, dos mais variados pontos de vista objectivistas, interrogar o texto legal sobre o seu possível conteúdo e destacar aquilo que nele se contém e dele resulta de «razoável», «adequado aos fins práticos da vida», «ajustado à actual situação». Uma outra questão é, porém, a de saber em que medida estes conteúdos de sentido, quer sejam históricos ou objectivos, são vinculativos para a *aplicação* prática do Direito⁽¹⁾. Esta questão, decisiva para o prático, e para a dogmática colocada ao serviço da prática, apenas poderá ser respondida tomando em consideração as relações entre os diferentes poderes do Estado, a função legislativa, por um lado, e a função judicial (a aplicação do Direito), por outro, tendo em conta especialmente a posição que o órgão judicial assume ou deve assumir em face da lei. Pensemos aqui apenas no juiz: tratar-se-á antes de tudo de saber qual a sua posição dentro do Estado e como é regulada a sua relação com a lei. Já por várias vezes se tem observado que o juiz que, como servidor de um monarca absoluto, aplicava as suas leis, tinha de interpretar segundo métodos subjectivistas, pois que devia «indagar da vontade pessoal do senhor do território», «já que esta vontade precisamente... é que era a lei» (REICHEL). Ideias semelhantes foram defendidas relativamente ao Estado nacional-socialista, governado por um chefe (*Führer-staat*). Num estado constitucional ou democrático, com divisão de poderes e pluralidade de partidos, as coisas podem apresentar-se sob uma luz diferente. É sem dúvida verdade que «a situação constitucional geral tem incidência sobre o entendimento hermenéutico da lei». É mesmo possível

que, após uma revolução, o método da interpretação seja duplo: um relativamente ao Direito anterior e outro em face do Direito novo. O Direito antigo será, por vezes, adaptado ao novo estado de coisas criado pela revolução através duma metódica objectivista; o Direito novo, pelo contrário, será interpretado ponto por ponto segundo a vontade do legislador revolucionário que conquistou o poder. Mas não podemos facilitar demasiado as coisas e afirmar sem mais que, para todo o sistema constitucional parlamentar e democrático, o método objectivista de interpretação é o único possível. A mim quer-me parecer que se menospreza em demasia o significado voluntarista, político-decisório que a legislação *também* tem na democracia, e que se confere demasiada autonomia a outros poderes do Estado que devem em certo sentido subordinar-se à vontade do legislador e às suas directivas, fontes de coesão do todo estadual. Ora isto implica o perigo do abuso e da «desintegração»⁽⁹⁾. O método objectivista da interpretação sobrestima, antes de mais, aquela combinação do argumento da vontade e do argumento da forma que afirma que apenas a vontade da representação popular foi vertida na forma jurídico-legal e que esta vontade decisiva não é qualquer realidade palpável. Por mim, continuo fiel àquela tão injuriada concepção segundo a qual uma representação popular que não apresenta como decisivo ou relevante qualquer sentido especial e próprio durante o processo de deliberação e da concepção definitiva da fórmula da lei, aceita aquele sentido que os verdadeiros autores desta deram ao texto por eles elaborado durante a sua feitura e que eles revelam na «exposição de motivos» (e a chamada «teoria

pacticia»). Não analisarei aqui mais de perto o «*problema dos trabalhos preparatórios*». Todavia, a objecção muitas vezes repetida de que esses trabalhos ou materiais legislativos não são a lei, não colhe, em minha opinião, pois que na verdade tais trabalhos ou materiais apenas devem ser meios para o conhecimento daquilo que se pensou ao conceber a fórmula da lei. Em todo o caso, não é possível pôr em prática uma teoria subjectivista entendida em termos sérios sem uma conscienciosa apreciação dos materiais legislativos (trabalhos preparatórios) e de toda a história da genese do preceito. É também seguro que a questão fundamental é propriamente esta: é-nos lícito passar por cima da vontade do legislador histórico onde essa vontade se mostre firmemente estabelecida e só o modo da sua expressão na lei se revele ambiguo? Na medida em que a vontade do legislador histórico não é apreensível, já pode dar-se a palavra ao sentido «mais razoável», do qual se pode na verdade afirmar que, na dúvida, deve ser considerado como aquele que o legislador quis. Tudo isto, porém, não significa que a teoria objectivista deva ser apresentada como a verdadeira. Sou antes da opinião de que todo o problema aguarda ainda uma solução definitiva e que, como todos os verdadeiros problemas fundamentais, nunca poderá ser definitivamente resolvido. Ele exigirá sempre de nós uma nova decisão, em conformidade com a nossa época. Teríamos ainda que verificar se não se terá porventura constituído um Direito consuetudinário que confere ao juiz legitimidade para, desprendendo-se da vontade do legislador histórico, preencher o texto da lei com um sentido ajustado ao momento actual, um sentido razoá-

vel, adequado aos fins do Direito. A nossa «Introdução» não se propõe a tarefa de estabelecer dogmas firmes. Pretende apenas indicar os problemas e apontar a direcção em que a respectiva solução há-de ser achada⁽¹⁰⁾.

Interrompamos, por isso, a discussão sobre a pendência entre os métodos de interpretação subjectivista e objectivista e vamos apenas recolher algumas conclusões finais:

1.^a) Comecemos por pensar de novo nos pontos de partida que foram postos em evidência no final do capítulo anterior e que serviram de introdução às considerações do presente capítulo. Julgamos ter mostrado em breves palavras como se correlacionam rectamente a compreensão teórica e prática, a concepção histórica daquilo que foi propriamente mentado e querido e a desimplicação do sentido por forma ajustada à actual situação. Mas também se nos deve ter tornado claro que somente uma tomada de posição bem fundamentada a propósito da pendência entre as teorias relativas ao escopo próprio da interpretação nos permitirá operar frutuosamente com os tradicionais métodos interpretativos (interpretação gramatical, sistemática e teleológica)⁽¹¹⁾. Regressando agora ao nosso exemplo da receptação de sub-rogado, facilmente reconheceremos que só através da combinação dos métodos anteriormente descritos com a determinação, ou histórica ou objectivista, do escopo interpretativo, se podem obter decisões seguras. Em todas as fases da interpretação, a saber, nas fases gramatical, lógico-sistemática e teleológica, persistirão, relativamente à aplicabilidade do § 259 do Código Penal a receptação de sub-rogado,

questões em aberto e pontos ambiguos, enquanto não soubermos se o que propriamente importa é a «vontade do legislador», quer dizer, pois, do autor do §259, ou a «própria vontade da lei». Em todas estas fases se nos depara a alternativa: o legislador ou a lei? Que sentido ligou o legislador às suas palavras, ou então, qual o sentido de que as palavras da lei são em si mesmas portadoras? Que significado tem a conexão lógico-sistemática segundo as intenções do legislador, ou que significado resulta dessa conexão dentro da própria lei? Qual o fim que persegue o legislador histórico ou qual o fim imanente à lei? Mesmo a «história da génese do preceito», por mais paradoxal que pareça, podemos não só investigá-la por um processo rigorosamente histórico, mas também tentar «interpretá-la» objectivamente, valorando os materiais legislativos, não tanto enquanto meios de prova dos reais pensamentos e intenções do legislador, como antes enquanto base ou fundamento de construções históricas dotadas de um sentido objectivo. No momento em que nos decidimos por uma-determinada teoria da interpretação, também as questões relativas ao teor literal, à conexão sistemática e ao fim assumem uma configuração mais precisa. Se, como mostrámos, todos estes elementos são, tomados de per si, multissignificativos, o quadro modifica-se quando sabemos se, por sob o teor verbal, a conexão ou o fim, havemos de procurar uma vontade pessoal histórica ou se temos antes de descobrir aí uma decisão razoável e ajustada à nossa actual situação. Ainda que a resposta nos acarrete novas dificuldades e continue a ser duvidosa, a questão todavia é claramente impostada e o método da resposta é seguro. De conformidade com

isto, fala-se também de um modo de interpretação gramatical-subjectivo ou gramatical-objectivo e teleológico-subjectivo ou teleológico-objectivo¹²⁾, reconduzindo a uma unidade escopo interpretativo e processo de interpretação.

2.^a) Mas então haverá ainda que ter em conta, por outro lado, que o subjectivismo e o objectivismo, só por si, não caracteriza os métodos da interpretação e da compreensão. Se, por exemplo, me coloco do ponto de vista subjectivista, permanece ainda a questão de saber o que é que deve decidir em primeira linha, se os «comandos que se representou» o legislador histórico (quais as hipóteses e quais as consequências jurídicas que ele teve em mente?), os seus «fins» (quais os efeitos próximos e remotos que o legislador quis obter através dos seus preceitos?)¹³⁾ ou a sua atitude globalmente considerada (por que ideias e princípios se deixou ele conduzir?). E de modo paralelo se passam as coisas quando se assume um ponto de partida objectivista. Sim, a teoria objectivista força-nos, numa medida ainda maior, a considerar os escopos e pontos de vista segundo os quais o sentido objectivamente implícito na lei deve ser actualizado. Aquilo que há-de ser retirado da lei como objectivamente razoável, justo, praticamente acertado, de acordo com a nossa época, ajustado à situação actual, apenas de lá pode ser deduzido quando saibamos o que queremos. Poderíamos também dizer: um entendimento correcto da lei tem como pressuposto que nos entendamos a nós próprios correctamente. Somente quando tenhamos já concebido de antemão a decisão e os fundamentos materiais em que ela se apoia podemos perguntar à lei em que medida

esta decisão é «imaneante» as palavras da lei como sentido possível¹⁴⁾. Aqui se revela um campo de frutuosa investigação de pormenor, pois nos últimos tempos modificaram-se frequentemente e profundamente os pontos de vista sobre a substância dos preceitos jurídicos. Para tornar este ponto mais claro, tomemos hipoteticamente o partido dos objectivistas. Deste ponto de vista, e se estivéssemos nos velhos tempos, no nosso exemplo da receptação de sub-rogado provavelmente contentar-nos-íamos apenas com perguntar o que se pensa, segundo o uso corrente da linguagem, perante as palavras «obtidas através duma acção punível», e ainda, quando muito, qual o bem jurídico, qual o interesse merecedor de protecção no encobrimento (receptação) de coisas. Evidentemente que também hoje se farão estas perguntas. O facto, porém, é que entretanto foi ultrapassada a Jurisprudência filológica, mas também o foi a Jurisprudência teleológica em sentido estrito, quer dizer, uma Jurisprudência orientada pela protecção dos interesses. O Direito em geral e o Direito penal em particular já se nos não apresentam somente como protecção de interesses e decisão de conflitos de interesses, mas também como portadores de um pensamento ético: O desvalor jurídico de delitos tais como o perjúrio, o incesto, a homossexualidade, o lenocínio, a rufiania e também a receptação não se esgota no facto de serem lesados «interesses merecedores de tutela» rigorosamente determinados, mas assenta também na circunstância de estes delitos abalarem a ordem moral que o Direito é chamado a consolidar. Neste sentido, por exemplo, H. MAYER, que no seu *Lehrbuch des Strafrechts* (1953, p. 50) diz certamente: «O crime é

violação de bens jurídicos, mas, para além disso, é violação intolerável da ordem moral». Durante certo tempo operou-se também no Direito penal com o conceito de um «tipo normativo de agente», a fim de exprimir o teor da ilicitude da acção punível que passa além da simples violação de interesses: Nos tipos legais de crimes mais importantes, todos nós, incluindo o legislador penal, nos representamos mais ou menos claramente uma imagem criada na consciência popular do acto criminoso, do tipo de pessoa e de carácter que está por detrás dele, imagem essa a que o intérprete dos «tipos (hipóteses) legais» se pode ater. Há, v. gr., o «assassino» típico, o «burlão» típico, o «rufião» típico, etc. Um dos principais representantes da teoria do tipo normativo de agente, DAHM, escreve a propósito do nosso exemplo da receptação de sub-rogado: «A extensão do § 259 do Código Penal à receptação de sub-rogado funda-se ainda na circunstância de, segundo o sentido que lhe dá a concepção popular, ser também recéptador aquele que não recebe a nota furtada de 100 Marcos, mas duas notas de 50 Marcos». Se bem que esta teoria do «tipo normativo de agente», depois de 1945, tenha passado a segundo plano, todavia continha um núcleo de verdade, a saber, a ideia de que num crime não interessa só o efeito exterior mas importam essencialmente ainda outros momentos, designadamente o carácter do agente ou a sua especial posição como pai, funcionário, etc. E também a consideração, frequentes vezes necessária, das situações excepcionais e dos interesses contrapostos, tal como se impõe, por exemplo, na interrupção da gravidez por indicação médica, não se apresenta à consciência do homem de

hoje como um acto de simples «ponderação de interesses», mas como valoração ético-socialmente condicionada da situação de facto na totalidade e na plenitude dos seus elementos. No momento, porém, em que uma nova concepção fundamental da essência do crime abre caminho, ela deve, do ponto de vista de uma teoria objectivista, exercer influência sobre a direcção que a interpretação há-de seguir. Não deverá, portanto, a receptação de sub-rogado ser punível com base no «sentido literal possível» do § 259, que a abrange, por isso que — não tanto do ponto de vista da protecção dos interesses, mas antes do ponto de vista da valoração ético-social —, segundo a nossa concepção actual, ela deve ser classificada como receptação? Somente uma interpretação histórico-subjectivista teria de perguntar até que ponto tais concepções morais teriam presidido à criação do § 259 do Código Penal. São patentes os perigos que acarreta para a vinculação legal da aplicação do Direito e para a segurança jurídica uma «interpretação objectivista», desde que as suas fórmulas sejam efectivamente tomadas a sério. É este um risco que vai incindivelmente conexo com as suas vantagens.

3.ª) Precisamos ainda de completar, sob um outro aspecto, o quadro problemático dominado pela opposição entre teoria subjectivista e teoria objectivista da interpretação. Já uma vez nos referimos de passagem aos conceitos de interpretação *extensiva* e interpretação *restritiva*. Ora também estes conceitos metodológicos não são unívocos. Com referência a eles podemos destacar pelo menos três, se não mesmo quatro, direcções de pensamento, em parte conexas entre si:

a) Por um lado, situamo-nos no terreno do sentido

linguístico e contrapomos um sentido «imediató», «estrito», «rigoroso», «restritivo» a um sentido «afastado» ou «mediato», «lato», «extensivo». Relativamente ao exemplo da receptação podemos dizer que «obtidas por meio duma acção punível» em sentido «estrito» apenas o são aquelas coisas directamente adquiridas através do acto punível do primeiro agente, e que constitui, pelo contrário, uma «extensão» do sentido das palavras, referirmo-nos também ás coisas sub-rogadas em lugar daquelas como «adquiridas por meio duma acção punível». Ou: «faz-se interpretação 'estrita' quando uma disposição que exclui de determinado cargo aqueles que sofreram uma condenação penal é entendida como referindo-se a todo e qualquer um que alguma vez e de alguma forma sofreu condenação penal: uma interpretação 'lata' seria, pelo contrário, entender tal disposição como referindo-se apenas a uma condenação que não seja já demasiado antiga e que não tenha sido sofrida em razão de simples contravenções de policia. A primeira interpretação atém-se mais estritamente e a segunda menos estritamente ao sentido linguístico das palavras». Muitas vezes utilizam-se os conceitos de interpretação extensiva e restritiva de um modo ainda mais livre, referindo-os ao afastamento completo do sentido literal a favor da genuina vontade do legislador ou da lei. Mas, por esta forma, diluem-se os limites entre a interpretação, por um lado, e o preenchimento de lacunas e a correcção da lei (matérias que ainda vamos tratar) por outro. (Cfr. também *infra*, pp. 162 e s.).

b) Por outro lado, o referido par de conceitos induz a pensar na relação entre o sentido das palavras de um determinado preceito e o seu *domínio de aplicação*: a

interpretação estrita (restritiva) refere o preceito a um círculo menor de casos do que a interpretação lata (extensiva). As nossas leis servem-se frequentemente da palavra «causa», por exemplo. Esta palavra é interpretada, já no sentido de «relação condicionante», já no sentido de «conexão típica» entre uma conduta e um resultado. Segundo a primeira interpretação, todo e qualquer ferimento por mais leve que seja que, por qualquer complicação, conduza à morte, é «causal» em relação a esta; segundo a outra interpretação, pelo contrário, tal ferimento só é «causal» em relação à morte que condicionou quando seja tipicamente mortal. A última interpretação apresenta-se, em face da primeira, como «restritiva», enquanto restringe o domínio de aplicação do conceito de causa e, portanto, o domínio de aplicação de todo o preceito. Se agora voltarmos de novo a nossa atenção para o exemplo de BURCKHARDT há pouco referido, o da condenação anterior, deverá então, diferentemente do que fizemos na al. a), chamar-se restritiva àquela interpretação que limita a inaptidão para o cargo ou função àqueles que recentemente sofreram condenação penal, ao passo que por interpretação extensiva se deve designar aquela que afasta do mesmo cargo qualquer pessoa que tenha sofrido uma condenação anterior. Um novo exemplo: quando o §46, n.º 2, versão anterior, do Código Penal isentava de pena aquele que, tendo *tentado* uma acção punível, «afastou, através duma actividade sua, a verificação do respectivo resultado... num momento em que o acto ainda não tinha sido descoberto», constituía uma interpretação restritiva do seu domínio de aplicação se a mais disso exigissemos que o afastamento do resultado

se tivesse produzido dum modo inteiramente espontâneo: pelo contrário, este acrescentamento significava, do ponto de vista do sentido literal, uma «extensão», pois que a «espontaneidade de vontade» não era especialmente referida na lei¹⁵). O Tribunal do Reich; num caso em que um incendiário regou com álcool e chegou fogo aos papéis contidos na gaveta duma mesa e depois, porque sentiu alguém aproximar-se, apagou precipitadamente o fogo, não aplicou o § 46, n.º 2, se bem que o facto, segundo os termos desta disposição. «ainda não tivesse sido descoberto». Ao decidir-se assim, o Tribunal do Reich «restringiu» o domínio de aplicação do § 46, n.º 2, exigindo uma genuína espontaneidade da vontade a que a lei não faz referência (RGERSt. 38, pp. 402 e ss.).

c) Se bem que o entendimento da contraposição dos dois conceitos acabada de explicitar na al. b), não seja já puramente linguístico, mas, antes, objectivo ou de fundo (*sachlich*), todavia é-lhe ainda inerente um certo formalismo, na medida em que ele se refere à relação extrínseca dos preceitos da lei com o seu «âmbito», quer dizer, com o seu domínio de aplicação. Ora a distinção entre interpretação restritiva e extensiva adquire uma significação *material* (*materielle*) quando a referimos à relação entre as normas jurídicas e a *liberdade* ou a posse de *direitos subjectivos*, ou a preexistência de um *princípio* geral. Por vezes afirma-se designadamente que: «in dubio pro libertate» ou: «singularia non sunt extendenda». Neste caso, uma interpretação estrita e rigorosa (restritiva) equivale a um entendimento em que as leis penais, as restrições à propriedade, as imposições de deveres, as excepções a

um princípio, são interpretadas por forma a serem limitados tanto quanto possível o poder punitivo, a interferência na propriedade, a imposição de obrigações ou a excepção a uma regra. Neste sentido é «restritiva» aquela interpretação do conceito de «condenação anterior» que na al. a) se apresentou como extensiva. Tipicamente «restritiva» no presente sentido era-o também aquela utilização do «tipo normativo de agente» que servia para impedir uma punição demasiado ampla do «rufião» ou do «inimigo público» (*Volkschädling*) (o «teor verbal» era por essa via tornado mais elástico — pelo que, no sentido da al. a), estaríamos perante uma interpretação extensiva). Por outro lado, à luz da nossa presente distinção, é «extensiva» aquela interpretação que alarga o poder do Estado a expensas da liberdade, prejudica os direitos subjectivos ou quebra em maior medida os princípios jurídicos fundamentais através do alargamento das excepções. A punição da receptação de sub-rogado é, neste sentido, sem dúvida alguma, «interpretação extensiva» do § 259 do Código Penal, enquanto, por exemplo, é «restritiva», no presente sentido (e de resto também no sentido de al. b), mas não no da al. a)), a interpretação que conduza a excluir da hipótese da receptação o chamar a si de coisas obtidas através da mendicidade. A interpretação que o Tribunal do Reich deu ao § 46, n.º 2, do Código Penal é, do ponto de vista da liberdade, igualmente «extensiva», porque através dela a punibilidade é alargada, ao passo que no sentido da anterior distinção (al. b), era restritiva (e de novo extensiva, pelo contrário, no sentido da al. a)). Ou: Valendo o princípio de que os actos praticados para

afastar um perigo actual para a integridade física e a vida não devem ser sujeitos a punição, embora noutras circunstâncias sejam puníveis (estado de necessidade: vide § 54 do Código Penal), uma extensão deste princípio significa uma interpretação restritiva na medida em que limita a punibilidade, se bem que por esta forma seja alargado o domínio de aplicação do princípio do estado de necessidade. Por outro lado, temos uma excepção a este princípio (do estado de necessidade) quando um individuo, sendo marinheiro, e constituido na obrigação de resistir e manter-se no seu posto com perigo de vida e em quaisquer circunstâncias (cfr. § § 106 e 109 da Lei da Marinha). Mas já teremos uma interpretação extensiva, contrária à maxima «singularia non sunt extendenda», se se estendem preceitos como os dos § § 106 e 109 da Lei da Marinha a pessoas que por eles não são directamente abrangidas — se bem que, sob o aspecto puramente formal, se possa ver aqui uma interpretação restritiva, no sentido da al. b), na medida em que o preceito relativo ao estado de necessidade contido no § 54 do Código Penal é restringido no seu alcance através do alargamento do dever de enfrentar o mesmo estado de necessidade. O último exemplo uma vez mais nos elucidia sobre o carácter formal do conceito de «domínio de aplicação», já por nós salientado, e ao mesmo tempo também sobre a relatividade dos conceitos de «princípio» e «excepção»: em certo sentido, o regime excepcional da Lei da Marinha constituiu um retorno a regra da punibilidade, pois que se apresenta como excepção a uma excepção, a saber, como excepção a impunibilidade excepcional dos actos praticados em estado de necessidade.

E com isto entramos já na crítica das distinções até agora feitas entre interpretação extensiva e restritiva. Com o entendimento que até aqui lhes foi dado, todas elas estão sujeitas a certas reservas. A distinção feita na al. a) depara frequentemente com a dúvida quanto a saber qual o sentido literal que é propriamente o sentido «imediatos», uma vez que a lei muitas vezes tem a sua linguagem própria e se serve duma terminologia técnico-jurídica. A distinção da al. b) é demasiado extrínseca e formal, porque vai sempre e exclusivamente conexa com cada preceito em singular. Na medida em que vários preceitos mutuamente se completam, a limitação ou extensão de um dos preceitos pode ser, inversamente, um alargamento ou restrição de outros preceitos. É igualmente relativa, como já se notou, a relação entre regra e excepção no sentido da al. c). E também o conceito de liberdade é ele mesmo muitas vezes relativo: com efeito, num conflito entre um funcionário da polícia e um cidadão que conduza a um acto de «resistência contra a autoridade», não está somente em jogo a liberdade do cidadão mas também a liberdade de actuação do agente policial. As máximas «in dubio pro libertate», «in dubio contra fiscum» ou «singularia non sunt extendenda», são pouco seguras. É o que acenam até juristas liberais como BURCKHARDT e NAWIASKY.

d) Ora, sendo assim, é então perfeitamente correcto aceitar aquele entendimento da opposição conceptual em referência que até aqui foi mantido num segundo plano, mas que agora volta a operar com os conceitos *vontade do legislador e vontade da lei*, entendimento esse que é também o que mais frequente-

mente se nos depara. Aqui as palavras da lei são consideradas como meios de expressão da vontade do legislador ou da lei e o seu sentido é ampliado ou restringido de acordo com essa vontade. As coisas apresentam-se dum modo muito simples do ponto de vista da doutrina *subjectivista*. Duma forma clara e bela disse já SAVIGNY no seu *System* (§ 37) que a distinção entre interpretação extensiva e restritiva se refere apenas «à relação lógica da expressão com o pensamento, na medida em que aquela pode ter um conteúdo menor ou maior do que este». «No primeiro caso a correcção da expressão realiza-se através de uma interpretação extensiva, no segundo através de uma interpretação restritiva. Ambas se propõem simplesmente fazer coincidir a expressão com o pensamento efectivo (*scl.* do legislador)». Formulações semelhantes se encontram noutros subjectivistas, por exemplo em WINDSCHEID (*Pandekten*, § 21), REGELSBERGER (*Pandekten*, pp. 152 e ss.), ENNECCERUS (*Lehrbuch* I, 15.^a ed., § 57). Este último ademais acentua particularmente que uma «interpretação correctiva» em qualquer sentido apenas é admissível no caso de «as palavras da lei poderem ser consideradas ainda como uma declaração da sua vontade, se bem que imperfeita, todavia inteligível, quando seriam tomadas em consideração todas as circunstâncias relevantes». Com isto quer-se significar que a interpretação se deve manter sempre de qualquer modo nos limites do «sentido literal» e, portanto, que pode quando muito «forçar» estes limites, mas nunca ultrapassá-los. Para além de tais limites já não há interpretação extensiva mas, quando muito, «analogia». E o mesmo se deveria dizer,

mutatis mutandis, pelo que respeita à interpretação restritiva. (Cfr. *supra*, parte final da al. a)). Aquelas disposições, por exemplo, que expressamente ainda que em contrário da verdadeira vontade do legislador, se referem apenas a «homens» (varões), nunca podem, através duma interpretação extensiva, abranger também as «mulheres», sendo assim alargadas aos «seres humanos em geral».

Como se apresentam, porém, os conceitos de interpretação extensiva e restritiva do ponto de vista da teoria objectivista? Dado que esta teoria concebe e respeita o texto, independentemente da vontade do legislador, como portador dum sentido imanente, à primeira vista parece que nem sequer há qualquer margem para uma interpretação extensiva ou restritiva. Se o sentido literal é unívoco, é porque o espírito objectivo se manifestou precisamente deste modo, se o sentido literal é equívoco, a decisão há-de ser então a favor do sentido «razoável». Todavia, também nos objectivistas deparamos com os conceitos de interpretação «extensiva» e «restritiva». Assim, diz por exemplo WACH: «Para fazer vingar o sentido razoável face ao teor verbal incorrecto, tem muito frequentemente de verificar-se que a lei foi defeituosamente concebida (interpretação extensiva ou restritiva)». Para satisfação nossa notamos, pois, que, do ponto de vista objectivista, não só a lei pode ser mais inteligente do que o seu autor, como também o intérprete pode ser mais inteligente do que a lei.

Deste modo, e provisoriamente, vamos pôr um ponto final na teoria da interpretação. Com as nossas últimas considerações, em certa medida complicadas,

encontramo-nos já nos limites do domínio da metodologia da interpretação propriamente dita. Em certo sentido a interpretação extensiva e a interpretação restritiva podem já ser consideradas como uma espécie de complementação da lei. Mais um passo e encontramos com a chamada heurística jurídica (descoberta do Direito) «*praeter legem*», cujo principal exemplo é a analogia, e com a heurística jurídica «*contra legem*», que em sentido estrito significa uma «correção» da lei, ao passo que a verdadeira interpretação se apresenta como via de uma descoberta (heurística) do Direito «*secundum legem*», de acordo com o princípio da fidelidade ao texto legal. Mas antes de passarmos à heurística jurídica *praeter e contra legem* temos ainda que completar num ponto essencial as considerações que até aqui fizemos sobre a descoberta do Direito *secundum legem* (Cap. VI).

ANOTAÇÕES

1. Sobre o ponto, J. DITTRICH, *Die Welt als Geschichte* XIII, 1953. Agora veja-se ainda a grande obra do mesmo autor, com o título «Bismarck, Frankreich und die spanische Thronkandidatur» 1962, e sobre ela Er. EYCK, DLZ tg. 63, pp. 617 e ss.. Um outro exemplo histórico oferece-no-lo a afixação de teses de Lutero, para cuja «compreensão» encontramos excelentes reflexões em K. G. FABER, *Theorie d. Geschichtswissensch.*, 1972, pp. 128 e ss..

2. A tal respeito, assim como sobre os fundamentos filosófico-jurídicos e sobre certas modificações, v. agora LARENZ, *Methodenlehre*, pp. 25 e ss., 2.ª ed. 1969, pp. 27 e ss., 3.ª ed., 1975, pp. 29 e ss.. De resto, LARENZ (pp. 13 e ss., 14 e s., 16. e s.) não quer contar SAVIGNY entre os subjectivistas. Mas a afirmação citada no texto está na realidade muito próxima duma interpretação subjectivista. Talvez que a raiz da diversidade de opiniões esteja na insuficiente distinção entre interpretação de cada uma das leis e interpretação das fontes de direito em globo, que KRIELE, ob. cit., pp. 68 e ss., elaborou a propósito de SAVIGNY (sendo a primeira seguramente subjectivista).

3. Em geral sobre o método «subjectivista»: ENNECERUS-NIPPERDEY, ob. cit., § 54 II; KELLER, ob. cit., pp. 88 e ss.; GERMANN, *Probleme d. Rechtsfindung*, pp. 66 e ss. (que, em minha opinião, não distingue suficientemente entre uma teoria subjectivista, que se articula com a «teoria da alusão» (ver no texto) e, portanto, considera determinante a vontade do legislador — que eventualmente emerge dos materiais legislativos —, desde que uma tal vontade encontre por qualquer modo expressão no texto, e uma teoria objecviva, que deixa completamente de lado a vontade do legislador e conseqüentemente considera os materiais legislativos completamente irrelevantes); por último também MENNICKEN, *Das Ziel der Gesetzesauslegung*, 1970, pp. 19 e ss. (exposição) e pp. 30 e ss. (crítica), e ainda RÖDIG, ob. cit., pp. 281 e ss., e H. SOELL, *Das Ermessen der Eingriffsverwaltung*, 1973, pp. 16 e ss., 142 e ss.. Pode ver-se uma renovada defesa de uma «interpretação vinculada à vontade do legislador histórico» feita agora na Suíça por DESCHENAUX (*Schweiz. Privatrecht* II, 1967), sobre o qual, mais pormenorizadamente, STRATENWERTH, *German-Fes-*

tschrift, 1969, pp. 258 e s., 262, 267, 270. W. NAUCKE, no *Engisch-Festschrift*, 1969, pp. 274 e ss., expõe a «Utilidade da interpretação subjectivista no Direito Penal»; mas, contra ele, no mesmo lugar, Arth. KAUFMANN, p. 269. Sobre o papel extraordinariamente grande que o método de interpretação histórico-subjectivista abertamente tem na jurisprudência penal do BGH (muito embora se não possa sem mais confundir «subjectivista» com «histórico»), ver o instrutivo trabalho de J. RAHLF in E. v. SAVIGNY e outros, *Juristische Dogmatik u. Wissenschaftstheorie*, 1976, pp. 27 e ss..

4. Sobre as três estrelas BINDING, WACH e KOHLER, mais pormenorizadamente em LARENZ, ob. cit., pp. 30 e ss., 2.^a ed., 1969, pp. 31 e ss., 3.^a ed., 1975, pp. 34 e ss.. Mais representantes da «teoria objectivista» em ENNECCERUS-NIPPERDEY, ob. cit., § 54 II nota 5, aos quais naturalmente entretanto outros se vieram juntar, p. ex., ARNDT, NJW 63, pp. 1273 e ss.; H. J. HIRSCH, *Jur. Rundschau* 66, p. 338. Também o Tribunal Constitucional Federal aderiu à teoria objectivista (p. ex., no vol. 11, pp. 126 e ss., 130 e ss.); sobre este ponto SPANNER, *Arch.öff.R* 91, pp. 510 e s., assim como Ff. MÜLLER, *Jur. Methodik*, 2.^a ed., 1976, pp. 27 e s.. Uma exposição e crítica desenvolvida da teoria objectivista pode ver-se agora em A. MENNICKEN, ob. cit., pp. 24 e ss., 48 e ss.. Instrutivo sobre as «modalidades» do método objectivista, A. KELLER, ob. cit., pp. 161 e ss., que — como o seu professor A. MEIER-HAYOZ (*Berner Komm. zu Art. 1 ZGB*, pp. 122 e ss.) — se confessa adepto ele próprio do método objectivista, mas tomando por base «os usos de linguagem e as realidades existentes ao tempo da publicação da lei» assim como «o restante direito vigente naquele momento» (pp. 161, 225; «método objectivista histórico»), pelo que são feitas concessões essenciais ao «historicismo». GERMANN, ob. cit., pp. 74 e ss., 79 e ss., 96 e ss. é pelo contrário adepto de um método objectivista que, para a determinação do «sentido imanente da lei», se reporta basicamente ao momento da aplicação do direito («método objectivista actualista»; cfr. nota 6, *infra*; excepções: GERMANN, ob. cit., p. 103). Para o direito estrangeiro ver por todos W. G. BECKER, *Gegenopfer*, etc., pp. 430 e ss.. A distinção entre o ponto de referência histórico e o actualista do método de interpretação e agora nitidamente destacada também por MENNICKEN, ob. cit.

pp. 16 e ss., que caracteriza o primeiro método como «objectivista-histórico» e o segundo simplesmente como «objectivista». De igual modo adere a um ponto de vista actualisticamente orientado G. SCHWALM, *Der Objektivierte Wille des Gesetzgebers*, Festschr. für Ernst Heintz, 1972, pp. 47 e ss., e fundamenta ai, fazendo apelo também à jurisprudência do BVerfGer. e à jurisprudência que segue na mesma esteira, a distinção entre método «objectivista» e método «objectivante»: não a vontade do legislador vinculada ao real espírito objectivo, mas a vontade do legislador que se manifesta em objectivações, e cujas intenções têm de ser sempre redescobertas a cada momento e estão sujeitas a uma «mudança de sentido», constitui o escopo da interpretação da lei.

5. Todavia, o último autor citado (ob. cit., pp. 238 e ss., 2.ª ed., 1969, pp. 296 e ss., 3.ª ed., 1975, pp. 302 e ss.), colocando o acento no lado objectivista e no momento «actualista»: «Escopo da interpretação é a descoberta do que (hoje) é determinante, portanto, de um sentido 'normativo' da lei» (2.ª ed. p. 300). Como representantes mais antigos de um ponto de vista intermédio indica LARENZ, na parte histórica, ainda W. SAUER, J. BINDER e G. HUSSERL (pp. 102 e s., 108 e s., 119, 2.ª ed., 1969, pp. 106 e s., 112, 123, e igualmente 3.ª ed., 1975, p. 305). Sobre a distribuição das posições, uma boa orientação também em W. FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts* vol. III, 1976, pp. 662 e ss..

Nos últimos anos decidiram-se por uma posição intermédia: LEGAZ Y LACAMBRA, *Rechtsphilosophie*, 1965, pp. 515 e ss.; Arth. KAUFMANN, *Engisch-Festschrift*, 1969, pp. 266 e ss.; STRATENWERTH, *German-Festschrift*, 1969, pp. 263 e ss.; WIEACKER, in *Hermeneutik und Dialektik* II, 1970, p. 334. Encaminha-se também para uma superação da contraposição entre interpretação objectivista e subjectivista ESSER, *Vorverständnis*, pp. 125 e ss., e igualmente MENNICKEN, I. cit., que, após exposição e crítica de todas as outras teorias (mesmo daquelas que se esforçam por uma unificação de metódica subjectivista e objectivista, defere ao juiz a tarefa de «conciar» (pp. 78 e ss.) a tensão entre os interesses da estabilidade, que estão por detrás da teoria subjectivista, e a justiça material, que postula um desenvolvimento evolutivo do direito e, nessa medida, fundamenta a teoria objectivista: «Escopo da interpre-

tação é uma compreensão da norma tal que torne possível a decisão justa no caso concreto. O juiz chega à decisão justa no caso concreto especialmente resolvendo em certa direcção a tensão entre segurança jurídica e justiça...» (p. 106). Sobre a minha própria posição, igualmente «intermédia», ver *infra*; nota 10. Considera «imprestável» a «diferenciação» subjectivista-objectivista Fr. MÜLLER, *Jur. Methodik*, 1976, pp. 204 e s., 278 (penso que sem razão).

6. Tomo para referência aquela modalidade que hoje me parece ser a mais largamente aceite, que KELLER, l. cit., designa como a «actualista» («geltungszeitliche» — cfr. nota 4), pela qual fundamentalmente também opta GERMANN (*Rechtsfindung*, pp. 96 e ss.) e que também MENNICKEN (ob. cit., pp. 16 e ss., 26, 53 e ss.) vê como a mais pura corporização do método objectivista. Segundo ela «a heurística jurídica tem que resolver o seu problema de novo para cada momento da vigência da lei e isto tomando por base os usos de linguagem e as realidades dominantes em cada momento de vigência assim como o restante direito vigente naquele momento» (KELLER, ob. cit., p. 162). De todo o modo este método objectivista que defende uma interpretação «actualista» parece-me ser a variante menos transigente da teoria objectivista. Por ela se decide agora também ZIPPELIUS, *Methodenlehre*, 2.ª ed., 1974, pp. 29 e ss..

7. Quando KELLER, pp. 149 e ss. (153), relativamente à modalidade por ele preferida do método objectivista (a saber, a «historicista»), declara que não está em causa a razoabilidade do resultado mas a compreensão do intérprete, esta afirmação não corresponde de modo algum à concepção objectivista dominante, de orientação «actualista» (Cfr. em KELLER as notas 239 e 272; ver agora também H. WAGNER, *Arch.ziv.Pr.* 165, 1965, p. 541).

8. Os princípios interpretativos alcançam então uma qualidade juridico-normativa (ESSER, *Grundsatz u. Norm*, pp. 116 e ss., *Vorverständnis*, pp. 118 e s.). Mas contra uma «juridificação» dos métodos interpretativos volta-se agora muito decididamente J. HRUSCHKA, *Das Verstehen von Rechtstexten*, 1972, pp. 89 e ss.. Ele exige uma (fenomenológica) «análise daquela específica actividade cognoscitiva que é realizada logo antes de toda e qualquer direcção impressa pelas regras jurídicas às teorias interpretativas tradicionais» (p. 92). Mas não nos movemos aqui em planos completamente distintos?

9. C. SCHMITT, ob. cit., pp. 20 e s., salienta com razão que, quando as directrizes do legislador são meios de planeamento e orientação, a sua vontade deve ser determinante. Cfr. também GERMANN, ob. cit., p. 105. e ESSER, *Vorverständnis*, p. 82.

10. Agora, depois de na nota 14 do cap. anterior ter expressamente acentuado a necessidade de uma solução do problema metodológico, especialmente da questão da relação entre si dos diferentes meios interpretativos, considero que é indicado fornecer alguns dados sobre a minha própria posição na base do nosso actual ordenamento jurídico global, e propô-los como teses à discussão:

1) Continuo a considerar a teoria subjectivista como correcta, dentro de certo âmbito, no sentido de que aquilo que o legislador quis por maneira determinável e clara como proibido, obrigatório, permitido, etc., e como querido o declarou, tem de ser tomado como conteúdo da sua regulamentação. Para tanto o uso da linguagem (já da linguagem corrente, já da linguagem técnica do jurista), e eventualmente também o «sentido literal» precisado por uma «definição legal», é, por um lado, limite a uma «interpretação em sentido estrito», na medida em que uma vontade que de modo algum encontrou expressão nas palavras da lei, também não pode ser retirada da lei por interpretação (ela apenas pode, na melhor das hipóteses, ser considerada com base numa colmatação de lacunas ou desenvolvimento do direito); pelo que se não pode por interpretação sotopor uma mulher ao conceito jurídico «varão», um gorila ao conceito jurídico «homem». Por outro lado, porém, aquele uso de linguagem é meio para a pesquisa da vontade do legislador *ao lado* de outros meios interpretativos dirigidos ao mesmo objectivo (interpretação a partir do contexto, do fim proseguido, etc.); sobre a preferência a dar a um ou aos outros meios decide, como em toda a pesquisa histórica, a apropriação ou adequação de tais meios. Os materiais legislativos são neste ponto indispensáveis, mas também apenas enquanto meios auxiliares da indagação (ver *infra* no texto).

2) Se o querido pelo legislador não é directa e claramente declarado como querido, então pode eventualmente ser eliciado da lei através de interpretação «extensiva» ou «restritiva» (ver *infra*, no texto), na medida em que não surja nenhuma contradição com o «sentido literal claro». Neste ponto podem especial-

mente os fins prosseguidos pelo legislador, reconhecíveis mediante métodos históricos, fornecer-nos conclusões sobre o que foi querido. Assim, na verdade, nenhuma interpretação (mesmo extensiva ou restritiva) pode fazer de uma «mulher» um «varão» ou de um animal um homem; mas já pode restringir o termo jurídico «causa» à interconexão de condições adequadas (cfr. *infra*, no texto).

3) Quando a vontade do legislador não pode ser reconhecida nem nos termos do n.º 1 nem nos termos do n.º 2, então está indicada uma «interpretação» «razoável» actualista, particularmente uma interpretação «objectivo-teleológica» (isto é, como a que parece hoje adequada para a aplicação do direito), na medida em que não conflitue com o «sentido literal possível». Aquilo que, portanto, para uma interpretação «objectivista-actualista» pode ser retirado das palavras da lei como «sentido razoável imanente», já através duma interpretação teleológica, já mediante uma interpretação conforme à Constituição, é sem dúvida de reconhecer como um resultado interpretativo legítimo, sob o pressuposto de não contradizer a vontade claramente reconhecível do legislador.

4) Todo o desenvolvimento de pontos de vista jurídicos que se coloca em contradição com aquilo que foi clara e visivelmente querido pelo legislador (cfr. *supra*, no texto, e nota II do cap. anterior), já não é «interpretação» mas «complementação do direito» no sentido lato e carece de especial legitimação como «integração de lacuna», «correção de um lapso de redacção», «descoberta do direito *contra legem*», etc.

5) Que as fronteiras entre «interpretação» e estes outros métodos de descoberta do direito não são claramente recortadas, é uma verdade, e não deve por isso contestar-se a posição daqueles que acentuam isto mesmo (como, p. ex., KRIELE, ob. cit., pp. 221 e ss.; ESSER, *Vorverständnis*, pp. 117, 174 e ss.; MENNICKEN, *Gesetzesauslegung*, pp. 100 e s.). Na dúvida, pode aceitar-se como «interpretação», quando tal seja por algum modo sustentável. Assim, tendo em consideração uma mudança de sentido, o conceito «arma» no § 223 a do Código Penal pode ser «interpretado» por forma a abranger também ácido sulfúrico (ver *infra* no texto). Mas por qualquer ponto passam limites e diferenças que põem em evidência a radical diferença de métodos e da sua legitimidade, e postulam respeito, sobretudo no Direito

penal em que vale o princípio «nullum crimen sine lege». De nenhum modo se deve aqui argumentar com a palavra «interpretação» (ver *supra* no texto). Trata-se antes da relação substantiva entre o juiz e a lei no nosso Estado, tal como, em minha opinião, é fixada na nossa Constituição, designadamente pelo art. 20, sec. 3, da Lei Fundamental.

11. Infeizmente a expressão «teoria interpretativa» tem mais que um sentido. Por um lado, ela é usada para os meios interpretativos, de que tratamos acima, e, por outro, para o método de interpretação subjectivista ou objectivista que determina o escopo da interpretação. Terá de, em cada caso, resultar do contexto o que com ela se quer exactamente significar.

12. Sobre este ponto LARENZ, ob. cit., pp. 250 e ss., 266 e ss., 2.ª ed., 1969, pp. 311 e ss., 335 e ss., 3.ª ed., 1975, pp. 322 e ss.. Em minha opinião, sob a rubrica «interpretação objectivista-teleológica» (se não entendida demasiado estritamente) cabe também em largã medida a metódica aconselhada por KRIELE, ob. cit., pp. 167 e ss., e ESSER, *Grundsatz und Norm*, pp. 256 e s., *Vorverständnis*, pp. 274 e ss., a qual se orienta pelo «resultado razoável»; assim, escreve, p. ex., ESSER, *Vorverständnis*, p. 175: «A base de uma compreensão da lei é 'natural' inclusão de todos os conteúdos que... têm, de estar implicitamente subentendidos na finalidade da respectiva regulamentação».

13. A distinção entre uma concepção como que psicológica e uma concepção teleológica da vontade do legislador histórico resulta claramente na contraposição do método da «pesquisa histórica da representação», de BIERLING, ao método da «pesquisa histórica dos interesses», de HECK. Ver a propósito HECK, *Gesetzesauslegung*, etc, pp. 207 e s..

14. As frases seguintes estavam já contidas na 1.ª edição deste livro (1956), antes ainda de a «Vorverständnis» («pré-compreensão») se ter tornado um tema da moda na metodologia jurística.

15. O antigo § 46, n.º 2 do Código Penal, anterior versão, está agora substituído pelo § 24 do mesmo Código, onde a vontade espontânea (livre) é expressamente erigida em pressuposto de isenção de pena por desistência. Como exemplo metodológico seja lícito referir mais uma vez aquele § 46, n.º 2.

DIREITO DOS JURISTAS¹⁾. CONCEITOS
JURÍDICOS INDETERMINADOS.
CONCEITOS NORMATIVOS,
PODER DISCRICIONÁRIO

Até aqui mantivemo-nos tacitamente apegados ao pressuposto de que, na aplicação do Direito e na interpretação que a serve, se trata essencialmente de actos do conhecimento, se bem que dotados de uma estrutura espiritual *sui generis*. Mesmo assim muitas coisas com que deparámos são de molde a irritar-nos, a afligir-nos mesmo: tal a insegurança ao realizar a «subsunção», a ambivalência com que a interpretação se debate em todas as fases, a diversidade dos métodos de interpretação e a pendência sobre o escopo fundamental da mesma, e finalmente ainda a pluralidade de sentidos dos conceitos de interpretação «extensiva» e «restritiva». Mas a verdade é que toda a ciência tem de se defrontar com dificuldades. O importante e decisivo é saber se, em princípio, a procura da «verdade» tem sentido e promete êxito. Entretanto, no domínio do Direito e do seu conhecimento, há uma série de fenómenos que fazem do próprio princípio da investigação da verdade um problema, que fazem com que os limites de um conhecimento puramente científico apareçam aos nossos olhos como uma «linha de penumbra».

Houve um tempo em que tranquilamente se assentou na ideia de que deveria ser possível estabelecer uma clareza e segurança jurídicas absolutas através de normas rigorosamente elaboradas, e especialmente garantir uma absoluta univocidade a todas as decisões judiciais e a todos os actos administrativos. Esse tempo foi o do Iluminismo. BOCKELMANN em 1952 expôs uma vez mais a respectiva concepção fundamental em termos certos: «O tribunal, ao aplicar o Direito, deve funcionar como um autómato, com a única particularidade de que o aparelho em função não é um mecanismo automático mas um mecanismo lógico». A desconfiança que haviam chamado sobre si os juizes no período da justiça de arbítrio e de gabinete (quer dizer, de uma justiça que se acomodava às instruções dos senhores da terra) e, por outro lado, a adoração da lei animada por um espírito racionalista, fizeram com que a estrita vinculação do juiz à lei se tornasse no postulado central. Ao mesmo tempo, foi-se conduzido ao exagero de estabelecer insustentáveis proibições de interpretar e comentar a lei, à exclusão de qualquer graduação da pena pelo juiz (sistema das «peines fixes» no *Code pénal* de 1791) e outras coisas semelhantes. O juiz deveria ser o «escravo da lei» (BOCKELMANN). Esta concepção da relação entre a lei e o juiz entrou de vacilar no decurso do século XIX. Começa então a considerar-se impraticável o postulado da estrita vinculação do juiz à lei, por isso que não é possível elaborar as leis com tanto rigor e fazer a sua interpretação em comentários oficiais de modo tão exacto e esgotante que toda a dúvida quanto à sua aplicação seja afastada. A mais disso, com o tempo, deixa-se também de conside-

rar como *ideal* aquela exigência da vinculação à lei. À medida que os tribunais se foram libertando do poder dos senhores da terra e passaram a autonomizar-se como verdadeiras autoridades jurisdicionais «independentes», com a objectividade e o sentido da justiça próprios da sua função, começou a pensar-se ser lícito desembaraçá-los também das andas da lei a fim de eles disporem daquela liberdade de decisão de que precisam para dominar a vida na pluralidade das suas formas e na sua imprevisibilidade. Não é aqui o lugar apropriado para descrever esta evolução em pormenor. A situação actual é a seguinte: a vinculação à lei dos tribunais e das autoridades administrativas não está tão reduzida quanto, no começo do nosso século, a chamada Escola do Direito Livre considerou ser inevitável e correcto; está-o todavia em certa medida e de modo a obrigar-nos a orientar as nossas considerações metodológicas noutras direcções e por outras vias.

O princípio da legalidade da actividade jurisdicional e administrativa, em si, permanece intocado. Conhecemos já o art. 20. al. 13. da nossa Constituição, que vincula à lei o poder executivo e a jurisdição. As leis, porem, são hoje, em todos os domínios jurídicos, elaboradas por tal forma que os juizes e os funcionários da administração não descobrem e fundamentam as suas decisões tão-somente através da subsunção a conceitos jurídicos fixos, a conceitos cujo conteúdo seja explicitado com segurança através da interpretação, mas antes são chamados a valorar autonomamente e, por vezes, a decidir e a agir de um modo semelhante ao do legislador. E assim continuará a ser no futuro. Será sempre questão apenas duma maior ou menor vinculação à lei.

Consideremos por isso um pouco mais de perto como se configura o pensamento jurídico quando temos que nos haver, neste sentido, com o chamado «Direito equitativo» (*ius aequum*), por contraposição ao «Direito estrito» (*ius strictum*).

O ponto de partida das nossas novas considerações terá de ser a metódica da própria legislação ao afrouxar o vínculo que prende à lei os tribunais e as autoridades administrativas. Pois que se nos deparam hoje diversos modos de expressão legislativa que são de molde a fazer com que o julgador (~~o órgão aplicador do Direito~~) adquira autonomia em face da lei. Como modos de expressão deste tipo distinguiremos: os conceitos jurídicos indeterminados, os conceitos normativos, os conceitos discricionários e as cláusulas gerais²¹. Infelizmente a terminologia não é uniforme. Nela interferem também problemas que, como tais, nós não interessa tratar aqui, designadamente os problemas da anulabilidade das decisões judiciais e dos actos administrativos através do recurso. Aqui não podemos nem queremos fazer mais do que apresentar as diferentes formas daquele afrouxamento da vinculação legal, tal como se entende e convém na perspectiva dos nossos problemas metodológicos.

1) Por conceito indeterminado entendemos um conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos. Os conceitos absolutamente determinados são muito raros no Direito. Em todo o caso devemos considerar como tais os conceitos numéricos (especialmente em combinação com os conceitos de medida e os valores monetários: 50 km, prazo de 24 horas, 100 marcos). Os conceitos jurídicos são predominantemente

indeterminados, pelo menos em parte⁽³⁾. É o que pode afirmar-se, por exemplo, a respeito daqueles conceitos naturalísticos que são recebidos pelo Direito, como os de «escuridão», «sossego nocturno», «ruído», «perigo», «coisa». E com mais razão se pode dizer o mesmo dos conceitos propriamente jurídicos, como os de «assassinato» («homicídio qualificado»), «crime», «acto administrativo», «negócio jurídico», etc. Com PHILIPP HECK⁽⁴⁾, podemos distinguir nos conceitos jurídicos indeterminados um núcleo conceitual e um halo conceitual. Sempre que temos uma noção clara do conteúdo e da extensão dum conceito, estamos no domínio do núcleo conceitual. Onde as dúvidas começam, começa o halo do conceito. Que numa noite sem luar, pelas vinte e quatro horas, nos espaços não iluminados, domina a escuridão na nossa latitude, é uma coisa clara; dúvidas fazem já surgir as horas do crepúsculo. É fora de toda a dúvida que os imóveis, os móveis, os produtos alimentares, são coisas; mas outro tanto se não poderá dizer, por exemplo, relativamente à energia eléctrica ou a um penacho de fumo (formando as letras de um reclame) no céu. É certo e seguro que, verificado um parto bem sucedido e o nascimento de uma criança de progenitores humanos, estamos em presença de um «homem» em sentido jurídico; mas já não tem resposta tão segura a questão de saber se e em que momento nos encontramos perante um «homem» (e não já um simples «feto») logo durante os trabalhos de parto (depois de iniciadas as contracções). Esta questão receberá mesmo diferentes respostas consoante os diferentes ramos do Direito: para o Direito civil, somente temos um homem dotado de «capacidade jurídica» com o

termo do nascimento, ao passo que, segundo o Direito penal, já «durante o nascimento» (mas a partir de que momento?) existe um «homem» que pode ser objecto de um assassinato, de um homicídio voluntário ou de um homicídio por negligência. Mas os conceitos indeterminados podem aparecer nas normas jurídicas não só na chamada «hipótese» como ainda na «estatuição». Exemplo disto fornece-no-lo o § 231 do Código de Processo Penal: o juiz-presidente pode tomar, relativamente ao acusado que compareceu em juízo, «as medidas apropriadas» a evitar que ele se afaste para longe.

2) Muitos dos conceitos indeterminados são, num sentido que já vamos precisar, conceitos «normativos». Contrapõem-se estes conceitos aos conceitos «descritivos», quer dizer, aqueles conceitos que designam «descritivamente» objectos reais ou objectos que de certa forma participam da realidade, isto é, objectos, que são fundamentalmente perceptíveis pelos sentidos ou de qualquer outra forma percepçionáveis: «homem», «morte», «cópula», «escuridão», «vermelho», «velocidade», «intenção». Como estes exemplos mostram, também entre os conceitos descritivos se encontram muitos conceitos indeterminados. De modo algum se poderá dizer, portanto, que todos os conceitos indeterminados sejam ao mesmo tempo «normativos». Todavia os conceitos normativos são frequentemente indeterminados num grau particularmente elevado e oferecem, por isso, muitos exemplos ilustrativos da indeterminação, e ao mesmo tempo, portanto, da insegurança e relativa desvinculação na aplicação da lei. Que é que devemos entender, pois, por conceitos «norma-

tivos»? Infelizmente o próprio conceito de conceito «normativo» não é «unívoco». Se pensarmos que todo o conceito jurídico é elemento constitutivo de uma norma jurídica e dela recebe o seu sentido e o seu conteúdo, então parece que deveríamos designar propriamente como «normativo» todo e qualquer conceito jurídico (e, dentro da «hipótese legal», toda e qualquer conotação da situação de facto), o que, aliás, já ocasionalmente se fez (ERIK WOLF). Mas então também os conceitos «descritivos» acima mencionados seriam no fundo conceitos «normativos», pois que os conceitos de «homem», «morte», «escuridão», têm na verdade, enquanto conceitos jurídicos, uma significação *sui generis* que muito bem se poderá diferenciar da dos correspondentes conceitos biológicos, teleológicos ou físicos. Contudo, quando falamos de conceitos jurídicos normativos por oposição aos conceitos jurídicos descritivos, é patente que queremos significar algo de específico, algo de diferente da simples pertinência ao sistema das normas jurídicas ou às conotações das situações hipotizadas pelas mesmas. (Esta pertinência compete a todo o conceito jurídico. Ela opera aquilo a que podemos chamar «referência a valores», a saber, a referência do conteúdo e da extensão de todo o conceito jurídico às específicas ideias valoradoras do Direito). Mas, quanto à questão de saber onde deve ser procurado esse momento específico dos conceitos jurídicos *normativos stricto sensu* (por oposição aos conceitos jurídicos descritivos), as opiniões encontram-se ainda divididas, sobretudo porque se trata aqui, até certo ponto, de questões de terminologia que dependem do gosto de cada um. Vamos destacar dois significados diferentes

do «normativo» *stricto sensu*, para finalmente dar preferência a um deles. Primeiramente, podemos entender por conceitos «normativos» aqueles que, contrariamente aos conceitos descritivos, visam dados que não são simplesmente perceptíveis pelos sentidos ou percepcionáveis, mas que só em conexão com o mundo das normas se tornam representáveis e compreensíveis. Os conceitos descritivos de «homem», «morte» e «escuridão», posso representá-los como simples conceitos da experiência, mesmo quando sejam referidos a valores, mesmo quando, portanto, o seu conteúdo e o seu alcance são determinados a partir da norma jurídica. Pelo contrário, dizer que uma coisa é «alheia» e pode, portanto, ser possível objecto de um furto, de um abuso de confiança ou de um dano patrimonial, significa que ela «pertence» a outro, que não ao agente. Por conseguinte, pressupõe-se aqui logicamente o regime de propriedade do Direito civil como complexo de normas. Eu não posso de forma alguma pensar uma coisa como «alheia» sem pensar ao mesmo tempo nas normas sobre a propriedade. Sentido normativo (e não simplesmente *referido* a valores) têm-no de igual modo conceitos jurídicos como: «casamento», «afinidade», «funcionário público», «menor», «indecoroso», «íntegro», «indigno», «vil» («baixo») e outros semelhantes, todos os quais radicam o seu teor de sentido em quaisquer normas, quer estas normas provenham do Direito, da moral ou de qualquer outro domínio da cultura. Com isto não fica ainda dito que os conceitos jurídicos assim definidos tenham de ser inteiramente indeterminados. Conceitos como «casamento» e «memoridade» são relativamente determinados, pois que os

pressupostos da sua aplicação são definidos de modo bastante preciso. Existe mesmo a possibilidade de definir estes pressupostos através de conotações descritivas, por exemplo, declarando «menor» aquele que ainda não completou 18 anos. Em virtude desta redutibilidade a conotações descritivas, muito do que acabámos de dizer sobre o sentido do «normativo» pode parecer não suficientemente específico. O significado próprio do termo «normativo», que é simultaneamente o segundo significado do normativo em sentido estrito e aquele que merece a nossa preferência, apenas poderia ser encontrado no facto de que é sempre precisa uma *valoração* para aplicar, no caso concreto, um conceito normativo. Se alguém é casado ou é menor, isso pode ser «estabelecido» através de critérios descritivos. Ao contrário, se uma predisposição caractereológica é «indigna», se um motivo é «vil», se um escrito é «pomográfico», se uma representação é «blasfema» — pense-se a este propósito no célebre quadro de GEORGE GROSZ, representando Cristo na cruz com a máscara de gás na face e botas de soldado nos pés (sobre o caso, RGerSt. 64, pp. 121 e ss.) —, isso só poderá ser decidido com base numa *valoração*. Os conceitos normativos desta espécie chamam-se conceitos «carecidos de um preenchimento valorativo». Com esta horrorosa expressão quer-se dizer que o volume normativo destes conceitos tem de ser preenchido caso a caso, através de actos de *valoração*. Entretanto, deixaremos por ora em aberto a questão de saber se esta *valoração* é uma *valoração* pessoal subjectiva de quem aplica o Direito ou se não tem antes de procurar ligar-se às *valorações* preexistentes da «generalidade das pessoas» ou de uma «camada

representativa». Provisoriamente, «valoração» representará para nós tanto a valoração individual autónoma como a implementação de valorações alheias. Seja como for, a valoração irá inerente uma indeterminação que nos mostra os conceitos normativos como uma classe especial de conceitos indeterminados».

3) A «autonomia» da valoração pessoal a que acabámos de nos referir parece à primeira vista ser a característica específica de uma particular classe de conceitos que igualmente se põem ao serviço do afrouxamento da vinculação legal, a saber, a classe dos *conceitos discricionários*, a que hoje tantas vezes a doutrina se refere. A «discricionariedade judicial» e a «discricionariedade administrativa», que significam elas senão o livre parecer pessoal do juiz ou do funcionário administrativo? Mas o conceito de discricionariedade (poder discricionário) é um dos conceitos mais plurissignificativos e mais difíceis da teoria do Direito. As dificuldades adquirem uma particular premência e um peso particular pelo facto de a teoria da discricionariedade se ter tornado ao mesmo tempo um ponto fulcral do Direito processual. Trata-se aqui da importante questão de saber se as decisões discricionárias das autoridades administrativas podem ser revistas e corrigidas pelos tribunais e se as decisões discricionárias dos tribunais podem ser revistas e reformadas por tribunais superiores. Ocasionalmente tem-se mesmo pretendido definir «decisões discricionárias» precisamente como aquelas que não são judicialmente sindicáveis. Do ponto de vista lógico, que para nós releva, porém, tem que se começar por esclarecer o conceito de discricionariedade sem olhar de imediato ao seu significado

para a sindicabilidade dos actos discricionários. Só em seguida surge a questão do chamado «rigor do controlo», isto é, a questão de saber se tais actos estão e em que medida sujeitos ao controlo judicial, para o que não contará então apenas a «essência» da discricionariedade mas também podem ser decisivas considerações processuais específicas que, p. ex., decorrem da estrutura da decisão atacada e da instância que a emite⁽⁶⁾, ou da função da revisão. Corresponde porventura à função de um tribunal penal constituído desta ou daquela maneira, mas que decide sem nova formação de prova, verificar em instância de revisão se as consequências jurídicas impostas a um facto punível são «adequadas» (proporcionadas) pela sua natureza e pelo seu grau? É verdade que frequentemente se salienta isto, que aliás não pode de modo algum contestar-se: que é uma característica das decisões discricionárias, nomeadamente das das autoridades administrativas, mas possivelmente também das dos tribunais, o serem livres, que elas não podem ser impugnadas com expectativa de êxito enquanto se mantiveram dentro de certos limites jurídicos, cuja preterição pode, então, induzir de novo os tribunais a intervir: o «abuso do poder discricionário», o «*détournement du pouvoir*» torna a decisão discricionária uma decisão viciada⁽⁷⁾. Entretanto, embora sem queremos minimizar a sua importância, deixemos de lado a interdependência entre a discricionariedade e a sindicância judicial nas suas particularidades e concentremo-nos totalmente a nossa atenção sobre o esclarecimento do conceito de discricionariedade na sua estrutura dogmática sob o ângulo visual do «direito dos juristas». Deste ponto de vista trata-se da questão de saber se, ao

lado dos conceitos indeterminados e conceitos normativos, acima tratados sob 1) e 2), podemos reconhecer também conceitos discricionários que condicionam e postulam uma particular posição ou atitude do funcionário administrativo ou do juiz. Efectivamente a indeterminação e a normatividade apenas não fazem de um conceito (na «hipótese» ou na «estatuição») um conceito discricionário. Algo mais deve acrescentar⁽⁸⁾, se há-de ter sentido a aceitação de específicos conceitos discricionários. Em que consiste este algo mais é o que agora vamos indagar.

No início do n.º 3 deste capítulo foi já sugerido que pode ser «o parecer pessoal do juiz ou do funcionário administrativo» aquilo que caracteriza as decisões discricionárias. De facto, a discricionariedade genuína, lá onde ela é reconhecida, é interpretada já pelos clássicos da doutrina da discricionariedade no sentido de que o ponto de vista daquele que exerce o poder discricionário deve valer como relevante e decisivo. Assim, diz RUDOLF LAUN: Quando é conferido um poder discricionário aos órgãos do poder executivo, estes «têm o poder de determinar eles próprios, segundo o seu modo de ver e o seu próprio querer, um e outro em consonância com os deveres do cargo, qual deva ser o fim próximo, imediato, da sua actuação». Quando o «interesse público» é incluído no conceito de discricionariedade⁽⁹⁾, isto significa (segundo LAUN): «Aquilo que a autoridade considera ser o interesse público é no sentido jurídico efectivamente o interesse público». Por outras palavras: «Quando podemos admitir que, segundo a vontade da lei, duas possibilidades entre si contrapostas são igualmente conformes ao direito, e a autoridade,

portanto, pode optar por A ou não-A, sem agir contrariamente ao direito em qualquer das alternativas, então temos... poder discricionário». Igualmente W. JELLINEK vê a essência do poder discricionário no facto de que «decide a concepção pessoal do agente administrativo». Mesmo casos de recorte igual podem ser apreciados e decididos de maneira diferente por diferentes funcionários, sem que isso signifique uma violação do direito. «Esta pluralidade de sentidos querida pelo legislador é imanente ao poder discricionário». Em algumas destas formulações ecoam, porém, além do momento do «ponto de vista pessoal», também outros momentos como critérios do poder discricionário: possibilidade de escolha entre possibilidades opostas de decisão, pluralidade de sentidos. Para FORSTHOFF as coisas apresentam-se assim: poder discricionário significa «um espaço de liberdade para a acção e para a resolução, a escolha entre várias espécies de conduta igualmente possíveis... O direito positivo não dá a qualquer destas espécies de conduta preferência sobre as outras.» Põe-se neste momento a questão de saber como é que estas diferentes formulações do conceito de discricionariedade (ponto de vista pessoal, possibilidade de escolha, espaço de liberdade, multiplicidade de sentidos) se correlacionam entre si. Significam elas porventura todas o mesmo? Não será lícito, sem mais, afirmar tal. Assim, p. ex., H. J. BRUNS, no seu importante «Direito da Medida da Pena», deu à possibilidade da escolha («faculdade de opção») uma interpretação que não permite tomar em conta o ponto de vista pessoal daquele que escolhe e que também não implica «pluralidade de sentidos». Segundo a sua

concepção, «a faculdade de escolha, que é conferida ao juiz, de graduar a pena dentro da moldura penal, não significa liberdade de decisão material entre duas soluções justas, mas simplesmente uma possibilidade de escolha externa, para encontrar a (?) pena justa. Com o reconhecimento da possibilidade de escolha externa nada se diz ainda sobre o conteúdo justo da decisão». Para cúmulo, aparece ainda aqui o conceito de «justiça», que por seu turno não é de modo algum um conceito firme. Que significa «justiça»? Justiça unívoca, que exclui várias respostas diferentes a uma questão (que exclui, portanto, neste sentido, «pluralidade de sentidos»)? Ou não será talvez «justiça» o mesmo que justiça individual, não será solução «justa» o mesmo que solução «defensável» ou algo de semelhante — o que continua a deixar em aberto ainda um «espaço livre» para várias respostas divergentes no seu conteúdo mas, quanto ao seu valor, igualmente justas? O que significa propriamente a imagem «espaço livre»?

Se partirmos desta imagem, vemos que ela não remete para outra coisa que não seja a possibilidade de escolher entre várias alternativas diferentes de decisão, quer o espaço livre esteja apenas entre duas decisões contraditoriamente opostas (conceder ou não uma autorização, uma homologação, fazer ou não uma concessão, conceder ou não uma naturalização, aprovar ou reprovar num exame ou concurso, etc.) ou entre várias decisões à escolha numa relação disjuntiva (nomeação de um professor universitário para uma cátedra, de uma lista nominativa de três; apreciação de um trabalho, sob um de entre vários aspectos; escolha de uma determinada medida da pena, de entre as numerosas medidas comportadas

dentro da moldura penal). Também relativamente ao «espaço de livre apreciação», de que já iremos falar, deve ser igualmente verdade que se trata da possibilidade de se decidir por uma de entre várias alternativas. Se confrontarmos a possibilidade ou liberdade de escolha com o critério da «pluralidade de sentidos», apenas faremos ressaltar que aquela possibilidade de escolha aparece encaستada na indumentária linguística de um conceito indeterminado (p. ex., «interesse público») que pode ser entendido e aplicado de maneiras diferentes. Se nos fixássemos neste elemento, os conceitos de discricionariedade não seriam mais que conceitos indeterminados e deveriam ser reconduzidos à categoria de conceitos de que falámos acima, sob 1). Na minha maneira de ver, põe-se em evidência uma particularidade dos conceitos de discricionariedade quando nos centramos no conteúdo intrínseco do critério «possibilidade de escolha» e ao mesmo tempo pensamos naquilo que BRUNS disse a esse respeito. Sem termos que nos deixar envolver nas subtilezas lógicas e filosóficas do conceito de possibilidade, que tantos aspectos apresenta, podemos salientar que a possibilidade de que agora falamos é não apenas uma possibilidade de facto, mas também uma possibilidade jurídica: é o direito, quase sempre a lei, que numa parte da norma abre a possibilidade de uma escolha entre várias alternativas de facto possíveis. E esta possibilidade jurídica recebe o seu sentido mais próximo através das intenções que de direito — ou por força da lei — a ela se ligam. Pode de facto suceder que a possibilidade jurídica de escolha apenas seja reconhecida para que o agente administrativo ou o juiz que por essa forma é «habilitado» (a

quem é «conferido o poder») profira a decisão única e unicamente justa (correcta) tomando em consideração todas as circunstâncias do caso concreto — p. ex., encontre aquela pena que é a única justa e adequada. É isto que está presente na ideia de BRUNS quando ele usa a expressão «possibilidade de escolha externa», quando ele caracteriza esta como a competência para retirar de entre as numerosas graduações de punição contidas na moldura penal uma (?) pena justa»⁽¹⁰⁾. Num tal caso esta competência conferida pelo legislador é uma delegação do poder para tomar uma decisão que o legislador não tomou ele mesmo, mas remeteu para o agente administrativo ou para o juiz, porque só pode ser tomada considerando os factos e circunstâncias que apenas *in concreto* podem ser descobertos.

Aqui podemos também lançar mão do conceito evanescente de «discricionaridade vinculada» e dizer que a discricionaridade é vinculada no sentido de que o exercício do poder de escolha deve ir endereçado a um escopo e resultado da decisão que é o «único ajustado», em rigorosa conformidade com todas as directrizes jurídicas, e particularmente legais, que são de tomar em conta, ao mesmo tempo que se procede a uma cuidadosa pesquisa e a uma cuidadosa consideração de todas as «circunstâncias do caso concreto». A incerteza que em todo o caso frequentemente subsiste quanto à decisão «justa» seria então um «mal» que se tem de aceitar. Trata-se aqui de um «espaço residual» (portanto, de um espaço livre — restringido) da «subjectividade na apreciação do justo» que persiste depois de terem sido consideradas e atendidas todas as possíveis regras e circunstâncias e que não pode ser totalmente elimina-

do. Este é o conceito da discricionariedade vinculada, tal como o elaborou recentemente SOELL enquanto «discricionariedade da administração intromissiva» (*Eingriffsverwaltung*) — e especialmente desta. Deste pode aproximar-se o conceito de «espaço de livre apreciação» (*Beurteilungsspielraum*) introduzido na discussão por BACHOF tendo em vista nomeadamente as decisões de um júri de exame ou as decisões (juízos) sobre a aptidão para o serviço (para o lugar), as quais exigem sempre uma valoração (individual) — que, por seu lado, não é judicialmente controlável, mas no entanto almeja ao «objectivamente» justo. Os espaços de livre apreciação distinguem-se das genuínas atribuições de poder discricionário (isto é, atribuições de poder para uma discricionariedade «livre») pelo facto de que as últimas reconhecem um «espaço ou domínio de liberdade de decisão própria» onde deve decidir-se segundo as «concepções próprias» daquele a quem a competência é atribuída⁽¹¹⁾. Se, de acordo com o nosso conceito, deixarmos de remissa o critério da sindicabilidade judicial, alcançamos agora efectivamente, com a característica acabada de referir, a essência do «poder discricionário», aquele traço distintivo que, do ponto de vista metodológico, nos interessa e que permite conferir aos genuínos conceitos de discricionariedade uma coloração especial ao lado dos conceitos indeterminados e dos conceitos normativos.

Regressamos assim àquela determinação da «livre discricionariedade» que aprendemos com LAUN e JELLINEK e que consideramos — certo que se trata de uma opção puramente terminológica — metodologicamente relevante. O autêntico «poder dis-

cricionário» é atribuído pelo direito e pela lei quando a decisão última sobre o justo (correcto, conveniente, apropriado) no caso concreto é confiada a responsabilidade de alguém, é deferida a concepção (em particular, a valoração) individual da personalidade chamada (eventualmente «articulando» o seu ponto de vista com a deliberação tomada no seio de uma agremiação ou colégio) a decidir em concreto, e isto não apenas porque não é possível excluir um «resto» de insegurança, mesmo através de regras, por mais minuciosas que estas sejam, mas porque se considera ser melhor solução aquela em que, dentro de determinados limites, alguém olhado como pessoa consciente da sua responsabilidade, faça valer o seu próprio «ponto de vista»⁽¹²⁾. Deste modo será precisamente este ponto de vista, ao qual chega o funcionário que actua ou julga no exercício e em cumprimento dos «deveres» do cargo, e que ele talvez tenha alcançado depois de vencidas várias dificuldades, será este ponto de vista, dizia, que se tornará em critério do juridicamente justo ou correcto, ao lado dos critérios gerais que delimitam o poder discricionário. Aquilo que há de individual no caso concreto torna-se então relevante, não sob o aspecto objectivo (do lado das circunstâncias particulares) apenas, mas também sob o aspecto subjectivo (do lado da instância que julga e aprecia). O que há de individual no objecto (no caso concreto) e a individualidade do sujeito (daquele que aprecia o caso) convergem num certo ponto. Aquilo que o filósofo THEODOR LITT disse outrora, a saber: «A 'forma' individual não pode ser vivenciada senão por um modo individual», «o que é compreendido é o individual, mas, mais ainda, ele é

sempre e necessariamente compreendido de uma maneira individual» — isso mesmo vale agora correspondentemente para a decisão discricionária, relativamente à qual é frequente um «compreender» que opera como factor de reconhecimento do valor: tal decisão não se refere apenas ao individual¹³⁾, mas é ela mesma exteriorização (manifestação) de uma individualidade.

Naturalmente que se levanta também a questão de saber como é que isso pode ter cabimento na nossa ordem jurídica informada pelo principio do Estado de Direito, assim como ainda a questão de saber como é que isso se pode justificar. Pelo que respeita à primeira questão, depende por sua vez da discricionabilidade do legislador, ou decorre do direito consuetudinário ou da «natureza das coisas» (da «natureza da Administração», da «natureza da graduação da pena», etc.) que exista, possa existir ou mesmo tenha de existir um «poder discricionário» no sentido descrito. É seguro, p. ex., que, até hoje, na nomeação de um professor universitário para uma cátedra (com base numa lista proposta pelo departamento da especialidade), o ministro competente detém um poder de escolha que lhe permite decidir se a cátedra deve de preferência ser provida segundo o critério da aquisição de um grande sábio, ou da aquisição de um didacta eminente, ou da de um organizador ou terapeuta particularmente dotado para a estruturação de um instituto ou de uma clínica. O ministro da cultura dispõe precisamente aqui — para falar como LAUN — do poder de, segundo o seu modo de ver e em conformidade com os deveres do seu cargo, determinar qual deva ser «o fim próximo, imediato» da sua acção (pelo contrário, não lhe é lícito deixar-se

conduzir por «critérios impertinentes» como, neste caso, pela confissão religiosa de um ou outro dos propostos; e, de passagem apenas, diga-se que, em muitos actos administrativos e sobretudo em certos actos do governo, podem muito bem entrar em linha de conta aspectos *políticos* como a filiação partidária, aspectos estes que, noutro contexto, seriam de qualificar como «impertinentes»). Duma maneira geral é problema da descoberta do Direito em sentido estrito (logo particularmente da interpretação das leis e instituições) verificar quando é que, na relação entre a lei, por um lado, e a administração ou justiça, por outro lado, temos de aceitar a abertura de um «poder discricionário» (no nosso sentido) — determinar se, p. ex., a graduação judicial da pena ou a fixação do montante da compensação de um dano moral pertence a este domínio. Tem de decidir-se caso a caso que intenção inspira aqueles conceitos que se suspeita serem conceitos discricionários, se eles consideram possível e de preceito a descoberta de uma decisão como a única justa (correcta) segundo critérios firmes, ou se são antes de entender no sentido de que pode e deve relevar a concepção pessoal — na verdade conforme ao dever do cargo e vinculada por critérios de pertinência, mas não obstante isso autónoma — daquilo que é em concreto «correcto», «apropriado», «justo».

Mais difícil do que demonstrar que existe o «poder discricionário» no direito é demonstrar que isso é, não apenas inevitável, mas também algo de *bom*. A esta questão, porém, não queremos responder já, mas só a abordaremos no final do capítulo, quando tivermos conhecimento do aspecto que apresenta o exercício do

poder discricionário. Para já trata-se para nós ainda de prosseguir no esclarecimento puramente conceitual da discricionariedade. Começando por comparar os conceitos jurídicos que conferem poder discricionário com os conceitos indeterminados e os conceitos normativos, tal como os apresentámos sob as alíneas 1) e 2) deste capítulo, podemos dizer que aqueles representam uma categoria particular ao lado destes ou pelo menos dentro destes. Pois os conceitos indeterminados (nomeadamente os conceitos descritivos indeterminados) e os conceitos normativos (p. ex., características normativas da hipótese legal no direito penal como «mal sensível» no § 253 do StGB) não se *reportam* ainda de per si a valorações pessoais, bem que *nolens volens* permitam um «espaço residual de apreciação pessoal do justo», porque a sua interpretação e a sua aplicação no caso concreto é ambivalente⁽¹⁴⁾. Ora, inversamente, bem pode dizer-se que os conceitos discricionários, como regra, são formulados pela sua própria estrutura como indeterminados e normativos (p. ex., «interesse público», «equidade», «dureza»), se é que chegam sequer a ser «formulados», isto é, traduzidos em forma legal — o que, segundo o que já vimos, não precisa de acontecer.

De modo algum se pode afirmar *a priori* que a «sede» do poder discricionário, tal como o entendemos, seja exclusivamente a *administração* — que, portanto, poder discricionário e discricionariedade administrativa se identifiquem. Abstraindo de todo da «discricionariedade do legislador» e da «discricionariedade do governo», é plenamente defensável o ponto de vista de que também existe o poder discricionário

judicial. Este possivelmente aparece na determinação das consequências jurídicas do facto punível (se não na graduação da pena⁽¹⁵⁾, pelo menos nas orientações a que se refere o direito da delinquência juvenil), ou na fixação da reparação pecuniária do dano moral, ou em certas medidas processuais baseadas na mera conveniência (apensação ou separação de processos penais, etc.); o «preceito-poder» (*kannvorschrift*) do § 4 do StPO torna possível a discricionariedade: o «podem» não significa uma mera possibilidade factica mas traduz um poder de escolha.

Finalmente deve esclarecer-se se o nosso poder discricionário apenas aparece como «discricionariedade da estatuição» ou também como «discricionariedade na hipótese legal»⁽¹⁶⁾. Não raro a discricionariedade no sentido em que aqui a tomamos é reservada para a estatuição da norma jurídica. Mas não devemos afastar a possibilidade de uma discricionariedade na hipótese legal, até porque entre esta hipótese e a estatuição e, conseqüentemente, também entre a discricionariedade naquela e nesta, subsiste uma conexão intrínseca. Quando p. ex. o § 66, 2.ª parte, do StGB dá ao tribunal (através de um «preceito-poder») a possibilidade de aplicar uma medida de segurança sob o pressuposto, contido na «hipótese legal», de que o agente «seja perigoso para a colectividade», os elementos da hipótese e a estatuição estão entre si numa correspondência tal que a decisão discricionária (como por uma vez que-remos supor que seja) sobre a perigosidade (um conceito em parte descritivo e em parte normativo, com espaço de liberdade ou «margem de jogo») e a decisão sobre a própria medida de segurança coincidem. Con-

ceitos discricionários como o «interesse público» ou a «equidade» podem de igual forma ser olhados como pressupostos da estatuição (logo como elemento da hipótese) ou como elementos determinantes da própria estatuição¹⁷⁾. Frequentemente é apenas de uma questão de técnica legislativa que depende acharem-se os conceitos discricionários integrados na «hipótese» ou na «estatuição», que se formule: «quando se esteja perante um interesse público, então...», ou: «o interesse público pode ser satisfeito, procedendo...». A custo fará qualquer diferença, portanto, que se diga: «No caso de se mostrar necessário e oportuno, no interesse do serviço público, substituir um funcionário», ou que se diga antes: «Um funcionário pode, no interesse do serviço público, ser substituído». A lógica consequência disto é que preceitos aparentemente imperativos (*Mussvorschriften*: «determina que», etc.) em cujas hipóteses se inserem genuínos conceitos discricionários («interesse público», etc.) são na verdade preceitos-poder (*Kannvorschriften*).

O resultado a que chegamos com referência à tão discutida discricionariedade é, portanto, este: que pelo menos é possível admitir — na minha opinião é mesmo de admitir — a existência de discricionariedade no seio da nossa ordem jurídica conformada pelo princípio do Estado de Direito. De discricionariedade, note-se, neste sentido: no sentido de que, no domínio da administração ou no da jurisdição, a convicção pessoal (particularmente, a valoração) de quem quer que seja chamado a decidir, é elemento decisivo para determinar qual das várias alternativas que se oferecem como possíveis dentro de certo «espaço de jogo» será havida como sendo a

melhor e a «justa». É problema da hermenêutica jurídica indagar onde e com que latitude tal discricionariedade existe. E no plano terminológico, assim como metodologicamente, convém reconhecer uma posição particular, em confronto com os «conceitos indeterminados» e com os «conceitos normativos», a um conceito de discricionariedade assim entendido.

4) Os conceitos indeterminados contrapõem-se aos conceitos determinados, os conceitos normativos contrapõem-se aos descritivos e os espaços ou âmbitos de livre discricção contrapõem-se às vinculações aos critérios objectivos do justo. Se o conceito multissignificativo de «cláusula geral», que não raramente vemos confundido com um dos conceitos acima mencionados, há-de ter uma significação própria, então faremos bem em olhá-lo como conceito que se contrapõe a uma elaboração «casuística» das hipóteses legais¹⁸⁾. «Casuística» é aquela configuração da hipótese legal (enquanto somatório dos pressupostos que condicionam a estatuição) que circunscreve particulares grupos de casos na sua especificidade própria. Uma hipótese legal casuística é, por exemplo, a do § 224 do Código Penal: Se uma ofensa corporal voluntária «tem como consequência para a vítima a perda dum membro importante do corpo, da visão de um ou de ambos os olhos, da audição ou da capacidade de procriar, ou se a mesma vítima fica duradoira e consideravelmente desfigurada ou cai na invalidez, na paralisia ou na loucura», deve o agente ser condenado a prisão de 1 a 5 anos.

Em confronto com este texto da lei seria de considerar como «cláusula geral» a primeira parte do § 260 do Projecto de 1930, que lhe corresponde: «Se a

vítima é gravemente prejudicada no seu corpo ou na sua saúde...». Deste modo, havemos de entender por cláusula geral uma formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos. Um estudo de H. NIPPERDEY sobre «Die Generalklausel im künftigen Recht der unerlaubten Handlungen» («A cláusula geral no futuro direito dos actos ilícitos») (1940) começa com estas significativas palavras: «Na medida em que se trate de responsabilidade por culpa própria, no domínio dos delitos civis são possíveis dois sistemas de regulamentação legal: ou são enumeradas umas ao lado das outras as diferentes hipóteses de actos ilícitos que devem desencadear a consequência indemnizatória (*scl.*, aproximadamente como se verifica nos §§ 823-825 do nosso Código Civil), ou se cria uma hipótese legal unitária do acto ilícito. Em lugar da formulação casuística surge, portanto, a cláusula geral, que visa a ofensa ilícita e culposa dos interesses de outrem». Encontramos uma distinção paralela na Lei contra a concorrência desleal. Casuisticamente concebido é-o, neste caso, o § 3, que liga o dever de omissão (abstenção) à seguinte hipótese: «Aquele que, em declarações dirigidas ao público,... presta informações errôneas sobre elementos de um negócio, especialmente sobre a constituição, a origem, o modo de fabrico ou o cômputo do preço de mercadorias ou de serviços profissionais, sendo tais informações de molde a criar a aparência de se tratar de uma oferta especialmente vantajosa...». Ao contrário, no § 1 desta Lei estabelece-se uma cláusula geral: «Aquele que, no tráfico negocial e com um fim de concorrência, pratica actos

ofensivos dos bons costumes...». Conhecida é ainda a distinção entre o «método de enumeração» casuística e o da cláusula geral a propósito da admissão do recurso administrativo. No primeiro, são enumerados os diferentes grupos de casos nos quais se pode recorrer para um tribunal administrativo, ao passo que, no segundo, o recurso a este tribunal é permitido através duma cláusula geral. É este último o processo actualmente seguido no Código Administrativo de 21-1-60: O recurso administrativo é admitido em todos os litígios de Direito público que não sejam de Direito constitucional, desde que para tais litígios não esteja expressamente prevista a competência de um outro tribunal (§ 40). Neste recurso pode requerer-se tanto a anulação como a prática dum acto administrativo (§ 42), assim como a declaração da existência ou inexistência de uma relação jurídica e a da nulidade de um acto da Administração (§ 43).

A distinção entre o método casuístico e o método da cláusula geral é, evidentemente, uma distinção apenas relativa. Dentro do citado § 224 do Código Penal, a primeira parte da hipótese legal («um membro importante do corpo») quase se comporta, em relação às outras partes constitutivas da mesma hipótese, como uma cláusula geral, se bem que o todo do § 224, em confronto com o do § 260 do Projecto de 1930, seja casuístico. Por outro lado, a própria «cláusula geral» do § 260 do Projecto de 1930 é ainda comparativamente casuística quando se coloque ao lado de uma disposição como aquela concebida pelo governo soviético de Munique na primavera de 1919: «Toda a ofensa dos princípios revolucionários será punida. A determinação da

natureza da pena cabe à livre discricção do juiz». As cláusulas gerais desta espécie relativas à punibilidade não são consentidas no Estado de Direito. Elas são incompatíveis com o principio «nullum crimen sine lege», o qual torna inevitável um certo casuismo.

Não podemos, porém, estar agora a procurar as diferentes cláusulas gerais existentes na nossa ordem jurídica e a verificar criticamente, de caso a caso, se aqui ou além nos encontramos ou não perante uma cláusula geral no sentido preconizado. De especial relevância são decerto aquelas cláusulas gerais que se referem a uma ofensa dos «bons costumes», como o já mencionado § 1 da Lei contra a concorrência desleal de 1909, ou o § 826 do Código Civil («Todo aquele que, de um modo contrário aos bons costumes, causa voluntariamente danos a outrem, fica obrigado perante este à indemnização do prejuizo causado») ou o § 226 a do Código Penal («Aquele que pratica uma ofensa corporal com o consentimento da vitima, somente actua illicitamente quando o facto, apesar do consentimento, é contrário aos bons costumes»).

De resto, os exemplos já apontados servem para nos mostrar que as cláusulas gerais e o método casuístico nem sempre se excluem mutuamente dentro duma certa matéria jurídica, mas, antes, se podem também complementar. A cláusula geral do § 1 da Lei contra a concorrência desleal está ao lado do casuístico § 3 da mesma Lei, os relativamente casuísticos §§ 823-825 do Código Civil são complementados pela cláusula geral do § 826 do mesmo Código. Uma combinação particularmente aconselhável de método casuístico e cláusula geral é a do chamado método exemplificativo. Encon-

tramos este método no já muitas vezes citado § 260 do Projecto do Código Penal de 1930, que até aqui temos referido de modo incompleto. À cláusula geral: «Se a vítima é gravemente lesada no seu corpo ou na sua saúde», acrescenta-se efectivamente uma enumeração casuística de *exemplos*: «especialmente se ela fica consideravelmente mutilada, ou fica para sempre notavelmente desfigurada, ou gravemente prejudicada no uso do seu corpo, dos seus sentidos, das suas faculdades mentais ou da sua capacidade de trabalho, para sempre ou durante um longo período de tempo...»⁽¹⁹⁾.

Temos que nos perguntar agora como se relacionam as «cláusulas gerais» com os conceitos indeterminados, os conceitos normativos e os conceitos discricionários. Significam elas algo especial? Teremos de convir em que só condicionalmente assim é. Evidentemente que nem todo o conceito indeterminado, normativo ou discricionário é já uma cláusula geral. Com efeito, a esta pertence, como vimos, uma certa generalidade que àqueles outros conceitos frequentemente falta (assim, precisamente o § 224 do Código Penal, completamente casuístico, contém tanto conceitos indeterminados como conceitos normativos). Mas não será porventura que as cláusulas gerais apenas formam um sector, caracterizado por uma relativa generalidade, do círculo constituído por aqueles outros conceitos? Em todo o caso não nos é lícito afirmar que toda e qualquer cláusula geral é simultânea e necessariamente indeterminada, normativa, ou visa à discricionariedade, ou é tudo isto ao mesmo tempo. É possível conceber uma cláusula geral, que em certa medida (!) seria determinada, utilize conceitos descritivos e não remeta para o

parecer pessoal do órgão aplicador do Direito — por exemplo: «Aquele que voluntariamente põe em perigo a vida duma pessoa», como cláusula geral do fazer-perigar (*Gefährdungs-Generalklausel*)²⁰¹. Praticamente, porém, quase só nos aparecem cláusulas gerais que, pelo menos, são ao mesmo tempo indeterminadas e normativas, ao passo que não pode evidentemente dizer-se que as cláusulas gerais sejam a maioria das vezes também cláusulas discricionárias (antes pelo contrário: as cláusulas gerais não contêm qualquer delegação de discricionariedade, pois que remetem para valorações objectivamente válidas — isto é válido, por exemplo, para o § 1 da Lei contra a concorrência desleal, o § 826 do Código Civil e o § 226 *a* do Código Penal). Ora não deveremos nós, pelo menos, considerar as cláusulas gerais incluídas nos conceitos indeterminados normativos, e por vezes também nos conceitos discricionários? De facto, as cláusulas gerais não possuem, do ponto de vista metodológico, qualquer estrutura própria. Elas não exigem processos de pensamento diferentes daqueles que são pedidos pelos conceitos indeterminados, os normativos e os discricionários. De todo o modo, as cláusulas gerais aumentam a distância que separa aqueles outros conceitos dos conceitos que lhes são correlativos: os conceitos determinados, etc. Mas isto seria apenas uma diferença de grau, não de espécie ou natureza. O verdadeiro significado das cláusulas gerais reside no domínio da técnica legislativa. Graças à sua generalidade, elas tornam possível sujeitar um mais vasto grupo de situações, de modo ilacunar e com possibilidade de ajustamento, a uma consequência jurídica. O casuismo está sempre exposto ao risco de

apenas fragmentária e «provisoriamente» dominar a matéria jurídica. Este risco é evitado pela utilização das cláusulas gerais. Em contrapartida, outros riscos terão de ser aceites. Não podemos referir-nos aqui mais detalhadamente às vantagens e desvantagens das cláusulas gerais. Elas têm sido muitas vezes tratadas em trabalhos recentes. Todavia, não devemos confundir as vantagens e riscos inerentes às cláusulas gerais enquanto tais com aqueles que também as acompanham por elas, em regra, serem ao mesmo tempo indeterminadas, normativas, ou discricionárias.

Temos agora que nos ocupar das consequências que resultam para o pensamento jurídico da existência das diferentes espécies de «conceitos desvinculantes» ou conceitos do «Direito equitativo» (*jus aequum*). Na medida em que todos estes conceitos se encontram delimitados por *molduras legais*, a determinação destas molduras ou quadros delimitativos não constitui, por seu turno, senão interpretação da lei. Assim, é através de uma interpretação da lei, na maioria dos casos muito simples, que são estabelecidos os quadros ou molduras da graduação das penas. E é igualmente através de um acto de interpretação da lei que são descobertos os pontos de vista ou critérios segundo os quais, por força da lei, a pena deve ser calculada. Quando o §46 do Código Penal agora estabelece: «A culpa do agente é a base para a graduação da pena. Devem ser tidas em linha de conta as consequências que provavelmente resultarão da pena para a futura vida do agente em sociedade. Na graduação da pena o tribunal ponderará e confrontará entre si as circunstâncias que deponham a favor e contra o agente. São nomeadamente de conside-

rar as motivações e os fins do agente...», é evidentemente uma tarefa da interpretação analisar e esclarecer estes critérios de graduação da pena (que significa, p. ex., «culpa» do agente?). Mas também constitui um acto de interpretação, como já vimos, interrogar os conceitos normativos contidos na lei para saber se eles foram concebidos como objectivos critérios de valor ou como autorizações para se proceder a uma valoração pessoal, como conceitos dos quais decorre uma apreciação «vinculada» ou um genuíno poder discricionário. Intervêm aqui os princípios da interpretação que pusemos em relevo no capítulo anterior.

De análise especial apenas carecem, pois, aqueles processos de pensamento que, nos quadros das disposições legais já preparados através da interpretação, exigem uma decisão suplementar, especialmente uma valoração por parte do órgão que aplica o Direito. Nos conceitos descritivos indeterminados, sem dúvida que não afastamos ainda da base da interpretação e daqueloutra operação com ela estreitamente conexas, a subsunção. «O manejo de conceitos puramente empíricos é... interpretação», diz acertadamente FORSTHOFF. O facto de os conceitos empíricos serem frequentemente indeterminados, como, por exemplo, «período nocturno», «escuridão», pode dificultar a interpretação, e bem assim a subsunção (que naquela se baseia) dos casos concretos, pode obrigar o órgão aplicador do Direito a uma particular ponderação e, conseqüentemente, opor um desmentido à teoria do juiz como «boca que apenas reproduz as palavras da lei» (MONTESQUIEU), à teoria da aplicação da lei como operação de um mecanismo que funciona «automatica-

mente» (cfr. *supra*, p. 206). Todavia, trata-se-aqui duma simples interpretação e duma subsunção no sentido anteriormente preconizado. A interpretação e a subsunção com frequência se apresentam precisamente como actos espirituais criadores.

Mas o pensamento jurídico adquire uma nota inteiramente nova quando nos voltamos para os conceitos *normativos* em sentido próprio. Com efeito, demo-nos conta da existência, nestes conceitos normativos, de uma certa ambiguidade que agora tem para nós certo peso. Importa distinguir conforme a «normatividade» apenas significa que o conceito em questão pressupõe, de acordo com o seu conteúdo, certas normas (menoridade, casamento, funcionário público, etc.), ou a normatividade traduz *carência de um preenchimento valorativo*. Na primeira hipótese, o esclarecimento do conceito de novo se reconduz à interpretação, e a sua aplicação no caso concreto à subsunção. No segundo caso, pelo contrário, depara-se-nos algo de propriamente novo: a valoração do órgão que aplica o Direito. Agora ocupamo-nos apenas desta normatividade, enquanto traduz necessidade de preenchimento valorativo.

Todavia, já acima notámos que a valoração que aqui se faz, desde que não se verifique a atribuição de um «poder discricionário», não precisa de ser uma valoração eminentemente pessoal do órgão aplicador do direito. Os conceitos «normativos» podem antes significar que o órgão aplicador do direito deve procurar e determinar as valorações preexistentes num sector social «dirigente», «relevante». Nesta medida, falaremos de valorações *objectivas*. Saber se o dedo indi-

cador e um «membro importante do corpo», se os combates de boxe e as lesões corporais que neles se aceitam são compatíveis com os «bons costumes», se um curador «violou gravemente as suas obrigações de curadoria», se uma representação gráfica (George Grosz: Cristo na máscara de gás) é «blasfema» (§ 166 do Código Penal, fórmula anterior) ou pelo menos «injuriosa» para a Igreja cristã (§ 166 do Código Penal, nova fórmula), se um casamento «fracassou», tudo isto são questões que a lei não quer ver respondidas através de uma valoração eminentemente pessoal do juiz. A lei aqui é antes de opinião de que há concepções morais dominantes pelas quais o juiz se deve deixar orientar. «Decisivas são as circunstâncias do caso concreto tendo em conta as concepções dos correspondentes sectores populacionais» (SCHÖNKE-SCHRÖDER). Os «correspondentes sectores populacionais» podem sem dúvida ser sempre aqueles sectores da população cujo juízo é acceto como válido por cada ordem estadual e jurídica. Se o proprio juiz se situa dentro destes sectores, ele tambem pode, evidentemente, consultar o seu sentimento ético. Mas, ainda neste caso, haverá de ter o cuidado de averiguar se porventura se não encontra bastante isolado na sua concepção. Se o juiz se sabe inteiramente fora daquele sector populacional que, por força do Direito, representa o padrão ou critério (se ele é, por exemplo, inteiramente indiferente do ponto de vista religioso ou se os prazeres da multidão apaixonada pelo desporto são para ele horrores plebeus), não é este seu ponto de vista eminentemente pessoal que interessa, mas, antes, aquilo que «as pessoas» pensam e sentem nos sectores em questão. Por essa razão é que o

Tribunal do Reich, na célebre decisão sobre o quadro de GEORGE GROSZ representando Cristo com a máscara de gás (volume 64, pp. 121 e ss.), situou acertadamente a questão em termos de se determinar quais os efeitos que o quadro era susceptível de provocar no «sentimento religioso daqueles membros da Igreja cristã que se afastam tanto da susceptibilidade excessiva como da indiferença total»⁽²¹⁾. Se se tratar de questões éticas fundamentais, o juiz não poderá desprezar aquilo a que se chama «lei moral objectiva», que o legislador pressupõe e aceita como válida. Neste sentido, o Tribunal Federal, na sua instrutiva decisão sobre a questão do comércio sexual entre noivos (Volume 6, pp. 46 e ss.)⁽²²⁾, considerou que, no «conceito de acto indecoroso (*Unzucht*), que exige uma valoração», e na remissão que nele se faz para um «círculo de normas estranhas ao Direito penal», se não trata apenas de uma referência às «opiniões ou modos de conduta variáveis de sectores da população também variáveis», pois que o preceito da decência sexual não é um «preceito de simples uso, da mera convenção», mas um preceito ético, um preceito da lei moral. «As normas da lei moral valem por si mesmas; a sua (forte) vinculatividade apoia-se na ordem de valores prefixada e que devemos aceitar, na ordem dos princípios normativos que regem a convivência humana; elas valem independentemente do facto de aqueles a quem elas se dirigem com a pretensão de serem observadas efectivamente as observarem e reconhecerem ou não; o seu conteúdo não pode modificar-se pelo facto de se alterarem as concepções sobre o que é válido». Temos de deixar em aberto a questão de saber se o Tribunal

Federal pode demonstrar filosoficamente aquilo que aqui afirma, se o seu repúdio do «relativismo sem conteúdo que opera efeitos corrosivos, porque nada mais lhe serve de critério orientador senão a realidade social, alheia a qualquer valoração», se apoia em bases firmes. O problema da lei moral objectivamente válida é um problema filosófico-moral demasiado delicado para que o abordemos aqui de modo canhestro. É bastante que, em certas questões, exista uma tradição moral firme e tão segura que o Direito a pode tomar por base com o sentido de uma «lei moral objectiva».

Mas, quer o preenchimento dos conceitos objectivo-normativos «carecidos de um preenchimento valorativo», que há pouco referimos, se possa apoiar numa tradição moral inteiramente firme, quer se tenha de orientar pelos juízos de valor mutáveis de «sectores populacionais em mudança» — a função destes conceitos normativos em boa parte é justamente permanecer abertos às mudanças das valorações —, a «valoração» que o conceito normativo aqui exige é, num caso como no outro, uma questão de *conhecimento*. O órgão aplicador do Direito tem de «averiguar» quais são as concepções éticas efectivamente vigentes. A sua própria valoração do caso é tão-só um elo na série de muitas valorações igualmente legítimas com as quais ele a tem de confrontar e segundo as quais ele, sendo caso disso, a deverá corrigir. A valoração própria (pessoal) é, portanto, apenas uma parte integrante do *material* do conhecimento, e não o último *critério* de conhecimento. Nesta conformidade, também as decisões singulares e os conjuntos de decisões através das quais estes conceitos objectivo-normativos carecidos de preenchimento

valorativo são «concretizados» têm o significado de algo como uma espécie de interpretação destes conceitos; ao mesmo tempo que também a determinação da valoração correspondente ao caso concreto revela certo parentesco com a «subsunção». As máximas decisórias como esta: «Os duelos académicos não são contrários aos bons costumes» (cfr. BGHStr. 4, pp. 24 e ss.), ou esta: «O comércio sexual entre noivos constitui acto indecoroso no sentido dos §§ 180 e s. do Código Penal», têm, portanto, uma função comentadora semelhante à que desempenham os desenvolvimentos conceituais, as classificações e as subsunções no domínio dos conceitos descritivos. Por isso elas aparecem nos tratados e nos comentários ao lado das definições, delimitações do âmbito conceitual e exemplificações dedicadas aos conceitos descritivos — e pretendendo um papel idêntico. Todavia, os conceitos normativos objectivos conservam uma propriedade, uma vantagem, podemos dizer, que frequentemente os conceitos descritivos perdem: através das valorações para que eles remetem, podem adaptar-se elasticamente à configuração particular das circunstâncias do caso concreto e ainda a qualquer mudança das concepções valorativas. Precisamente por isso é que eles são os pontos de apoio e os veículos dum «Direito equitativo» e são tão benquistos nos tempos de hoje. O conceito descritivo «cópula» não é capaz de individualização e de variação como o conceito «conduta contrária aos deveres do matrimónio» ou o conceito «acto indecoroso». Assim, o juiz ou o funcionário administrativo que têm de referir e subsumir um caso concreto a um conceito normativo-objectivo precisam de realizar uma concretização es-

pecífica. Esta concretização tem — para usar as palavras de LARENZ — um carácter «sintético», ela determina a ideia fundamental, carecida de preenchimento valorativo, através da pesquisa da valoração conforme ao espírito da época, mas sem retirar essa determinação do conceito como tal. Além disso, nos limites em que tal é possível e faz sentido, toma em consideração a configuração especial do caso *sub iudice*.

Mas se os «conceitos *objectivo-normativos*» apresentam, pois, especificidades que imprimem uma nova direcção aos processos de pensamento do jurista ao fazer aplicação do Direito, quando nos voltamos para aqueles conceitos normativos e cláusulas discricionárias que declaram decisiva uma decisão *subjectiva-pessoal* do juiz ou do funcionário administrativo entramos num domínio inteira e completamente novo. Com efeito, não obstante o carácter «sintético» ou «concretizante» da aplicação dos conceitos normativo-objectivos, sempre se tratava neles, como vimos, de uma espécie de «conhecimento», de uma «averiguação» daquilo que é válido, de uma apreensão do univocamente recto em conformidade com a intenção e a ideia. As coisas passam-se de maneira diferente nos conceitos *normativo-subjectivos*, cujos protótipos são os genuínos conceitos discricionários, os quadros ou molduras da «livre» discricção. Estes autorizam o órgão aplicador do Direito a considerar como vinculante e «justa» a valoração por ele pessoalmente tida por justa. Nestes termos, cientemente se conformam com uma pluralidade de sentidos. Eles esperam uma tomada de posição individual, confiando em que seguir honesta-

mente uma linha de orientação pessoal é de molde a assegurar melhores decisões do que o tactear inseguro na procura de pontos de vista «objectivos». Teremos ainda de voltar a falar destes actos de avaliação jurídica que fazem do órgão aplicador do Direito, em sentido verdadeiro e próprio, um criador do Direito, que o tornam no legislador do caso concreto.

A propósito saliente-se uma vez mais que, como já acima observámos, o quadro ou moldura de decisão pessoal não só é restringido através de limites legais claramente visíveis, mas ainda através de outras limitações, determinadas segundo o Direito consuetudinário ou segundo a «ideia de Direito e de Estado». Finalmente, também a proibição da «arbitrariedade» e da «falta de pertinência» (*Unsachlichkeit*) exige consideração. Assim, por exemplo, é seguro que o juiz penal, ao calcular e fixar uma pena pecuniária, o que nós — acompanhando PETERS — consideramos como sendo, dentro de certos limites, uma actividade «discricionária», não pode, por razões meramente fiscais, recorrer à pena mais elevada possível. No seguimento destas nossas considerações havemos de pressupor que, na utilização do poder discricionário são evitados os excessos e os abusos desse poder. Neste momento estamos a supor que a decisão «pessoal» é uma decisão ajustada (*sachgerecht*), proferida com base numa convicção íntima e sincera.

Seria, porém, um erro supor que as decisões apenas «subjectivamente» rectas são tomadas sem que intervenham na sua orientação pontos de vista não só jurídicos mas também metajurídicos. Antes, é possível mostrar certas estruturas lógicas destes «actos de pen-

samento volitivos» (H. MAIER). É o que desde logo vale pelo que respeita à livre escolha dos fins, que em larga medida constitui a nota específica da chamada discricionariedade administrativa. (Como já vimos, LAUN pôs em evidência, como essência da discricionariedade administrativa, o facto de aos órgãos estaduais ser atribuído o poder de «determinarem eles mesmos, em conformidade com os deveres do cargo, segundo o seu ponto de vista e o seu querer próprios, qual deva ser o fim próximo, imediato, da sua acção»).

Portanto, esta livre escolha do fim, como exemplo da qual podemos uma vez mais lembrar a opção entre o nível científico e a capacidade pedagógica para efeitos de nomeação de um professor universitário, processa-se segundo as leis da teleológica. Neste processo os fins «próximos» são subordinados a fins mais remotos e mais gerais. São ponderadas as consequências e os efeitos laterais na prossecução deste ou daquele fim. Procura-se uma combinação coerente com outros fins relevantes. De forma alguma se impõe uma uniformidade de decisão. Por isso que, na nomeação de um outro professor universitário, se deu preferência ao nível científico, pode agora atender-se mais às qualidades pedagógicas. Além disso, as leis da teleológica dominam a escolha dos meios, quando estes não estejam já inequivocamente predeterminados pelo próprio fim. Muitos autores salientam designadamente, com razão, que a discricionariedade implica não apenas livre escolha dos fins, mas também, em dadas circunstâncias, livre escolha dos meios, embora não seja possível negar uma certa relatividade desta distinção. Para prevenir certo perigo, dispõe-se eventualmente de várias possibilidades

de intervenção policial entre as quais importa fazer uma opção; ou, para agir contra um delinquente juvenil, apresentam-se diferentes medidas admitidas por lei como equivalentes, entre as quais tem se ser escolhida uma ou outra, ou uma apropriada combinação de várias delas. Nesta escolha interferem, conforme os casos, considerações de eficácia, de perdurabilidade do efeito, de indulgência, de simplicidade, de economia, de «proporcionalidade» — considerações estas que se apresentam no seu conjunto como teleologicamente estruturadas, sem todavia excluírem da decisão a nota pessoal.

Porém, com os pontos de vista respeitantes à determinação do fim e dos meios também se entrelaçam frequentemente as ideias especificamente *ético-jurídicas* da justiça e da equidade. É o que logo se verifica em muitos actos administrativos. A transferência de um funcionário pode ser muito conveniente, mas apresentar-se como «não equitativa» ou mesmo «injusta». Inversamente, a nomeação de um funcionário para certo lugar ou para um posto mais elevado pode ser na verdade justa, mas inconveniente por razões de serviço. Não hão-de, pois, as considerações ou juízos de conveniência feitos pelo funcionário administrativo, de que acima falámos, debater-se também com os problemas da justiça e da equidade? De maneira ainda mais acentuada se faz notar a valência, ou mesmo a prevalência das ideias da justiça e da equidade na graduação da pena e no indulto. Nestes domínios a relação entre a justiça e a prática conveniência é um problema eternamente em aberto. Serão na verdade a justiça e a prática conveniência pontos de vista inteiramente *diversos* entre os quais somos forçados a decidir, por forma a ter

de dar preferência ao justo à custa do conveniente ou ao conveniente a expensas do justo? Ou não será, antes, que a justiça e a prática conveniência em larga medida se acompanham uma à outra, porventura no sentido de que o justo se orienta materialmente segundo o que é praticamente conveniente? FRANZ v. LISZT afirmou: «A pena justa, quer dizer, a pena correcta, é a pena necessária». «A justiça no direito penal consiste em respeitar a medida da pena que é exigida pela ideia de fim (ou prática conveniência)... A completa vinculação do poder punitivo à ideia de fim é o ideal da justiça penal». Também já se afirmou que o justo é o que ontem foi o praticamente conveniente (EXNER). Outro autor acrescentou que o que hoje se tem por conveniente (com os fins práticos) será o justo de amanhã. Estas formulações são talvez perigosas, mas mostram como nos podemos representar a harmonia entre a justiça e a prática conveniência. Um tratamento acentuadamente individualizante de cada criminoso, que à primeira vista choça o sentimento da justiça, depois de ter demonstrado a sua prática conveniência e com o decurso do tempo mostra-se também como algo de evidente ao sentimento jurídico (que, sem dúvida, é por seu turno em regra «subjectivamente» colorido) voltado para a ideia de justiça. A justiça em si mesma é um princípio demasiado vago para nos garantir, só de per si, uma decisão adequada. É o que imediatamente notaremos se prestarmos alguma atenção à graduação da pena, tão fortemente dirigida pela ideia de justiça. Então reconheceremos também a estrutura lógica específica da decisão discricionária neste campo:

Depois que o *principium talionis*, quer dizer, o

princípio da retribuição do igual com o igual («olho por olho, dente por dente»), se revelou, não apenas grosseiro, mas também como inexequível na maioria dos casos — pois, com que se deve retribuir, segundo este princípio, um perjúrio, uma falsificação de documentos, uma alta-traição, uma burla? — importa, no interesse da justa expiação de um crime através da fixação de uma pena adequada, achar uma outra forma de proporcionalidade entre o crime e a pena. A ideia fundamental é aqui muito simples: o crime proporcionalmente mais grave deve ser expiado por uma pena proporcionalmente mais grave. Mas quais são as penas que hão-de ser estabelecidas como sendo as mais graves? Por que modo deve ser graduada a gravidade? Dentro de que limites se devem mover as molduras penais? Na resposta a estas perguntas já a prática conveniência há-de ter uma palavra a dizer. Pense-se na discussão sobre a necessidade da pena de morte, a qual é travada não só sob o ângulo da justiça como ainda na perspectiva da prática conveniência. Pense-se ainda na disputa, entretanto ultrapassada, sobre se se deve ou não manter a distinção entre encarceramento e prisão simples em vez de uma unitária «privação da liberdade»! A propósito de todas estas questões é lícito afirmar que a justiça também tem em conta a prática conveniência. É o que logo acontece, no plano da legislação, na escolha dos tipos de penas (rejeição da pena de morte, eliminação da diferença entre encarceramento, prisão simples e detenção, manutenção das penas penitenciárias) e de seguida na determinação das molduras penais (p. ex., prisão perpétua ou com duração temporal determinada por maneira determinada). Mas o mes-

mo acontece também no plano da (relativamente) «livre» graduação da pena: a graduação a decidir dentro das molduras legais não pode bastar-se com o princípio da justiça somente. Pois também aqui se nos deparam variados pontos de vista que tanto determinam como dificultam a escolha: Em que medida deve pesar a «culpa» do criminoso, em que medida deve pesar o resultado, que importância há-de ser dada para a medida da pena a conduta anterior, a conduta durante o processo (p.ex., a persistente negação do delito), etc.? Temos de convir que também aqui, não obstante todos os esforços da teoria e da prática para impor a «justiça» na graduação da pena, acontece que, por um lado, os juízos de prática conveniência desempenham um importante papel e, por outro lado, subsiste um resíduo de apreciação pessoal que não é susceptível de análise racional, que não deve apenas ser suportado por não haver «outro remédio» mas ser até bem recebido. A ponderação da justiça carece, pois, de ser imediatamente complementada por ponderações de prática conveniência. O juiz penal atende particularmente às necessidades da luta contra o crime, às exigências da «prevenção individual» e da «prevenção geral», quer dizer, à eficácia educativa sobre o próprio criminoso e sobre a generalidade das pessoas. Mas, por sua vez também, estas directrizes teleológicas não são unívocas. A qual dos diferentes fins possíveis dar preferência: ao da prevenção individual ou ao da prevenção especial — eis o que não é seguro. Nesta medida é-nos lícito portanto falar de novo, com LAUN, de uma «livre escolha dos fins». Mas se tanto a valoração da justiça axiologicamente estruturada como a ponderação de prática

conveniência teleologicamente estruturada são factores inseguros da graduação da pena, então também o respectivo produto não poderá ser alguma vez unívoco. Por consequência, subsiste um resto de decisão determinado pela personalidade do juiz penal, mesmo quando se recorra à ideia de fim (de prática conveniência) no âmbito da «justa graduação da pena». Mas nem por isso nos é permitido chamar sem mais a esta decisão uma decisão irracional. Pois ela é axiológica e teleologicamente articulada. Nos casos normais, não se verifica dentro do «espaço de livre jogo» da graduação da pena uma intervenção arbitrária, mas uma ponderação judiciosa segundo pontos de vista firmes, pelos quais a decisão pessoal se orienta sem se lhes abandonar por inteiro.

Falta-nos aqui o espaço para maiores aprofundamentos. O resultado das considerações fragmentárias deste capítulo pode resumir-se como segue: De diversas formas e em diferente medida, o órgão aplicador do Direito, através do Direito equitativo, através do «jus aequum», que se prende com os conceitos indeterminados e com os conceitos normativos, com as cláusulas de discricionariedade e as cláusulas gerais, é chamado a descobrir o Direito do caso concreto, não simplesmente através da interpretação e da subsunção, mas também através de «valorações e decisões de vontade». Neste ponto, vimo-lo, ora mais subordinado a critérios objectivos (lei moral, valorações da camada dirigente), ora mais entregue à bússola da sua concepção individual. Mas justamente neste último caso ainda não campeiam a desvinculação e o arbítrio, antes se nos deparam aí, a mais dos limites legais e supralegais da decisão pes-

soal. regras teleológicas e axiológicas, que na verdade não podem determinar exactamente a decisão material, mas em todo o caso lhe dão um quadro lógico de suporte. Subsiste sempre, no entanto, a coloração pessoal das valorações materiais e da decisão de vontade.

Se, em particular, retrocedermos ao que atrás dissemos sobre a delimitação, a regulamentação e a estruturação do exercício do poder discricionário, concluímos que nos achamos ainda defrontados com a questão acima posta apenas a título provisório: em que sentido e em que medida pode ser considerada como «recta» e justificar-se ante os princípios do Estado de Direito uma decisão afinal arbitrária, afinal afectada por uma coloração individual. Não se trata aqui apenas da «rectitude» que decorre de todas as diferentes *vinculações* às quais está sujeita não só a decisão «vinculada» como ainda o exercício do poder discricionário (há que referir, além de todas as directizes jurídicas e axiológicas, também as proibições do particularismo, do arbítrio, do abuso e do excesso de poder), mas também da rectitude específica que se torna em problema pelo facto de, no exercício do poder discricionário, se ter de reconhecer valor igual a decisões diferentes, mesmo a decisões opostas. Isto é que é deveras específico e chocante: que decisões numa relação disjuntiva (D1, D2, D3 ou D e não-D) possam na mesma medida valer como rectas perante o Direito — por exemplo, penas mais elevadas ou menos elevadas para um mesmo delito, notas diferentes num exame, outorga ou não de uma concessão, atribuição ou não da cidadania por naturalização. É óbvio que «rectitude» significa aqui algo que não se subordina ao princípio da não contradição,

significa algo que não é o mesmo que a verdade ou a univocidade, as quais talvez em princípio (!) não possam ser de modo algum alcançadas nos domínios em que se acham em jogo valorações. Ao jurista acode logo aqui um conceito usado em vários contextos, o conceito de *fungibilidade*: se no exercício do poder discricionário surgem várias alternativas à escolha, cada uma delas pode ser «fungível» e «defensável», em vista da grande ambiguidade que permanece dentro do «espaço de jogo». Pode ser defensável aplicar tanto seis como sete ou oito meses de prisão, pode igualmente ser tão defensável deferir como indeferir o pedido de naturalização. Todo aquele que se decide, dentro do espaço de jogo, por uma destas possibilidades, está dentro do direito e ninguém pode dizer que só ele tem razão. Essa fungibilidade ou justificabilidade não exclui naturalmente que se possam esgrimir argumentos e críticas sobre as razões por que precisamente esta ou aquela decisão é a melhor e «genuinamente» recta. Frequentemente o próprio autor da decisão não pode libertar-se das suas dúvidas, perguntando-se se «efectivamente» toma a decisão acertada; mas dirá de si para si que pelo menos considera correcta a decisão defensável. Ocasionalmente também aqui, como na determinação da medida da pena, se encontrará apoio em máximas como esta: *in dubio mitius*. Será então uma questão de conveniente disciplina da linguagem a questão de saber se se deve simplesmente fazer coincidir o conceito de «defensável» com o de «rectitude» do exercício do poder discricionário ou se se deve — e para isto me inclino eu — considerar o último conceito («rectitude») como mais restrito relativamente ao primeiro («defen-

sável»), pois que na verdade o recto tem de ser sempre defensável, mas nem tudo o que é defensável tem de ser aceite como «recto» (pois que continua a ser discutível e merecedor de discussão)²³⁾. Na realidade das coisas, dado como pressuposto que existe um «poder discricionário», seremos forçados a aceitar que aquilo que «em todo o caso» tem de ser reconhecido como defensável, deve valer como «caindo no espaço de manobra do poder discricionário» e, nessa medida, deve valer como «correcto» (e — permita-se-me o atrevimento de mais este excuro: — não deve ficar sujeito a reexame por uma outra instância, pelo menos quando esta não esteja em contacto tão estreito com o caso concreto e não seja essencialmente mais perita na matéria que a instância detentora do poder discricionário, mas apenas, na melhor das hipóteses, se julgue «mais sábia» que esta).

Alcançaremos sem dúvida uma mais fundada justificação desta equivalência entre aquilo que é «pessoalmente» tido por recto e acertado e a rectitude pura e simples²⁴⁾ sobretudo quando abramos o espírito às seguintes reflexões: A nossa vida jurídica, globalmente apreendida, é modelada por predisposições e impulsos individuais, enquanto parte da nossa multifacetada vida espiritual. Não só no plano da legiferação de qualquer espécie, mas também no plano da administração e da jurisdição os homens são chamados enquanto «personalidades» a modelar e a aplicar o Direito. A «concepção subjectiva do que é recto» não é apenas «um resíduo que é preciso suportar penosamente», logo, algo que infelizmente não pode (pelo menos quando haja que fazer valorações) ser completamente excluído — mas

e antes um elemento positivo, e que como tal deve ser afirmado, da cultura jurídica. Assim como, no plano superior, não temos de representar o poder legislativo como um aparelho racional que, segundo princípios abstractos, produz leis que são as «únicas justas», mas como um processo orgânico integrado por múltiplas componentes pessoais que em grande parte são «mundividencial» e «politicamente» propélicas, como um processo no qual se luta vivamente pelo «justo» («recto») - assim também nos não é lícito, no plano inferior da aplicação do direito (no mais lato dos sentidos), conceber os funcionarios, as autoridades, o juiz e os tribunais como apenas chamados a uma esquemática execução do direito. Eles são antes comissionados para procurar o que é de direito, o que é conveniente e o que é a medida justa no caso concreto, por modo a empenhar a sua responsabilidade e a sua «melhor ciência e consciência», sim, mas ao mesmo tempo também por um modo criativo e talvez mesmo inventivo. Por isso se vêem envolvidos não apenas nas «particulares circunstancias» do caso, mas também nos interesses pessoais, desejos, pretensões, argumentos, necessidades profundas e agravos dos homens que no caso intervêm como «partes», assim como se vêem ainda confrontados com os pontos de vista dos representantes das partes que exigem análise e discussão, e além disso no órgão colegial ou no tribunal colectivo se vêem igualmente confrontados com a concepção dos outros membros do collegio.

No meio desta «tempestade interior e luta exterior» é admissível que o funcionario ou juiz que decide a causa apenas procure, hirto e rígido, regras e princi-

pios, e faça desvanecer por completo o seu eu (como exigia RANKE do historiador na pesquisa do passado, o que de resto seria uma empresa impossível)? Ou não deverá antes ele, como homem entre homens, tomar também uma posição pessoal ante esta ou aquela reclamação, relativamente ao valor deste ou daquele interesse, à força persuasiva deste ou daquele argumento sobre o qual importa reflectir (e isto abstraído já de todo da apreciação da prova em matéria de facto)? Não temos nós mais confiança numa decisão por detrás da qual está um titular da função que não é apenas funcionário, técnico do direito ou «tecnocrata» mas também(?) uma personalidade autónoma do que numa outra que se acha orientada exclusivamente(?) por princípios e regras abstractos de toda a espécie? Aquele que se sinta chocado pelo facto de que, sendo assim, depende da pessoa de quem decide o ser aplicada uma pena mais elevada ou uma pena mais leve, ou o ser deferida ou indeferida uma petição, deve também considerar que não importa apenas o resultado final mas ainda o processo global, o qual é conformado segundo as características do titular do cargo, e ainda que aquele que é mais severo é também as mais das vezes mais exhaustivo e minucioso e mais justo e aquele que é mais complacente é mais comodista e evita a responsabilidade (eu próprio conheci um juiz que, em casos duvidosos propendia muito a aplicar penas leves — as chamadas «penas por suspeita», pois — em vez de, ou condenar em penas determinadas ou medidas com verdade, ou então absolver; e assim aquilo que favorecia o verdadeiro culpado prejudicava aquele que na verdade estava inocente). Quem alguma vez fez a experiência de

lidar com autoridades e tribunais estará disposto a conceder que prefere lutar pelo seu ponto de vista e pela sua pretensão e a discutir com um homem na sua individualidade do que com um mero «aplicador do direito». Para impedir que esta ideia de «justiça pessoal» se não desvirtue bastará, num Estado de Direito, que exista uma ciência jurídica evoluída e existam funcionários e magistrados educados na imparcialidade, na objectividade e na incorruptibilidade. E não podem naturalmente esquecer-se todas as garantias contra o arbitrio asseguradas pela obrigação de fundamentar objectivamente a decisão tomada, pela discussão nos órgãos colegiais e pela possibilidade de revisão da decisão na instância superior.

Foram também ideias deste tipo que, já há várias décadas, alimentaram dentro da jurisprudência aquele movimento que usamos designar por «movimento do direito livre». Este movimento tem sem duvida pontos de vista muito diferentes. Ele pode arrancar também do carácter lacunoso de um direito legislado ou do carácter incorrecto de muitas leis para depois cometer ao juiz a função de, por forma equiparada à do legislador e «criativamente», preencher as lacunas e corrigir as leis incorrectas (sobre este ponto ver o próximo capítulo). Mas o seu fito principal, bem que entrementes desmentido ante o ataque dos opositores, era sem duvida trazer para o regimento o juiz régio, afrouxar as vinculações a lei, alçapremar o «poder discricionário» a um principio amplo da conformação global do direito²⁵¹. Estes esforços da escola do direito livre há muito que entraram em refluxo, depois de terem ameaçado espriar-se e submergir as margens. Nesta medida, apenas têm um inte-

resse histórico. Mas persiste e reaviva-se a cada passo a ideia de que não se deve vincular demasiado à lei o prático que a aplica ao caso individual, de que temos que lhe dar carta branca e oportunidade para dominar de forma sensata, justa e conveniente, tanto segundo a especificidade do caso como segundo a sua convicção pessoal, a situação concreta, quer se trate de um litígio judicial, quer de um problema da administração. Recentemente essa ideia assumiu esta forma: o juiz não deve ser tão fortemente escravizado à «lei e ao direito», como se fora um súbdito do legislador e dos poderes que por detrás deste se escondem, mas tornar-se ele próprio político, modelador da vida social, «engenheiro social» ou pelo menos «assistente social de um género particular», abrir-se às correntes da época, mas contribuindo ao mesmo tempo para as dirigir (WIET-HÖLTER, RASEHORN, WASSERMANN, OSMAYER, entre outros). Como quer que nos sintamos em face destas tendências (por mim, sinto-me preocupado), elas de qualquer modo conduzem para além daquilo que constitui a arte específica do pensamento «do jurista» e por isso não podem já ser objecto deste livro. O desenvolvimento da configuração que, então, deve assumir a elaboração e a aplicação do direito deve ser deixado aos protagonistas daquela concepção — até para que sejam evitadas interpretações precipitadas e erróneas.

ANOTAÇÕES

1. A expressão «Direito dos Juristas», que encima este capítulo e o seguinte, é apenas usada com o sentido de que os juristas (teóricos ou práticos), através duma actividade «criadora», contribuem de modo particular, justamente sob os pressupostos que vamos expor, para o desenvolvimento dos conteúdos do Direito, não se limitando, portanto, a prolongar e a levar até ao fim as ideias do legislador. Mas já não podemos versar aqui o problema de saber se o Direito dos juristas constitui uma fonte de Direito autónoma, susceptível de se inserir na ordem fundamental de um Estado regido pelo princípio da divisão dos poderes. É um problema que de há muito vem sendo suscitado. Já SAVIGNY pôs em destaque a importância da jurisprudência para o desenvolvimento do Direito enraizado no espírito do povo. No final do séc. XIX, O. Bülow, em *Gesetz und Richteramt*, 1885, acentuou a igual importância do Direito judiciário, ao lado do Direito legislado («A lei e o juiz produzem para o povo o seu Direito»). Naturalmente que também a «escola do direito livre», que aclamou a «realeza do juiz», encarou o Direito judiciário como fonte de Direito de natureza autónoma e conseguiu mesmo que o Reichsgericht seguisse na sua esteira (vide a propósito E. Fuchs, *Was will die Freirechtsschule?*, 1929, pp. 18 e ss.). Nas últimas décadas de novo vem emergindo mais e mais a ideia de que o direito dos juristas, e especialmente o Direito judiciário, pode reivindicar a dignidade de uma fonte de Direito. Indicaremos aqui pelo menos alguma literatura sobre este tema (pró e contra o direito dos juristas e o direito judiciário, quer seja de facto, quer seja de jure): [segue-se uma simples lista de numerosas referências bibliográficas, que se não transcrevem nesta tradução].

2. Apresentam múltiplos pontos de contacto com aquelas espécies de conceitos jurídicos de que tratámos em pormenor no texto subsequente os «conceitos de tipos» (abreviadamente: «tipos») que nos últimos anos vêm sendo objecto de atenção crescente. Estes conceitos em si mesmos de há muito que encontram aplicação na ciência jurídica, mas só recentemente foram submetidos a uma mais rigorosa análise lógica. Também fora do direito desempenham um papel importante (informações sobre este ponto no meu livro «*Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft*», 1973, Cap. VIII). Pelo que toca ao

direito, nomeadamente G. RADBRUCH, no seu trabalho sobre conceitos de classe e conceitos de ordem no pensamento jurídico (Intern.Z.f. Theorie des Rechts, Bd. 12, 1938, pp. 46 e ss.) e H. J. WOLFF, no seu estudo sobre «Typen im Recht und in der Rechtswissenschaft» (Studium Generale V, 1952, caderno 4), ocuparam-se do «tipo» de uma forma inovadora, nestes estudos se escorando depois o capítulo da minha «Idee der Konkretisierung» acabado de referir. Ai procurei eu especialmente reconduzir o tipo ao ponto de vista da concretização, ponto de vista que ganhou nomeada no título daquele livro. Entretanto surgiram excelentes e, em parte, fundamentais investigações sobre o tema «tipo e direito» (cada uma com novas indicações bibliográficas), a saber: K. LARENZ, *Methodenlehre*, 1960, pp. 333 e ss., 3.^a ed., 1975, pp. 194 e ss., 206 e s., 443 e ss., autor que, de resto, com a sua teoria inspirada em Hegel, do «conceito universal-concreto» já havia contribuído para a tipologia jurídica desde 1938; Arthur KAUFMANN, *Analogie und «Natur de Sache», zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, 1965; W. HASSEMER, *Tatbestand und Typus*, 1968; K. H. STRACHE, *Das Denken in Standards*, 1968; R. ZIPPELIUS, *Die Verwendung von Typen in Normen*, etc. (Festschrift f. Engisch, 1969, pp. 224 e ss.); IDEM, «Der Typenvergleich als Instrument der Gesetzesauslegung», *Jahrb. f. Rechtssoziologie und Rechtstheorie* II, 1972, pp. 481 e ss.; D. LEENEN, *Typus und Rechtsfindung*, 1971; e, mais recentemente, ainda: L. KUHLEN, *Die Denkform des Typus und d. jur. Methodenlehre*, in *Jurist. Methodenlehre und anal. Philos.* (edit. por H. J. KOCH), 1976, pp. 53 e ss.. Sai-ria dos limites da presente introdução dedicar uma análise metodológica pormenorizada ao multi-significativo conceito de tipo, como o fizeram p. ex. LARENZ, STRACHE e LEENEN. Há um número infundável de aspectos sob os quais o tipo pode encontrar aplicação na teoria do direito. Do ponto de vista metodológico ele apresenta fortes pontos de contacto com a aplicação teleológica do direito em ligação com a qual nós já o encontramos acima. Pendo a crer que muitas reflexões que agora nos são apresentadas sob a sigla ou legenda de «consideração tipológica» também podem ser apresentadas no quadro da aplicação teleológica do direito (cfr. LEENEN, ob. cit., pp. 190 e ss.). As restrições ao domínio de aplicação destes conceitos jurídicos, atendendo à «atipicidade», encontram o seu lugar na interpreta-

ção restritiva, e o alargamento do seu domínio de aplicação, por virtude da semelhança tipológica, encontra o seu lugar na analogia (cfr. LEENEN, ob. cit., pp. 110, 117, 162 e ss., 172 e ss.). Por outro lado, numa aplicação tipológica do direito surge também uma consideração das situações de interesses «típicas» e dos «típicos» conflitos de interesses, como é próprio da jurisprudência dos interesses (ver, p.ex., o exemplo da compra e venda de um novo carro, imputando no cômputo o valor de um carro antigo dado em pagamento ao vendedor, carro este que depois se verificou ser de valor inferior, apresentado por LEENEN, ob. cit., pp. 157 e ss., assim como os desenvolvimentos de LARENZ, *Methodenlehre*, 3.ª ed., 1975, pp. 197 e ss. sobre o «tipo» do «mantenedor (detentor) do animal», especialmente a pp. 198 e s.). Com isto não se pôe evidentemente em causa a fecundidade de um pensamento jurídico tipológico, mas pretende-se acentuar a multiplicidade dos seus aspectos e a sua compatibilidade com os métodos jurídicos clássicos (sobre este último ponto, cfr., porém, LEENEN, ob. cit., pp. 244 e ss., com remissão para KOLLER, *Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftsrecht*, 1976).

Pelo que respeita às classes de conceitos jurídicos versadas a seguir no texto, diga-se que os conceitos jurídicos de tipos se deixam sem dúvida colocar *ao lado* deles como uma nova classe de conceitos aos quais podemos atribuir muitas particularidades. Mas, em parte (!), eles apresentam-se também como subespécies dos conceitos «indeterminados» (com os seus contornos «fluidos») ou dos conceitos «normativos». Assim, p. ex., são características do tipo «sociedade» ou do de «delinquente habitual perigoso» os limites imprecisos do seu campo de aplicação. Assim também no tipo do «bonus pater familias» ou no de «comerciante honesto e cuidadoso» surge em evidência o recorte «normativo», sendo que no último conceito tem ao mesmo tempo o carácter de uma «cláusula geral». Para a conexão entre tipo e normatividade no sentido de relevância de «valorações objectivistas» (cfr. *supra*, no texto) apontam conceitos «tipológicos» como o dos «usos do tráfico» (LARENZ, *Methodenlehre*, 3.ª ed. 1975, p. 447). Assim é que muito daquilo que se diz das classes de conceitos de que agora tratamos se pode reportar também aos conceitos de tipos, sem que com isso se pretenda afirmar que estes conceitos fiquem assim esgotantemente analisados do ponto

de vista lógico. Aquele que se interesse por este «mais» em dignidade lógica, deve remetê-lo para os trabalhos acima citados. Só mais uma coisa gostaria de dizer aqui. Frequentemente (assim nomeadamente em STRACHE, pp. 52 e ss., 71 e ss., 78 e ss., 100 e ss., em LEENEN, *passim*, p.ex., pp. 183 e s.) aponta-se como específico dos conceitos de tipos usados no direito o facto de que os eventos da vida lhes não podem ser «subsumidos», mas apenas lhes podem ser «subordinados». Sem querer de modo algum opor-me a uma tal diferenciação terminológica, que até certo ponto bem se justifica, devo no entanto dizer que subsiste a liberdade de usar um conceito de «subsunção» — tal como de há muito venho fazendo — que se não reconduz a outra coisa senão à subordinação de quaisquer realidades da vida aos conceitos da hipótese legal ou da estatuição; e nesta conformidade a «subsunção» compreende não apenas a subordinação «lógica», «racional» a conceitos de classe bem definidos, mas também a «subordinação» (quase sempre valoradora) a um conceito de tipo. Assim não tenho quaisquer escrúpulos em falar de «subsunção» de uma conduta ao conceito de «comerciante honesto e diligente» ou ao de «violação do princípio da boa-fé». E também não precisamos de excluir aqui a correspondência gradual — cfr. *supra*, nota II do Cap. III. Neste último aspecto, ainda inseguro: LARENZ-Festschrift, pp. 129 e s., nota 17.

3. A «indeterminação» de conceitos jurídicos pode resultar da pluralidade de sentidos de uma palavra que exprime o conceito. P. ex., «coisa» pode ser um objecto «corpóreo» (como objecto da propriedade, do furto, da receptação, da danificação da coisa), «coisa» pode ser o objecto de um processo («apreciação da matéria de fundo» = «Verhandlung zur Sache»), e «coisa» pode ser ainda (na anulação por erro) o «objecto do negócio» (Cfr. LARENZ, *Methodenlehre*, 3.^a ed., 1975, p. 308). Perante tal pluralidade de sentidos é frequentemente a interpretação a partir do contexto que tira a claro qual dos sentidos está em jogo em cada caso. Praticamente mais importante e mais penosa há-de ser aquela «indeterminação» que decorre da imprecisão dos limites do conceito e na qual pensa HECK ao falar do «halo do conceito» (ver no texto e na nota subsequente). Neste sentido podem até conceitos exactos, como aqueles que exprimem números, tornar-se indeterminados, quando eles nomeadamente significam, p. ex., notas de exame, relativamente as quais há que considerar uma

certa «margem de jogo» («ainda um», «dois raso», um «quatro no limite superior»).

4. Ver. p.ex., *Gesetzesauslegung, etc.*, p. 173. *Begriffsbildung, etc.*, pp. 52 e 60. Polemica injustificada no NJW 1959, p. 711 (GLOSSE). Cf. também EKELOF, ob.cit., 1958, pp. 183 e ss.; LARENZ, ob. cit., p. 242. 2.ª ed., p. 302; assim como MULLER-TOCHTERMANN, NJW 62, pp. 1238 e s. (globalmente coincidindo com o texto). BACHOF, JurZ 66, p. 441, diz que «so deve falar-se de um conceito» «indeterminado» quando a subsunção, em virtude da pluralidade e complexidade das considerações a fazer, pode por em causa a univocidade do resultado, mas não logo que a interpretação do conceito levante dúvidas: neste último caso caberia ao tribunal a tarefa de eliminar as dúvidas. Sera esta distinção exequível? ZIPPELIUS, *Methodenlehre*, 2.ª ed., 1974, p. 52 prefere falar de um «espaço de jogo de significação» («Bedeutungsspielraum») em vez de «halo do conceito». Também H. J. KOCH, ob. cit. rejeita a imagem de HECK e substitui-a por descrições mais precisas daquilo que se pretende significar com os termos «indeterminados» ou «vagos». Importante e também a distinção entre indeterminação (em sentido estrito) e «pluralidade de sentidos» *ibidem*, pp. 197 e s..

5. Acentua LARENZ, *Methodenlehre*, 1960, pp. 124 e s., que o próprio conceito de «valoração» é trémulo e impreciso. A valoração como acto deve ser distinguida do próprio «valor», pelo qual se orienta o acto de valoração. Relativamente a esta clarificação terminologica deve todavia notar-se que o conceito de «valoração» também pode ser usado num sentido que abrange o acto e o conteúdo da valoração como um todo, podendo nós — como em muitas outras palavras com desinência em «ão» («sensação», «aprensão», «verificação») — distinguir o acto e o conteúdo como dois aspectos daquele todo. Precisamente neste sentido se usa aqui e nas páginas seguintes o vocábulo «valoração». O «valor» em si, como forma «ideal» objectiva (p. ex., a justiça como valor) representa uma conceituação filosoficamente problematica que aqui não pode ser discutida (da mais recente literatura filosofico-jurídica gostaria de destacar pelo menos: H. COING, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 1950, 93 e ss., 151 e ss., 3.ª ed., 1976, pp. 110 e ss.; LARENZ, *Methodenlehre*, 1960, p. 127, 3.ª ed., 1975, pp. 128 e ss.; R. ZIPPELIUS,

Wertungsprobleme im System der Grundrechte, 1962, cap. 2; IDEM, *JurZ* 1970, pp. 241 e ss.; A. PODLECH, *Wertungen und Werte im Recht*, Arch.öff.R. 95, 1970, pp. 185 e ss.. Mais recentemente, cfr. também W. FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts*, vol. III, 1976, pp. 40, e ss., e H. HENKEL, *Einf. i. d. rechtsphilosophie*, 1977, pp. 321 e ss., com numerosos dados bibliográficos). O termo «valor», tal como, p. ex., «aparece mais abaixo no texto, pode aqui ser entendido no simples sentido, presente em toda e qualquer teoria dos valores, de uma *noção* usada no contexto de valorações, e esta noção ela própria — para me exprimir à maneira de KANT — como predicado de possíveis juízos (de valor). Se valoro algo como conforme ou como contrário à «justiça», isto imediatamente apenas significa: valoro-o como «justo» ou como «injusto».

6. Ver, por exemplo, relativamente à limitação da revisibilidade da gradação da pena (de considerar, eventualmente, como questão do domínio da discricionaridade) por razões processuais: H. J. BRUNS, *Festschr. f. Henkel*, 1974, pp. 296 e ss.. Frequentemente faz-se notar que seria um contra-senso, em vista da especificidade de um acto administrativo e em vista do conhecimento especializado e da independência (não vinculação a instruções) da autoridade emissora do acto administrativo, confiar numa «melhor» decisão de um tribunal administrativo em recurso de controlo. Assim, p. ex., REDEKER, *DÖV* 71, p. 780; KELLNER, *DÖV* 72, p. 804, sob d); HORN, *Individualisierte Normen, etc.*, 1976, pp. 96 e s..

7. Exemplos de decisões no exercício da discricionaridade na administração em que e negado o controlo judicial: a decisão (no caso particular ultrapassada por uma modificação legislativa, mas significativa pela sua indole fundamental e de princípio) do Tribunal Administrativo Federal, vol. 1, pp. 92 e ss., sobre a questão de saber se a autorização de um novo táxi era conforme ao interesse do transporte público (o Tribunal Administrativo Federal declara: «A apreciação da questão de se no caso concreto se deu satisfação aos interesses do transporte público... e deixada à discricionaridade da administração», pelo que os tribunais administrativos «têm simplesmente de atentar em se as autoridades administrativas nas decisões a tomar sobre este ponto cometeram algum erro de apreciação», não tendo pelo contrário «poderes para fazer considerações sobre o numero de táxis

necessários e suficientes em cada localidade»); e ainda a decisão do Trib. Adm. Federal, vol. 4, p. 298, relativa ao indeferimento de um pedido de naturalização, no caso de ela não ser «no interesse do Estado» (decisão no exercício de discricionariedades mas na qual é de exigir que «a autoridade verifique correctamente os... factos relevantes e se não deixe conduzir por considerações não pertinentes»: cfr. também a decisão do BVerfG. de 14 de Fevereiro de 1968. in DÖV 1968, p.357); e também a decisão do mesmo Trib. Adm. Federal, vol. 8, p. 170 = JurZ 1960, pp. 363 e ss., relativa à não concessão de uma *venia legendi* numa escola superior (ela cai no domínio da «discricionariedade exercida em função dos deveres de cargo», mas não pode naturalmente ser tomada «arbitrariamente»); e igualmente a decisão do Trib. Adm. Fed. de 21.1.72 in DÖV 1972, pp. 687 e s. (ponderação dos interesses da agricultura e do povoamento citadino, «no quadro de um espaço de livre discricionariedade»); e coisa semelhante valerá eventualmente no que respeita às decisões de jûris, o que é no entanto muito discutido (sobre o ponto falaremos adiante) e no que respeita à promoção de funcionários. Apropriados exemplos em BACHOF, JurZ 1962, p. 702, n.ºs 100 e s.. De fundamental importância é, nomeadamente, a seguinte literatura: EHMKE, *Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff*, 1960, pp. 40, 45; OBERMAYER, NJW 1963, pp. 180 e s.; REDEKER, DÖV 1971, pp. 757 e ss.. Para uma posição de crítica: STERN, *Ermessen und unzulässige Ermessenausübung*, 1964, p. 12; RUPP, NJW 1969, p. 1275 (não há lugar para «determinantes autonomas proprias da administração»); SOELL, *Das Ermessen der Eingriffsverwaltung*, 1973, que de igual modo se revela — pelo menos para a administração intromissiva (*Eingriffsverwaltung*) — como adversário da «livre discricionariedade»; ver designadamente pp. 60 e s., 63 e ss., 368 e ss..

Relativamente ao controlo judicial dos vícios das decisões discricionárias, particularmente no que respeita ao desvio do poder (desvio do fim) e ao excesso de poder (exceder os limites); veja-se logo o § 114 da VerwGerO de 21.6.1960: «Quando as autoridades administrativas tenham o poder de agir discricionariamente, o tribunal averigua se o acto administrativo, ou a recusa ou omissão do acto administrativo, e contrario ao direito, por exceder os limites do poder discricionario ou por fazer deste um uso não conforme ao fim para que ele foi atribuido». Sobre este

ponto ver depois os comentários à Lei Orgânica dos Tribunais Administrativos e de entre os manuais, p. ex., H. J. WOLFF, *Verwaltungsrecht*, 8.ª ed., 1971, § 31 II, com novas indicações bibliográficas. De entre as obras monográficas, veja-se agora SOELL, ob. cit., 1973, pp. 209 e ss., e — para o direito comparado — pp. 215 e ss..

Sobre o controlo judicial das decisões discricionárias das autoridades financeiras é muito instrutivo W. HARTZ, *Gesetzliche Generalklauseln und Richterrecht*, Steuer und Wirtschaft 1968, pp. 245 e ss., sob IV 2.

Finalmente, pelo que respeita ao exercício da discricionariedade judicial e ao seu controlo através das instâncias judiciais superiores, a respectiva problemática surge com particular destaque no controlo da discricionariedade do juiz penal exercida a propósito da medida da pena ou ao ordenar medidas de segurança e medidas de reeducação. Pela livre discricionariedade na graduação da pena pronunciaram-se o BGHStr. Bd. 7, pp. 86 e ss., Bd. 17, pp. 35 e ss. e, na literatura, especialmente Karl PETERS (ver sobre o ponto o meu estudo no Festschrift dedicado ao autor, 1974, pp. 15 e ss.). No que respeita à revisibilidade, diz PETERS no seu *Lehrbuch der Strafprozessrechts*, 1966, p. 569: «No domínio da livre discricionariedade cai antes de mais a graduação da pena... Do conceito de livre discricionariedade decorre que ela, enquanto tal, não é susceptível de controlo de revisão. Liberdade significa precisamente decisão pessoal. Se outrem se intrromete, deixa de existir liberdade. Donde resulta na medida em que a decisão é confiada à livre discricção (prudente arbítrio), não é possível um subsequente controlo pelo tribunal de revisão». Naturalmente que também segundo PETERS têm de ser respeitados os limites da discricionariadade (as molduras penais, os pontos de vista valorativos da lei — vide agora o § 46 do Código Penal — e as regras processuais). Vejam-se, por outro lado, mais recentemente: H. J. BRUNS, *Engisch-Festschrift*, 1969, pp. 708 e ss.; H. ZIPF, *Die Strafmassrevision*, 1969, assim como W. FRISCH *Revisionsrechtliche Probleme der Strafzumessung*, 1971; IDEM, NJW 1973, pp. 1345 e ss.. Os autores citados por último tendem para uma ampla revisibilidade das decisões discricionárias sobre os efeitos jurídicos do facto punível. Cfr. também *infra*, a nota 15.

8. Como adiante no texto se exporá, vejo os conceitos que

exprimem discricionaridade, na medida em que surjam como conceitos legais, como uma subespécie dos conceitos jurídicos indeterminados. Muitas vezes, porém, os conceitos jurídicos indeterminados são referidos como conceitos subpostos à competência de interpretação e subsunção do juiz, e logo como conceitos que nessa medida se contrapõem aos genuínos conceitos de discricionaridade. Então o aspecto metodológico torna a situar-se e a apagar-se por detrás do da revisibilidade judicial (da «barreira de controlo», como também se diz).

9. Isto não se verifica apenas dentro da administração em sentido estrito, mas também, p.ex., no processo penal, quando a justiça no quadro do chamado «princípio da oportunidade» tem de resolver se existe um interesse público na instauração da acção penal (cfr. § 153 do Código de Processo Penal). Sobre o importante conceito de «interesse público» e o conceito aparentado de «bem comum» *vide*, na literatura recente: «*Wohl der Allgemeinheit und öffentliches Interesse*» (Hochschule Speyer), 1968; P. HÄBERLE, *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, 1970; M. STOLLEIS, *Verwaltungsarch.* 65, 1974, pp. 1 e ss. (com novos dados bibliográficos). Cfr. também STOLLEIS, *Gemeinwohlformeln im nationalsozial. Recht*, 1974, e W. FACH, *Begriff u. Logik des «Öffentliches Interesses»*, *ArchRusozPhil.*, Bd. 60, 1974, pp. 231 e ss.

10. A ousada ideia da única pena correcta (sobre esta, por ultimo, W. FRISCH, *NJW* 73, pp. 1345 e ss.) e, mais em geral, a ideia (em especial também válida para a administração) da «única decisão correcta», na subsunção a uma hipótese legal ou na determinação de uma consequência jurídica, é muito discutida. O BVerfGer (Tribunal Constitucional), na sua célebre decisão de 16.12.71, em que se tratava de indicar uma publicação como «perigosa para a juventude», declarou sem mais aquelas ser uma «ficção» «a ideia de que apenas é possível uma solução correcta na aplicação da noção do que pode representar um perigo para a juventude». Cfr. a proposito, entre outros, FRANSSEN, *JurZ* 71, pp. 225 e s.; BACHOF, *JurZ* 72, p. 208 (concordando); R. JAROSCH, *DÖV* 74, pp. 123 e ss. (igualmente); W. SCHMIDT, *NJW* 75, p. 1735 sob II 3 (igualmente); H. J. KOCH, *Der unbestimmte Begriff im Verwaltungsrecht*, in «*Jurist. Methodenlehre...*», 1976, pp. 209 e ss.; H. R. HORN, *DVerwBl.* 1977, p. 17 (igualmente). Por outro lado, criticando, p. ex., Fr. OSSEN-

BÜHL, DÖV 1972, pp. 401 e ss., o qual considera «estranha» uma ordem jurídica na qual «uma é mesma publicação a ser apreciada segundo o § 1 do GJS poderia ser ao mesmo tempo perigosa para a juventude e não perigosa para a juventude» (mas ao exprimir-se deste modo desconhece que o princípio da não contradição vale no domínio do «conhecimento da verdade», mas não — segundo a concepção «relativista» — no domínio da valoração); e ainda H. KELLNER, DÖV 72, pp. 801 e ss., segundo o qual, na decisão do BVerfGer., apenas se tratou de um «caso singular» (p. 806).

11. Para o conceito de «espaço de livre apreciação», entretanto um pouco abalado, devemos começar por nos ater às determinações como que autênticas desenvolvidas e sucessivamente reforçadas por O. BACHOF *in* JurZ 1955, pp. 97 e ss., JurZ 1962, p. 704, nota 73, JurZ 1966, pp. 441 e s., JurZ 1972, pp. 208 e ss. e 641 e ss.. Ele parte dos conceitos indeterminados e considera ultrapassada a antiga classificação destes em conceitos jurídicos propriamente ditos, inteiramente sujeitos a controlo de revisão (sindicáveis) e poderes discricionários não sindicáveis ou apenas sindicáveis pelo que respeita aos vícios típicos da discricionariedade, que conferem à autoridade a que são atribuídos um «espaço de liberdade de decisão própria», «no qual aquela deve agir e decidir segundo as suas próprias concepções e, ainda em primeira plana, tendo em conta pontos de vista de oportunidade». Há como *tertium genus* — e como constituindo precisamente o «espaço de livre apreciação» — aqueles conceitos indeterminados cuja aplicação exige uma valoração, a qual, enquanto se mantém dentro do espaço de jogo previsto pela formulação legal, não é judicialmente revisível. Na sua anotação à sentença do Tribunal Federal Administrativo de 16.12.71 (por ele recebida como «sênsacional») e na posição tomada ante a decisão do Senado Pleno dos supremos tribunais federais de 17.10.71, BACHOF considera a sua doutrina como muito próxima da «teoria da defensabilidade» («Vertretbarkeitslehre») de ULE. Relativamente ao «espaço de livre apreciação» destacam-se claramente os seguintes pontos essenciais: na medida em que o conceito se acha legalmente ancorado — o que designadamente também pode acontecer do lado da hipótese da norma legal (cfr. JurZ 72, p. 642 sob IV e p. 644; exemplos: «susceptível de constituir um perigo moral para a juventude», «não equitativo»; de resto.

também os certificados de aptidão podem ser concebidos como aplicação de conceitos de aptidão ou de proficiência *pertencentes à hipótese*: «muito bem habilitado», «excelente proficiência»), está em causa um conceito jurídico (indeterminado) que, como todos os conceitos jurídicos, começa por precisar de ser clarificado quanto ao seu conteúdo através da interpretação do teor verbal da lei. Mas a subsunção das situações concretas a um conceito assim preenchido quanto ao seu conteúdo vai de mão dada com valorações que são pessoais e «intransmissíveis», que pelo menos não podem ser verificadas como sendo «as únicas correctas» (cfr. BVerwGer. 16.12.71, sob II 4, BACHOF JurZ 72, pp. 644 e s.). Na medida em que as correspondentes valorações se mantenham dentro do espaço de jogo definido pela interpretação, acham-se subtraídas a um controlo ou revisão judicial.

O que distingue o espaço de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados (num sentido mais estrito) é a possibilidade da igual correcção de decisões divergentes no caso concreto, a qual faz com que seja um contra-senso pretender substituir uma decisão por outra (judicial ou de uma instância superior) pretensamente «melhor», mas na verdade «tão problemática como a primeira», ao passo que o conceito jurídico indeterminado em sentido estrito visa uma interpretação e uma aplicação unívocas que, conseqüentemente, têm de ser controláveis. O que então distingue o espaço de livre apreciação do genuíno poder discricionário é a mais forte (pelo menos quanto ao grau) vinculação a limites que resultam do conteúdo do particular conceito jurídico («aptidão», «equidade», «necessidade de serviço», etc.) em causa (muito embora admitindo uma certa «latitude» de possibilidades de aplicação). As genuínas atribuições de poderes discricionários, mesmo que possam ser referidas em sentido lato como «conceitos jurídicos», não carecem no entanto de ser circunscritas por características ou denotações concretas, são porventura atribuídas através de disposições em que se usa o verbo poder (*Kannvorschriften*) ou mediante a fórmula «decide segundo a sua livre discricção», e apenas são determinadas através dos limites impostos pelo Estado de Direito a todo o exercício do poder discricionário (proibição do arbitrio, proibição do excesso ou falta de proporção, princípio da igualdade, justa ponderação dos interesses). Todavia, os limites entre o espaço de livre apreciação e a

atribuição de um poder discricionário podem ser fluidos, designadamente se se reconhece também uma «discricionariedade do lado da hipótese legal» (sobre o ponto, v. *infra*). Segundo BACHOF, em todo o caso, o ponto da questão parece residir essencialmente no carácter «mais apertado da vinculação» e na necessidade de subsunção (ob. cit., pp. 643 e s.). Infelizmente domina na terminologia bastante confusão relativamente ao problema da relação entre conceito jurídico indeterminado, espaço de livre apreciação, discricionariedade do lado da hipótese e discricionariedade do lado da estatuição. Com BACHOF, também eu oponho reservas à «contraposição entre conceito jurídico e conceito de discricionariedade» (ob. cit., p. 644). No contexto das presentes considerações importa todavia menos — como já notar — o «figor de controlo» do que a individualização da descoberta da decisão.

Acerca da concepção de BACHOF do espaço de livre apreciação surgiu uma literatura quase inabarcável. Numa primeira fase, pronunciaram-se sobre ela STERN, RUPP (*Grundfragen*), OBERMAYER (*Grenzen*) e SCHIMA (p. 183), assim como numerosos artigos citados por estes autores. Em virtude das já várias vezes mencionadas decisões do Tribunal Federal Administrativo e do Senado Pleno de 16.12.71 e 16.10.71, a discussão sobre aquele conceito entrou de novo em movimento. O Trib. Fed. Administrativo, na sua sentença (sob II 4), recorreu expressamente ao conceito de espaço de livre apreciação e aceitou-o. O Senado Pleno prefere falar de um «espaço de discricionariedade» («Ermessensspielraum») com referência ao conceito de «não equitativo» visto por BACHOF como conceito jurídico com espaço de livre apreciação. Recentemente, porém, também o Tribunal Federal-Constitucional, na sua decisão sobre os radicais de 22.5.75 (NJW 75, pp. 1641 e ss.), relativamente à «verificação e decisão da questão de saber se a personalidade do candidato oferece garantias de que ele estará sempre a favor de uma ordem democrática fundamental de liberdade», se decidiu pelo «espaço de livre apreciação» (1. cit., pp. 1644, sec. 2).

Da numerosa literatura sobre o espaço de livre apreciação surgida após a anterior edição, indicarei, sem que isto signifique preferência perante outras posições que não são referidas: H. J. WEIGEL, *Beurteilungsspielraum oder Delegationsbegriff?*, 1971; W. FRISCH, *Revisionsrechtliche Probleme der Strafzu-*

messung, 1971, pp. 211 e ss.; REDEKER, DÖV 1971, pp. 757 e ss.; OSSENBUHL, DÖV 1972, pp. 401 e ss.; KELLNER, DOV 1972, pp. 801 e ss.; OTT, NJW 1972, pp. 1219 e ss.; H. J. MÜLLER, NJW 1972, pp. 1587 e ss. (com reservas); ULE, DVerwBl. 1973, pp. 756 e ss.; v. OLSHAUSEN, JurSchulg., 1973, pp. 217 e ss.; FRISCH, NJW 1973, pp. 1345 e ss.; SCHMIDT-EICHSTAEDT, Arch.öff.R 98, 1973, pp. 173 e ss.; SOELL, *Das Ermessen der Eingriffsverwaltung*, 1973, pp. 207 e ss.; BULLINGER, NJW 1974, pp. 769 e ss.; KELLNER e ULICH, *Dokumentation zum deutschen Verwaltungsrichtertag*, 1974, pp. 45 e ss.; SCHOLZ e SCHMIDT-ASSMANN, in «Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer», vol. 34, 1976; LARENZ, *Methodenlehre*, 3.^a ed., 1976, pp. 279 e s; H. R. HORN, DVerwBl. 1977, pp. 13 e ss.. Ao passo que, por um lado, a utilidade do conceito de «espaço de livre apreciação» é cada vez mais posta em questão (p. ex., recentemente por parte de SCHMIDT e SCHOLZ), subsiste por outro lado a tendência de, pelo menos em substância, o alargar para além dos domínios, anteriormente preferidos, das questões relativas a provas ou concursos e das apreciações da qualidade de serviço. No que respeita às questões de provas, que apenas têm uma significação paradigmática, portanto, remeto para a edição anterior, anotação 133, para a situação em 1971, e da literatura mais recente acrescento apenas: J. SEMLER, NJW 1973, pp. 1774 e ss.; B. STUER, DOV 1974, pp. 257 e ss..

12. Pretendo com este vocábulo, que pode reportar-se a todos e quaisquer actos de decisão pensáveis, evitar a aceitação do «ponto de vista actual», considerado por REDEKER, DÖV 1971, pp. 575 e 761, como acertado, de que o domínio da discricionariedade e de limitar à decisão ou opção volitiva. O exercício da discricionariedade não é para mim apenas «acto de vontade».

13. Isto é considerado por SOELL, ob. cit., pp. 200 e s., como o ponto axial da discricionariedade «vinculada»: a sua função seria a individualização no sentido de adaptação ao caso concreto. *Vide* também BULLINGER, NJW 1974, p. 770, sob II 1: «o domínio da discricionariedade e o domínio da livre apreciação têm de comum a função de dar à administração a possibilidade de tratar os casos concretos... de acordo com os dados particulares que os constituem». Mas BULLINGER

acrescenta a seguir que o poder discricionário também tem a função de tornar possível à «administração activa» um programa de decisão. Desta forma aproxima-se da concepção do texto.

14. Nesta medida não posso concordar com R. JAROSCH, DÖV 1974, pp. 123 e ss., e W. SCHMIDT, NJW 1975, pp. 1753 e ss., quando eles querem eliminar os «conceitos jurídicos indeterminados». Estes também não são propriamente «extrajurídicos», como opina JAROSCH, pois que, através da sua inserção no contexto do direito, eles se tornam conceitos jurídicos.

15. Sobre o ponto em litigio na medida da pena, ver orientação na parte final da nota 7. De notar é que o BGHStr., vol. 7, pp. 88 e ss. declarou textualmente: «O juiz do facto tem de decidir segundo a sua discrição funcional (prudente arbitrio) sobre a modalidade e o grau da pena no quadro dos limites que lhe são fixados pela lei»: «as concepções — correspondentes ao prudente arbitrio — sobre aquilo que é adequado ou proporcionado (podem) ser diferentes para os diferentes juizes do facto dentro de uma certa margem de variabilidade». E não é menos digno de nota o que ele acrescentou no vol. 17, p. 36, a saber, que só o juiz de facto «esta em condições de, com base na audiência final de discussão e julgamento, formar uma ideia mais completa da pessoa do arguido e do seu facto e tem de arcar com a responsabilidade pela correcta ponderação dos fins da pena». Pelo contrário, p. ex., BRUNS, Engisch-Festschrift, p. 715, declara: «A discricionariedade na graduação da pena (e) genuina aplicação do direito (subsunção da verificada situação concreta para que vai ser graduada a pena aos principios reconhecidos da punição estatal»: cfr. posteriormente ainda: Henkel-Festschrift, 1974, p. 294) e também ZIPP, ob. cit., 1969, p. 166: a graduação da pena «não é uma decisão discricionária, mas pura aplicação do direito».

16. Pelo que respeita à relatividade de que agora se vai tratar no texto, ficara em aberto a questão de saber em que medida esta distinção que se orienta pela divisão da norma jurídica em «hipótese» (pressupostos) e «estatuição», já versada no capítulo II, coincide com distinções tais como aquelas que diferenciam entre «discricionariedade de apreciação» ou «espaço de livre apreciação», por um lado, e «discricionariedade na acção», ou «discricionariedade da conduta» (OBERMEYER), ou «dis-

cricionaridade na resolução». por outro lado; ou «conceito juridico indeterminado», por um lado, e «discricionaridade», por outro lado; ou ainda discricionaridade «conjuntiva», por um lado, e discricionaridade «volitiva» por outro lado. Cfr., p. ex., BACHOF, *JurZ* 1972, p. 642, sob IV. REDEKER, *DVerwBl.* 1972. SOELL, *Das Ermessen der Eingriffsverwaltung*, 1973, pp. 80 e ss., SCHMIDT-EICHSTAEDT, ob. cit., pp. 174 e s., 179 e ss., W. SCHMIDT, *NJW* 1975, pp. 1753 e s..

17. Fala-se hoje nesta medida de «prescrições de acoplamento» («Koppelungsvorschriften»). Também aqui a várias vezes citada decisão do Senado Pleno dos Supremos Tribunais de 19.10.71 = *JurZ* 1972, pp. 655 e ss. = *NJW* 1972, pp. 1411 e ss. trouxe uma inovação na jurisprudência. Referia-se ela ao § 131 da Lei dos subsidios, na antiga formulação, onde se diz: «No caso concreto pode ser concedida isenção de impostos e doutras prestações pecuniárias, no todo ou em parte, quando a sua cobrança, segundo as circunstâncias do caso, seja de considerar não equitativa...» (cfr. agora sobre o ponto a formulação da Lei dos subsidios de 1977, de 16.3.1976, § 163: «Os impostos podem ser reduzidos.... quando o lançamento dos mesmos, segundo as circunstâncias do caso concreto, seja de considerar não equitativo»). A decisão da de entrada uma panorâmica das diferentes concepções na doutrina. Diz-se aí: «O conceito 'não equitativo' não pode ser apreciado abstraído de que ele tem por consequência um 'poder' da autoridade administrativa», e depois esclarece numa passagem decisiva que no § 131 da Lei dos subsidios «existe uma ligação incindível entre o conceito de 'não equitativo' e a consequência 'podem' que, globalmente, «entra no plano da discricionaridade». Existe «uma inextricável interpenetração entre o pressuposto e o conteúdo do acto administrativo a emitir nos termos do § 131, al. 1, 1.ª parte da Lei dos subsidios (anterior formulação) que se apresenta como uma decisão discricionária unitária». Ver sobre isto os citados trabalhos de BACHOF, *JurZ* 1972, pp. 641 e ss. (advertindo contra uma interpretação esquemática das prescrições de acoplamento sob II), KLOEPFER, *NJW* 1972, pp. 1411 e ss. (igualmente precavendo contra generalizações). W. SCHMIDT, *NJW* 1975, pp. 1753 e ss. (designadamente sob IV).

18. No mesmo sentido, SCHIMA, ob. cit., 1968, p. 182. Sobre as clausulas gerais e sobre a casuística encontra-se já muito

na literatura já citada neste capítulo. Literatura especificamente relativa à matéria: [segue-se uma extensa lista de meras referências bibliográficas, que se não transcreve, e que termina com esta referência:] H. GARSTKA, *Generalklauseln*, in H. J. KOCH (ed.), *Jurist. Methodenlehre und analytische Philosophie*, 1976, pp. 96 e ss. — [trabalho a propósito do qual Engisch escreveu:] A investigação citada por último leva-me a fazer o seguinte esclarecimento. GARSTKA refere-se às cláusulas gerais como regras jurídicas (*Rechtssätze*). Portanto, reporta o conceito «cláusula geral» a toda a regra jurídica (o que naturalmente lhe é permitido fazer), ao passo que eu no texto referi esse conceito nomeadamente à parte da regra jurídica que é a hipótese legal. Neste caso a cláusula geral torna-se numa estrutura conceitual, pois a hipótese legal por si (p. ex., «quem faz isto ou aquilo») pode ser olhada como o sujeito da proposição (assim como também a estatuição por si [«será punido desta ou daquela forma»] pode ser concebida como o predicado).

Da jurisprudência merece particular atenção a famosa «decisão Lüth» do BVerfGer. Bd. 7, pp. 198 e ss. (NJW 1958, pp. 257 e ss., JurZ 1958, pp. 119 e ss., relativa à cláusula geral dos «bons costumes» do § 826 do Código Civil).

19. Diferentemente, o Projecto do Código Penal de 1962, § 147 (nisto semelhante ao § 224 do Código Penal vigente), pretende de novo determinar *exaustivamente* em que casos e de admitir uma ofensa corporal grave: só que a casuística aparece aí perfilada com pouca nitidez de contornos. A prática não deixara de fornecer esta casuística. Cfr. também a fundamentação do Projecto de 1962, p. 283. Na mesma pegada vai o Projecto Alternativo, § 110, mas esforça-se por uma maior precisão. Um exemplo actual do «método exemplificativo» tirado de legislação recente fornece-no-lo agora a nova formulação do § 243 do Código Penal, de 2.3.74: «Em casos particularmente graves» (cláusula geral!) o furto é punido com pena de prisão agravada (até 10 anos). «Um caso particularmente grave verifica-se em regra» quando haja arrombamento, escalamento, uso de chave falsa, profissionalidade, etc. (casuística).

20. Até certo ponto, corresponde a este modelo a primeira parte do art. 1382 do Code Civil francês: Toda a acção do homem que causa um dano a outrem obriga aquele por cuja culpa tal dano se produziu a reparar os prejuízos. Cfr. também SCHI-

MA, ob. cit., com um exemplo (determinado recurso jurídico contra toda e qualquer decisão de uma autoridade administrativa).

21. Depois que o § 166 do Cód. Penal foi alterado pela lei de 25.6.1969, a questão referida no texto, formulada pelo Tribunal do Reich, seria agora de pôr em termos de saber se um tal quadro implicava uma ofensa ao conteúdo da fé cristã capaz de perturbar a paz pública. Para uma apreciação do assunto no momento actual: W. KNIES, *Schranken der Kunstfreiheit*, 1976, pp. 21 e ss. Cfr. também a documentação de U. SCHNEEDE, G. GROSZ, 1975, pp. 108 e s..

22. Esta decisão (BGHStr. 6, pp. 46 e ss.) está ultrapassada, na medida em que se trata do conceito de «impúdico», («indecência»), não, porém, no que respeita aos seus considerandos fundamentais sobre as «normas da lei moral». Neste aspecto e também instrutiva a BGHStr. 13, p. 16 e ss., e, relativamente aos «preceitos da moral e honorabilidade»: BVerwGer. vol. 10, p. 164 = NJW 1960, pp. 1407 e ss.: «Certo é que os preceitos da moral e da honorabilidade são determinados pela concepção — concepção esta modelada pela origem e pela educação —... das pessoas sensatas, justas e bem-pensantes num certo domínio jurídico e cultural. Não existe, porém, ... em todas as questões da moral e da honorabilidade, uma concepção uniforme... Sendo as concepções divergentes, ... os portadores de uma delas não podem recusar pura e simplesmente àqueles que pensam de maneira diferente a razoabilidade, a justeza e a rectitude do seu modo de pensar. Por isso, também não é lícito ao juiz... considerar a sua concepção pessoal como a única relevante e decisiva. Ele deverá, antes, ponderar as concepções em presença para determinar qual delas... sobreleva as demais, de tal modo que lhe seja lícito... toma-la como base da sua sentença». Sobre a própria matéria em causa veja-se agora o § 41 a da GeWO (desde 1960). Sobre a relação entre direito e moralidade (bons costumes), no caso de remissão do direito para os «bons costumes» e em casos aparentados, v. p. ex. PAWLOWSKI, ArchRuSozPhil. 50, 1964, pp. 503 e ss., bem como o meu estudo no Schopenhauerjahrb. 1970., pp. 107 e ss., com indicação de mais bibliografia. Repudiando vivamente a jurisprudência do BGH dos juizes constitucionais. E. STEIN in NJW 1964, p. 1749.

23. Cfr. sobre o ponto Peterfestschrift, 1974, p. 33. LA-RENZ, *Methodenlehre*, 3.ª ed., p. 280, determina agora a

«defensabilidade» do seguinte modo: «O jurista designa uma decisão como 'defensável' quando na verdade a sua rectitude não pode demonstrar-se por forma indubitável, mas também muito menos se pode demonstrar que ela seja 'falsa', se há pelo menos bons fundamentos a favor da sua rectitude».

24. Desde a primeira edição deste livro (1956) valorei positivamente o toque pessoal na decisão «justa» («recta»). Tal elemento pessoal é ainda acolhido como bom por LARENZ, *Methodenlehre*, 1960, pp. 225 e s., 2.ª ed., pp. 271 e s., 3.ª ed., p. 281, K. PETERS, *Gestachten* 2.41. *Jur. Tag*, 1955, pp. 38 e ss., *Strafprozess*, 2.ª ed., 1966, pp. 97 e ss., Arth. KAUFMANN, *Festschr. f. K. PETERS*, 1974, pp. 295 e ss., 304 e ss., R. ZIPPELIUS, *Methodenlehre*, 1974, p. 22. Mesmo H. RUPP, propugnador da vinculação à lei do juiz e do funcionário administrativo (basicamente com muita razão), declara no *NJW* 1973, p. 1973, p. 1774: «A lei não se limita a aceitar resignadamente os subjectivismos do juiz ou do funcionário administrativo, antes tais subjectivismos são acolhidos no pluralismo do Estado de Direito como oportunidade e esperança do individuo de encontrar no juiz, não apenas um computador cego ou um missionário político, mas um ser humano...». Especialmente para a administração exigem um «espaço de responsabilidade pessoal» e de «liberdade de modelação», entre outros, SCHMIDT-EICHSTÄD, *Arch.öff.R* 98, 1973, pp. 173 e ss. (p. 192), M. BULLINGER, *NJW* 1974, pp. 769 e ss. (sob II 1 e II 2 b), W. SCHMIDT, *NJW* 1975, p. 1758, HORN, *Individualisierte Normen*, 1976, pp. 96 e ss.. O *BVerwGer.* (*NJW* 1975, pp. 1373 e ss.) chama ao planeamento sem liberdade de modelação uma contradição em si.

25. Arth. KAUFMANN, *JurSchulg* 1965, pp. 1 e ss. considera isto um mal-entendido. Mas releia-se o que expõe, p. ex., Ernst FUCHS no seu último escrito: *Was will die Freirechtsschule?*, 1929, pp. 12 e ss., 15 e ss., 18 e s., 21, 24 e ss.! Em todo o caso opina KAUFMANN que os adeptos da Escola do Direito Livre se apresentavam como mais radicais do que na verdade eram (p. 5). Também o texto não afirma que eles tenham apelado a uma judicação contra o sentido literal inequívoco, pois fala apenas de «relaxamento» da vinculação. Mas como eles consideravam as leis como predominantemente ambíguas e lacunosas, e então ó «sentimento jurídico geral» era havido como «a fonte de direito a consultar em primeira linha», a valoração

peçoal do juiz era acolhida e saudada como a verdadeira e verídica solução metodológica. Cfr. também A. LAUFS, DRiZ 1973, p. 148.

DIREITO DOS JURISTAS.
CONTINUAÇÃO: PREENCHIMENTO
DE LACUNAS E CORRECÇÃO DO
DIREITO LEGISLADO INCORRECTO

No capítulo precedente vimos o jurista em acção naquele domínio em que a lei o autoriza a exercer, dentro de certos limites, a função do legislador, a efectuar, no lugar deste, «juízos de valor e decisões de vontade». Agora veremos aquele que aplica o Direito remetido para novas vias de pensamento quando se trata de preencher «lacunas» e rectificar «incorecções» no ordenamento jurídico. Podemos reunir «lacunas» e «incorecções» sob o conceito comum de «deficiências»⁽¹⁾. Estamos, pois, em face de duas formas distintas de Direito deficiente. A deficiência a que chamamos «lácuna» é afastada por meio da «integração jurídica». O juiz actúa aqui «praeter legem», «supplendi causa» («supplet praetor in eo, quod legi deest»). Diferentemente, a deficiência a que chamamos «incorecção» é afastada através da «correccção» da lei: o juiz aqui actúa «contra legem», «corrighendi causa». A linha de fronteira entre o preenchimento de lacunas e a correccção jurídica nem sempre é nitida e segura. Ela existe, todavia, em principio, e é importante na medida em que a atitude do órgão aplicador do Direito é, nos

dois casos, inteiramente diversa. Vamos agora ver, ao analisar cada um dos conceitos, como se define aproximadamente essa linha limitrofe.

I

Começamos com o conceito de «*lacuna jurídica*».

As lacunas podem aparecer em todos os ramos do Direito. Não só o juiz, mas também o funcionário administrativo pode sentir-se desorientado por causa delas. Por motivo de simplificação, porém, vamos tratar o problema com referência ao juiz, pois que também para os administrativistas valem considerações paralelas. A primeira questão, que de modo algum é fácil de responder, é a de saber o que devemos entender em geral por uma «lacuna». Se abstrairmos da imagem espacial — fala-se, por exemplo, de uma lacuna na denteição ou numa estacada — o elemento conceitual, aquilo que é transplantável para o domínio do Direito, podemos dizer: uma lacuna é uma incompletude insatisfatória no seio de um todo. Aplicado ao Direito, o conceito de lacuna significa que se trata de uma incompletude insatisfatória no seio do todo jurídico. Um exemplo flagrante forneceu-no-lo, até I-VII-1958, o complexo de lacunas surgido no Direito da família por força do princípio da igualdade. Como se sabe, a nossa Constituição, no artigo 3, al. 2, declarou a igualdade de direitos entre homem e mulher e, no artigo 117, revogou todo o Direito contrário a este princípio da igualdade dos sexos. Durante muito tempo, porém, não se curou de criar uma nova regulamentação condizente. Por isso,

o nosso Direito matrimonial e familiar tornou-se, em larga medida, um Direito «lacunoso». Mas agora novas questões imediatamente se levantam.

1.ª) O que é o todo jurídico dentro do qual se abre a lacuna? O conceito de lacuna jurídica, na verdade, entrelaça-se com o próprio conceito de Direito. Se, ao falarmos do Direito, apenas pensarmos no Direito legislado, «lacuna jurídica» é o mesmo que «lacuna da lei». Mais exactamente, falaremos de uma «lacuna da lei» sempre que desta se não consegue retirar, através da interpretação (no sentido atrás explicitado), qualquer resposta para uma questão jurídica que temos de pôr. Se, pelo contrário, ao falarmos de «Direito», pensarmos no «Direito positivo» na sua totalidade, o qual, além do Direito legislado, também abrange o Direito consuetudinário, então só teremos uma lacuna jurídica quando nem a lei nem o Direito consuetudinário nos dêem resposta a uma questão jurídica. Se o Direito consuetudinário nos fornece qualquer indicação onde a lei nos não diz nada, encontramos-nos perante uma lacuna da lei, mas não em face de uma lacuna do Direito positivo. Ora, se o Direito positivo no seu todo nos apresenta uma lacuna, talvez seja possível colmatar esta através do recurso a ideias do Direito suprapositivo. Estaremos então ainda em face duma lacuna? Mais: Em certas circunstâncias existe a possibilidade de afastar as lacunãs que parecem apresentar-se em face duma simples «interpretação» das leis e que, nestes termos, são «lacunas da lei», através de «argumentos de analogia» e outras operações de pensamento semelhantes baseadas na lei. Se tal é o caso, põe-se então de novo a questão de saber se aqui podemos sequer falar de uma

«lacuna», pois que a lei, na verdade, se bem que tão-só mediatamente, responde à questão jurídica. É como encerrar as coisas quando o legislador, através de clausulas gerais ou através dum abandono tácito da solução dum problema ao juiz, autorizou este a descobrir o Direito por um processo idêntico ao seu? Não significa uma tal autorização que de forma nenhuma poderá surgir uma «lacuna»? Como o Direito da sempre uma resposta através do juiz, sobretudo porque este, por força da «proibição da denegação de justiça», é de todo o modo obrigado a decidir todo e qualquer litúgio jurídico, e como, além disso, esta decisão do juiz se apoia sempre em quaisquer ideias jurídicas, daí resulta que o Direito no seu todo nunca falha, que o ordenamento jurídico é «fechado» («completo») e, portanto, não conhece quaisquer «lacunas». Não será assim atingido na própria raiz o conceito de «lacuna jurídica» como incompletude no todo do Direito? Efectivamente, houve quem desenvolvesse teoremas segundo os quais a «plenitude (fechamento ou completude) da ordem jurídica» foi transformada em dogma e contestada a existência de genuinas lacunas jurídicas. Estes teoremas puderam ainda ser fundamentados através de um conceito filosófico-jurídico muito interessante: o conceito do espaço ajurídico. Este conceito — de resto em si plurifacetado — permite na verdade a seguinte argumentação: O todo jurídico estende-se sobre um determinado domínio e é, nestes termos, fechado. Ao lado daqueles domínios regidos pelo Direito há, na verdade, aqueles outros que não são por ele afectados, como, por exemplo, os domínios do pensamento puro, da crença ou das relações de sociabilidade. Estes domínios caem no

«espaço ajuridico». Aqui não se trata, pois, de lacunas, mas de algo que se situa completamente fora do Direito. Temos, conseqüentemente, a seguinte alternativa: ou uma questão encontra solução no Direito positivo, e então não estamos perante uma lacuna, ou ela não é resolvida pelo Direito positivo, e então cai no «espaço ajuridico» — pelo que também não temos perante nós qualquer lacuna jurídica. Com efeito, uma lacuna jurídica seria uma lacuna *no todo juridico*, quando o certo é que o espaço ajuridico se estende para além e em volta do juridico (assim, BERGBOHM).

Somente poderemos atinar com um caminho através deste emaranhado conceitual se nos concentrarmos num determinado escopo teórico e, sob esta perspectiva, *fixarmos* certos pontos de referência. Temos, pois, que nos refugiar numa espécie de «deficiência nominal». O nosso escopo é neste momento conhecer um tipo particular da actividade do juiz e uma determinada metódica do pensamento do jurista. Falamos a propósito de «integração do Direito». Este conceito de integração jurídica pressupõe logicamente um conceito de lacuna, que nos podemos definir da seguinte maneira: As lacunas são deficiências do Direito positivo (do Direito legislado ou do Direito consuetudinário), apreensíveis como faltas ou falhas de conteúdo de regulamentação jurídica para determinadas situações de facto em que é de esperar essa regulamentação e em que tais falhas postulam e admitem a sua remoção através duma decisão judicial juridico-integradora⁽²⁾. As lacunas aparecem, portanto, quando nem a lei nem o Direito consuetudinário nos dão uma resposta imediata a uma questão jurídica. Como já notámos, a lei fornece

uma resposta quando esta dela é retirada por interpretação, mesmo que seja uma interpretação extensiva. Na medida em que a interpretação baste para responder às questões jurídicas, o Direito não será, pois, lacunoso. Pelo contrário, a «analogia» possui já uma função integradora. Ela não exclui as lacunas, mas fecha-as ou colmata-as. O mesmo vale dizer daquelas considerações jurídicas que se apoiam nos «princípios gerais do Direito». E também quando o legislador consciente e propositadamente deixou uma questão jurídica «em aberto» para decisão, uma questão que ele «deixou ao parecer da ciência e da prática» (tal como é o caso, v. gr., segundo a expressa declaração de motivos anteposta ao Código Penal, da tentativa inadequada (impossível) de um acto criminoso), teremos de falar duma lacuna. Nestes termos, existem não só lacunas involuntárias como também lacunas voluntárias. Inversamente, em minha opinião, já não deveria falar-se de lacuna quando o legislador, através de conceitos normativos indeterminados, ou ainda através de cláusulas gerais e cláusulas discricionárias, reconhece à decisão uma certa margem de variabilidade (diferentemente, em todo o caso, PH. HECK). Com efeito, aqui apenas nos encontramos perante afrouxamentos planeados da vinculação legal, para efeitos, designadamente, de ajustamento da decisão às circunstâncias particulares do caso concreto e às concepções variáveis da comunidade jurídica. Além disso, são sempre aqui prefixadas pela lei à autoridade que decide certas linhas de orientação e certos limites. Por conseguinte, não havemos de olhar as considerações do capítulo precedente como subordinadas às do presente capítulo, mas como situadas ao lado destas, no mesmo

plano. Aceita-se em todo o caso que a linha de fronteira entre a aplicação do Direito *secundum legem* e o preenchimento de lacunas *praeter legem* se torna pouco nítida nas cláusulas gerais e nas cláusulas discricionárias. Por último, decerto que é uma questão terminológica a maior ou menor extensão do conceito de lacuna.

2.^a) Na alínea 1.^a) falámos das «lacunas» sob o aspecto da sua relação intrínseca com o todo jurídico. Agora temos de dedicar especial atenção ao momento ou aspecto da incompletude «insatisfatória», da incompletude *contrária a um plano*. Com efeito, não podemos falar duma lacuna no Direito (positivo) logo que neste não exista uma regulamentação cuja existência nos representamos. Não nos é lícito presumir pura e simplesmente uma determinada regulamentação, antes, temos que sentir a sua falta, se queremos apresentar a sua não-existência como uma «lacuna». Mas a inexistência da regulamentação em causa pode corresponder a um plano do legislador ou da lei, e então não representa uma «lacuna» que tenha de se apresentar sempre como uma «deficiência» que estamos autorizados a superar. Uma tal inexistência *planeada* de certa regulamentação (propriamente uma regulamentação negativa) surge quando uma conduta, cuja punibilidade nós talvez aguardemos, «consciente e deliberadamente» não é declarada como punível pelo Direito positivo. Se esta impunidade nos cai mal, podemos falar na verdade de uma «lacuna político-jurídica», de uma «lacuna crítica», de uma «lacuna imprópria», quer dizer, de uma lacuna do ponto de vista de um futuro Direito mais perfeito («de lege ferenda»);

não, porém, de uma lacuna autêntica e própria, quer dizer, duma lacuna no Direito vigente («de lege lata»). Uma lacuna *de lege ferenda* apenas pode motivar o poder legislativo a uma reforma do Direito, mas não o juiz a um preenchimento da dita lacuna. A colmatação judicial de lacunas pressupõe uma lacuna *de lege lata*. Ora é justamente a partir da tarefa judicial do preenchimento de lacunas que nós pretendemos determinar o conceito destas, pelo que tal conceito é por nós limitado as lacunas *de lege lata*. O conceito acima referido do «espaço ajuridico» tem, pois, uma certa justificação, na medida em que implica a ideia de que a não ligação, «consciente e deliberada», de consequências jurídicas a determinados factos, possivelmente deixa estes factos totalmente fora do Direito e não provoca qualquer verdadeira lacuna. Saber se numa dada hipótese a lei deve ser entendida em termos de se concluir que certos factos pertencem ao domínio do ajuridico, é novamente uma questão de interpretação, na qual a luta entre as teorias interpretativas se volta a acender, dado a questão da ajuridicidade «consciente e deliberada» poder ser respondida, já do ponto de vista do legislador histórico, já, objectivamente, do ponto de vista da lei (cfr. adiante, p. 286). Mas vai-se demasiado longe quando secamente se enuncia um «princípio geral negativo» segundo o qual, sempre que não esteja prevista uma consequência jurídica no Direito positivo, a aplicação desta consequência jurídica é *eo ipso* inadmissível. Assim, por exemplo, faltando a expressa estatuição de uma obrigação de indemnizar para certas espécies de prejuizos, ter-se-ia de concluir sem mais pela rejeição da pretensão do lesado a uma indemnização. Ora a ausência da res-

pectiva consequência jurídica (da obrigação de indenizar) na lei não significa necessariamente a existência de um espaço ajurídico: pode bem acontecer, antes, que aquela ausência represente uma verdadeira lacuna a preencher pelo juiz, por não estar na «vontade» do legislador ou da lei a intenção de excluir a consequência jurídica em questão.

O momento da «incongruência com um plano» ganha particular relevância como elemento do conceito de lacuna quando se trata da ausência de disposições excepcionais. Para uma consideração meramente formal, intervêm então pura e simplesmente o preceito-regra, de forma que também aí se não poderia falar numa «lacuna». Se, por exemplo, a interrupção da gravidez por «indicação social», ou seja, por necessidades económicas, não é expressamente reconhecida pelo Direito, há-de intervir então automaticamente a disposição-regra segundo a qual a interrupção da gravidez é punível como «aborto», nos termos do § 218 do Código Penal. Mas devemos pôr ainda a questão de saber se efectivamente no plano do legislador ou da lei está implícita a intervenção da norma-regra, e não, antes, uma norma-excepção. Na hipótese do nosso exemplo, em todo o caso, ninguém olhará a intervenção da norma-regra como incongruente com o plano do legislador. Todavia, é sempre verdade que o primeiro passo a dar aqui pelo pensamento do julgador consiste em verificar a necessidade e a justificação da integração de lacunas.

Vamos esclarecer melhor, através dum novo exemplo, este ponto metodologicamente tão importante. Uma das mais célebres decisões do Tribunal do Reich em

matéria penal. a sentença de 11-3-1927 (Vol. 61, p. 242 e ss.), teve de ocupar-se da questão da interrupção da gravidez *por indicação médica*. Uma médica, com base num parecer psiquiátrico e para evitar um suicídio, havia interrompido a gravidez numa mulher em que se tinham manifestado tendências para o auto-aniquilamento. Ainda não havia então — e de resto em parte também hoje falta ainda — uma regulamentação jurídica especial sobre a interrupção da gravidez com o fim de salvar a vida ou a saúde das grávidas. O Tribunal do Reich poderia ter resolvido muito facilmente o problema com base numa simples consideração formal e dizer: «Existe, sim, uma regulamentação jurídica. Com efeito, nós temos, por um lado, uma disposição penal que comina uma pena para a morte do feto duma grávida (§ 218 do Código Penal), e temos, por outro lado, certas disposições relativas ao estado de necessidade que excepcionalmente subtraem à punição condutas que doutro modo seriam puníveis. Todavia, estas disposições sobre o estado de necessidade não se ajustam ao caso presente. Não se lhe adapta especialmente o § 54 do Código Penal, o qual exclui a punição quando o acto foi praticado em estado de necessidade inculposo e impossível de remover por outro modo, a fim de afastar um perigo actual para o corpo e para a vida do agente ou de um seu familiar. Este preceito não serve ao caso, por isso que a médica que provocou o aborto não estava ela mesma em situação de perigo e, pelo que respeita à grávida, não se tratava duma parente sua em perigo. Logo, a médica, segundo os preceitos jurídicos vigentes, tem de ser punida pelo crime do aborto». Um tal raciocínio, aparentemente

forçoso do ponto de vista lógico, apenas pôde ser ladeado pelo Tribunal do Reich pelo facto de este haver reconhecido que a regulamentação do aborto, bem como a do estado de necessidade, eram «lacunosas» *de lege lata*. Isto pressupõe que o parágrafo relativo ao aborto como que «clama» por uma excepção para o caso de um perigo de vida ameaçar a grávida, e que a regulamentação do estado de necessidade do § 54, que apenas prevê a isenção da pena quando o perigo ameace o próprio agente ou um parente seu é, por seu turno, havida como insatisfatória do ponto de vista do Direito positivo. Uma das traves-mestras da mencionada sentença do Tribunal do Reich é, por conseguinte, a proposição segundo a qual o preceito sobre o estado de necessidade contido no § 54 do Código Penal não impede que «seja excluída a ilicitude de certos actos praticados em estado de necessidade... com base noutro principio juridico, escrito ou não escrito» (p. 232). Esta proposição significa, à luz das considerações por nós acima feitas, que a regulamentação legal do estado de necessidade contida no § 54 do Código Penal não basta para subtrair à punição todos aqueles casos que, *de lege lata*, devem ser isentos da pena prevista nos parágrafos sobre o aborto. É precisamente aí que se funda o carácter lacunoso de toda a regulamentação legal. Se nada houvesse a opor à punição, com base no § 218, no caso da «indicação médica», se o preceito relativo ao estado de necessidade do § 54 fosse considerado como plenamente satisfatório, e se, portanto, o carácter *defectivo* do regime legal não fosse reconhecido através duma *valoração*, não se poderia falar duma lacuna. Mas, nos termos expostos, existe uma lacuna que o

Tribunal do Reich preencheu pelo recurso ao princípio «supralegal» da «ponderação e confronto dos bens e deveres jurídicos», estabelecendo a regra de que «a interrupção medicamente aconselhável da gravidez... na hipótese de consentimento real ou presumido da grávida, também não constitui acto ilícito se é empreendida por uma terceira pessoa competente para apreciar a situação (da grávida) e quando seja esse o único meio de libertar... a dita grávida de um perigo actual de morte ou de um grave prejuízo para a sua saúde» (p. 256). Mais tarde, procurou-se achar a regulamentação que até aí faltava através do recurso à Lei destinada a evitar descendência degenerada, de 14-VII-1926-26-VI-1935). Hoje vigora o pormenorizado «regime das indicações» do § 218 a (1976).

A sentença do Tribunal do Reich de 1927 mostra-nos também uma vez mais como a pugna das teorias interpretativas intervém: A questão de saber se a falta de uma disposição excepcional para a interrupção da gravidez por indicação médica significa *de lege lata* uma *deficiência*, e portanto, uma lacuna, pode ser analisada do ponto de vista do legislador histórico ou da perspectiva da actual situação jurídica. Muitos crêem que só podemos responder à questão de saber se uma regulamentação legal é lacunosa do ponto de vista do anterior legislador histórico (no nosso caso, e.g., do ponto de vista do legislador de 1871). Segundo a teoria da interpretação objectiva, hoje dominante, a questão deve, pelo contrário, ser respondida do ponto de vista actual. Na minha opinião, na determinação das «lacunas» não nos podemos efectivamente ater apenas à vontade do legislador histórico. A mudança das concep-

ções de vida pode fazer surgir lacunas que anteriormente não haviam sido notadas e que temos de considerar como lacunas do Direito vigente e não simplesmente como «lacunas jurídico-políticas». Como também se diz, não há apenas «lacunas primárias», lacunas de antemão inerentes a uma regulamentação legal, mas ainda «lacunas secundárias», quer dizer, lacunas que só supervenientemente se manifestam, porque entretanto as circunstâncias se modificaram. Isto vale, de resto, não só para a modificação das valorações, mas também pelo que toca à alteração das circunstâncias de facto relativas ao objecto da regulamentação: As regulamentações jurídicas não raro se tornam posteriormente lacunosas pelo facto de, em razão de fenómenos económicos inteiramente novos (pense-se na inflação) ou de progressos técnicos (aviação, filmes, discos, rádio, televisão, cirurgia do cérebro, inseminação artificial), surgirem questões jurídicas às quais a regulamentação anterior não dá qualquer resposta satisfatória⁽³⁾. Quanto ao mais, queremos abster-nos aqui de novas subdivisões do conceito de lacuna. Temos já uma visão suficientemente clara deste conceito como tal para agora nos podermos voltar para o problema principal, que é o de saber através de que métodos de pensamento jurídico se há de proceder ao preenchimento das lacunas.

— O mais conhecido destes métodos é o argumento de analogia. Dele nos temos de ocupar — se bem que apenas sumariamente — em primeiro lugar. Tomemos um exemplo simples: O já nosso conhecido § 226 do Código Penal determina que as ofensas corporais — por exemplo, as tatuagens ou experiências médicas no

corpo humano — não constituem factos ilícitos quando são praticadas com o consentimento do lesado e não são contrárias aos bons costumes. Sobre o significado do consentimento do lesado quando se trata de privação da liberdade (cárcere privado), quando se trata, por exemplo, de fechar um estudante a pedido seu num Instituto, durante toda a noite, para que ele aí possa, sem ser perturbado, trabalhar na sua dissertação, nada determina a lei. Falta uma disposição paralela à do § 226 a. Nestes termos, pode falar-se duma «lacuna». Mas esta lacuna pode ser colmatada através de um argumento de analogia tirado do § 226 a: Tal como a ofensa corporal com o consentimento do lesado, também a privação da liberdade com o consentimento da vítima deve ser lícita, no caso de o facto não ser contrário aos bons costumes.

A estrutura lógico-formal deste argumento tem quebrado a cabeça a muita gente. O mais importante sobre este ponto pode ser encontrado no livro de ULRICH KLUG, *Juristische Logik*, 2.^a ed., pp. 110 ss., onde são apresentadas as principais teorias da lógica tradicional e se procede ainda a um esclarecimento do argumento com base na lógica. Nós apenas nos referimos àqueles pontos nos quais se situa a problemática especial do argumento de analogia jurídica. Usualmente diz-se que a conclusão por analogia é uma conclusão «do particular para o particular», ao passo que a conclusão por dedução vai do geral para o particular e a conclusão indutiva do particular para o geral. A justificação da conclusão dedutiva, a dedução do particular do geral, é sem mais evidente e é rigorosamente demonstrável no plano teórico, especial-

mente com os meios da lógica moderna. A conclusão do particular para o geral, a conclusão indutiva, desde sempre foi considerada como logicamente mais problemática do que a conclusão dedutiva. Finalmente, a conclusão por analogia, como conclusão do particular para o particular, é altamente questionável do ponto de vista lógico. Com que direito me é lícito presumir, ou muito menos «concluir», que aquilo que convém a um particular também convém a outro particular? Com que direito, no nosso exemplo, concluo eu da eficácia justificadora do consentimento nas ofensas corporais para a eficácia justificadora do consentimento na privação da liberdade (cárcere privado), dado que a lesão corporal e a privação da liberdade são diferentes espécies de ilícito? A resposta é: a ofensa corporal e a privação da liberdade são semelhantes entre si em tal medida que aquilo que é justo para a primeira também o é para a segunda. E, assim, o multissignificativo conceito de semelhança torna-se o eixo da conclusão. Ao mesmo tempo, destaca-se a importância do geral, do comum, para a legitimidade da conclusão. A ofensa corporal e a privação da liberdade hão-de ter algo em comum (a saber, a violação de interesses pessoais), para poderem ser submetidas a um tratamento igual. Daí a antiga concepção de que a conclusão analógica se compõe de indução e dedução. Somente quando, dos fenómenos particulares, a partir dos quais se conclui (no nosso exemplo: a regulamentação da ofensa corporal praticada com o consentimento do lesado), se abstrai um pensamento geral (no exemplo: a licitude da violação dos interesses privados quando exista o consentimento do lesado), é que é possível concluir (dedu-

ção⁽⁴¹⁾ para um outro particular (a licitude da privação da liberdade quando exista o consentimento da vítima).

Se agora, após estas indicações sobre a lógica do argumento de analogia, nos voltarmos mais para a problemática «axiológica» especial do mesmo argumento no domínio do pensamento jurídico, poderemos dizer: Para que exista uma conclusão de analogia juridicamente admissível, requer-se a prova de que o particular, em relação ao qual a regulamentação falha (no exemplo: a privação da liberdade com consentimento), tenha em comum com o particular para o qual existe regulamentação (no exemplo: a ofensa corporal com consentimento) aqueles elementos sobre os quais a regulamentação jurídica (§ 226 a) se apoia. O § 226 a baseia-se na antiga máxima segundo a qual «volenti non fit iniuria», cuja validade em todo o caso pressupõe que se trate de ofensas que afectem aquele que presta o consentimento na sua pessoa, e o afectem dentro daquela medida em que ele tem o poder de dispor dos seus bens pessoais. O mesmo § 226 a traça ainda um limite especial a esta liberdade de disposição ao exigir que se tenham em conta os «bons costumes». Somente porque a máxima «volenti non fit iniuria» e os respectivos pressupostos valem para a privação da liberdade da mesma forma que para a ofensa corporal, é que é possível transplantar *per analogiam* a regulamentação jurídica do § 226 a da ofensa corporal para a privação da liberdade. A «semelhança» entre a ofensa corporal e a privação da liberdade consiste precisamente no facto de que, aqui como além, são lesados bens jurídicos pessoais que, dentro de certos limites, são confiados ao poder de disposição do prejudicado. A

analogia é lícita enquanto se verificar aquela semelhança. Lá onde a semelhança cessa, onde aparece uma diferença essencial, a analogia encontra os seus limites e surge, em certos casos, o chamado argumento *a contrario*, a saber, o argumento que parte da diversidade dos pressupostos para a diversidade das consequências jurídicas. Se, por exemplo, um aborto foi praticado com o consentimento da grávida, segundo o argumento *a contrario* tirado do § 226 a do Código Penal o consentimento como tal não tem poder para afastar a ilicitude, pois que o aborto não representa tão-somente uma lesão do corpo da grávida, o feto não é simplesmente «pars viscerum» (parte integrante do corpo materno) e, por isso, também não é um bem jurídico pessoal do qual a grávida possa dispor; a mais disso, o aborto, na medida em que não exista uma indicação moralmente reconhecida, ofende os bons costumes.

Como é sabido, tem-se utilizado o facto de o jurista frequentemente se encontrar perante a alternativa: argumento de analogia ou argumento *a contrario*, e de se debater com a dúvida sobre a qual destes argumentos deve dar preferência, tem-se utilizado este facto, dizia, para, no plano lógico, lançar uma fundamental suspeição sobre estes modos de argumentação jurídica. Especialmente a Escola de Direito Livre atacou neste ponto. Tomemos um exemplo simples, já referido por ENNECCERUS e recentemente ainda por BARTHOLOMEYCZIK⁽⁵⁾: Segundo a Lei das Doze Tábuas (cfr. Digesto, Livro IX, Título 1) o proprietário dum «quadrúpede» (*quadrupes*) responde pelos prejuízos que o animal tenha causado (cfr. de resto a actual responsabilidade do «mantenedor» dum animal: § 833 do Código

Civil). Ora levantou-se a questão da responsabilidade do proprietário pelos prejuízos causados por um animal bipede, por exemplo, um avestruz africano. Se mantivermos o ponto de vista de que, através duma «simples interpretação», um animal bipede não pode ser convertido num «quadrupes», achamo-nos perante a alternativa: argumento de analogia ou argumento *a contrario*. No puro plano lógico-formal estes dois argumentos, que conduzem a resultados completamente diferentes, têm a mesma legitimidade. Tanto se pode dizer que aquilo que vale para quadrúpedes deve valer também, em virtude da semelhança, para animais bípedes igualmente perigosos, como se pode concluir que aquilo que é prescrito em relação a quadrúpedes não pode valer para outros animais. Os próprios romanos preferiram o argumento de analogia: «haec actio utilis competit et si non quadrupes, sed aliud animal pauperium fecit» (assim PAULUS, Digesto, lugar já citado). E isto com inteira razão, pois que «o fim jurídico-político do preceito sobre a responsabilidade era o de estabelecer uma responsabilidade especial por seres vivos que podem, sim, agir desatinadamente, mas que não são dotados de razão humana e, por isso em consequência da sua natureza bestial, podem com particular facilidade causar prejuízos graves» (BARTHOLOMEYCZIK, lugar já citado). Verificamos que a escolha entre o argumento de analogia e o argumento *a contrario* não pode de facto fazer-se no plano da pura lógica. A lógica tem que combinar-se com a teleológica. Quer isto dizer: O processo formal de conclusão, que, é claro, tem de ser logicamente correcto, praticamente só funciona em ligação com determinados conhecimentos materiais que

têm de ser adquiridos através duma metódica especificamente jurídica. Podemos mesmo avançar mais um passo e afirmar: o argumento jurídico da analogia não se nutre apenas da sua segurança lógica e da sua aplicabilidade jurídico-prática baseada na «semelhança jurídica», mas mergulha as suas raízes ainda mais profundamente no chão do Direito ao pressupor que, para a aplicação deste, os preceitos legais e consuetudinários podem e devem ser frutuosa não só directa como ainda indirectamente. Os juízos de valor gerais da lei e do Direito consuetudinário devem regular e dominar não só os casos a que imediatamente respeitam mas também aqueles que apresentem uma configuração semelhante.

Eis o que de fundamental se pode dizer sobre o argumento de analogia como meio do preenchimento de lacunas. Quanto aos múltiplos problemas particulares conexos com o conceito de «analogia» no Direito, só sucintamente os podemos aflorar aqui, que não tratá-los desenvolvidamente:

1) Toda a regra jurídica é susceptível de aplicação analógica — não só a lei em sentido estrito, mas também qualquer espécie de estatuto e ainda a norma de Direito consuetudinário. As conclusões por analogia não têm apenas cabimento dentro do mesmo ramo de Direito, nem tão-pouco dentro de cada Código, mas verificam-se também de um para outro Código e de um ramo de Direito para outro⁽⁶⁾.

2) Vemos a analogia intercalada entre a interpretação e o argumento *a contrario*. Assim como não é muito fácil determinar, em cada caso concreto, a justa relação entre o argumento de analogia e o argumento *a*

contrario, também nem sempre é fácil descobrir a correcta linha de fronteira entre a interpretação e a analogia. De um modo geral podemos dizer: a analogia insere-se por detrás da interpretação, por detrás mesmo da interpretação extensiva. Se, para a interpretação, se assenta na regra de que ela encontra o seu limite lá onde o sentido possível das palavras já não dá cobertura a uma decisão jurídica (HECK: «O limite das hipóteses de interpretação é o 'sentido possível de letra'»), é neste limite que começa a indagação de um argumento de analogia. Seja-nos permitido lembrar uma vez mais o exemplo do avestruz, que nem mesmo com a melhor das boas vontades pode ser enquadrado *per interpretationem* no conceito de «quadrupes», pois que a isso se opõe o sentido literal. Não raramente, porém, é duvidoso se o sentido literal não poderá ser referido à situação concreta através duma «interpretação extensiva». Quando, por exemplo, o § 46 do Código Penal garante isenção da pena ao «agente» se este espontaneamente desiste da tentativa, põe-se a questão de saber se, «segundo o teor literal», por «agente» se pode entender também um participante — por exemplo, um instigador ou um cúmplice. Seguramente, pois, que a linha limitrofe entre a interpretação (especialmente a interpretação extensiva), por um lado, e a analogia, pelo outro, é fluida. E isto tem importância prática, nomeadamente quando seja juridicamente permitida toda e qualquer espécie de interpretação mas seja proibida, ao invés, uma aplicação analógica dos preceitos jurídicos (*vide infra*, al. 5).

3) As questões da metodologia da interpretação reaparecem, *mutatis mutāndis*, na analogia, especial-

mente a questão de saber em que medida, para a descoberta do «pensamento fundamental» decisivo, se deve procurar a vontade do legislador histórico ou a vontade «objectiva» da própria lei, e, logo, a questão de saber que significado têm os fins inerentes a um preceito para a apreensão do respectivo sentido (não se conhece apenas uma interpretação teleológica, mas também, como podemos verificar no nosso exemplo, uma analogia teleológica).

4) Distingue-se tradicionalmente entre analogia da lei e analogia do Direito. São estes mais ou menos os termos da distinção: Ao passo que a analogia da lei parte de uma regra jurídica isolada (v. gr., o § 226a do Código Penal) e dela retira um pensamento fundamental aplicável a casos semelhantes, a analogia do Direito parte «duma pluralidade de normas jurídicas» e «desenvolve com base nelas (através da indução) princípios mais gerais que aplica a casos que não cabem em nenhuma norma jurídica» (assim ENNECCERUS)⁷¹. Um exemplo de analogia do Direito surge, v. gr., quando, de uma série de preceitos individuais do Código Civil que impõe a obrigação de indemnizar por uma conduta culposa em face da contraparte contratual, na fase da contratação (§§ 122, 179, 307, 309, 463, 2.ª parte, 523, al.I, 524, al.I, 600 e 663 do Código Civil), se deriva o princípio geral de que logo a simples iniciação das negociações fundamenta um dever de cuidado entre as partes cuja violação induz em responsabilidade por perdas e danos (a chamada responsabilidade por *culpa in contrahendo*). Vê-se claramente que a distinção entre analogia da lei e analogia do Direito, assim entendida, no fundo apenas se refere à base de

indução usada na elaboração do pensamento fundamental, base essa que num caso é mais restrita e no outro é mais ampla. Com razão se poderia, pois, dizer que apenas se trata aqui de uma diferença de grau. A outras tentativas de definir a distinção entre analogia da lei e analogia do Direito não nos referiremos aqui.

5) Há limites para a analogia. Questionável é, em todo o caso, a famosa máxima: *singularia non sunt extendenda*, quer dizer, os preceitos excepcionais não podem ser estendidos — nem mesmo através da analogia, portanto. Na verdade, vale afirmar: Se uma disposição é editada para um determinado caso excepcional ou para um grupo de tais casos, não pode, é evidente, ser analogicamente aplicada a casos nos quais se não verifique esta situação excepcional. Quando, por exemplo, os §§ 844 e 845 do Código Civil reconhecem excepcionalmente a certos grupos de pessoas imediatamente prejudicadas por actos ilícitos um direito à indemnização, conferindo, por exemplo, aos membros da família com direito a alimentos e prejudicados pela morte culposa do chefe de família, um direito a uma pensão alimentar, estes preceitos não podem ser aplicados em benefício de outras pessoas indirectamente prejudicadas, não podem ser aplicados, e. g., em benefício de pessoas que poderiam ser contempladas com liberalidades ou beneficências espontâneas por parte do falecido. Aqui há lugar, pois, para o argumento *a contrario*: na falta dos pressupostos particulares, a consequência jurídica específica tem de ser denegada. Mas, por outro lado, nos limites do pensamento fundamental do preceito excepcional, é bem possível uma analogia. Quando, por exemplo, o § 247 do Código de

Processo Penal permite que o acusado, com direito em princípio a estar presente no julgamento, seja excepcionalmente afastado da sala de audiências, porque «é de recear que um co-réu ou uma testemunha, ao ser ouvida na presença daquele acusado não dirá a verdade», é possível uma aplicação analógica deste preceito «singular» ao caso de uma testemunha, na presença do acusado, ficar psiquicamente incapaz de fazer *sequer* um depoimento. O Tribunal do Reich teve de decidir o interessante caso (cfr. RGSt. 73, pp. 355 e ss.) em que uma testemunha, contra a qual o acusado havia praticado uma tentativa de violação, no julgamento e na presença do mesmo acusado caía em convulsões e ficava incapaz de depor. Aquele Tribunal fez propósito a seguinte consideração: «O pensamento fundamental do preceito do § 247, al. I, do Código de Processo Penal consiste em que a presença do acusado durante a audiência de uma testemunha não deverá constituir qualquer obstáculo à serena indagação da verdade». O receio de a testemunha, por causa da grave doença nervosa que o facto do acusado lhe provocou, não poder fazer qualquer depoimento na presença deste, «deve ser equiparado ao receio de a testemunha não fazer um depoimento verídico, que é a única justificação expressamente (!) prevista pelo § 247 do Código de Processo Penal para a medida nele referida».

A máxima «*singularia non sunt extendenda*» deve, portanto, ser manejada com a maior cautela e não diz propriamente nada de novo em face das considerações anteriormente feitas sobre a relação entre a analogia e o argumento *a contrario*. Diversamente, tem de reconhecer-se como limite à admissibilidade da analogia a

proibição desta, por vezes estabelecida pelo legislador. O mais célebre caso de aplicação está contido no princípio de Direito Penal «*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*», o qual, segundo uma concepção inteiramente dominante, implica a proibição de fundar a condenação e a punição por acto ilícito numa lei que apenas mediatamente seja aplicável (*vide* actualmente o artigo 103, al. 2, da Constituição). Isto quer dizer que é, por exemplo, inadmissível punir como violação de domicílio as chamadas telefónicas nocturnas feitas com intuito malicioso, pois o preceito penal do § 123 exige que o perturbador da paz domiciliar se «introduz» na habitação. É pelo menos questionável a jurisprudência do Tribunal Federal segundo a qual o ácido clorídrico diluído é uma «arma», nos termos do § 223 a do Código Penal (BGHSt. I, pp. 1 e ss.). Como critério decisivo para a determinação dos limites entre uma interpretação extensiva, ainda permitida, e uma aplicação analógica, que já o não é — determinação essa que, sendo necessária em cada novo caso, é frequentemente insegura —, temos de novo o sentido literal possível⁽⁸⁾.

De outros argumentos que, de forma semelhante à da conclusão analógica e à do argumento *a contrario*, podem servir para utilizar dadas normas jurídicas com o fim de preencher lacunas, não podemos tratar aqui. Deixamos, portanto, de lado o «argumentum a majori ad minus», o seu inverso, o «argumentum a minori ad majus», e outros argumentos semelhantes⁽⁹⁾. Agora vamos voltar-nos para a questão de saber por que modo se deve proceder ao preenchimento de lacunas quando a «capacidade de expansão» lógica e teleológica da lei ou

de uma norma de Direito consuetudinário não baste para descobrir e fundamentar a decisão procurada.

Como exemplo impressionante começaremos por esboçar aqui apenas brevemente o problema do erro sobre a proibição no Direito penal, o qual na verdade desde 1.1.1975, em virtude de regulamentação legal pela segunda lei de reforma do Código Penal (§ 17 deste Código) não representa já uma «lacuna», mas que até então, à falta de um preceito directamente aplicável, constituía um dos mais inseguros objectos de disputa da dogmática jurídico-penal. Pois o Código Penal de 1871 declarava na verdade que o autor de uma acção punível não podia ser censurado a título de ter cometido dolosamente o crime, quando desconhecia (p. ex., não sabia que fazia uma afirmação falsa, ou não lhe passou pela mente que estava a provocar um incêndio) aquelas circunstâncias ou consequências da sua conduta com as quais se preenchia a «hipótese legal» de um ilícito penal. Mas já não era respondida a questão de saber como resolver o problema do dolo do agente quando este na verdade teve presentes todas as circunstâncias da sua acção ou omissão mas julgou que não violava qualquer proibição (p. ex., considerava a homossexualidade como lícita em geral). Não é já indicado apresentar as diferentes teorias que se formaram para a colmatação desta melindrosa «lacuna» e descrever como se comportou a jurisprudência perante esta questão. Mas certamente continua a interessar como é que o BGHStr., pouco após ter retomado a sua actividade, através de uma «complementação do direito» muito radical (BGHStr. vol. 2, pp. 194 e ss.) fez desaparecer a debatida questão ainda em aberto até aos últimos

anos. Designadamente, remontou ao «princípio básico intangível de toda a punição, que pressupõe a culpa». Desenvolvendo mais este princípio por meio de uma análise da «essência» da culpa (culpa é «censurabilidade»), chegou à conclusão de que o agente de um delito só terá procedido com culpa quando tenha tido a consciência de praticar um ilícito ou pelo menos tivesse podido adquirir tal consciência «se fizesse o esforço devido» — uma solução tão simples como satisfatória já proposta antes por vários autores na ciência do Direito penal e que depois também o legislador penal aceitou com esta formulação ainda mais simples: «Se, ao cometer o facto, falta ao agente o conhecimento de que pratica um ilícito, age sem culpa, quando não tenha tido possibilidade de evitar este erro. Se o agente pôde evitar o erro, a pena pode... ser reduzida» (§ 17 do Código Penal). O BGH considerou expressamente como sendo sua tarefa «descobrir e aplicar, pela via heurística judicial, aqueles princípios jurídicos que asseguram a actuação do princípio da culpa e se conformam à essência da mesma culpa». Sim, numa passagem (sob V) aquele Tribunal declara mesmo que, na busca judicial da regulamentação legal «em falta » se trata de «princípios jurídicos — anteriores a qualquer norma legal — que resultam necessariamente da essência da culpa». É, pois, uma espécie de «direito natural» que assim é proclamado.

Se agora quisermos confrontar com este exemplo, que é um exemplo «histórico» no duplo sentido acima definido, um problema de lacuna «actual», candente, e ainda não definitivamente resolvido, serve-nos para o efeito um singular grupo de casos do domínio do auxílio

à eutanásia, hoje tão debatido. Como apreciar juridicamente um tratamento médico com morfina para aliviar as dores insuportáveis de um paciente já irremediavelmente condenado à morte, no caso de existir o perigo de, através da alta dose indicada, ser apressada a morte do paciente? Na medida em que nos mantivermos apegados à lei penal e à sua «interpretação» tradicional, temos de reconhecer o seguinte: o encurtamento da vida conscientemente «aceite» ou «dado de barato» (porque prognosticado como altamente provável) é um acto de homicídio doloso (voluntário), que em todo o caso pode ser punido com uma pena mais branda quando possa estar ligado à «solicitação expressa e séria» do paciente morto (§ 216), a qual solicitação de resto talvez não possa ser vista desde logo no apelo usual: «senhor doutor, ajude-me!». E também é duvidosa a existência de um erro invencível sobre a proibição por parte do médico que provoca a «morte misericordiosa». Mas repetidas vezes surgem casos nos quais a primitiva apreciação *prima facie* de Direito penal é sentida como insatisfatória, sim, mesmo como desumana. E por isso se procuram pontos de vista que permitam, por um lado, considerar a regulamentação legal como «lacunosa» e «carecida de complementação» e, por outro lado, rectificá-la de um modo satisfatório. Como tais pontos de vista podem referir-se (em poucas palavras): a autonomia do paciente que está a morrer, a vocação institucional da profissão médica, que é ajudar aquele com as suas medidas médicas, mesmo quando a estas vão ligados certos riscos, a «razoável» ponderação dos interesses (logo, de novo o «estado de necessidade supra-legal»!), o afirmar-se da moral (da moral da

compaixão) perante exigências excessivamente rigo-
rosas, a mudança das concepções mundividenciais e
religiosas, a necessidade de um julgamento particular
dos «criminosos por convicção», a consideração da
«dignidade humana» reconhecida na Lei Fundamental e
impondo que, sempre que possível, não se deixe o
homem exposto a um fim «repugnante», etc..

Se agora reconsiderarmos e indagarmos em que medida, para além da analogia, do argumento *a contrario* e argumentos semelhantes, é possível trazer à colação máximas e «topoi» da espécie das acabadas de referir, que se apresentem como juridicamente reconhecidas ou pelo menos discutíveis («defensáveis»), encontramos na legislação (como directivas gerais), na jurisprudência e na doutrina, além das já mencionadas figuras jurídicas e figuras de pensamento (essência da culpa, estado de necessidade supralegal, instituição) declarados como critérios relevantes ou determinantes ainda os seguintes: os princípios gerais do direito, o espírito da ordem jurídica, as valorações da camada dirigente, o «direito justo», o direito natural ou a «natureza das coisas», «o meio justo para o fim justo», muitas vezes ainda (nomeadamente no círculo dos sequazes da Escola do Direito Livre) a «valoração própria e criadora do juiz». A própria legislação tem-se sentido frequentemente impelida a remeter para esta ou aquela máxima, para o caso do aparecimento de lacunas. Para os «princípios gerais» remetia já o Direito Provincial Geral da Prússia, na Introdução, § 49, e o Projecto do Código Civil, § 1, fazia-o para o «espírito da ordem jurídica». O *Codex iuris canonici* de 1917 igualmente determina, no cânón

20. que, na falta de normas expressa ou analogicamente aplicáveis, a decisão deve ser retirada «a generalibus iuris principiis cum aequitate canonica servatis». O artigo 38 do Estatuto do Tribunal Permanente de Justiça Internacional da Haia invoca os «princípios de Direito concordemente reconhecidos pelos Estados civilizados». Mas o princípio que alcançou uma particular celebridade foi o do artigo I do Código Civil suíço, princípio esse que já remonta a ARISTOTELES (Ética Nic. V 14): «No caso de não ser possível descobrir na lei qualquer norma, o juiz deve decidir segundo o Direito consuetudinário e, se também este faltar, segundo a regra que ele, como legislador, estabeleceria, seguindo a doutrina e jurisprudência consagradas».

Temos que nos abster de focar aqui a questão de saber de onde procedem propriamente todos estes princípios relativos ao preenchimento de lacunas e em que relação hierárquica se encontram entre si (se, v. gr., na falta do Direito consuetudinário e da analogia, se deve recorrer primeiro as valorações da camada dirigente e só depois aos princípios gerais do Direito, ou inversamente, e ainda se a valoração pessoal do juiz tem uma importância primária ou apenas deve constituir um *ultimum refugium*). Ela é uma questão filosófico-jurídica por excelência. Frequentemente fundamenta-se a competência do juiz para preencher as lacunas e a legitimidade deste ou daquele método de as colmatar num poder especial conferido por lei ou no Direito consuetudinário, e especialmente ainda na posição tradicional do juiz — o que sem dúvida constitui uma solução positivista da questão. Ao tema do nosso livro apenas pertence o problema de saber quais as ope-

rações mentais a que as citadas fórmulas nos obrigam. Mas também este problema é tão complexo que temos que nos contentar com indicações esquemáticas. Conforme o grau de abstracção dos chamados «princípios do ordenamento jurídico», assim resulta uma diversidade de fórmulas. Trata-se de princípios dotados de validade geral, ou deve pensar-se antes em princípios histórico-concretos, pertencentes a uma ordem jurídica «individual»⁷¹⁰. É claro que um preenchimento de lacunas segundo os princípios jurídicos gerais ou segundo o «Direito natural» tem em vista, em primeira linha, princípios jurídicos absolutos, de validade absolutamente geral, ou pelo menos máximas formais como o princípio da ponderação e confronto dos bens e deveres jurídicos ou o princípio do «meio justo para o fim justo», cujo conteúdo pode então ser reconduzido, sem dúvida, a particulares dados históricos. Ao contrário, as fórmulas que se referem ao «espírito da ordem jurídica» ou, ainda mais claramente, aquelas que se referem às «valorações da camada dirigente», remetem de modo inteiramente imediato para princípios apenas historicamente válidos. Se recordarmos de novo os nossos exemplos, haveremos de considerar a solução dada ao problema do erro sobre a proibição — não obstante a sua discutibilidade — como uma decisão de validade geral, ao passo que a solução do problema da interrupção da gravidez por indicação ética se apresentará antes como uma decisão condicionada por valorações historicamente variáveis. Pelo que respeita agora ao preenchimento de lacunas através do recurso à ideia do Direito natural, diremos que o pensamento jurídico envereda abertamente neste caso por trilhos filosófico-

-jurídicos que nós agora não podemos seguir, pois não podemos oferecer aqui qualquer lógica do Direito natural. Pelo contrário, na medida em que o preenchimento das lacunas recorre a valorações historicamente dadas, aplicam-se-lhe aquelas considerações que no capítulo anterior dedicámos à valoração judicial «objectiva» (feita com base em valorações previamente dadas). Aqui transparece de novo, em todo o caso, que os limites entre conceitos normativos e cláusulas que remetem para valorações determinadas («ofensa dos bons costumes», e. g.), por um lado, e os princípios do preenchimento de lacunas, pelo outro, se diluem, pelo que também os limites entre a descoberta do Direito *secundum legem* e a descoberta do Direito *praeter legem* se nos revelam pouco claros. De especial interesse metodológico são, porém, as máximas formais do preenchimento de lacunas, como o princípio do meio justo para o fim justo, ou o princípio da ponderação e confronto dos bens e deveres jurídicos, ou a «lei jurídica fundamental» estabelecida por SAUER, que fixa como critério de orientação a «maior utilidade possível para a comunidade estatal, um proveito maior que o prejuízo». Pelo que respeita ao princípio do meio justo para o fim justo, que, por exemplo, Eb. SCHMIDT, na esteira de certas ideias de STAMMLER e GRAF zu DOHNA, recomenda como meio de preenchimento de lacunas (e fá-lo precisamente também a propósito da interrupção da gravidez por indicação especial), é evidente que ele exige, além de considerações puramente teleológicas sobre a aptidão de uma regulamentação jurídica para a realização prática de determinados fins, uma valoração jurídica, moral ou cultural tanto do próprio fim como do

meio de que se lança mão para o atingir. O princípio da ponderação e confronto dos bens e deveres, que já aparece na literatura jurídica do século passado, por exemplo no *Handbuch des Strafrechts* de BINDING, de 1885 (p. 760), foi aceito pelo Tribunal do Reich na sua já mencionada decisão sobre a interrupção da gravidez por indicação médica (RGSt. 61, pp. 242 e ss.) e aí formulado da seguinte maneira: «Em situações da vida nas quais uma acção que preenche exteriormente o tipo legal de uma espécie criminosa é o único meio de proteger um bem jurídico ou de cumprir um dever imposto ou reconhecido pelo Direito, a questão de saber se aquela acção é lícita, não é proibida, ou é ilícita deve ser decidida com base no valor relativo que o Direito vigente reconhece aos bens jurídicos ou deveres em conflito» (p. 254)⁽¹¹⁾. É patente que esta fórmula, além de considerações práticas, além de considerações técnicas (qual a gravidade do perigo que ameaça o bem jurídico, em que medida é necessário sacrificar um bem ou um dever?), exige também genuínas valorações (qual o bem, qual o dever que é mais elevado e mais importante?). Estas valorações, por seu turno, hão-de então eventualmente apoiar-se de novo em quaisquer critérios de valor «objectivos». O Tribunal do Reich procurou uma ligação com o «Direito vigente», considerando que das molduras penais do Código Penal se poderia retirar uma qualquer indicação sobre a valoração relativa dos diferentes bens jurídicos. Assim, por exemplo, como o assassinato (homicídio qualificado) e o homicídio simples são punidos mais severamente do que o aborto, isto mostra que a vida duma pessoa (nascida) tem uma cotação superior à da vida do feto. E

algo de semelhante se poderia dizer a respeito da «lei jurídica fundamental» de SAUER.

Mas também a fórmula do Código Civil suíço levanta problemas muito delicados. Em que medida, por exemplo, deve o juiz, que se ha-de comportar como legislador, apoiar-se na sua concepção eminentemente pessoal duma legislação acertada, e em que medida deve ele esforçar-se por manter uma ligação com o legislador histórico? Segundo que princípios actua afinal o próprio legislador na descoberta do Direito? Recentemente o jurista suíço A. MEIER-HAYOZ dedicou ao artigo I, al. 2. do Código Civil suíço um extenso livro com o título: «Der Richter als Gesetzgeber» (1951). Para ele remetemos o leitor. O problema da descoberta do Direito pelo legislador, o problema da «metodologia legislativa», constitui por si um domínio problemático próprio e extenso a que aqui apenas nos podemos referir mas em que não podemos entrar.

Finalmente, pelo que respeita à «valoração pessoal do juiz», considerada por muitos juristas, dentro e fora da Escola de Direito Livre, como meio do preenchimento de lacunas, depois do que sobre ela dissemos no capítulo VI nada mais precisamos de acrescentar aqui. A questão decisiva será sempre a de saber em que medida «a valoração pessoal» é entendida como uma decisão efectivamente pessoal, subjectiva, e em que medida ela é uma decisão que encontra apoio em critérios objectivos. Na dúvida procurar-se-á, no preenchimento de lacunas, uma decisão objectiva.

Permanece ainda por tratar a questão de saber se, apesar de todas as descritas possibilidades de uma descoberta integradora do Direito, não haverá casos nos

quais não seja possível uma colmatação das lacunas, por outras palavras, se, além das lacunas do Direito positivo, não haverá finalmente lacunas da ordem jurídica global. Também esta questão é mais uma questão filosófico-jurídica do que uma questão metodológica. A propósito observemos muito brevemente que de facto podem ficar em aberto lacunas insusceptíveis de preenchimento, que o dogma da «plenitude do ordenamento jurídico», tal como foi descrito por STAMMLER (entre outros), segundo o qual «para cada questão jurídica há-de também ser sempre possível encontrar uma resposta», não é absolutamente válido. É verdade que vale em geral a conhecida proibição da denegação de justiça, que achou a sua formulação clássica no artigo 4 do *Code Civil* francês («Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice»). Esta proibição obriga o juiz a dar a toda a questão jurídica uma resposta. Mas ela não é válida *a priori*: seria na verdade concebível que o juiz tivesse o poder de, em casos de lacuna, recusar a resposta. Acresce que nem a propósito de todas as questões jurídicas se acha designado um tribunal para a solução do conflito. Pensemos tão-só nos litígios de Direito público e nos de Direito internacional. A ampla competência do nosso Tribunal Federal Constitucional é tudo menos uma questão claramente definida. E mesmo quando um tribunal seja chamado a decidir e seja obrigado a fazê-lo, isso não quer dizer que a sua decisão possa ser suficientemente fundamentada a partir de princípios jurídicos, que ela seja, portanto, uma decisão *de Direito* e não uma simples

decisão arbitrária. Em geral, todavia, um tribunal não tem competência nem é designado para proferir uma decisão segundo o arbitrio ou segundo pontos de vista de oportunidade apenas. O Tribunal Federal, no seu parecer sobre o problema da igualdade dos sexos, declarou como incompatível com a divisão dos poderes (do Estado) o facto de o juiz, para se desempenhar da «sua tarefa de, em caso de necessidade, descobrir o Direito mesmo para além da lei», «em vez de o indagar através duma simples desimplificação (*scl.* de um principio juridico) o procurar estabelecer através de actos de vontade, segundo pontos de vista de prática conveniência».

Nestes termos, portanto, não existe uma plenitude (fechamento) da ordem jurídica que seja lógica e teoretico-juridicamente necessária. Todavia, sempre é verdade que a plenitude da ordem jurídica pode ser mantida como uma ideia «regulativa», como um «principio da razão que, enquanto regra, postula o que da nossa parte... deve acontecer, e não aceita o que no objecto... nos é apresentado como um dado em si» (KANT, *Kritik Der Reinen Vernunft*, Transz. Dial. Livro II, 2.^a parte, secção 8.^a). O que de nós se exige é que, segundo as nossas forças, a todas as questões juridicas respondamos juridicamente, que colmatemos as lacunas do Direito positivo, na medida do possível, através de ideias juridicas.

II

Ao lado do principio da plenitude do ordenamento juridico cabe situar o principio da unidade do ordena-

mento jurídico. Este principio pode conduzir-nos ao segundo grupo de questões que nos propomos tratar neste capítulo: o das questões pertinentes à *correção do Direito incorrecto*. E verdade que a importância da unidade da ordem jurídica se estende muito para além deste complexo de questões, mas em todo o caso tem também sobre ele uma profunda incidência. Com efeito, uma das faces do principio da unidade é justamente o postulado da exclusão das contradições no seio da ordem jurídica. As contradições apresentam-se como erros ou incorrecções, se bem que nem toda a incorrecção precise de ser, inversamente, uma contradição. Mas comecemos agora por tratar daquelas incorrecções que aparecem sob a forma de contradições. (Sobre outras incorrecções falaremos adiante, secção III).

As contradições na ordem jurídica — por razões de simplicidade voltamos a partir do Direito legislado — são de especie diferente. Por um lado, e em paralelo com a classificação das lacunas em primárias e secundárias, podemos distinguir também entre contradições primárias e secundárias, conforme a contradição podia ser topada desde o início num complexo de regras jurídicas ou so mais tarde veio a ser aí introduzida. Este último caso é muito mais frequente que o primeiro. Na verdade, a harmonia interna de um complexo de normas posto em vigor *uno actu* é, na maioria dos casos, objecto de cuidados que são coroados de êxito. Ao contrário, facilmente acontece que um legislador, ao editar novas normas, não se dê conta de uma contradição com normas individuais preexistentes no todo jurídico mais amplo em que ele insere a nova regulamentação. E, finalmente, após as subversões e quedas

de regimes políticos, surgem normalmente discrepâncias entre a antiga e a nova situação jurídica. Foi o que nós experimentamos profundamente na Alemanha nos anos de 1918, 1933 e 1945. Os tribunais e outras autoridades estaduais tiveram de aplicar muito esforço ao esclarecimento da questão de saber quais os preceitos do antigo Direito que poderiam ainda harmonizar-se com a nova situação jurídica, e quais os que não. Assim, após 1945, houve frequentemente que verificar se as regras jurídicas que o legislador «pré-constitucional» tinha criado ainda seriam compatíveis com a nova ordem do Estado de Direito e com a Constituição de 1949. Neste caso, dificuldades particulares surgiram motivadas pelo facto de as contradições entre o antigo e o novo Direito nem sempre poderem ser apreendidas com base em regras jurídicas firmemente definidas, mas apenas resultarem do «espírito» da antiga e da nova ordem.

Isto conduz-nos já à questão principal, que é a de saber que estrutura pode ter uma contradição no seio da ordem jurídica. Segundo penso, podemos distinguir as seguintes espécies de contradições, cada uma das quais tem o seu alcance particular e o seu particular significado metodológico — a tratar aqui também caso por caso — ⁽¹²⁾:

1) *Contradições de técnica legislativa*. Estas consistem, na verdade, numa falta de uniformidade da terminologia adoptada pela lei. Assim, por exemplo, o conceito de funcionário no Direito público não é idêntico ao conceito de funcionário em Direito penal. Pode alguém ser funcionário em sentido jurídico-penal sem que o seja em termos de Direito público. De igual

modo, conceitos como o de «coisa», «posse», «erro», «publicidade», «negligência», «excepção», têm nas diferentes normas jurídicas diferentes significações. Fala-se aqui de uma «relatividade dos conceitos jurídicos». A ordem jurídica «exige uma variação individualizante dos conceitos com vista à sua adaptação ao sentido particular da determinação do Direito em concreto» (GRÜNHUT). Assim, por exemplo, o conceito de «negligência» é interpretado no Direito penal duma maneira diferente, ou seja, dum modo mais concreto do que no Direito civil, porque a punição exige, na determinação da culpa, em grau mais elevado do que a indemnização equitativa dos prejuízos, uma consideração de todas as circunstâncias concretas. Por isso, um médico poderá em certas circunstâncias alegar com êxito no processo penal falta de aptidão, sendo absolvido da acusação de ofensas corporais por negligência, e todavia ser condenado em processo civil a perdas e danos por ofensas corporais voluntárias, por não ter correspondido aquilo que dele «as pessoas» podiam legitimamente esperar, por ele — como se exprime o § 276 do Código Civil — não ter usado do «cuidado exigido nas relações da vida». Como já vimos no capítulo sobre a «Interpretação e compreensão», os conceitos recebem o seu conteúdo e alcance do contexto em que, em cada caso, se inserem, especialmente do contexto normativo e teleológico. Desta forma, a univocidade da linguagem jurídica tem de subordinar-se à relatividade material. Mas esta «relativização do dogma da unidade e da coerência (ausência de contradições) da ordem jurídica» (GRÜNHUT) não afecta propria-

mente a substância do Direito. Diversamente são sob este aspecto muito importantes:

2) As contradições normativas. Estas consistem em uma conduta in abstracto ou in concreto aparecer ao mesmo tempo como prescrita e não prescrita, proibida e não proibida, ou até como prescrita e proibida. Como exemplo apresentaremos apenas o caso, muitas vezes referido, em que uma ordem jurídica prescreve a obediência incondicional às ordens dum superior e, ao mesmo tempo, proíbe a prática de certos actos puníveis (matar, privar alguém da liberdade, etc.). Quando um superior ordena o fuzilamento dum prisioneiro de guerra, o subordinado vê-se em dadas circunstâncias encurralado entre duas normas contraditórias: uma que o obriga a obedecer ao comando sem ripostar e outra que lhe manda abster-se de matar intencionalmente um ser humano. É claro que uma tal contradição normativa tem de ser removida⁽¹³⁾.

Tratando agora da eliminação de tais contradições (conflitos), imediatamente verificamos que muitas contradições normativas são apenas aparentes. É o que podemos afirmar todas as vezes que, a uma interpretação correcta das normas que *prima facie* se contradizem e da sua interrelação, se mostra, logo, que uma delas deve ter precedência sobre a outra. A Jurisprudência, com o decorrer dos séculos, elaborou a este propósito uma serie de regras que servem para harmonizar as normas e, portanto, para evitar os conflitos entre elas. Na base de todas essas regras figura como «postulado» o princípio da unidade e da coerência (ausência de contradições) da ordem jurídica. As regras deste tipo dizem mais ou menos o seguinte: a norma

especial tem precedência sobre a geral («*lex specialis derogat legi generali*»), ou: a norma superior prefere à inferior («*lex superior derogat legi inferiori*»), ou ainda: a norma posterior tem precedência sobre a norma anterior («*lex posterior derogat legi priori*»). Em todo o caso, estas regras não são uma evidência lógica. A sua fundamentação poderá mesmo por vezes topar com dificuldades de ordem teórica. É o que facilmente se reconhece a propósito da última regra, pois tempos houve em que se conferia preferência ao Direito anterior sobre o posterior, porque o Direito antigo era o bom Direito. Deixemos, porém, de parte a justificação teórica destas regras. Fica-nos ainda em aberto o problema das relações internas entre as mesmas. Assim, pergunta-se, por exemplo: também a norma posterior de escalão mais baixo prefere à norma anterior de escalão mais elevado? Vale aqui a regra da *lex superior* ou a da *lex posterior*? Neste livro apenas podemos pôr a questão, mas não tratá-la. A teoria do «concurso» de diferentes preceitos legais, com vista à eliminação das contradições aparentes no seio da ordem jurídica, forma uma parte integrante da dogmática do Direito. A este contexto pertence também o problema, muito versado nos últimos anos, das «normas da Constituição inconstitucionais», ainda que tão-só parcialmente: na medida em que se julgue poder distinguir, dentro do complexo global das regras constitucionais, normas de diferente força, fazendo-se então aplicação das regras da superioridade e da especialidade. Para concluir devemos acentuar que o caso de uma contradição insanável entre normas há-de ser de veras raro, mas não inteiramente de excluir. Se, de entre várias normas entre si contraditórias

rias, não for possível destacar uma como a «mais forte», como a única válida e decisiva, então, segundo a opinião dominante — que é também, duma maneira geral, a opinião acertada —, as normas que entre si se contradizem entram em conflito umas com as outras e surge a chamada «lacuna de colisão», que deve ser colmatada segundo os princípios gerais do preenchimento de lacunas. E aqui vemos como os postulados da coerência (ausência de contradições) e da plenitude da ordem jurídica se encontram um com o outro.

3) Contradições valorativas. Designo por esta expressão aquelas contradições no seio da ordem jurídica que resultam de o legislador — embora isso o não leve a cair directamente em contradições normativas — se não manter fiel a uma valoração por ele próprio realizada. Recorramos já de novo a alguns exemplos. O nosso Código Penal condena naturalmente com maior severidade o *homicídio* voluntário do que a voluntária exposição duma criança ao perigo de morte através do enjeitamento. Em contradição com isto, porém, pode com base nas disposições vigentes acontecer, no domínio das relações entre uma mãe e o seu filho ilegítimo, que o «infanticídio», ou seja, a morte voluntária da criança no momento do parto ou logo após o nascimento (§ 217), seja punido menos severamente do que o enjeitamento feito, sem a intenção de provocar a morte, imediatamente a seguir ao nascimento, desde que a criança, em razão do dito enjeitamento, venha (sem que tal haja sido querido) efectivamente a perecer. Na verdade, a punição fundamental é a mesma: prisão maior não inferior a três anos (§ 217, al.1, § 221, al.3). Todavia, em relação ao infanticídio, e diferentemente

do que acontece com o enfeitamento que resulta em morte da criança exposta, podem ser tomadas em consideração circunstâncias atenuantes, o que pode ter como consequência uma redução da pena até seis meses de prisão simples (§ 217, al.2). Que existe aqui uma contradição, também o reconheceu o Tribunal do Reich (RGSt. 68, pág. 410)¹⁴⁾. Como contradição valorativa podemos considerar ainda o facto de (do ponto de vista do próprio legislador), nos delitos mais graves de ofensas corporais e de privação da liberdade (ver as penas cominadas pelos §§ 223 e 239 do Código Penal), a tentativa não ser punível, ao passo que já o é no delito menos grave do dano patrimonial (§ 303).

A respeito destes casos podemos dizer que o legislador se põe em conflito com as suas próprias valorações, e que, portanto, a contradição valorativa é uma contradição imanente. Dêstas hipóteses havemos de ter o cuidado de distinguir aquelas outras em que as valorações do legislador se não harmonizam com as nossas próprias valorações, com valorações nossas que são como que trazidas de fora e opostas à lei — a hipótese, por exemplo, de *nós* considerarmos as penas cominadas contra as ofensas à honra como inadequadamente reduzidas em confronto com as penas cominadas contra as ofensas à propriedade e ao patrimônio. Como logo de início observámos, neste lugar apenas nos ocupamos das contradições valorativas imanentes.

Quais as exigências que estas fazem à técnica de aplicação do Direito? Diferentemente das verdadeiras contradições normativas, que de forma alguma podemos deixar subsistir, as contradições valorativas têm em geral que ser aceitas. Assim, o Tribunal do Reich, na

decisão citada (RGStr. 68. pág. 410), declara: «Esta contradição, que resulta da lei, não pode ser removida pela jurisprudência». E, de igual modo, também a contradição no tratamento da tentativa nos casos de ofensa corporal e de dano patrimonial não pode ser afastada pelo juiz⁽¹⁵⁾. Todavia, cada contradição valorativa imanente deve constituir um estímulo a que verifiquemos cuidadosamente se ela não poderá ser eliminada através da técnica da interpretação.

4) Contradições teleológicas. Estas são mais raras. Elas aparecem sempre que a relação de meio a fim entre as normas se não verifica mas deveria verificar-se. O legislador visa com determinadas normas determinado fim, mas através doutras normas rejeita aquelas medidas que se apresentam como as únicas capazes de servirem de meio para se alcançar tal fim. Talvez se possa localizar também aqui o caso em que o legislador prevê determinadas medidas, mas depois adia a promulgação de novas normas, necessárias para que lhes seja dada execução. Um exemplo desta última espécie oferece-no-lo o § 28b do Código Penal de 1871, que dá à autoridade encarregada da execução das penas a possibilidade de permitir ao condenado a amortização de uma pena pecuniária através da prestação de trabalho livre, mas que nunca foi complementado através duma «regulamentação mais precisa», conforme se previa na al. 2. Em todo o caso, em vez de falar aqui de uma contradição podemos falar antes duma lacuna jurídica insusceptível de preenchimento. Mas na atitude global do legislador não deixa de verificar-se uma certa contradição teleológica. As contradições teleológicas podem, em certos casos, converter-se em contradições

normativas, e então haverão de ser tratadas como tais. Nos outros casos, porém, terão de ser suportadas, tal como as contradições valorativas. Sobre o nosso exemplo do § 28b do Código Penal convem-se unanimemente em que esta disposição não tem qualquer eficácia enquanto faltar a tal «regulamentação mais precisa».

5) Contradições de princípios¹⁶⁾. Elas são frequentes e, dentro de certa medida, inevitáveis. Por contradições entre princípios entendo aquelas desarmonias que surgem numa ordem jurídica pelo facto de, na constituição desta, tomarem parte diferentes ideias fundamentais entre as quais se pode estabelecer um conflito.

Tomemos de novo um exemplo simples do Direito penal. Por um lado, domina hoje a tendência para fazer actuar o princípio da culpa em toda a sua possível pureza — para decidir, portanto, a questão do Se e do Como da punição conforma a vontade criminosa ou a negligência censurável. Por outro lado, porém, o nosso Direito penal não pode ainda afastar-se inteiramente do pensamento de velha tradição segundo o qual o resultado exterior do facto criminoso há-de ter incidência sobre a punição. E assim acontece que, com violação do princípio da culpa, uma culpa igual é tratada diferentemente pelo Direito penal em razão da desigualdade do resultado: a tentativa de um acto punível pode ser punida com menos severidade que o delito consumado (§ 23, al. 2, do Código Penal) e uma leviandade (incuria) criminosa de bradar os céus passa frequentemente impune, porque «uma vez mais as coisas correram bem» e ninguém foi lesado.

Se aqui se trata duma contradição que até certo

ponto nos parece suportável, se se trata em certa medida de um compromisso compreensível entre diferentes ideias fundamentais, já têm um peso mais incómodo aquelas contradições entre princípios que resultam do facto de a ordem jurídica global consistir, na maioria dos casos, em diferentes camadas que se vão sobrepondo no decurso da evolução histórica do Direito e nas quais vão encontrando estratificação princípios diferentes. O espírito da legislação está sujeito a transformações ora graduais, ora abruptas e revolucionárias. Mas a lei enformada pelo antigo espírito permanece com bastante frequência em vigor ao lado da lei nova. Desta forma, no Direito alemão das últimas décadas, os princípios do Estado de Direito liberal e os do Estado totalitário não so se têm substituído uns aos outros como ainda têm entrado em conflito entre si. No Direito económico, o Direito da livre competição só gradualmente e em luta com uma economia juridico-estadualmente dirigida veio de novo ao de cima. A cada passo topamos com preceitos do passado que, nos quadros da nossa actual ordem jurídica, nos aparecem como contrários aos princípios, como «corpos estranhos». E assim surgem contradições da espécie que já acima ficámos a conhecer como «contradições secundárias».

Se agora subirmos mais um degrau, poderemos dizer: Por toda a parte se fazem notar na ordem jurídica atritos entre os princípios supremos de todo e qualquer Direito, designadamente os princípios da justiça, da oportunidade prática e da segurança jurídica. Nenhum destes princípios pode ser actuado na sua pureza, um dêles ha-de, em certos casos, ser sacrificado total ou parcialmente a outro. Assim, por exemplo, a justiça

exige uma grande «concretização», quer dizer, uma consideração das circunstâncias individuais da pessoa e da situação. A segurança jurídica, pelo contrário, exige uma grande abstracção destas circunstâncias, tal como, designadamente, precisos limites de idade, prazos determinados, tarifas exactas. Pode parecer «injusto» que aquele que pratica actos indecorosos em relação a uma jovem precoce de treze anos seja punido severamente, quando outro que faz o mesmo relativamente a uma jovem de catorze anos ainda imatura fica impune (§ 176, n.º 3 do Código Penal). Mas a segurança jurídica leva aqui o legislador a estabelecer um limite rigoroso de idade. «Quem semeia normas não pode colher justiça» (M. E. MAYER).

Mas, na «confrontação decisiva» entre a justiça e a segurança (RADBRUCH), não se exprime apenas o dissídio entre justiça e clareza do Direito, mas também a pendência entre justiça e pretensão de validade do Direito positivo. «A segurança jurídica exige a aplicação do Direito positivo, mesmo quando este é injusto», a justiça exige, em certas circunstâncias, que nos afastemos do Direito positivo: «Onde a injustiça do Direito positivo atinge um grau tal que, em face dela, a segurança jurídica, garantida pelo mesmo Direito positivo, deixa mesmo de ter relevância — num caso destes o Direito positivo injusto tem de ceder o passo à justiça». Mas nestas formulações vai implícito um complexo de questões que transcende o problema das possíveis contradições. Referimo-nos às relações do Direito positivo com o Direito suprapositivo, à possibilidade da correcção do primeiro através do segundo. A justiça — e o mesmo se poderia dizer para a conveniência prática

(*Zweckmässigkeit*) — é não só um princípio imanente mas também um princípio transcendente do Direito. Quer isto dizer: nós entendemos o Direito, não apenas como expressão do esforço efectivamente feito pelo legislador para realizar a justiça, para depois nos perguntarmos se o próprio legislador negou parcialmente este princípio por amor doutros, mas ainda no sentido de que a justiça ela mesma é a «ideia do Direito» pela qual nós a cada passo havemos de apreciar se o Direito positivo é ou não digno de validade.

Antes de entrarmos nesta nova problemática da correcção do Direito positivo através do suprapositivo, temos ainda de nos perguntar, com referência às contradições entre princípios imanentes, qual a *relevância* que lhes há-de ser atribuída. Como é que havemos de proceder sempre que normas e institutos jurídicos se apresentem como intrinsecamente contraditórios, porque ocultam dentro de si o conflito de princípios jurídicos heterogêneos? Não é possível uma resposta unitária a esta questão. Em parte, as contradições entre princípios apresentam-se como contradições valorativas de escalão superior que terão de ser suportadas, tal como as outras contradições valorativas. Assim acontece, por exemplo, com o conflito entre o Direito penal da culpa e o Direito penal do resultado. Outras contradições, porém, são de tal natureza que temos de nos esforçar pela sua remoção. Isto vale designadamente para as contradições de princípios entre o Direito antigo e o Direito novo, surgidas após as revoluções. Nos primeiros anos depois do assalto ao poder pelo Nacional-Socialismo, foi vivamente discutido o problema

de saber em que medida estava ainda em vigor o Direito do Estado de Weimar, basicamente contraditório com os novos princípios. Fizeram-se então especiosas exigências metodológicas com vista a arredar o Direito até então vigente. Apos a derrocada de 1945, não pôde deixar de surgir uma questão análoga — de sinal inverso, claro, — qual a de saber se muitas regras jurídicas do «Terceiro Reich», contrárias ao renovado pensamento jurídico humanitário e próprio do Estado de Direito, teriam deixado de vigorar mesmo sem um acto especial de revogação. Esta questão foi estudada em profundidade, por exemplo, no trabalho de WENGLER já acima citado, sob a perspectiva metodológica do Direito comparado. Mostrou este autor como, duma maneira inteiramente geral, as ordens jurídicas se vêem a cada passo obrigadas a assimilar, a transformar e em parte a eliminar mesmo, ainda que não exista norma expressa, materiais jurídicos estranhos ou tornados estranhos. Isto vale não só nas relações entre o Direito antigo e o moderno mas também no «contexto inter-regional», quando «um ordenamento jurídico, que começa por vigorar num determinado país, é declarado em bloco como aplicável noutra pais ou região», como foi, por exemplo, o caso nas relações entre as metrópoles europeias e as colónias, ou entre a Inglaterra e os Estados Unidos da América, ou entre a Alemanha e as regiões por ela anexadas durante o Nacional-Socialismo. Limitando-nos, contudo, às relações entre o Direito antigo e o Direito novo sob o aspecto das nossas «contradições entre princípios», diremos que WENGLER mostrou como, em toda a parte do mundo, as modificações das circunstâncias de facto, das con-

cepções políticas, culturais e morais, e sobretudo ainda da restante legislação «pela qual a regra jurídica em questão como que se encontra rodeada», conduzem, sem a intervenção de uma especial *lex posterior*, à rejeição do Direito contrário aos princípios, isto é, em contradição com os *novos* princípios. O «espírito da nova legislação» exorcizará o Direito antigo, formal, que ainda se encontra em vigor. Nestes termos impõe-se, desde 1945, «considerar os limites à aplicação de leis nacional-socialistas como extrinsecação de uma cláusula geral que é própria de quase todas as ordens jurídicas civilizadas e que autoriza o juiz a adaptar o Direito que lhe é dado às circunstâncias espacial ou temporalmente modificadas». De novo nos temos de abster aqui de entrar em pormenores. WENGLER, em 1949, considera utilizável uma fórmula deste tipo: «certas ideias político-jurídicas fundamentais pelas quais o legislador hoje presumivelmente se deixaria em absoluto conduzir se houvesse de regular a questão, se houvesse de fornecer o critério de valoração da legislação nacional-socialista». «Aquilo que não for conciliável com estes pensamentos ou ideias fundamentais não terá aplicação». Uma forma menos ampla de adaptação do antigo Direito à nova situação jurídica global seria a já acima (pág. 147) referida «interpretação conforme à Constituição», na medida em que esta interpretação se refira a «Direito pré-constitucional» e não so o «interprete» em sentido estrito como também o «complemente» ou «desenvolva» com vista a harmonizá-lo, quanto ao seu conteúdo, com os princípios da Constituição agora vigente e com os princípios das novas leis, interpretando estas de conformidade com aquela¹⁷⁷.

Seja-nos permitido ainda pelo menos chamar a atenção para o alcance dum tipo de contradições entre princípios. Já nos referimos brevemente ao problema das «normas da Constituição inconstitucionais». Trata-se dum problema com várias faces. A contradição intrínseca do Direito constitucional, com a qual já conta a formulação do problema, *pode* em todo o caso ser uma contradição nos princípios. Podem as regras da Constituição, que são emanação de ideias fundamentais, entrar em conflito não só com regras constitucionais escritas (caso em que, a maioria das vezes, sem dúvida, nos podemos socorrer das máximas da *lex superior* e da *lex specialis*), mas também com eventuais princípios gerais, porventura não escritos, da mesma Constituição. Na sua extensa e importante decisão de 18-12-1953, o Tribunal Constitucional Federal teve de verificar a questão de saber se o artigo 117, al. 1, da Constituição é compatível com os princípios da segurança jurídica e da divisão dos poderes. Neste artigo 117, al. 1, determina-se que o Direito contrário ao princípio da igualdade jurídica entre homem e mulher (artigo 3, al. 2, da Constituição) deixaria de vigorar a partir de 31-3-1953. Enquanto, pois, o legislador ainda não tivesse regulado as matérias jurídicas (designadamente o direito da família do Código Civil) afectadas pelo princípio da igualdade, o que só aconteceu em 1957 com a Lei da igualdade de direitos, o artigo 117 obrigava o juiz a preencher as «lacunas» que surgissem. Mas precisamente isto pareceu ao Tribunal Superior de Frankfurt am Main, que submeteu ao Tribunal Constitucional Federal a decisão do problema, estar em contradição com os princípios da segurança jurídica e

da divisão dos poderes. Ora estes últimos princípios são, de facto, como o reconhece aquele Tribunal Constitucional, princípios pertinentes às «decisões básicas tomadas pela Constituição»; em especial o princípio da divisão dos poderes é «um princípio orgânico da Constituição que faz o lugar duma viga-mestra». Se o preenchimento pelo juiz (em vez do tardo legislador) das lacunas provocadas pelo artigo 117 da Constituição entrava em conflito, «numa medida já de todo insuportável», com a segurança jurídica e a divisão dos poderes, então aquele artigo haveria de ser considerado como inconstitucional... Com isto reconhecia-se a possibilidade de a execução prática do princípio da igualdade de direitos, que não este princípio como tal, entrar em conflito com princípios constitucionais, o que haveria de conduzir à ineficácia de Direito constitucional formalmente válido (artigo 117, al. 1, da Lei Fundamental). E assim se pôs em discussão a possível ineficácia do Direito por motivo de ofensa aos princípios supremos da mesma ordem jurídica. Mais não nos interessa agora. Que o Tribunal Constitucional Federal tenha decidido a questão concreta da ineficácia do artigo 117 da Constituição no sentido de que os princípios da segurança jurídica e da divisão dos poderes não se achavam lesados em medida tal que o referido artigo 117 houvesse de ser considerado como ineficaz, isso é para nós de importância secundária. Também não vamos referir-nos à crítica em profundidade sofrida pela decisão por ela ter reconhecido a possível nulidade de normas da Constituição contrárias aos princípios fundamentais. Basta-nos haver chamado a atenção para as consequências possíveis das contradições entre princípios.

III

Ao referir-se aos diferentes grupos de casos de normas da Constituição inconstitucionais, BACHOF, entre outros, distinguiu entre violações daqueles princípios constitucionais que têm um carácter meramente positivo (como é o caso, sem dúvida, do princípio da divisão dos poderes, ou o da «garantia do recurso às vias judiciais», expresso no artigo 19, al. 4, da Constituição), e daqueles princípios constitucionais que em si pertencem ao Direito «supralegal», a uma espécie de «Direito natural» (como porventura o princípio da igualdade dos indivíduos perante a lei). Relativamente ao «Direito supralegal», pode distinguir-se de novo, conforme ele se encontra «positivado» na carta constitucional (como acontece com o princípio da igualdade acabado de referir, expresso no artigo 3 da Constituição) ou não (o que no presente momento se pode afirmar a respeito do princípio, possivelmente de Direito natural, que diz «não dever verificar-se punição sem culpa»). É de secundária importância a questão de saber se ao menos não se poderá integrar o Direito supralegal não «positivado» na «Constituição não escrita». Com efeito, em qualquer dos casos nos encontramos perante um problema novo, que transcende o problema das «normas da Constituição inconstitucionais», quando efectivamente se reconheça àquele que aplica o Direito, e especialmente ao juiz, o poder de declarar inválida, ou então corrigir, qualquer estatuição positiva no caso de ela estar em contradição com o Direito supralegal. Até aqui tratámos do conflito do Direito positivo consigo próprio. As contradições a que

na secção II dedicámos a nossa atenção eram contradições imanentes da ordem jurídica. Só ocasionalmente topámos já com contradições que agora haveremos de designar adequadamente como transcendentis. contradições do Direito positivamente dado com princípios que, na verdade, podem ser directrizes e critérios para a modelação e apreciação do Direito positivo, mas que em si são transcendentis ao mesmo Direito positivo: tais os princípios supremos da justiça, do bem comum, da razão de Estado, da segurança jurídica, do «Direito natural», do «Direito justo», da «moralidade» e da «consciência» — ou como quer que se chamem. De certo que abandonaríamos as finalidades que neste livro nos propusemos se também incluíssemos nas nossas reflexões as questões relativas às relações entre o Direito positivo e a justiça, entre o Direito e a razão de Estado, entre o Direito e a ética ou entre o Direito e a consciência. No quadro das nossas considerações apenas podemos referir os aspectos que relevam a luz da teoria da aplicação do Direito.

Sob este ângulo de visão, de novo havemos de partir do princípio da vinculação do julgador à lei. Assentemos no pressuposto de que a interpretação ou qualquer outra utilização metodologicamente adequada da lei nos oferece uma determinada solução para uma questão jurídica como sendo a única aceitável em face da *lex lata*. Põe-se agora a questão de saber se, contudo, aquele que é chamado a aplicar o Direito (*breviter*: o julgador) pode ou deve arredar esta solução, que é (naquele sentido) a única aceitável, por ela lhe aparecer como injusta à luz dum ponto de vista superior. Pode ou há-de o juiz, em casos especiais, julgar «contra legem»¹⁸⁾.

Seja-me permitido referir-me uma vez mais a uma experiência pessoal. Nos meus tempos de Referendar (juiz tirocinante) vi um dia diante da barra do tribunal criminal um muito respeitável proprietário duma pastelaria que aí estava por ter violado o preceito do descanso dominical. Tentou ele justificar esta contravenção provando de modo fidedigno que só deste jeito poderia evitar prejuizos económicos muito sérios, pois que o consumo dominical no seu café dependia inteiramente do tempo. Se o tempo ao domingo fosse mau, teria de contar com uma grande afluência de clientes: se, pelo contrário, fosse bom, as pessoas dirigir-se-iam em chusma para o bosque ou para o campo e a mercadoria estragar-se-lhe-ia. Tinha pois de, muitas vezes, à última hora, mesmo no domingo, fabricar a dita mercadoria para suprir um eventual aumento de procura. Com esta defesa não logrou o seu propósito. Teve de ser condenado numa pena, em virtude dos preceitos legais de então. «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. Mesmo um conceito como o de «estado de necessidade supralegal» (ver *supra*) apenas poderia servir para o preenchimento de lacunas, mas não para corrigir a lei. É o que também parece transparecer no nosso exemplo banal do pasteleiro. Mas será que o pomposo principio «fiat iustitia pereat mundus» valerá ainda quando uma lei não só tem certas consequências indesejáveis ou inconvenientes mas também põe directamente em perigo o bem comum, ou viola os princípios supremos da justiça, ou ofende o «Direito natural» ou a «lei moral»? Mesmo num tempo em que ainda domina-

va em geral o espírito do positivismo legalista, quando ainda não haviam sido feitas aquelas experiências com que entretanto os Estados totalitários nos mimosearam, mesmo então julgou-se ser necessário traçar limites à vinculação do juiz à lei no caso de esta ser «injusta» (digamos assim, para falar em termos gerais e abreviadamente). Se deixarmos completamente de parte o acordo unânime dos adeptos da teoria do Direito Livre que, de qualquer modo, esconjuram toda a vinculação, escravizante do juiz à lei, veremos que também certos autores muito moderados consideram defensável, em casos excepcionais, julgar *contra legem*.

Em parte trata-se aí, em todo o caso, de «correções» tais que ainda podem ser arrastadas para a órbita das teorias da interpretação e do preenchimento de lacunas. Ora de tais correções da lei, inócuas, se bem que porventura praticamente importantes, não vamos ocupar-nos mais aqui. Por isso, deixamos agora de parte também a rectificação dos chamados lapsos de redacção, nos quais afinal se trata apenas de fazer prevalecer a verdadeira vontade da lei em face duma expressão legal que por engano saiu errada, actividade esta que cabe qualificar ainda como «interpretação». Agora partimos do pressuposto de que o sentido da lei determinado com toda a correcção metodológica é ele mesmo chocante, de que, portanto, percorremos já todas as fases da indagação do sentido da lei — incluindo as fases da interpretação restritiva ou extensiva, da determinação valorativa de uma lacuna e do seu preenchimento através da analogia ou a partir do espírito da ordem jurídica concreta —, mas que, então, e precisamente então, achamos o resultado insatisfató-

rio. Há uma decisão muito interessante do Tribunal Federal em matéria cível, de 10-12-1951 (BGHZiv. 4 pp. 153 e ss. = NJW 1952, 6/337 e ss.), que infelizmente não é clara sobre o ponto de saber em que medida se trata ainda duma indagação do sentido da lei e em que medida se trata já duma correcção da mesma lei, quando ai se afirma: «Em oposição ao teor literal em si claro e unívoco (!) do § 400 do Código Civil, e observando todas as precauções que uma tal restrição duma norma proibitiva — restrição essa modificadora (!) da norma, mas sem por isso deixar de ser fiel aos seus fins (!) — que uma tal restrição, dizíamos, exige, esta possibilidade (*scl.* a possibilidade da cessão dos direitos a uma pensão por acidente, em geral não cedíveis, a certas pessoas) é de afirmar, pois que de outro modo o fim prosseguido pela lei... se converteria no seu contrário». O que é que aqui cautelosamente se afirma? Uma verdadeira rectificação do sentido da lei ou apenas uma interpretação teleologicamente restritiva? A favor desta última solução fala uma outra proposição do julgado, segundo a qual a recusa da possibilidade de cessão é de afastar como sendo uma «interpretação literal contrária ao sentido e ao fim do § 400». Inversamente, depõe a favor da primeira solução o facto de na decisão se falar expressamente de um «acto de complementação do Direito». De todo em todo, só nesta hipótese a decisão se enquadraria no contexto das nossas actuais considerações. Vamos em todo o caso supor que, pelo menos no seu resultado, ela pode ser concebida como um desvio do sentido da lei, pois que se passa por cima do claro sentido das palavras e de «interpretação» em contradição com o

teor literal claro e unívoco apenas se pode falar a propósito de lapsos de redacção. Os limites entre a aplicação da lei e a correcção da lei são, no caso concreto, certamente tão inseguros como muitas outras linhas divisórias que por razões metodológicas precisamos de traçar. A custo será possível modificar algo neste ponto.

Pressupomos, portanto, que a indagação do sentido através da interpretação, etc., nos conduz a um resultado que nós, por razões «transcendentes», temos de repudiar, que nós consideramos como inconveniente, ou injusto, ou contrário ao Direito natural, ou contrário à moral, e isto numa tal medida que nos não podemos dar por satisfeitos com ele. Dissemos já que até autores moderados que viveram num período em que ainda se achava firmemente estabelecida a ideia do Estado de-Direito julgaram dever erguer certas restrições à vinculação do juiz à lei. Entre estes «autores moderados», podemos contar, por exemplo, HANS REICHEL e ERNST BELING. O primeiro, já em 1915, no seu conhecido livro «Gesetz und Richterspruch», estabelecia o seguinte princípio: «O juiz é obrigado, por força do seu cargo, a afastar-se conscientemente de uma disposição legal quando essa disposição de tal modo contraria o sentimento ético da generalidade das pessoas que, pela sua observância, a autoridade do Direito e da Lei correria um perigo mais grave do que através da sua inobservância»; BELING declara, em 1931: «O poder outorgado para criar Direito que o legislador detém em suas mãos... não é um poder inteiramente ilimitado. O povo presume certas valorações como tão fundamentais que o legislador... não se acha autorizado

a fixar normas que vão contra elas». Aqui, portanto, e fixado um limite ao dever de obediência a lei em nome de valorações fundamentais dominantes no seio da população. Mas isto ha-de também, evidentemente, reflectir-se sobre a aplicação judicial do Direito. Que a magistratura estava fundamentalmente disposta a actuar nestes termos, demonstrou-o a alarmante resolução de 5-1-1924 do conselho de presidência da Associação dos Conselheiros do Tribunal do Reich, a proposito da questão da revalorização das hipotecas em consequência da inflação então reinante. Esta resolução prevenia o legislador contra a promulgação duma lei ofensiva da boa-fe e que poderia ser declarada nula pelos tribunais.

Os actos de legislação dos Estados totalitarios, profundamente perturbantes para todo o jurista por estarem em contradição com as tradicionais concepções do Direito, da justiça e da moral, vieram então tornar particularmente premente a questão da vinculação do juiz ás leis injustas. Naturalmente que o próprio legislador nacional-socialista não consentia que o juiz lhe lançasse em rosto a censura de que as suas leis eram injustas e imorais. Censuras deste género tolerava-as e aprovava-as ele mas apenas em relação a leis que não havia promulgado e que ainda constituíam um estorvo no seu caminho. Relativamente ás suas próprias leis, ele afrouxou a vinculação dos tribunais e das autoridades administrativas, mas tão-só enquanto esperava que estes se não preocupassem com miudezas jurídicas e fizessem vingar sem escrúpulos as tendências fundamentais⁽¹⁹⁾. Mas se um sistema totalitário cair por terra, como aconteceu ao Nacional-Socialismo em 1945, nem por isso desaparece a questão de saber se as leis por ele

editadas não seriam parcialmente inválidas por ofensivas da ideia de Direito ou da lei moral. Se o legislador cnicamente despreza as ideias jurídicas supremas, a emancipação do juiz da lei formalmente válida perde aquela má nota que ainda no principio do nosso século e em polémica contra a teoria do «Direito Livre» se fez sentir de novo tão fortemente que os próprios adeptos desta teoria se julgaram na necessidade de resolutamente se defenderem contra uma «contra-legem-fabula». Mas quem julgasse que a critica às leis injustas do totalitarismo já morto e sepultado apenas poderia ter um significado transitório, pois que o Direito criado por essas leis em breve seria liquidado pelo novo Estado, desconheceria o poder mágico da «ideia de Direito». A questão da invalidade das leis injustas, impostada com tanta energia depois de 1945, nunca mais até hoje deixou de ser posta — apesar da vinculação expressa do poder executivo e da jurisdição «à Lei e ao Direito», nos termos do artigo 20, al. 3, da Constituição. E também esta fórmula, com o aditamento «e Direito», remete na verdade para além da Lei, para um Direito supralegal. Como já vimos, tem-se discutido, mesmo por último, a questão de saber se até as normas constitucionais não poderão ser ineficazes por ofensa ao Direito supralegal, e esta questão foi fundamentalmente respondida no sentido afirmativo tanto pelo Tribunal Federal como pelo Tribunal Constitucional Federal. Este último Tribunal, a propósito, quis até certo ponto fazer sua a «cautelosa formulação» de RADBRUCH, nos termos da qual «o Direito positivo, o Direito feito seguro através do acto de estatuição e do poder, prevalecerá mesmo quando seja injusto e incon-

veniente o seu conteúdo, a não ser que a 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». Esta impressiva concepção do pensamento da subordinação da lei à justiça e à moral pode tomar-se como sendo uma tese hoje largamente aceite, se bem que não indiscutida⁽²⁰⁾. A tarefa de a defender ou de combater com boas razões a atacar, excede a competência deste livro. Apenas se observará, por isso, que as objecções contra esta tese se baseiam em parte no Direito constitucional (violação do princípio da divisão dos poderes, quando o juiz e o funcionário administrativo recusam obediência ao legislador e assumem perante ele uma atitude de crítica), em parte nos perigos que faz correr à pureza e à independência da função judicante (perigo da politização da justiça!), em parte na indeterminação das formulações do princípio supralegal (em RADBRUCH, a oposição entre a Lei e o Direito supralegal capaz de justificar uma correcção é uma «questão de medida»; em qualquer caso, a «justiça», o «Direito natural», a «lei moral» e os conceitos ou ideias análogas são tão indeterminados que o seu manejo é difícil «como o do gume de uma faca»). Por outro lado, não poderá ser inteiramente abandonado o pensamento fundamental de que o poder arbitrário do legislador tem de quebrar-se contra o rochedo da ideia de Direito. Mas sob este aspecto a controvérsia não tem propriamente carácter metodológico. Se dirigirmos as nossas vistas de volta para o pensamento jurídico, veremos que se levantam os seguintes problemas.

Logo de entrada, temos que nos preocupar com

uma rigorosa distinção dos diferentes grupos de casos de rectificação da lei que se nos apresentam. Entre a indagação dum sentido fiel à lei (interpretação, analogia e preenchimento das lacunas de acordo com o espírito da ordem jurídica), por um lado e o manejo, em desobediência à lei, da ideia do Direito, pelo outro, inserem-se várias fases às quais até aqui não prestámos suficiente atenção. Já acima falamos de «lapsos de redacção». Discute-se se a sua rectificação pode ainda ser considerada como uma determinação do sentido conforme à lei. Em todo o caso, ela aproxima-se muito dessa determinação do sentido da lei e, por isso, é em certa medida improblemática. Mas que significado tem, por exemplo, a emancipação do claro sentido literal quando se pode demonstrar que o legislador se não enredou naquela expressão por simples lapso mas antes versou num «erro nos motivos», quer dizer, partiu de determinados dados aos quais ele consciente e deliberadamente referiu a sua regulamentação e, ao fazer tal, não pensou em situações que agora também são abrangidas por aquela regulamentação mas que, na verdade, vistas da posição do próprio legislador, teriam exigido uma regulamentação diferente?

Um bom exemplo é-nos oferecido aqui pelo caso já referido da cessão do direito a uma renda por acidente, decidido pela secção cível do Tribunal Federal. Descrito o mais concreta e simplesmente possível, trata-se do seguinte: A viúva de um indivíduo morto em acidente de viação foi adjudicada uma pensão (renda) como indemnização de perdas e danos. Um terceiro, na expectativa da sentença e da sua execução, «por motivos de solicitude» e a título de adiantamento, havia

garantido o sustento à viúva obtendo desta, em contrapartida, a cessão do seu direito à renda contra o responsável por perdas e danos. Pôs-se a questão de saber se esta cessão era admissível. Em si, a sua admissibilidade é contrária ao claro «teor verbal» (mais correctamente: sentido literal) do § 400 do Código Civil, segundo o qual um crédito não pode ser cedido quando seja impenhorável. Ora o crédito da viúva é na verdade impenhorável, e isto porque a ela, como titular do direito a uma pensão, lhe «deve ficar assegurado o sustento necessário à vida». Mas esta profunda razão não deverá obstar a que o direito à pensão seja eficazmente cedido quando a cessão seja o equivalente do adiantamento, por parte de terceiro, da alimentação do titular da pensão — terceiro esse que, por aquela forma, lhe garante precisamente o sustento necessário à vida. O Tribunal Federal deduziu, pois, do «sentido e fim» do § 400 do Código Civil a seguinte proposição: «Os direitos impenhoráveis a uma pensão por acidente podem ser cedidos aquele que, sem a isso ser juridicamente obrigado, assegurou regularmente ao titular da renda, ao fim de cada prazo de vencimento, adiantamentos pela importância dos créditos entretanto vencidos e cedidos, quando o referido titular tenha previamente recebido o contravalór por inteiro ou quando a cessão seja condicionada aos pagamentos a serem efectuados ao fim de cada prazo». Que se passa aqui? Se se considera o claro «teor verbal» como um limite absoluto da interpretação, já não se trata aqui certamente de interpretação — nem sequer de uma interpretação frouxamente vinculada, enquanto se entenda que esta pressupõe um teor verbal ambíguo (plurissignificativo) e

se afasta do sentido vocabular mais imediato e aparente, na direcção de um mais distante. Mas as coisas já se apresentam doutra forma se entendermos os conceitos de interpretação «restritiva» e «extensiva» no sentido de que, através destes modos de interpretação, se faz vingar a genuína vontade ou a verdadeira valoração de interesses do legislador. Sendo assim, então talvez pudéssemos falar, no nosso caso, de uma interpretação teleológica restritiva, na medida em que, de acordo com o sentido e o fim do preceito (§ 400 do Código Civil), este é restringido no seu âmbito de aplicação. Mas também se poderia afirmar que se trata aqui duma colmatação de lacuna: constata-se, através dum acto de valoração, que representa uma lacuna o facto de o § 400 do Código Civil não abrir uma excepção para aqueles casos nos quais um terceiro obtém a cessão do crédito como contrapartida dum adiantamento concedido¹¹¹. Esta lacuna será então preenchida pela regra acima referida, estabelecida pelo Tribunal Federal, e isto efectivamente dentro do espírito do próprio legislador. Mas também se poderia ainda pensar que se trata de eliminar uma contradição contida na ordem jurídica. Com efeito, o Tribunal Supremo pôde demonstrar que se encontra prevista a cessão de créditos, a favor de entidades seguradoras de Direito público, mesmo no caso de se tratar do direito impenhorável a uma pensão. Desta forma, a não admissibilidade da cessão do crédito em casos como o nosso constituiria uma espécie de contradição valorativa («A restrição modificadora da proibição da cessão contida no § 400 do Código Civil representa, portanto, no seu resultado, apenas uma adaptação a uma desenvolução do Direito idêntica

àquela que encontrou já expressão legislativa... relativamente às entidades seguradoras de Direito público»: BGH 4, p. 160). Finalmente, não pode também ser afastada a concepção de que já se trata aqui, na verdade, de um acto de rectificação da lei — e o próprio Tribunal Supremo fala também de um acto de «complementação ou desenvolvimento do Direito» (*Rechtsfortbildung*). De novo se revelam pouco nítidos os limites entre os diferentes métodos, mesmo quando nos atenhamos à vontade do próprio legislador e à sua valoração dos interesses como ponto firme de orientação. De resto, foi isto o que aconteceu no nosso caso. O Tribunal Federal procurou cuidadosamente mostrar que a sua solução se não opõe à vontade do legislador, mas, antes, através de uma «obediência pensante» (HECK) e inteiramente de acordo com o espírito do legislador, actua as verdadeiras intenções deste ao tomar em conta o sentido e o fim da norma.

↳ Desta espécie de «rectificação da lei», que guarda fidelidade à posição tomada pelo legislador, ao seu querer é ao escopo que persegue, e apenas quebra os limites do sentido literal, distingue-se *toto coelo*, como é evidente, a insurreição contra o legislador por amor da transcendente ideia de Direito. Também ZIMMERMANN, ao anotar a decisão do Tribunal Supremo, distingue certeira mente entre a rectificação de leis que assentam em «erros de intuição», quer dizer, nas quais o legislador «não viu, não viu plenamente ou viu falsamente certas relações da vida» (um exemplo muito usado a propósito é o de a lei ordenar uma vacinação que posteriormente se revela prejudicial), e a rectificação de leis que ofendem a justiça, a lei moral, o

Direito natural⁽²²⁾. De todo o modo, o autor responde afirmativamente à questão da possibilidade da rectificação, em qualquer dos casos. Destaca ainda como caso particular a adaptação das leis a uma realidade e uma valoração modificadas no decurso do tempo. Todavia, uma tal distinção entre incorrecção originária e superveniente deveria ser de secundária importância. O essencial é — pelo menos para a nossa ordem de considerações — a distinção entre a rectificação conforme ao espírito do legislador e a rectificação contra a vontade do legislador, feita em conformidade com a ideia de Direito.

E já agora vamos lá a encarar as coisas da perspectiva metodológica! Enquanto a rectificação da lei seguir o rasto do próprio legislador, o pensamento jurídico não sai fora dos trilhos que nós aprendemos a reconhecer, nos seus diferentes meandros, como interpretação, compreensão, indagação do sentido, investigação dos interesses, analogia, argumento *a contrario*, etc. Consideremos agora o caso de que por último partimos, o caso da cessão do direito a uma pensão. Onde reside a sua especificidade? Dissemos: na emancipação do sentido literal por amor da verdadeira vontade do legislador. Está aqui implícito um afastamento da chamada indagação do sentido gramatical através duma penetração teleológica nos fins do legislador e nos seus modos de ponderar e equilibrar os interesses. Trata-se da aplicação da velha regra «cessante ratione legis cessat lex ipsa»⁽²³⁾. Ao mesmo tempo, trata-se claramente duma indagação «subjectivo-teleológica» do sentido e do fim, quer dizer: o que se procura destacar e transformar em ponto de apoio para nos des-

prendermos do «teor verbal» são — pelo menos no exemplo apontado — a verdadeira vontade e o verdadeiro fim do legislador histórico. Se, do ponto de vista de uma teoria objectivista da interpretação, a qual deixa prevalecer o sentido imanente à própria lei, seria de considerar lícito um tipo correspondente de rectificação da mesma, é questão que agora nos não propomos analisar; concebível sê-lo-ia ainda tal rectificação, porventura como manifestação duma *ratio* inerente à lei, directa e patentemente ou por força do contexto, contra o simples teor verbal, se bem que, em geral, justamente as palavras da lei exijam por si uma maior consideração da parte do objectivista do que da do subjectivista. Deste ou daquele jeito, não nos encontramos colocados perante problemas do pensamento juridico inteiramente novos, mas, quando muito, perante uma peculiar constelação e combinação de modos de pensamento, cada um dos quais já é de nós conhecido.

Pelo contrário, as coisas já têm uma outra feição quando o critério da rectificação da lei não é o legislador histórico, e também o não é a própria lei histórica, mas a ideia de Direito. Já a esta nos conduz, em boa verdade, aquela interpretação de um teor literal ambíguo na qual realça e faz valer o sentido actual «razoável» (e portanto, é claro, correspondente à ideia de Direito) contra aquilo que foi propriamente querido pelo legislador histórico. Com efeito, aqui, a «interpretação» transforma-se sem dúvida numa correcção disfarçada das tendências do próprio legislador. Não vamos, todavia, deter-nos com este fenómeno híbrido, pois o recurso à ideia de Direito transparece com uma

maior pureza quando é abertamente manejada como critério de rectificação da lei (*vide supra*).

A nossa jurisprudência dos tribunais superiores tende, em todo o caso, a evitar este julgar abertamente «contra legem». Mesmo decisões revolucionárias como a já comentada sentença sobre as pensões por acidente, ou a sentença acabada de referir em nota sobre os registos fonográficos (a faculdade reconhecida pelo § 15, al. 2, da então vigente Lei do direito de autor sobre a obra literária de reprodução de uma obra literária ou musical para uso pessoal foi restringida pelo Tribunal Federal, no sentido de proibir a transposição para fita magnética; ver agora a Lei dos direitos de autor de 9-9-1965, §§ 53 e ss.), ou ainda a famosa «sentença do cavaleiro» (a utilização negligente da fotografia dum cavaleiro num cartaz de propaganda do tónico Okasa, sem consentimento do fotografado, deve obrigar à reparação em dinheiro dos danos imateriais, se bem que o § 847 do Código Civil, de que aqui se lança mão, apenas conheça a indemnização de prejuízos imateriais em casos de ofensa à integridade física, à saúde e a liberdade, ou nos delitos contra a honra (sexual) feminina, todas elas denunciam a tendência para procurar alcançar, através dos meios da *interpretação* ou da *analogia*, um fim que, à primeira vista, esteve ausente do pensamento do legislador²⁴¹). De um ponto de vista conservador, que aspira a manter em pé a vinculação do Direito à Lei, haveríamos que nos congratular com estas tendências e esforços. Mas se tivermos de confessar a nós próprios que, nestes casos, a lei como que é clandestinamente ultrapassada²⁴², e se quisermos apesar de tudo alcançar na decisão um

resultado ou escopo que se revele como uma evidência ao sentimento jurídico ou pareça ajustado à «ideia de Direito», temos de fazer novo esforço e avançar um passo mais na senda da «progressiva descoberta do Direito». E isto não só no sentido de que havemos de tratar a própria lei de um jeito novo e muito mais radical que necessita de uma particular legitimação jurídica, mas também no sentido de que, ao jogar a ideia de Direito contra a Lei, estamos sob a ameaça de ver desaparecer debaixo dos pés o frutuoso chão da experiência e nos aproximamos daquelas «altas torres da metafísica» (do Direito) em volta das quais, no dizer de KANT, «há muito vento». Poderemos ousá-lo? Se queremos, no último capítulo, versar esta questão, havemos de levar a nossa indagação um pouco mais além.

ANOTAÇÕES

1. Esta terminologia é criticada por Arth. KAUFMANN, *in* *JurZ* 1975, p. 339, sob III, que na verdade aceita uma «incompletude» ou «inacabamento» das leis, mas não quer ver nisso uma «falha», porque uma lei «em virtude da variedade e da mutabilidade das situações da vida... não pode de modo algum ser formulada de um modo conclusivo e unívoco». Mas será que não pode falar-se de uma «falha» quando uma lei começa por deixar o jurista sem apoio diante de problemas novos e carece de «complementação» ou «desenvolvimento»?

2. Cfr. LARENZ, *Methodenlehre*, p. 286, 2.ª ed., 1969, p. 358, 3.ª ed., 1975, p. 358: Lacuna é «uma incompletude da lei contrária ao plano» (com a indicação de que esta fórmula se encontra pela primeira vez em ELZE); e ainda CANARIS, *Lücken*, p. 39: Lacuna é «uma incompletude contrária ao plano dentro do direito positivo (isto é, da lei, no quadro do seu sentido vocabulár possível e do direito consuetudinário) determinada pelo critério do ordenamento jurídico global vigente» (com estas últimas palavras é indicada uma linha directiva genérica para o momento valorativo «contrariedade com um plano», de facto muito «carecido de preenchimento»; linha directiva essa a cuja determinação mais precisa se dedica em boa parte o livro de CANARIS); cfr. a este propósito também Sauer-Festschrift, pp. 90 e ss. KLUG procura uma definição de lacuna mais precisa, desligada de momentos psicológicos («expectativas», «apreciações negativas» e semelhantes), através do conceito de lógica relacional da isomorfia (na ob. cit., pp. 79 e ss.).

3. Acertadamente Arth. KAUFMANN, *Analogie und Natur der Sache*, p. 32: «Como é que muda o 'sentido da lei' se o teor verbal da mesma subsiste? Isto acontece única e exclusivamente porque este 'sentido da lei' de modo algum está apenas na lei, mas também nas concretas situações da vida para as quais a lei foi cunhada». Cfr. por outro lado ESSER, *Vorverständnis*, p. 175: «A verificação de que 'falta' uma regulamentação... não depende de uma afirmação incontrolável sobre o 'plano' da lei, mas da pré-compreensão da necessidade de ordenação do respectivo conflito».

4. O arcaboço lógico do argumento de analogia pode, pois, ser apresentado da seguinte forma (como «modus ponens»):

Premissa maior: Quando duas situações, S e S', são semelhantes do ponto de vista de uma determinada norma jurídica, isto é, coincidem sob aspectos essenciais, devem ter a mesma consequência jurídica.

Premissa menor: A situação F (= S') coincide nos aspectos essenciais com a situação K (= S) regulada na norma jurídica N (representando a letra F uma privação da liberdade e a letra K uma lesão corporal).

Conclusão: F deve ter a mesma consequência jurídica que K.

A este resultado chega também HELLER (*Logik, etc. der analogen Rechtsanwendung*, 1961), para a conclusão de analogia «axiológica» (p. 118), depois de na primeira parte do seu escrito ter tratado a problemática de uma analogia puramente lógica. É evidente que a particularidade estrutural da conclusão de analogia lógica, como conclusão «do conhecido para o até ali desconhecido» (HELLER, p. 19), desaparece na nossa apresentação da analogia jurística como um silogismo ordinário. Mas na verdade o que é característico daquilo que no domínio jurídico nós chamamos «analogia» é a ligação de um juízo de semelhança que funciona como premissa menor (como a verificação da «coincidência nos aspectos essenciais»; já assim o referia WINDSCHEID) com a nossa premissa maior, obviamente deduzida do princípio da igualdade, segundo o qual, aquilo que nos «aspectos essenciais coincide», deve também ser tratado da mesma maneira (cfr. LARENZ, ob. cit., pp. 287 e s., 2.ª ed., 1969, p. 359, 3.ª ed., 1975, p. 366; e HELLER, ob. cit., pp. 83, 110 e 118). O «arriscar» da conclusão jurística de analogia (HELLER, na esteira de BURKAMP) é portanto sobretudo o arriscar do juízo de semelhança, e este arriscar é, como também observam acertadamente SAX, ob. cit., pp. 141 e ss. (concluindo a p. 147), KLUG, *Juristische Logik*, 3.ª ed., p. 123, HELLER, lugar citado, e ESSER, *Vorverständnis*, p. 107, não é um arriscar lógico, mas «metalógico», «axiológico» ou, como se diz — talvez por forma algo estreita — no nosso texto, «teleológico» (cfr. HELLER, pp. 55, 78 e ss., 82 e ss., 109 e ss., WAGNER-HAAG, *D. moderne Logik i. d. Rechtswissensch.*, 1970, p. 31, e LARENZ, l. cit.). KAUFMANN, ob. cit., pp. 35 e ss., opera com uma particular concepção, fundada num conceito de analogia muito amplo (sobre o ponto LARENZ, ob. cit., 2.ª ed., p. 359,

nota 2). quando põe o pensamento analogico em ligação com a «natureza das coisas» e o «tipo»: «A natureza das coisas» e o ponto axial da conclusão analogica» (p. 35); e ainda: «na concreta descoberta do direito deve sempre... retroceder-se aos tipos pensados pela lei».

5. ENNECCERUS. *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, 1. 12.ª ed., 1928. § 53 II la. BARTHOLOMEYCZIK, ob. cit., pp. 48 e ss. Ao lado do exemplo que no texto tomo por ponto de referência podia agora colocar-se ainda o caso referido no Südd. Zeitung de 4/5.3.1967, a saber: o marechal do ar britânico Sir Arthur Harris, perante as censuras que lhe foram dirigidas por causa dos bombardeamentos de Dresden, etc., na segunda guerra mundial, defendeu-se com o cinico argumento *a contrario* de que se tinha conformado estritamente a convenção sobre a guerra aerea procedente da guerra de 1870/71, segundo a qual era proibido «lançar corpos explosivos de balões inflados por um gás».

6. Sobre o ponto a minha *Einheit der Rechtsordnung*, pp. 76 e s., Fr. SCHACK, *Laun-Festschrift*, 1948, pp. 275 e ss.; HELLER, ob. cit., pp. 122 e ss. A aplicação analógica do direito entre diferentes ramos juridicos, p.ex., a transposição de preceitos do direito civil para o direito público, podem naturalmente opor-se razões de natureza material. Cfr. J. BURMEISTER, *Die Verfassungsorientierung der Gesetzesauslegung*, 1966, p. 44, nota 155.

7. Ob. cit., § 53 II 1, 15.ª ed., § 58 II 1. Sobre a distinção entre analogia da lei e analogia do direito ver também ISAY, *Rechtsnorm*, 1929, p. 149; NAWIASKI, *Allg. Rechtslehre*, 2.ª ed., 1948, p. 146; BOEHMER, *Grundlagen*, II 1, p. 168; SAX, ob. cit., pp. 102 e ss. (criticando-a): W. G. BECKER, *Gegegnopfer*, pp. 434 e ss.; LARENZ, *Methodenlehre*, p. 292, 2.ª ed., 1969, p. 364, 3.ª ed., 1975, pp. 368 e s.; CANARIS, ob. cit., pp. 97 e s. (com riqueza de dados bibliograficos): GERMANN, ob. cit., pp. 179 e ss.; ESSER, *Vorverständnis*, p. 182. Ao passo que LARENZ, ob. cit., em acordo com DAHM, *Deutsches Recht*, 2.ª ed., p. 364, e contrario à expressão «analogia do direito» e em vez dela fala de «analogia global», CANARIS considera a designação «analogia do direito» como ajustada, por isso que se não trata de uma conclusão do particular para o particular, mas do particular para o geral, de uma indução, portanto, pelo que a

analogia do direito também postula validade geral para uma «pluralidade indeterminada de casos». Que na analogia (mesmo na analogia da lei) está contida uma indução, também já aqui foi acentuado no texto. Mas na transição do princípio geral induzido para os casos não imediatamente regulados por lei verifica-se em última análise uma ligação entre o particular e o particular, a qual justifica que se fale de «analogia» tanto na analogia da lei como na analogia do direito; ver agora também LARENZ, *Methodenlehre*, 2.ª ed. 1969, p. 364, nota 1. 3.ª ed., 1975, pp. 368 e ss.

8. Fundamentalmente contra uma interpretação demasiado extensiva, v. p. ex., J. BAUMANN, *Strafrecht, Allg. T.*, 8.ª ed., 1977, § 1313. Considera como «limite da interpretação» a significação «natural» da palavra, do contexto de palavras e da frase. Pode então a capacidade de conceber e dar à luz ser entendida como «capacidade de reprodução» no sentido do § 224 do Código Penal, como em geral acontece? Sobre a proibição da analogia em direito penal, ver, além dos manuais e comentários de direito penal, que dela se ocupam sempre, designadamente: SAX, *Das Strafrechtliche Analogieverbot*, 1953 (e sobre este R. Busch, *JurZ* 1955, pp. 223 e s.); IDEM, in BETTERMANN-NIPPERDEY-SCHEUNER, *Die Grundrechte* III, 2, 1959, pp. 909 e ss.; HELLER, ob. cit., pp. 135 e ss.; G. GRÜNWARD, *ZStrW* 76, 1964, pp. 1 e ss.; A. KAUFMANN, *Analogie und «Natur der Sache»*, 1965; BINDOKAT, *JurZ* 1969, pp. 541 e ss.; U. NEUMANN, *Der «mögliche Wortsinn» als Auslegungsgrenze*, etc., in E. v. SAVIGNY, *Jur. Dogmatik*, etc., 1976, pp. 42 e ss.; J. M. PRIESTER, *Zum Analogieverbot i. Strafr.*, in H. J. KOCH (edit.) *Jurist. Methodenlehre* etc., 1976, pp. 155 e ss. (com mais indicações bibliográficas). SAX e KAUFMANN põem em dúvida uma proibição da analogia no sentido tradicional. SAX (p. 152) declara: «Uma proibição da analogia não existe». KAUFMANN vai ainda algo mais longe, afirmando «que uma estrita proibição da analogia no direito penal nunca existiu sequer» (p. 41). A analogia no direito penal encontra o seu limite apenas «no tipo de ilícito que está na base da hipótese legal». Esta última formulação tem o seu fundamento na já acima exposta (ver nota 4) tese de KAUFMANN segundo a qual o pensamento analógico encontra o seu apoio na «natureza das coisas» e no «tipo», sendo que este último não é definido, mas

apenas é «descrito mais ou menos perfeitamente». Aqui não existiria, pois, qualquer distinção entre interpretação e analogia. Aderiram a KAUFMANN (de diferentes modos): W. HASSEMER, *Tatbestand und Typus*, 1968, pp. 160 e ss.; J. HRUSCHKA, *Das Verstehen von Rechtstexten*, 1972, p. 102; G. STRATENWERTH, *Strafrecht Allg. T.*, 2.ª ed., 1976, pp. 44 e s. Contra esta posição eu pessoalmente insistiria na concepção tradicional, dizendo que as denotações legais dos factos puníveis não fazem como que remeter apenas para um «tipo de ilícito» relevante, mas o delimitam e determinam por tal forma que «o sentido verbal possível» traça a linha-limite entre a interpretação (admitida) e a analogia (proibida).

Uma réplica de direito civil à proibição da analogia em direito penal é o § 253 do Código Civil: «Por um dano que não seja dano patrimonial só pode ser exigida indemnização em dinheiro nos casos definidos pela lei». Com particular agudeza esclarece BÖTTICHER, MDR 1963, pp. 353 e ss. (360), que «no domínio da indemnização por danos imateriais o § 253 do Cód. Civ. é exacta réplica do art. 103, alinea 2 da Lei Fundamental»: «ambas as determinações estabelecem que o juiz, para a condenação do agente, tem de poder apoiar-se numa lei e excluem assim a analogia, que doutro modo seria permitida». Foi considerada como inobservância desta proibição da analogia a recente jurisprudência do Tribunal Federal sobre a compensação dos danos imateriais resultantes da violação do direito geral de personalidade. Ver sobre o ponto as indicações da nota 25, *infra*. Entretanto também o Tribunal Constitucional Federal, no chamado «caso Soraya», fez seu o ponto de vista de que pela atribuição de uma compensação pecuniária por violação do «direito geral de personalidade» se não verificou qualquer violação de uma proibição da analogia em vigor no plano do direito constitucional (BVerfGer. vol 34, pp. 269 e ss. = NJW 1973, pp. 1221 e ss. = JurZ 1973, pp. 662 e ss.; cfr. *ibidem*, sob IV e V; para uma crítica, LARENZ, *Methodenlehre*, 3.ª ed., p. 417).

Ver de resto agora sobre a proibição da analogia no direito civil também CANARIS, *ob. cit.*, pp. 183 e ss., distinguindo entre proibição da analogia e proibição da indução, entendendo CANARIS por esta última a proibição de, quando vigore o princípio da enumeração, alargar no sentido de um princípio geral o círculo dos casos enumerados — o que precisamente seria de

aplicar relativamente ao § 253 do Cód. Civ., que, portanto, neste sentido não pode ser apresentado como uma genuína «proibição da analogia». Sobre as limitações da analogia na administração intronmissiva (*Eingriffsverwaltung*), v. p. ex., H. HEINRICH, em H. ARNDT e outros, *Richterliche Rechtsfortbildg.*, 1970, pp. 21 e ss., e H. SOELL, *D. Ermessen d. Eingriffsverwaltg.*, 1973, p. 156.

9. Sobre a sua estrutura lógica e a sua concludência, vide nomeadamente NAWIASKY, *Allgem. Rechtslehre*, 2.^a ed., 1948, p. 148 (o qual considera estes argumentos «casos especiais da conclusão analógica» acrescentando que também neles «não é a lógica, mas a apreciação material que decide»); KLUG, *Juristische Logik*, 3.^a ed., pp. 132 e ss. (que acentua «o forte parentesco intrínseco» de todos os referidos argumentos, em que frequentemente é utilizada a fórmula «por maioria de razão»); LARENZ, *Methodenlehre*, pp. 294 e s., 2.^a ed., 1969, pp. 367 e s., 3.^a ed., 1975, pp. 375 e s. (com instrutivos exemplos); SCHREIBER, ob. cit., pp. 54 e ss.; CANARIS, *Lücken*, pp. 78 e ss.; IDEM, *Systemdenken*, 1969, pp. 24 e s., que em primeiro lugar diz acertadamente do argumento a majori que nele «as razões de um preceito valem para um caso não regulado em mais forte medida ainda que para os casos por ele directamente abrangidos», e igualmente refere bons exemplos: assim, para o § 904, 2, do Cód. Civ. o «argumento a fortiori» segundo o qual, «se existe responsabilidade mesmo com base numa lesão lícita do direito de outrem, por maioria de razão deve existir no caso de uma lesão ilícita, embora não culposa», quando por esta forma «um bem jurídico é salvo à custa de outro»: e que de resto, — como para a analogia — acentua que esta espécie de argumentação serve não apenas para a colmatação das lacunas, mas também desde logo para a descoberta destas. Ao lado deste exemplo poderíamos nós pôr, tirado do direito penal, a conclusão da não punibilidade do auxílio doloso ao suicídio para a não punibilidade também da promoção de um suicídio por negligência (assim, pelo menos, o BGHStr. vol. 24, pp. 342 e ss.) — de novo um argumento a fortiori que ao mesmo tempo pode ser considerado como um caso particular da analogia (sobre este ponto, porém, muito crítico, G. GEILEN, *JurZ* 1974, pp. 145 e ss., *NJW* 1974, pp. 570 e ss.). Um equivalente seria também a conclusão da não punibilidade de uma acção (conduta activa)

para a não punibilidade de uma omissão correspondente (no que respeita a evitar o resultado); G. KALINOWSKI, *Introduction à la logique juridique*, 1965, pp. 162 e ss.; E. SCHNEIDER, *Logik für Juristen*, 1965, pp. 181 e ss.; M. KRIELE, *Rechtsgewinnung*, 1967, p. 151 (que vê os argumentos em análise como simples «topoi»); J. TAMMELO, *Outlines of modern legal logic*, 1969, pp. 124 e ss.; U. DIEDERICHSEN, *Larenz-Festschrift*, 1973, pp. 177 e s. LARENZ, ob. cit., pp. 296 e ss., 2.ª ed., 1969, pp. 369 e ss., 3.ª ed., 1975, pp. 377 e ss., e na sua esteira CANARIS, *Lücken*, pp. 82 e ss., 136 e s., põe de resto ao lado da conclusão de analogia e dos outros argumentos, enquanto processo relativamente autónomo para o preenchimento (e determinação) das chamadas lacunas «encobertas», a «redução teleológica» (na esteira de DAHM chamada também «contra-analogia» e seguramente aparentada com a «restrição» no sentido de ENNECCERUS-NIPPERDEY, ob. cit., § 59, II). Eles entendem por tal uma limitação introduzida numa norma e exigida pelo sentido desta. Ao passo que a analogia postula que seja tratado igualmente o que é igual, a redução teleológica, pelo recurso à ratio legis, visa tratar desigualmente o que é desigual (exemplões em LARENZ e CANARIS; v. também *infra*, no texto e na nota 21). Como uma «redução teleológica» no domínio do direito penal pode aqui talvez referir-se a restrição do § 186 do Cód. Pen., proposta por muitos autores, no sentido de que, na «difamação», a afirmação de um «facto» lesivo da honra de alguém, no que respeita à verdade ou desverdade de tal facto, tem de verificar-se pelo menos uma negligência ou falta de cuidado, para que seja punível. De todo o modo neste sentido se pronuncia H. J. HIRSCH, *Ehre und Beleidigung*, 1967, p. 198; mas critica esta posição J. TENCKHOFF, *Die Bedeutung des Ehrbegriffs*, 1973, pp. 115 e s.

10. Instrutivo relativamente ao que vem a seguir no texto também Fr. WIEACKER, *Gesetz u. Richterkunst*, 1958, pp. 12 e ss.; LARENZ, *Methodenlehre*, pp. 255 e ss., 314 e ss., 2.ª ed., 1969, pp. 317 e ss., 394 e ss., 3.ª ed., 1975, pp. 325 e ss., 458 e ss. Os seus «princípios ético-jurídicos» são «verdades jurídicas» ou «ideias jurídico-materiais» que encontraram reconhecimento na consciência jurídica geral, mas que participam na mutação que esta sofre no tempo e por isso podem adquirir uma diferente relevância nos diferentes «estádios da evolução histórica». Os

princípios ético-jurídicos não são normas preestabelecidas. Também não são *positos* (positivados), mas «encontrados» ou «descobertos». Sobre as «descobertas jurídicas» ver também o escrito de DOLLE com este título, para o qual também LARENZ remete.

11. Anote-se de passagem que o princípio da ponderação dos bens jurídicos, que inicialmente foi elaborado para o direito penal e aparece expresso na nova formulação do § 34 do Código Penal, actua agora também cada vez mais na heurística de direito civil. Assim no «caso Constanze» (BGHZiv. 3, pp. 270 e ss. = JurZ 1952, pp. 227 e ss., com anotação de KLEINE). Em seguida, também na «decisão registos fonográficos» (BGHZiv. 17, pp. 266 e ss.) e nas decisões que nesta se apoiaram (v. *infra*, nota), assim como nas decisões relativas à violação do direito geral de personalidade e à compensação dos danos imateriais dela resultantes: BGH NJW 1960, pp. 476 e ss. = NJW 1961, pp. 2059 e ss. (ponderação do direito de personalidade perante o direito da livre expressão da opinião). BGH NJW 1962, pp. 32 e ss. (ponderação do direito de personalidade perante o interesse do público no esclarecimento da verdade). BGH NJW 1963, pp. 902 e ss. (sob. II), OLG Hamburgo NJW 1962, pp. 2062 e s. A este respeito, ver também H. HUBMANN, *Der zivilrechtliche Schutz der Persönlichkeit gegen Indiskretion*, JurZ 1957, pp. 521 e ss., espec. p. 526, assim como J. ESSER, *Interessenjurisprudenz heute*, Juristenjahrbuch I. 1960, pp. 111 e ss., e por último ainda K. LARENZ, *Festschrift f. E. Klingmüller*, 1974, pp. 235 e ss.

Da mesma forma, depois da chamada «decisão Lüth», de 15.1.1958 (BVerfGer. vol. 7, pp. 198 e ss. = JurZ 1958, pp. 119 e ss.; e sobre ela p. ex. MAUNZ-DÜRIG, *Kommentar z. GG*, n.ºs 249 e ss., ao Art. 5 GG), o princípio da ponderação de bens foi introduzido no Direito Constitucional (designadamente com referência à delimitação dos direitos fundamentais), ou pelo menos também aí foi suscitada a respectiva questão. É geralmente conhecido que aquele princípio, sob a designação de «estado de necessidade supralegal», foi esgrimido no combate ao terrorismo. Para uma primeira orientação sobre o princípio da ponderação de bens no direito público (direito do Estado), v. Th. MAUNZ, *D. Staatsrecht*, 20.ª ed., 1975, § 15 I 3c. K. HESSE, *Grdz. des Verfassungsr.*, 9.ª ed., 1976, pp. 28 e s., 135 (com reservas). Da

literatura da especialidade indicarei agora apenas: P. HABERLE: *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs II GG*, 1962, pp. 31 e ss.; R. ZIPPELIUS, *Wertungsprobleme im System der Grundrechte*, 1962, pp. 48 e ss.; W. KNIES, *Schranken der Kunstfreiheit*, 1967, pp. 38 e ss., 82 (com mais bibliografia e crítica); Fr. MÜLLER, *Jur. Methodik*, 2.ª ed., 1976, pp. 48 e ss., 52 e ss., 93 e ss. (igualmente com uma crítica); D. de LAZZER-D. ROHL, *JurZ* 1977, pp. 207 e ss. (rejeitando a aplicação do «estado de necessidade supralegal» «nas intromissões de escuta»). Em conexão com a «ponderação de bens», veio também à discussão a ideia de uma «ordem de valores» subjacente aos direitos fundamentais.

Sobre a ponderação de bens no *direito administrativo*, ver p. ex., H. ARNDT, *Richterl. Rechtsfortbillg.*, 1970, pp. 13 e s. A ponderação de bens tem lugar no direito administrativo designadamente no exercício do poder discricionário e nos «planeamentos». Vide p. ex. BVerwGer. 14.2.1975, p. 1375: Num planeamento (com poder discricionário por parte da autoridade de planeamento) é de preceito «ponderar e confrontar rectamente entre si os interesses públicos e privados que vão ser atingidos». Ver sobre o ponto também H. J. WOLFF, *Verwaltungsrecht*, 8.ª ed. § 31 II c.

12. Relativamente ao ponto versado a seguir no texto ver agora R. SCHREIBER, *Logik des Rechts*, 1962, pp. 57 e ss. (59 e ss.); H. BOGS, *ob. cit.*, p. 135; sobretudo CANARIS, *Systemdenken*, 1969, designadamente pp. 53 e ss., 112 e ss.; e da literatura estrangeira indicaremos: G. GAVAZI, *Delle Antinomie*, 1959; Al. BARATTA, *Antinomie Giuridice*, 1963; Ch. PERELMANN (ed.), *Les Antinomies en Droit*, 1965. SCHREIBER esforça-se por demonstrar que as contradições a que a seguir me refiro não são, pelo menos em parte, contradições lógicas. Julgo que também não afirmei que o sejam. Mas não haverá ainda, ao lado das contradições lógicas, contradições doutra espécie? Haverá, por ex., uma contradição lógica quando se caracteriza uma conduta como «contrária» a uma norma jurídica? Para mim, as contradições postas em destaque na minha *Einheit der Rechtsordnung*, a pp. 41 e ss., não tinham, de acordo com o contexto, outro significado senão o de perturbações daquela unidade da ordem jurídica, tal como também podemos apreender como perturbações da unidade arquitectónica os estilos diversos e contras-

tantes numa igreja construída em diferentes épocas. Que em especial as contradições de natureza técnico-legislativa não são contradições lógicas, concedo-o sem mais aquelas. É o que já resulta com assaz clareza do meu citado trabalho, pp. 45 e s., onde acentuo explicitamente que temos de nos resignar ante tais contradições terminológicas a fim de evitar desarmonias materiais. Que, todavia, a variação de sentido de conceitos homônimos, traduzida na noção de «relatividade dos conceitos jurídicos», e encarada como prejudicial à unidade da ordem jurídica e, destarte, como uma espécie de contradição, é o que ressalta, por ex., das decisões BGHStr. 6, pp. 42 e s., e BGHZiv. 39, p. 335, onde em cada caso se declara que corresponde ao sentido da unidade da ordem jurídica interpretar certos conceitos que se encontram em diferentes disposições legais dum modo uniforme. Cfr. sobre o ponto ainda BVerfGer. vol. 33, pp. 57 e ss. = NJW 1972, pp. 1934 e ss. sob II 1c (transposição da definição legal de «meios de propaganda» do § 86 do Cód. Penal para outras disposições) e agora também HANACK, ob. cit., pp. 156 e s. Concordando com a minha réplica contra SCHREIBER: CANARIS, ob. cit., p. 120, nota 30.

Sobre as contradições normativas e as valorativas, ver de resto adiante, notas 14 e 15. Uma questão que talvez ainda mereça ser esclarecida é a de saber se e em que sentido as «decisões divergentes», nos termos dos §§ 120, al. 3, 121, al. 2, e 136 do Estatuto Judiciário (cfr. a propósito *infra*, no texto, pp. 365 e sg., e a nota 3 do cap. VIII, assim como o estudo de HANACK citado na nota 12, autor que a este propósito fala repetidas vezes de «contradições» na aplicação do Direito), decisões essas que igualmente põem em perigo a unidade da ordem jurídica. — deverão ser consideradas como contradições *lógicas* em sentido estrito (no sentido de SCHREIBER). E o mesmo se diga da questão de saber se as violações do hoje tão importante princípio da igualdade (Art. 3 da Constituição), ou seja, pois, o diferente tratamento jurídico de duas situações da vida idênticas, constituem contradições «lógicas» ou tão-só (!) jurídicas. Aqui somente posso colocar a questão, mas não tratá-la. Pelo que respeita ao primeiro problema, deverá ser decisiva estoutra questão: a de saber se as decisões que se «contradizem» se referem a uma e mesma questão jurídica.

13. Reconhece-o aliás também SCHREIBER, ob. cit., p. 60:

«Se uma tal contradição existisse na ordem jurídica, ela destruiria necessariamente o sistema jurídico». Ao postulado segundo o qual não podemos deixar subsistir contradições normativas, postulado esse que eu na minha «Unidade da ordem jurídica», p. 54, fundamentei ontologicamente e não, por forma expressa, logicamente, refere-se, agora SCHREIBER considerando-o mesmo como «postulado lógico» e como «exemplo ilustrativo do facto de as leis lógicas se tornarem a todas as luzes elementos integrantes do direito» (sobre isto, a crítica de CANARIS, ob. cit., pp. 122 e s.). Segundo SCHREIBER, tem então de existir «uma regulamentação que estabeleça qual a norma que, em caso de conflito, tem precedência», uma regulamentação tal como aquela que, para o exemplo referido no texto, podemos encontrar na Lei Militar, § 11, e no Código Penal Militar, § 5.

Caso falte tal regulamentação e não exista qualquer solução jurídica do problema de saber qual das duas normas em contradição em caso de conflito tem a preferência, por tal forma que seria pura «arbitrariedade» conferir prevalência a uma delas, então a proibição da arbitrariedade conduz à aceitação da invalidade das normas que brigam entre si e surge uma «lacuna de colisão» (assim com toda a razão CANARIS, ob. cit., p. 124). Sobre este ponto, cfr. *infra*. Ver de resto sobre as contradições normativas p. ex. também KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2.^a ed., 1960, pp. 209 e ss.; LARENZ, *Methodenlehre*, pp. 174, 235, 2.^a ed., 1969, pp. 207 e 293 e s.; 3.^a ed., 250 e ss., 299; O. WEINBERGER, *Rechtslogik*, 1970, pp. 214 e ss.

14. Escreve a propósito SCHREIBER, ob. cit., p. 60: «Uma contradição em sentido lógico não existe aqui». (Até este ponto estamos de acordo, pois que isso também eu o não afirmo). Depois continua: «É também errônea a ideia de que haveria aqui uma contradição no sistema valorativo da ordem jurídica. Pois que apenas esta determina o sistema de valores: Não há qualquer sistema de valores fora da ordem jurídica ao qual esta esteja submetida. Se ENGISCH pensa que o nosso Código Penal considera mais grave o matar dolosamente uma pessoa do que o pôr em perigo, também dolosamente, uma vida através do enjeitamento, enganã-se. Com efeito, precisamente a excepção que ele toma como contradição revela que o seu asserto não tem validade exclusiva. Um regime legal que é insatisfatório não é, por isso mesmo, contraditório». A isto tenho a replicar: 1) pode impugnar-

se como tese pronunciadamente positivista a afirmação de que não ha qualquer sistema de valores fora da ordem jurídica e ao qual esta estaria sujeita; quero, porém, aceita-la aqui como hipótese, para ponto de partida; 2) que o Código Penal vigente julga mais severamente o facto de matar dolosamente uma pessoa do que o de pôr em perigo uma vida através do enjuntamento, punido pelo § 221, isso resulta da comparação das cominações penais contidas nos §§ 221, 212 e 217 com as contidas naquele § 211 — onde sem duvida se parte da ideia de que na punição do enjuntamento se trata de punir o pôr em perigo uma vida, como e doutrina inteiramente dominante (v., p. ex., SCHONKE-SCHRÖDER, *Kommentar zum Strafgesetzbuch 1*, ao § 221, e a citada do Tribunal do Reich, pp. 409 e s.); 3) seria forçado a reconhecer que o § 221, al. 3, constitui uma «excepção» ao § 217, se o legislador tivesse conscientemente escolhido a cominação penal daquele primeiro texto e tivesse consciente e deliberadamente querido a exclusão de casos menos graves, em oposição ao § 217, al. 2, transparece, porém, que tal não aconteceu, e dai resultar uma divergência da valoração e da punição que não só se apreende como insatisfatória dum ponto de vista exterior ao sistema, como também se reconhece existir a luz do «sistema de valores» imanente (!) ao Código Penal. Destarte, e sem duvida legitimo supor, com o Tribunal do Reich, a existência duma «contradição» (valorativa). Questão completamente diferente é a de saber se uma tal contradição valorativa pode ser afastada. Sobre o ponto, *infra*.

15. Ate este ponto, tambem CANARIS, ob. cit., pp. 120, 127, concorda, pois concede em geral que existem limites para a eliminação de contradições valorativas (pp. 119 e ss., 126 e ss.). Contraria no entanto (p. 116) a minha opinião de que, quanto às contradições valorativas (e de principios), «em geral temos que nos resignar perante elas». Pois, como se trata aqui de violações do principio da igualdade, o jurista tem de, para as afastar, «fazer intervir todo o seu arsenal metodologico». Por outro lado sustenta a opinião (pp. 125 e ss.) de que as violações em causa do principio fundamental da igualdade podem levar ate à inconstitucionalidade e à nulidade das disposições «contrarias ao sistema». Sobre o ponto de vista da «equidade» como meio de eliminação de contradições valorativas, cfr. E. v. SAVIGNY, *Juristische Dogmatik*, 1976, pp. 60 e ss. Eventualmente podera

também recorrer-se a uma «*reductio ad absurdum*». Sobre este ponto, U. DIEDERICHSEN, *Larenzfestschr.*, 1973, pp. 155 e ss.

16. Cfr. ESSER, *Grundsatz*, pp. 80 es., 158 e s.; H. PETERS, em COING, *Die juristischen Auslegungsmethoden*, 1959, pp. 35 e s.; LARENZ, ob. cit., pp. 314 e s., 2.ª ed., 1969, pp. 394 e ss., 3.ª ed., 1975, pp. 410 e ss.; KELLER, ob. cit., pp. 123 e ss.; REHFELDT, *Einf. i. d. Rechtsw.*, 1962, pp. 115 e ss. CANARIS, *Systemdenken*, pp. 115 e s. aspira a distinguir entre as genuínas contradições de princípios que perturbam a unidade da ordem jurídica e as «contraposições de princípios» equilibradas dentro daquela unidade mediante um «compromisso». Como exemplo duma contraposição de princípios refere a tensão no nosso direito sucessório entre o princípio da liberdade testamentária e o princípio da protecção da família segundo o qual normalmente os parentes próximos não devem ser totalmente excluídos da herança. Esta tensão encontra o seu equilíbrio ou forma de composição no direito a legítima. Aparentemente para esta distinção conta o facto de o próprio legislador ter contemplado a contradição dos princípios e de ter tentado eliminá-la, ao passo que nas contradições genuínas a antinomia nos surge com toda a sua crueza e o jurista tem que procurar uma saída, ou seja, vê-se perante o problema de empenhar todo o seu esforço para a eliminar. A questão de saber se no caso concreto surge uma «contraposição» ou uma «contradição», nem sempre será de resposta fácil. De resto também no nosso texto é reconhecida a diversidade das «contradições de princípios».

17. Sobre o ponto ver a literatura indicada na nota 12 do Cap. IV. De entre os trabalhos mais recentes merece destaque especial o estudo de J. SCHMIDT-SALTZER, *in* DÖV 1969, pp. 97 e ss., onde se encontram bons exemplos para os quais remetemos, em lugar dos anteriormente referidos nesta nota (BVerfGE 2, pp. 336 e ss., e BGHStr. 13, pp. 102 e ss.). Em todo o caso, do BGHStr. 13, p. 117, citaremos as seguintes frases, particularmente importantes: «A interpretação tem também de entrar em conta com o facto de que importa proceder de modo a que a totalidade dos dispositivos da lei se integrem o mais facilmente possível num todo sem contradições. Se resulta impossível conciliar um preceito anteriormente promulgado, com o sentido que os seus autores lhe quiseram atribuir, com um

preceito posterior de escalão mais elevado, mas o teor verbal daquele primeiro preceito permite conferir-lhe um sentido que não entra em contradição com a norma posterior de superior categoria, e admissível interpreta-lo neste sentido». Pelo menos do ponto de vista duma teoria interpretativa subjectivista, algo mais está aqui em jogo do que uma simples «interpretação», a saber, a adaptação jurídico-evolutiva do Direito antigo à nova ordem jurídica global, em particular à Constituição vigente.

18. No texto que segue limito-me a este caso extremo de conflito. LARENZ, *Methodenlehre*, 3.^a ed., pp. 402 e ss., versa amplamente todos os «desenvolvimentos evolutivos do direito que passam além da lei» — «extra-legem», portanto, incluindo aqueles que não vão «contra-legem».

19. A respeito desta evolução sob o domínio do Nacional-Socialismo, BOCKELMANN, pp. 34 e ss.; Eb. SCHMIDT, *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung I*, 1952, p. 214, 2.^a ed., 1964, p. 280. Ver de resto sobre a prática jurídica sob o Nacional-Socialismo o grande trabalho de B. RÜTHERS, *Die unbegrenzte Auslegung*, 1968. Exemplo drástico de uma aplicação inescrupulosa dum preceito penal, motivada por mera submissão às intenções políticas da governação, com inteira emancipação do «teor verbal» e até do fim original visado pela lei, têm-lo na extensão do conceito de «publicidade» a propósito das palavras «desmoralizadoras para o exercito». Cfr. sobre o ponto, e.g., BGHStr. 3, pp. 116 e sgs.: «O modo de aplicar o § 5, al. I, do Decreto penal especial para tempo de guerra era contrário a toda a interpretação aceitável da lei, pelo menos nos casos em que o requisito da publicidade era desde logo afirmado se o agente não tivera qualquer garantia do silêncio do destinatário (scil. individual) e devesse contar com a divulgação das suas palavras, sem que se curasse de saber se ele contou com tal possibilidade e a aceitou». Vê-se, assim, onde se chega com uma aplicação «dinâmica» do direito que despreze o «teor verbal»!

20. Outras tomadas de posição e argumentos no sentido desta tese e teses semelhantes em Eb. SCHMIDT, *Gesetz und Richter*, pp. 12 e ss., 16 e ss.; H. COING, *Rechtsphilosophie*, 1950, p. 258, nota 2; H. WELZEL, *Strafrecht*, 11.^a ed., 1969, § 78 B II; ENNECCERUS-NIPPERDEY, 15.^a ed., 1959, pp. 344 e ss.; LARENZ, *Methodenlehre*, pp. 319 e ss., 2.^a ed., 1969, pp. 401 e ss., 3.^a ed., 1975, pp. 417 e ss. (LARENZ opera

com o pensamento do «estado de necessidade jurídico» e a contradição com a «consciência jurídica geral», pelo que — como também o mostram os exemplos por ele referidos — insere no domínio do desenvolvimento judicial do direito «que altera a lei» também outros casos que não só os da lei injusta, imoral, contrária ao direito natural); IDEM, in NJW 1965, pp. 1 e ss. (para uma crítica, H. SOELL, *D. Ermessen d. Eingriffsverwltg.*, 1973, pp. 153 e s., nota 17); K. PETERS, *Das Gewissen des Richters*, 1950, pp. 23 e ss. (33); LESS, ob. cit., especialmente p. 81; KÖNIG, ob. cit.; ZIMMERMANN, NJW 1956, pp. 1263 e s.; BENDER, JurZ 1957, pp. 601 e s.; BACHOF, DOV 1961, p. 928, JurZ 1963, pp. 697 e ss.; A. KAUFMANN, *Gesetz*, nota 22 e texto correspondente; ROTH-STIELOW, *Die Ausflehnung des Richters*, 1963, pp. 36 e ss. («A des-ordem não vincula o juiz»); H. HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 1964, pp. 455 e ss., 2.ª ed., 1977, pp. 563 e ss.; R. ZIPPELIUS, *Liermann-Festschrift*, 1964, pp. 305 e ss. (317 e ss.); Fr. MÜLLER, Arch.öff.R. 95, 1970, p. 162; G. GRÜNWALD, *Zur Kritik d. Lehre v. überpositiven Recht* (Bonner Rektoratsrede), 1971; R. FISCHER, *Die Weiterbildung des Rechts*, 1971; I. EBSEN, *Gesetzesbindg.*, 1974, pp. 55 e ss.; B. HEUSINGER, *Rechtsfindg.*, 1975, pp. 105 e ss. Da Jurisprudência, p. ex. BGHStr. 2, p. 237; SchwG Köln, NJW 1952, p. 358. Relativamente às violações do princípio da igualdade supralegal: BGHZiv. NJW 1955, p. 905; cfr. ainda BArbG in Arbeit und Recht 1962, pp. 382 e ss. Particularmente digno de nota BVerfG 23, pp. 98 e ss. = JurZ 1968, pp. 422 e ss., onde se diz: «O direito e a justiça não estão na disponibilidade do legislador... Por isso o BVerfG afirmou a possibilidade de recusar a disposições «jurídicas» nacionalistas validade enquanto direito porque contradizem tão obviamente princípios fundamentais da justiça que o juiz que as aplicasse proferiria, não o direito, mas um contra-direito»; crítica esta decisão A. N. MAKAROV, JurZ 1968, pp. 559 e ss.; mas o significado da exposta tese do BVerfG não é diminuído caso o seu resultado concreto, por força de uma falsa interpretação do art. 116 da Lei Fundamental, não fosse correcto, o que eu no entanto nem sequer admitiria. Em geral sobre o «direito natural na jurisprudência alemã do pós-guerra», v. a dissertação de E. LINSMAYER, com idêntico título, Munique 1963, assim como H. WEINKAUFF, NJW 1960, pp. 1689 e

ss., e Fr. WIEACKER, JurZ 1961, pp. 337 e ss. Para uma discussão do direito natural na actualidade: BOCKELMANN, ob. cit., pp. 37 e ss.; Eb. SCHMIDT, ob. cit., pp. 14 e ss. e *Lehrkomm.* 1, pp. 218 e ss.. 2.ª ed., pp. 281 e ss.; NAWIASKY, JurZ 1954, pp. 717 e ss.; WESTERMANN, ob. cit., pp. 25 e ss.; EVERS, *Der Richter und das unsittliche Gesetz*, 1956, pp. 66 e ss.; Th. RITTLER, Schw. Z. f. Str. 72, 1957, pp. 268 e ss.; FORSTHOFF, ob. cit.; Tr. RAMM, ob. cit., pp. 353 e ss. (359 e ss.); D. JESCH, JurZ 1963, pp. 241 e ss. (244); E. STEIN, NJW 1964, pp. 1745 e ss. (1748 e ss.), este pronunciando-se também sobre a posição de LARENZ, que replicou no NJW 1965, pp. 3 e 8; J. HIRSCH, JurRundschau 1966, pp. 334 e ss.; W. MAIHOFFER (ed.), *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, 1966; E. FRANSSSEN, JurZ, 1969, pp. 766 e ss., e sobre a posição deste de novo H. WEINKAUFF, JurZ 1970, pp. 54 e ss.; por último, W. FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts* III, 1976, pp. 332 e ss. Seguro deve ser que a simples discordância de uma regulamentação legal, como p. ex. a da regulamentação do aborto no direito até aqui vigente, não pode bastar para permitir à Justiça o afastamento daquela. Sobre o problema da punibilidade do juiz por aplicação de leis imorais; Eb. SCHMIDT, *Lehrkomm.*, 1952, pp. 215 e ss., 219 e ss.; EVERS, DRIZ 1955, pp. 187 e ss.; RITTLER, ob. cit., pp. 273 e ss.; El. LINSMAYER, ob. cit., pp. 112 e ss.; SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Komm.*, 18.ª ed., 1976, nota 5 ao § 336.

21. ZIMMERMANN, ob. cit., pp. 959 e ss., fala de casos «indubitavelmente imprevidos pelo legislador» e têm por mais natural um entendimento da decisão que a considera como preenchimento de uma lacuna. Ao mesmo resultado chega LARENZ, ob. cit., que considera a «notável» decisão do BGH como um caso da por ele chamada «redução teleológica», isto é, da «limitação exigida pelo sentido» feita a uma regra legal «de acordo com a teleologia imanente da lei» (*Methodenlehre*, p. 296, 2.ª ed., 1969, p. 369; 3.ª ed., 1975, p. 377; cfr. também *supra*, nota 9).

22. NJW 1952, p. 960. Cfr. também ENNECCERUS-NIPPERDEY, ob. cit., § 59 I 2, assim como a minha *Einheit der Rechtsordnung*, pp. 86 e s., nota 2, com indicação de posições anteriores; literatura mais recente na nota 20. De modo análogo ao que se diz no texto distingue também CANARIS.

Systemdenken, 1969, pp. 106 e ss., com razão, entre descoberta do direito «conforme ao sistema», por um lado, e desenvolvimento evolutivo do direito (*Rechtsfortbildung*) segundo pontos de vista da «justiça material», transcendente, por outro lado. Este autor demonstra a distinção por forma intuitiva a propósito do tratamento da «actividade propensa a danos» no direito do trabalho. Perante a latitude e a pluralidade de significação do benquistado termo «*Rechtsfortbildung*» («desenvolvimento complementar do direito») (ele vai desde a interpretação «criadora», através da concretização de cláusulas gerais e da integração de lacunas, até qualquer especie de rectificação do direito incorrecto ou falhado: cfr. apenas K. REDEKER, NJW 1972, pp. 409 e ss.), e sempre de preceito usar de cautela na utilização do mesmo. A recusa por um tribunal da aplicação de uma disposição da lei em razão da injustiça desta, da sua contradição com os bons costumes ou com o direito natural, que em larga medida se confunde com a declaração de nulidade do preceito (v. p. ex. BVerfG 23, pp. 98 e ss.), e certamente um particular caso extremo de «*Rechtsfortbildung*».

23. Sobre esta regra, já uma vez atrás mencionada, do ponto de vista histórico e crítico: H. KRAUSE, no Z. Sav. Stifg. f. RGesch., Kanon. Abtlg. 77, 1960, pp. 81 e ss. KRAUSE mostra, que a regra provem do direito canonico e não, como eu próprio anteriormente supunha, do direito romano. Mostra ainda que a regra foi impugnada no sec. XIX e so recentemente volta a achar aceitação. A «queda» da regra no sec. XIX e pormenorizadamente exposta na já mencionada dissertação de HAAG (de resto também instrutiva sobre o conteúdo e o alcance da regra). Depois que J. KOHLER e L. KUHLENBECK, como «precursores» (HAAG, pp. 76 e ss.), de novo se afavoraram pela regra, declarava p. ex. REICHEL em «Gesetz und Richterspruch» (1915), pp. 135 e ss., que uma lei não deve continuar, a ser aplicada quando, por força de modificações nas circunstâncias de facto, deixa de poder alcançar o fim racional que originariamente se propôs (o que também deveria valer, em minha opinião, ainda no que toca aos erros de concepção originários). Já foi observado que também a conhecida «decisão sobre registos fonográficos» (BGHZiv. 17, pp. 266 e ss.) se fundou na máxima «cessante ratione...». Na esteira desta decisão seguiram-se outras, p. ex., a «decisão sobre fotocópias» (BGHZiv. 18, pp. 44 e ss.); cfr. sobre

este ponto R. PEHLE, *Richterl. Rechtsfortbildung*, 1969, pp. 7 e ss. Sobre a questão de fundo verificou-se entretanto a intervenção da nova Lei de direitos de autor de 9.9.1965. Sobre o facto de que também o BARbG e o BFinH operam com o princípio «cessante ratiō...», ver *supra*, nota 11 do Cap. IV. Sobre os limites da aplicabilidade do princípio, v. CANARIS, *Lücken*, pp. 189 e ss. Por outro lado, CANARIS, *ib.*, pp. 89 e ss., destacou como paralela àquele princípio a «extensão teleológica», na qual a *ratiō* conduz, não a uma limitação, mas a um alargamento da aplicação de um preceito. Vide sobre o ponto agora também LARENZ, *Methodenlehre*, 2.^a ed., 1969, pp. 374 e ss.; 3.^a ed., 1975, pp. 384 e ss. Esta extensão teleológica situa-se entre uma interpretação que ainda respeita o sentido verbal possível e a analogia!

24. Vide as respectivas fundamentações! Na sentença relativa à renda por acidente, o BGH pensa em primeira linha numa interpretação teleológico-restritiva; na sentença sobre registos fonográficos a decisão aparece justificada através da «interpretação segundo o sentido e o fim da lei»; na sentença sobre fotocópias, fala-se igualmente de «interpretação restritiva, de harmonia com o sentido e o fim da lei»; no caso do cavaleiro, o conceito de liberdade (de movimento e actividade) usado no § 847 é estendido, por via analógica, à liberdade de cada um de «dispor por decisão própria» da sua imagem. Cfr. ainda e uma vez mais BARbGer., JurZ 58, pp. 254 e ss.

25. Vide p. ex. relativamente à decisão sobre registos fonográficos: H. O. de Boor, JurZ 1955, p. 747 (fala-se de «interpretação», mas na verdade trata-se de uma adaptação da lei à evolução da vida social), e LARENZ, *Methodenlehre*, p. 287, 2.^o ed., 1969, p. 359 (não «interpretação restritiva», como afirma o BGH, mas preenchimento de uma «lacuna encoberta superveniente» através da «redução teleológica»); assim como pelo que respeita à discutida «decisão do cavaleiro», à qual se vieram juntar várias outras (a chamada «decisão Kukident»: BGHZiv. 30, pp. 7 e ss. = NJW 1959, pp. 1269 e ss., e a chamada «decisão Ginseng»: BGHZiv. 35, pp. 363 e ss. = NJW 1961, pp. 2059 e ss., inter alia); LARENZ, NJW 1958, pp. 827 e ss., *Methodenlehre*, pp. 317 e ss., 2.^a ed., 1969, p. 398 e s. (no caso do cavaleiro o BGH teria «respondido segundo o seu bom parecer e contra a lei a uma questão juridico-politicamente ainda

discutida»); D. NORR, Arch.Ziv.Pr. 158, 1959, pp. 1 e ss.; P. HARTMANN, NJW 1962, pp. 12 e ss., e NJW 1964, pp. 793 e ss. (796 e ss.); M. LOFFLER, NJW 1962, pp. 225 e ss.; E. BOTTICHER, MDR 1963, pp. 353 e ss.; E. STEIN, NJW 1964, p. 1749; K. LARENZ, NJW 1965, p. 8; W. FLUME, *Richter und Recht* (46. D. Juristentag), 1967, pp. 8 e ss. Repetidas vezes se observa que o BGH desrespeitou a proibição da analogia do § 253. Cfr. *supra*, nota 8. Contra o BGH declaram-se alguns tribunais superiores dos Länder (v. NJW 1962, pp. 2062 N.ºs 7 e 8). Contudo o BGH não se deixou impressionar. Em novas decisões (NJW 1963, pp. 902 e s. e 904 e s.) a intenção do desenvolvimento complementar do direito, da desvinculação de prescrições legais envelhecidas, aparece ainda mais abertamente. Mas depois que o BVerfGer. no chamado «caso Soraya» (cfr. *supra*, nota 8) atestou a conformidade a Constituição da jurisprudência de direito civil, as reservas até aqui feitas começaram de certo modo a entrar em silêncio: LARENZ, *Methodenlehre*, 3.ª ed., 1975, p. 417, reconhece resignadamente «a força de um direito consuetudinário».

DA LEI PARA O DIREITO,
DA JURISPRUDÊNCIA PARA A
FILOSOFIA DO DIREITO

No começo do capítulo III deste livro verificámos que o pensamento do jurista moderno se orienta, em primeira linha, pela lei. Em volta da lei, do seu alcance, dos seus limites, das suas lacunas e das suas incorrecções giraram, por isso, as considerações de todos os capítulos subsequentes, se bem que tivéssemos sempre presente, como meta, a descoberta do Direito no caso concreto. Se agora, no presente capítulo, não queremos propriamente fazer caso omisso desta vinculação do jurista à lei, mas pretendemos, todavia, reconhecer a sua relatividade e carácter condicional, devemos começar por acentuar bem que, até aqui, fundamentalmente, apenas tomámos como objecto do nosso estudo a forma de pensamento do moderno jurista ocidental do continente europeu. A limitação impunha-se. Uma metodologia universal do pensamento jurídico que tivesse que percorrer todas as suas formas não era possível neste lugar. Mas não queremos nem podemos esquecer que a Jurisprudência, se pusermos de parte todos os seus limites espaciais e temporais, conhece outros métodos, além dos que até aqui foram descritos, quando se propõe dominar e conformar a vida através do pensa-

mento jurídico. Não nos queremos referir de modo algum a uma forma intuitiva ou até oportunista de descobrir o Direito do caso concreto, método este com que, de quando em vez, topamos na história do Direito e que é aquele mesmo que, devidamente apurado e assente num conhecimento exacto dos «factos jurídicos», muitos dos adeptos da teoria do Direito Livre tinham em mente. A custo se poderá elaborar uma metodologia jurídica específica com referência a um tal Direito Livre, para além daquilo que já pusemos em relevo no capítulo sobre a «apreciação discricionária» (*Freies Ermessen*). Quanto a este aspecto das coisas, podemos contentar-nos, por isso, com uma remissão para aquilo que nesse lugar dissemos. No que nós pensamos agora é apenas naqueles métodos de descoberta do Direito não vinculados à lei que põem ao pensamento jurídico problemas inteiramente novos.

Entre estes deve pelo menos destacar-se um: a *descoberta do Direito através de precedentes*. Como é sabido, este método foi elaborado no domínio dos direitos anglo-saxónicos sob o nome de *Case Law*. RADBRUCH descreveu o método em questão de um modo sucinto mas certo. Seja-me permitido, pois, reportar-me à sua exposição. A especificidade do *Case Law* reside em que o apoio que o juiz continental normalmente encontra na lei é, neste sistema, representado pelas decisões individuais anteriores de um tribunal superior (House of Lords, Court of Appeal), e isto não só quanto àqueles pontos sobre os quais a lei é pura e simplesmente omissa, mas também quanto àqueles outros em que se trata de uma interpretação duvidosa da mesma lei. Se o caso a decidir é igual a um outro

que já foi decidido por um tribunal investido da correspondente autoridade, deve ser decidido de modo igual. Ora é evidente que cada caso apresenta as suas particularidades, de modo que surge sempre o problema de saber se o novo caso é igual a outro, anteriormente decidido através do precedente judicial, sob os aspectos considerados *essenciais*: Além disso, a regra jurídica expressa num anterior precedente judicial, «apenas, é vinculativa na medida em que foi necessária para a decisão do caso jurídico de então; se ela foi concebida com maior amplitude do que a que teria sido necessária, não constitui essa parte uma 'ratio decidendi' decisiva para o futuro, mas, antes, um 'obiter dictum' irrelevante... do juiz». Notamos que há aqui diversos pontos de partida para «excluir como não vinculativos precedentes incômodos», e que, por outro lado, o juiz inglês só raramente e contrafeito se resolve «a passar por cima dum precedente (*over-rule*), por ele ser 'claramente irrazoável' (*plainly unreasonable*)». Estas breves indicações devem ser já suficientes para nos permitir o reconhecimento de algo de metodologicamente digno de nota. E desde logo podemos reconhecer isto: que um método análogo se encontra também formado entre nós, na medida em que (em todo o caso só nessa medida)¹¹, dentro dos tribunais superiores (antigamente o Tribunal do Reich, agora os Tribunais Federais e os Tribunais Superiores dos *Länder*), o desvio dos precedentes destes tribunais pelo que respeita a casos do mesmo tipo, se bem que não seja proibido, é todavia dificultado (*vide* §§ 120, al. 3, 121, al. 3, e 136 do Estatuto Judiciário, Art. 95 da Lei Fundamental, conforme Lei de 19.6.1968). Destarte põe-se uma questão seme-

lhante, ou seja: é um caso novo a decidir equiparável em pontos essenciais a outro já decidido pelo tribunal superior, e o ponto de vista jurídico expresso numa decisão anterior constituiu efectivamente a base dessa decisão, ou tratar-se-á apenas dum «obiter dictum»? Segundo o Estatuto Judiciário, aquele modo de proceder deixa de ter lugar «quando se devam afastar considerando jurídicos que, como *obiter dicta*, não representam qualquer fundamento juridicamente relevante quanto ao resultado da decisão». Pelo que respeita agora ao método anglo-saxónico da transposição do ponto de vista jurídico da decisão anterior para o caso actualmente *sub judice*, diremos que ele tem claramente um certo parentesco estrutural com a nossa analogia, pois que se trata na verdade de uma conclusão do particular para o particular, e isto pelo recurso ao pensamento fundamental que está na base da decisão anterior. Notemos, por último, que também pelo que respeita à vinculação aos precedentes se pode mostrar torturante aquela questão que vimos aparecer a propósito da vinculação à lei: não haverá a vinculação de ter um limite lá onde ela conduza a decisões intoleráveis? Escusado será dizer que, naturalmente, tal como entre as diferentes disposições da lei, também entre as diferentes decisões prejudiciais podem surgir contradições que põem o juiz perante a questão de saber a qual dos precedentes ele deverá dar preferência, ou se porventura, em vista da contradição, ele não ficará liberto de todo e qualquer vínculo. Quanto ao mais, dadas as especificidades do modo anglo-saxónico de trabalhar com o Direito, temos de remeter o leitor para a respectiva literatura, especialmente para as obras de LLEWELLYN e FIKENTSCHER⁽²⁾.

Regressemos ao nosso pensamento juridico da Europa continental que, como dissemos, hoje se orienta na sua maior parte pela lei. Mas também já pudemos observar em muitas passagens deste livro que, ao lidar com a lei, se conseguia entrever algo que está por detrás da lei e que nós nos propomos chamar simplesmente, dum modo inteiramente geral e indeterminado «Direito». A lei não é uma grandeza apoiada sobre si própria e absolutamente autónoma, algo que haja de ser passivamente aceite como mandamento divino, mas, antes, estratificação e expressão de pensamentos juridicos aos quais cumpre recorrer a cada passo, sempre que pretendamos compreender a lei correctamente, ou ainda eventualmente restringi-la, completá-la e corrigi-la. Ora que ideia nos devemos fazer deste Direito que serve como que de substrato ou pano de fundo?

Uma ideia apreensível com relativa facilidade é a que nos fornece a chamada *Jurisprudência dos Interesses*, doutrina esta com que já várias vezes nos encontramos no decurso das nossas considerações — mas que agora nos deve ocupar de novo toda a atenção, pois que ela desenvolveu uma concepção clara e luminosa da relação da lei com os seus fundamentos de Direito e se tornou da maior importância também sob o aspecto metodológico, por isso que domina tanto a interpretação como o preenchimento de lacunas e a correcção dos erros da lei. Vamos deixar que as suas ideias fundamentais nos sejam apresentadas pelo mais estrénuo defensor da teoria e que foi aquele que especialmente a erigiu em método interpretativo; a saber, PHILIP HECK. Particularmente apropriada para um primeiro contacto com esta doutrina é a sua

exposição sobre a Jurisprudência dos Interesses (*Vortrag über Interessenjurisprudenz*) do ano de 1933, da qual nos oferece «um curto resumo ao nível do ensino académico». A esta exposição nos vamos principalmente ater. HECK salienta logo no início da sua exposição que, na Jurisprudência dos interesses, se trata de uma «metodologia para a Jurisprudência prática», e não de uma filosofia do Direito. Mas esta última afirmação só condicionalmente é verdadeira: é-o só na medida em que HECK apenas leva a sua indagação da problemática filosófica até certo ponto e se detém ante as suas questões mais altas, como, por exemplo, a questão dos «critérios gerais» do Direito justo. Mas a metodologia de HECK assenta em «concepções fundamentais» sobre a essência e a função do Direito que podemos classificar de filosófico-jurídicas. Quais são estas concepções fundamentais? Responde HECK: a ordem jurídica é constituída por comandos (imperativos). Estes comandos devem afeiçoar, a vida, «a vida agitada, cheia de pressões e de exigências». Às exigências da vida chamamos «interesses». Destarte, são «interesses» não só os interesses materiais, económicos e sociais, mas também os interesses ideais: há «interesses» culturais, morais e religiosos. O Direito tem por função apreender os interesses materiais e ideais dos homens e tutelá-los, na medida em que eles se apresentam como dignos de protecção ou tutela. O Direito tutela, por exemplo, os interesses no rendimento e na propriedade, na vida, na saúde, na liberdade e na honra, na valorização e divulgação dos produtos do espírito, na conservação dos sentimentos morais e religiosos. Mas a verdade é que os interesses dos homens não se situam

isoladamente uns ao lado dos outros, antes se encontram uns com os outros, podendo conduzir na mesma direcção, mas podendo também colidir entre si. Importa sobretudo ao Direito a colisão de interesses, o «conflicto de interesses». Muito frequentemente, talvez sempre, a protecção de um interesse pelo Direito significa a postergação doutro interesse. Assim, por exemplo, se o Direito protege o proprietário na sua posição de poder (privilégio), levanta ao mesmo tempo barreiras à cobiça dos outros e, portanto, à efectivação dos seus interesses. Se o Direito dá razão ao inquilino num litigio de arrendamento, então é o senhorio que vê os seus interesses cerceados — e inversamente. Se a lei exige respeito pela honra ou pelos sentimentos religiosos de outrem, isto significa ao mesmo tempo que os individuos amigos de criticar e de escarnecer terão de refrear a sua língua acerada. Em toda a parte o Direito antepõe certos interesses a outros interesses. Ele dirime efectivos ou possiveis conflitos de interesses através da ponderação dos interesses em conflito e do estabelecimento de um equilibrio entre eles («teoria conflitual»). «De importância fundamental é o conhecimento de que t~~o~~do o comando juridico dirime um conflito de interesses, assenta num antagonismo de interesses contrapostos. A protecção (tutela) dos interesses... realiza-se... sempre num mundo repleto de interesses, no qual todos os bens são já pretendidos (cobiçados), pelo que essa protecção se realiza sempre (?) á custa de outros interesses» (pág. 13). Aqueles interesses que são preferidos ou que, pelo menos, também são considerados, revelam-se em face do Direito como vitoriosos ou relevantes — eles tornam-se «causais» para os impe-

rativos jurídicos. Isto significa, antes de tudo o mais: eles tornam-se eficazes nos comandos *legais*, comandos estes nos quais se condensa preferentemente, no Estado moderno, o *quærerê jurídico*, para de futuro tomar de sua conta e modelar a «vida agitada, cheia de pressões e de exigências». Mas, justamente neste ponto, na aplicação do Direito legislado à vida, na interpretação, no preenchimento de lacunas e na correcção da lei, hão-de aqueles interesses ser investigados, ser tomados em conta e ser efectivados de acordo com a vontade do legislador. «A propósito de cada norma jurídica deve destacar-se o conflito de interesses decisivo»; «toda a análise penetrante exige a articulação dos interesses» (pág. 14). E isto no espírito da lei. Com efeito, o juiz, no Estado legalista, não pondera os interesses segundo a sua fantasia, mas vinculado às soluções dadas aos conflitos pelo legislador. Vale o princípio da fidelidade à lei. O juiz apenas concretiza, de caso para caso, as soluções gerais dadas aos conflitos pela lei, ao verificar, por confronto, que o conflito concreto se configura da mesma forma que o conflito «intuído» pelo legislador ao criar a norma. Também no preenchimento de lacunas se deve respeitar o mais possível a vontade do legislador. Somente quando o Direito excepcionalmente autorize o juiz a assentar a decisão na sua própria apreciação dos interesses, e especialmente nas delegações discricionárias, é que o juiz assume o papel de legislador. Assim como somente poderá o juiz corrigir uma lei mal concebida (formulada) quando por essa maneira contribua para dar efectividade à verdadeira vontade do legislador — do legislador que pondera e coordena os interesses. Com declarar o princípio da

vinculação a lei, a Jurisprudência dos interesses aparta-se claramente da Escola do Direito Livre. Mas luta ombro a ombro com esta contra a «Jurisprudência dos conceitos» e o construtivismo. Ao desvencilhar-se, porém, dos conceitos e construções da lei assentes sobre si próprios, ela transcende a lei. Como a teoria do Direito Livre, ela coloca a lei num campo de forças sociais, económicas e culturais, cuja consideração é indispensável para tornar inteligível a sua função juridicamente ordenadora. «A dissensão trava-se em volta dos interesses, e não em torno da correcção das determinações conceituais ou do desenvolvimento coerente de definições predeterminadas... O Direito é, historicamente, produto de interesses» (pág. 12). Como opera, por seu lado, a «Jurisprudência conceitual», que estoutro doutrina repudia e que hoje se encontra superada quase por completo, é assunto que temos de renunciar a tratar aqui em pormenor. Já tivemos em todo o caso um ligeiro antegosto da sua metódica ao discutir o problema da «causalidade jurídica» no capítulo II. Para prevenir mal-entendidos, acentue-se expressamente que a recusa destes métodos jurídico-conceituais e construtivistas não significa um menosprezo geral dos «conceitos», que naturalmente a Jurisprudência, como qualquer outra ciência, não pode dispensar³⁾.

Mas tentemos ilustrar com um exemplo a oposição entre a Jurisprudência dos interesses e a Jurisprudência conceitual. Muito instrutivo é aqui o instituto jurídico da aquisição da propriedade *a non domino*. A emprestou um livro a B; B apropria-se indevidamente do mesmo livro e propõe a sua venda a um alfarrabista C, para ocorrer a uma momentânea necessidade de dinheiro.

O alfarrabista *C* adquire de *B* o livro «de boa-fé», pois que legitimamente considera *B* o proprietário. Os romanos diziam: «*Traditio nihil amplius transfere... potest ad eum, qui accipit, quam est apud eum, qui tradit*» (ULPIANO, Dig. 41, I, 20). Quer dizer: numa transferência de propriedade ninguém pode transferir mais do que aquilo que tem; se se não é proprietário, também se não pode transmitir a propriedade. Ora esta maneira de raciocinar é, no fundo, jurídico-conceitualista — pois deduz-se do conceito de transferência da propriedade que o adquirente só se torna proprietário se o transmissor já o era. A transferência da propriedade é configurada inteiramente à letra como a passagem de um objecto corpóreo de uma pessoa para outra, e não, ao invés, como a atribuição de um direito sobre a coisa. O nosso Direito Civil alemão, na esteira das antigas concepções do Direito germânico, pensa neste ponto de maneira completamente diferente. Ele pensa em termos de Jurisprudência dos interesses. Pondera e confronta os interesses do anterior proprietário (*A*) e do adquirente (o alfarrabista *C*), da seguinte maneira: À primeira vista os interesses de um e de outro, de *A* e de *C*, equivalem-se. O proprietário, *A*, tem um interesse legítimo em recuperar a sua coisa, que *B* desviou abusivamente em proveito próprio. O adquirente *C* tem interesse em poder manter como sua a coisa, que ele adquiriu na melhor das boas-fés quanto à propriedade do alienante, *B*, e que pagou. Postos perante esta situação de equilíbrio, uma circunstância há que vai pesar de modo decisivo num dos pratos da balança: *A despojou-se livremente* da posse sobre o seu livro ao emprestá-lo a *B*. (A propósito, importa que o leigo saiba que os

conceitos de «posse» e «propriedade» não podem ser confundidos. A propriedade é o direito sobre a coisa, a posse é tão-só a sua detenção efectiva). *A*, ao entregar o livro a *B*, confiou nele. Ao mesmo tempo, colocou *B* em posição de poder enganar o posterior adquirente, *C*, sobre as relações de propriedade; pois que em geral é lícito presumir que aquele que detém a posse efectiva duma coisa (*B*), é também seu proprietário. Nestes termos, em razão da posse de *B*, *C* tinha todo o motivo para considerar este como proprietário. A «aparência jurídica» que vai ligada à posse e que consiste, pois, em que, apesar da diversidade conceitual entre posse e propriedade, nos é lícito em geral considerar o possuidor como sendo também o proprietário, é que serve ao legislador de fundamento para, no nosso conflito de interesses entre *A* e *C*, dar preferência ao interesse do adquirente de boa-fé, *C*, sobre o interesse do anterior proprietário, *A*. Este pode voltar-se contra *B*, em quem ele depositou confiança e que abusou desta ao apropriar-se indevidamente do livro (abuso de confiança). «Lá onde deixaste a tua fé, aí a deves ir buscar», dizia já o antigo Direito germânico. HECK formula o mesmo pensamento para o Direito actual nos seguintes termos: «Os interesses do adquirente de boa-fé somente merecem ser preferidos aos interesses do anterior titular quando se possam apoiar numa aparência exterior»; nas coisas móveis esta aparência exterior funda-se na «situação de posse». Mas as coisas passam-se de maneira diferente quando o proprietário, *A*, não tenha livremente cedido a posse sobre a sua coisa, mas a tenha perdido contra a sua vontade, porque a coisa lhe foi furtada ou foi «subtraída à sua posse» por forma

~~semelhante~~—Neste caso a propriedade originária de *A* goza de uma posição superior à da subsequente aquisição, muito embora esta última tenha sido realizada de boa-fé, muito embora, pois, o adquirente nada soubesse nem pudesse saber do furto.

Assim se apresenta, portanto, uma interpretação «em termos de coordenação de interesses» dos preceitos sobre a aquisição de boa-fé da propriedade de coisas móveis (*vide* §§ 932 e ss. do Código Civil)⁴¹. Esta coordenação dos interesses haverá então de ser também mantida ao resolver questões duvidosas e no preenchimento de lacunas. Assim, precisamente a respeito da aquisição de boa-fé *a non domino*, debateu-se a seguinte questão. Suponhamos que o adquirente, *C*, adquire do não-proprietário, *B*, de boa-fé, um automóvel ou uma telefonia, a prestações, «*reservando-se*» *B* expressamente a propriedade (que de modo algum lhe pertence, a ele, *B*) em face de *C* até que todas as prestações se encontrem pagas. Antes do pagamento da última prestação, *C* toma conhecimento de que não é *B*, mas *A*, o verdadeiro proprietário do automóvel ou do aparelho de telefonia, o qual havia sido confiado por *A* a *B* para reparação. Tornar-se-á *C* agora proprietário se pagar a prestação ainda em débito? Para a questão da boa-fé de *C* interessa o momento da conclusão do contrato, ou antes o momento do pagamento da última prestação, com o qual, segundo o contrato, a propriedade se deve transferir para ele? Ao concluir a própria compra, *C* estava ainda de boa-fé, pois tomou *B* por proprietário. Ao pagar a última prestação, já o não estava, pois que agora sabia que era *A*, e não *B*, o verdadeiro proprietário. HECK esclarece: «Os interesses

da expectativa são tão dignos de protecção como o direito incondicional. Quem adquiriu um automóvel sob reserva de propriedade tem já direito a tutela jurídica antes de pagar a última prestação». Quer dizer, portanto: embora *C.* ao fazer uma aquisição sujeita à reserva da propriedade por parte de *B.* até ao pagamento da última prestação, apenas tenha adquirido a propriedade «condicionalmente», apenas tenha conseguido uma «expectativa» à propriedade, todavia estes seus interesses de adquirente são exactamente tão dignos de protecção como os interesses daquele que imediata e incondicionalmente adquiriu em propriedade o objecto da questão. A ponderação de interesses que está na base do § 932 do Código Civil é destarte estendida a este caso não directamente regulado na lei (colmatação de lacunas).

O nosso exemplo de aplicação do Direito em termos de coordenação de interesses pode, porém, ensinar-nos algo mais ainda e, em certo sentido, conduzir-nos mesmo para além da própria Jurisprudência dos interesses. Nós vimos que a ponderação de interesses que está na base da aquisição de boa fé de coisas móveis *a non domino*, não é de modo algum arbitrária. Não se prefere pura e simplesmente ao outro um qualquer dos interesses em conflito, mas há *razões* para este acto jurídico de preferência ou opção. Estas *razões* residem, no mesmo exemplo, no facto de o proprietário originário se ter despojado de sua livre vontade da posse da coisa e dessa forma ter criado uma *aparência jurídica* a favor do alienante infiel. Ora estas *razões* já não são interesses: elas apenas desempenham um papel decisivo na ponderação dos interesses — pelo que são, nessa

medida, «causais», como os próprios interesses. Foi especialmente MÜLLER-ERZBACH que, tendo partido inicialmente da Jurisprudência dos interesses, todavia reconheceu acertadamente que, relativamente às decisões jurídicas abstractas e concretas, ou seja, pois, tanto relativamente às decisões do legislador como às do órgão aplicador do Direito, além dos interesses outros elementos ainda têm um papel a desempenhar. Na pesquisa do Direito, por conseguinte, há que pôr a descoberto, não apenas os interesses em causa, mas também todos os outros factores da formação (constituição) do Direito: a posição de poder, o domínio sobre o risco, a confiança e outros mais do mesmo tipo. No caso do nosso exemplo, são manifestamente pontos de vista desta espécie que se revelam importantes para a ponderação dos interesses: O proprietário que larga mão da posse da coisa põe em perigo a sua propriedade, assume um risco de sua conta ao confiar na honestidade daquele a quem transfere a posse, e cria bem assim a base para a boa-fé do «terceiro» adquirente. São estas as razões, as causas, que fazem com que ao legislador pareça justo decidir o conflito neste e não naquele sentido. O pensamento jurídico «causal» é, pois, também indagação dos interesses, mas não é apenas indagação dos interesses: ele conhece outros factores causais da formação do Direito além dos interesses. Não podemos continuar aqui a exposição desta teoria ampliada do pensamento jurídico causal, acompanhando-a nos seus pormenores. Remetemos por isso designadamente para o muitas vezes referido escrito de MÜLLER-ERZBACH, «Die Rechtswissenschaft im Umbau».

Somente um certo ponto temos ainda de analisar,

porque a partir dele se conseguira passar ainda para lá daquilo que se contém no conceito do pensamento jurídico causal. Na verdade, quer consideremos apenas os interesses ou também outros «factores da vida» como sendo os elementos juridico-causais determinantes — e que, destarte, têm também que ser tidos em mente para a interpretação, a compreensão, a integração e a complementação (*Fortbildung*) do Direito —, sempre a decisão do legislador ou do órgão aplicador do Direito vem a traduzir-se na *valoração* dos interesses e destes outros factores. Em que relação está esta valoração com os interesses e com os outros factores constitutivos do Direito? Poder-se-ia pensar que as valorações nos são imediatamente dadas com os interesses ou com os outros factores referidos, mais ou menos assim: o interesse mais elevado não seria outra coisa senão o interesse mais forte, e deste modo apenas a constelação de poder decidiria sobre a preferência dum interesse a outro. Certas passagens de MÜLLER-ERZBACH podem ser entendidas neste sentido. Ele diz que as valorações do Direito são «determinadas de modo decisivo pela situação de poder (*Machtlage*) eventualmente existente». Mas uma análise mais minuciosa deste pensamento permite reconhecer, contudo, que a situação de poder, que efectivamente é tida em conta na valoração, não determina esta suficientemente, antes na dita valoração se insere um elemento de liberdade. O mesmo vale dizer a respeito dos próprios interesses, que, na verdade, como tais, também impelem a determinadas valorações, se manifestam até, digamos, nas valorações e muitas vezes se nos apresentam sob a máscara de ideias, mas estão sempre sujeitos a um

processo de selecção jurídica através do qual se julga com uma certa liberdade da legitimidade de cada um deles e da posição que lhe cabe na hierarquia do conjunto. E assim teremos de dizer que, com a valoração dos interesses e de outros factores causais da constituição do Direito, ascendemos a um plano mais alto no qual novos conceitos e ideias se nos deparam: os conceitos da justiça, da equidade, da responsabilidade moral, da dignidade humana, do respeito pela pessoa, etc. Esta consideração, que já anteriormente se fez valer contra uma Jurisprudência dos interesses unilateral, vale também em face dum pensamento jurídico causal que reverencia os factores do poder e da confiança. Recentemente, COING acentuou uma vez mais com agudeza: «Os valores morais como a igualdade, a confiança, o respeito pela dignidade da pessoa, não são interesses quaisquer ao lado de outros: eles são antes os elementos ordenadores do Direito privado (e, primeiro que tudo, evidentemente, do Direito penal e de outros ramos do Direito público) genuinamente decisivos; eles não se situam ao lado dos factos a ordenar, no mesmo plano, mas por cima deles, num plano superior». Por isso, o fundamento último de toda a aplicação do Direito ha-de «ser a consciencialização das valorações sobre que assente a nossa ordem jurídica».

Ora se a consciencialização (evocação) destas valorações não fosse senão uma descoberta daquelas valorações que historicamente estão na base das leis, permaneceríamos presos às amarras do positivismo. Nós vimos, porém, na Jurisprudência dos interesses, um movimento que nos deveria transportar para lá do querer imediato do legislador, conduzindo-nos aos pensa-

mentos (ideias) jurídicos que estão por detrás da lei (pág. 367). Ficariamos a meio caminho se, após a descoberta dos interesses e dos outros factores jurídico-causais, nos contentássemos com a constatação de que o legislador quis justamente proteger este ou aquele interesse e dar-lhe preferência sobre outro, e que nessa sua escolha lhe pareceram determinantes este ou aquele ponto de vista. As valorações do legislador não podem ser isoladas. Elas têm de ser relacionadas com outras valorações que estão por detrás da lei e imprimem o seu cunho ao «Direito». Evidentemente que a decisão imediata do legislador não deve ser menoscabada. A quotidiana actividade administrativa e jurisdiccional não poderia efectuar-se sem leis que dispusessem claramente sobre a maioria dos casos. Pagam-se vencimentos e salários, cobram-se impostos, vendem-se imóveis por actos notariais, aplicam-se penas, sem que na maioria dos casos surjam quaisquer dúvidas. E não nos mostra também o trânsito da jurisprudência sobre a igualdade de direitos para a legislação sobre a mesma matéria a importância clarificadora da lei!⁵¹ Mas também nas últimas décadas se tem vindo a impor mais e mais o reconhecimento de que há muitos casos-limite e muitos casos de dúvida que já não podem ser resolvidos unívoca e claramente a partir da lei. Foi isso o que acentuaram BÜLOW e os partidários da teoria do Direito Livre até ISAY, talvez duma maneira um tanto unilateral, mas não sem bom fundamento. Passou-se a reconhecer cada vez mais o significado autónomo do Direito judicial (*Richterrecht*), em parte também politicamente bem aceito. Até mesmo adeptos da Jurisprudência dos interesses, fiéis à lei, se não fecharam a

esta teoria. No decurso das nossas investigações se tornou patente, em muitas passagens, que as leis apenas podem ser aplicadas, interpretadas e, em caso de necessidade, integradas e complementadas com base em valorações que pertencem ao cosmos mais amplo do Direito no qual as leis se inserem. Recorda-se uma vez mais que a subsunção (v. gr., de um automóvel de passageiros sob o conceito de «espaço fechado») se converte numa equiparação valoradora do caso a decidir aos casos indubitavelmente abrangidos pela lei, equiparação essa que em certas hipóteses já não pode ser deduzida da lei e da sua *ratio*. Recorde-se ainda que a aplicação do princípio «cessante ratiōe...» (pp. 147, 339) exige uma valoração que passa para lá da lei segundo a qual a aplicação literal da mesma lei faria malograr o seu originário escopo racional; lembre-se além disso que no emprego do «jus aequum» o próprio legislador faz apelo a valorações extralegais e que a descoberta na lei de lacunas carecidas de preenchimento, bem como este mesmo preenchimento (através da analogia, etc.), não podem dispensar uma valoração supralegal; e, finalmente, importa também lembrar isto: que pode deparar-se-nos a necessidade de jogar as valorações supralegais contra as valorações legais. Não são precisamente considerações supralegais — se bem que não suprajurídicas — que decidem em último termo sobre os métodos da própria interpretação, especialmente sobre a hierarquização dos processos interpretativos (pp. 146/147) e sobre a validade do subjectivismo e do objectivismo na interpretação (pp. 176 e ss.)?

Destarte o problema «Lei e Direito» tornou-se o ponto fulcral da metodologia jurídica. Mas agora levan-

ta-se a questão de saber em que medida este problema pode ainda ser tratado com métodos especificamente jurídicos, em que medida, quando tal empreendamos, estaremos já caídos no domínio da problemática filosófico-jurídica. Não sejam estas minhas palavras entendidas no sentido de que logo o apelo ao Direito para lá das leis, quer dizer, ao Direito «recto», «natural», «justo» e «equitativo», numa palavra, à «ideia de Direito», ou o recurso a valorações não só *supralegais* mas até *suprajurídicas*, assim como o apelo à «lei moral», à «dignidade humana», ao «bem comum» — estão fora da competência do jurista. De outro modo já eu teria ultrapassado os limites da metódica jurídica com as considerações que fiz a págs. 236 e ss. O título do nosso presente capítulo não significa: a Lei para os juristas, o Direito para os jusfilósofos. Esse título pretende apenas sugerir que a relação entre Lei e Direito num determinado ponto se transforma num problema e num tema vincadamente filosófico-jurídico.

Isto entende-se muito bem se neste ponto transiarmos para um conceito para o qual no ano de 1953 o filósofo de direito de Mogúncia Theodor VIEHWEG veio chamar a atenção, e que subsequentemente se tornou objecto de viva discussão, para um conceito do qual podemos dizer que encontra o seu lugar próprio no limiar entre a metódica jurídica e a reflexão jurídico-filosófica. Quero referir-me ao conceito da «Tópica»⁽⁶⁾. Este conceito, que já aparece no «Organon», na grandiosa Lógica de Aristóteles, e aí é aplicado a argumentos que se não apoiam em premissas seguramente «verdadeiras», mas antes em premissas simplesmente

plausíveis (geralmente evidentes ou que pelo menos aparecem aos «sábios» como verdadeiras). sofreu no transcurso da sua evolução histórica variadas modificações, associou-se à retórica, encontrou também guarida na dialéctica forense, mereceu ainda uma vez mais acolhimento em VICO (num escrito do ano de 1703), mas que na era moderna, porque o pensamento se voltou para métodos científicos mais exactos, tais como os que foram elaborados na ciência natural matemática, em pensadores como KANT foi considerado o lugar da «esperteza» e da conversa fiada. Ora VIEHWEG vem recordar a Tópica como «técnica do pensar por problemas» que se ajusta muito bem à jurisprudência, no reconhecimento (em si inteiramente correcto) de que precisamente os métodos preferencialmente exactos da fundamentação dos enunciados científicos, designadamente os métodos axiomáticos-dedutivos, que, a partir de um número limitado de premissas apropriadas (eventualmente apenas postas como fundamentos hipotéticos), compatíveis e independentes entre si, alcança um amplo sistema de enunciados teóricos segundo as regras da lógica formal — de que tais métodos, dizíamos, não são propriamente os que importam para a teoria e a prática jurídicas.

Sobre este aspecto em que a «Tópica» marca a sua posição de distanciamento, há sem dúvida que fazer de imediato duas observações. Por um lado, que a recusa porventura fundada das tentativas de aplicação dos métodos axiomáticos na jurisprudência não tem que ir ligada a recusa de outras formas mais simples de dedução, como p. ex., as que se processam através do «silogismo judiciário» — frequentemente difamado por-

que mal entendido na sua função —, isto é, através da dedução de decisões concretas de enunciados de dever-ser gerais (em especial os retirados da lei) segundo o modo *barbára*. Relativamente a este silogismo vale aquilo que KLUG diz com inteira razão da tarefa da lógica formal relativamente ao conhecimento jurídico: que ela tem «uma importância necessária e, portanto, insubstituível, no entanto não tem ao mesmo tempo uma importância bastante»⁽⁷⁾. Em particular deve insistente e expressamente acentuar-se que a «trivial» dedução a partir da premissa maior e da premissa menor não diz absolutamente nada sobre a dificuldade e a subtilidade da elaboração daquelas mesmas premissas. E também o método tópico se pode interligar com tais deduções. Por outro lado, a contraposição do método tópico em especial ao método axiomático em sentido estrito não exclui que a ciência jurídica, não obstante a intromissão de fundamentações tópicas, se esforce por uma «sistemática» (embora não por uma axiomaticamente modelada). Mas este ponto não pode ser aqui desenvolvido.

Se nos voltarmos agora para o lado positivo da tópica, veremos que a sua apreciação é dificultada pelo facto de que VIEHWEG, diferentemente de Ph. HECK que comprovou a sua «jurisprudência dos interesses» com muitos exemplos concretos (ver nomeadamente os seus manuais de Direito das Obrigações e de Direitos Reais), apenas de um modo muito genérico ilustrou o uso do método tópico na actualidade. A literatura que se lhe seguiu sempre trouxe no entanto algo mais. Os topoi que aparecem nos trabalhos de VIEHWEG e seus sequazes são em todo o caso muito

variados. Eles vão desde os «pontos de vista» («Gesichtspunkten»): não é por acaso que repetidamente aparece esta expressão alemã para «topoi») especificamente ordenados ao problema concreto em «discussão» até a «topoi» tão gerais como «interesse», «proporcionalidade», «exigibilidade», «inaceitabilidade», «justiça», «falta de equidade», «natureza das coisas» e até mesmo, sim, «regra da concorrência» (na colisão de normas) e máximas de interpretação. Se se vai tão longe, então verifica-se obviamente uma profunda interligação da «Tópica» e da metodologia jurídica tradicional (tal como ela é tratada nesta «Introdução»). Se pelo contrário nos ficarmos pelos pontos de vista e argumentos mais especiais, tais como os que se nos deparam, p. ex., na aquisição de boa-fé de pessoa não legitimada (*nemo plus juris transferre potest, quam ipse habet*, a aparência jurídica favorece o possuidor, a tutela da confiança favorece o adquirente, etc.) ou como os que nos surgem na discussão da dignidade penal do aborto, do incesto, da ajuda prestada para morrer (o direito penal tem de ser o «arcaboço ósseo da moral» ou — em oposição a esta máxima — o direito penal tem que proteger «bens jurídicos» alheios da lesão ou do perigo de lesão, devendo cada um poder dispor sobre o próprio corpo, para o livre desenvolvimento da sua personalidade, etc.), então colhe-se a impressão (e não sou apenas eu a tê-la) de que o processo tópico se presta na verdade para a elaboração e recolha de pontos de vista e argumentos relevantes, mas não para a apreciação do seu peso e para a descoberta de regras de preferência na ponderação a fazer — a não ser que tais regras de preferência elas mesmas sejam por sua vez colocadas entre

os «topoi». Aqui a tópica parece carecer de complementação por parte de uma teoria dos valores, de um «sistema de valores», tal como aquele que temos perante nós no catálogo dos direitos fundamentais (que, por sua vez, não são todavia simples «topoi»). E, de uma maneira ainda mais geral, como também LARENZ e CANARIS realçaram, num Estado de Direito com o princípio da legalidade a reger a justiça e a administração, para a selecção, valoração e ponderação dos «topoi», vemo-nos remetidos para os métodos de interpretação da lei, etc., pelo que Tópica e hermenêutica tradicional se encontram de novo. Sem dúvida que, nos casos em que ao juiz e ao agente administrativo são deixados «espaços de jogo» para a aplicação de conceitos, preenchimento de lacunas, complementação do direito, chega-se eventualmente ao ponto em que entram em cena «pontos de vista» materiais que ultrapassam a lei e para cuja busca é competente a Tópica.

Mas então levanta-se a questão de saber onde é que os topoi relevantes encontram o seu apoio jurídico, em que é que assenta a sua vinculação. E deste modo alcança-se o ponto em que o pensamento do jurista tem de procurar ligação à filosofia do direito. Todos os autores que tomam posição acalorada pela Tópica acentuam — quando não referem logo como «topoi» (o que considero inábil e inadequado) puras operações hermenêuticas como interpretação, analogia, argumento *a contrario* — que são pontos de vista de justiça, de equidade, de oportunidade, de razoabilidade, de «senso comum», da lei moral, da «natureza das coisas», possivelmente também de ideologia política que

abastecem o arsenal da argumentação tópica. Numa palavra: é o domínio da «ideia de direito» aquele em que agora entramos. Com efeito: a questão p. ex. de saber se o direito deve seguir a moral (que moral?) ou erguer-se e sustentar-se apenas sobre os seus próprios pés, se um «senso comum» (ou «consenso») pode exigir relevância, se um tal consenso pode sequer existir na moderna «sociedade pluralista», assim como a questão de saber em que relação estão entre si a justiça e a oportunidade, a de saber se a justiça pela sua própria «natureza» deve, por uma via generalizadora, prestar o mais possível atenção à igualdade de tratamento ou, por uma via individualizadora, atentar na adequação à particularidade das circunstâncias e à especificidade das partes, o de saber o que pode significar «natureza das coisas» (o que significa nesta combinação verbal «natureza» e o que é que se entende aqui por «coisa» — matéria, assunto?), de saber o que é que se entende em geral por «ideia de direito», que tensões estão nela implícitas, se ela é «absoluta» ou apenas «relativamente» válida, como pode lançar-se a ponte sobre o abismo que vai entre a sua majestosa generalidade (basta pensar na ideia de «bem comum») e os problemas jurídicos especiais ou singulares — todas estas são questões que se põem ao jurista, a que ele não pode fugir, mas que, do ponto de vista metodológico, só podem ser respondidas pela filosofia do direito.

Quando ESSER fala da tarefa cometida ao jurista da «transformação» «de critérios pré-jurídicos, éticos e político-sociais» em «verdades jurídicas», ou quando N. HORN declara: «Escolhem-se como premissas aqueles enunciados que, dentro de uma ordem social — segundo

o saber e a experiência, a tradição e a convicção — gozam de consenso geral», quando a jurisprudência dos tribunais superiores se reporta por diversas maneiras ao «direito natural» ou à «lei moral» ou ainda a uma «ordem de valores preestabelecida» situada acima de um «relativismo destruidor», quando outros vêem esta tábua de valores manifestar-se nos «princípios jurídicos gerais» ou, com alguma reserva, nas linhas superiores de orientação da nossa Lei Fundamental, e ainda outros pensam poder rastrear a decantada «natureza das coisas» na estrutura «imane» à relação de vida concretamente em discussão (casamento, parentesco, cargo público, relação laboral, serviço militar, etc.), trata-se aqui certamente em todos os casos de esforços justificados, e que importam ao jurista, de superar um puro «positivismo legalista» e de permitir à voz do «espírito objectivo» ressonância no Direito. Mas a dilucidação teórica e a legitimação destes esforços conduz inegavelmente para além da heurística e da metódica jurísticas enquanto tais, conduzem para o domínio do pensamento filosófico e dos seus particulares modos de conhecimento. Este domínio tem o jurista na verdade que o abranger no seu olhar e de o manter presente na sua visão como pano de fundo das suas reflexões. Mas não pode atrever-se a esclarecê-lo e consolidá-lo com os seus meios de pensamento. No limiar deste domínio se detém, por isso, a presente Introdução ao Pensamento Jurídico — não porventura motivada pela opinião de que a filosofia do direito não interessa ao jurista, mas antes bem compenetrada do conceito de que existe uma repartição de competências entre a metódica jurística e a metódica filosófica que o teórico do direito consciente deve respeitar.

ANOTAÇÕES

1. Em geral a decisão judicial entre nós só tem significado para o caso concreto. Neste ela tem eficácia de «caso julgado» entre as partes relativamente à questão decidida. Mas não vincula os tribunais quanto às suas decisões noutros casos semelhantes. A este respeito, porém, vale uma doutrina especial para o Tribunal Constitucional Federal a cujas decisões cabe um especial efeito vinculante e em parte mesmo força legal: sobre o ponto, o § 31 do BVerfGG e, p. ex., MAUNZ, *Staatsrecht*, 20.^a ed., 1975, § 31 III 2. Por outro lado, não pode negar-se que os nossos tribunais se deixam orientar em larga medida por precedentes, sobretudo pelos dos tribunais superiores. Eg. SCHNEIDER, *Logik für Juristen*, 1965, p. 349, a propósito da possível obrigação de indemnizar de advogados, etc., por não atentarem na jurisprudência dos tribunais superiores, a propósito ainda da obrigação do Ministério Público de, nas suas acusações, se orientar por esta jurisprudência, assim como também a propósito finalmente do perigo de anulação na instância superior de sentenças que desatendam as anteriores decisões desta instância, fala de uma «ditadura do precedente». KRIELE, ob. cit., admite uma «presumível vinculação dos precedentes» e acha que a «diferença entre a prática jurídica anglo-saxónica e a continental europeia não é de forma alguma tão significativa como por longo tempo se admitiu» (p. 245). Em geral tem-se vindo a investigar cada vez mais o problema de saber se a atenção prestada pela prática aos precedentes é apenas um dado de sociologia jurídica digno de atenção ou se ela não possuirá, antes, uma dignidade normativa, e isto não apenas quando um «uso jurisprudencial» se reforça e transforma em direito consuetudinário. Ver a propósito, além dos anteriormente mencionados: O. A. GERMANN, *Präjudizien als Rechtsquelle*, 1960; Eb. SCHMIDT, *Lehrkomm.* I, 2.^a ed., 1964, pp. 270 e s. (rejeitando); LARENZ, *Methodenlehre*, 2.^a ed., 1969, pp. 403 e ss., 3.^a ed., 1975, pp. 421 e ss.; ID., *Schima-Festschrift*, 1969, pp. 247 e ss. (os precedentes, na medida em que são «correctos» são «fontes de conhecimento do direito»! A «correção» tem precedência sobre o postulado que manda decidir igualmente os casos iguais); D. C. GOLDNER, *Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm*, 1969, pp. 112 e s.; J. ESSER, *Vorverständnis*, 1970, pp. 184 e ss. (os precedentes não

possuem qualquer «valor próprio como fontes de direito», mas sem dúvida possuem um «valor de consciencialização para a estabilidade e unidade de uma concepção do direito» e «um significado indiciário quanto à racionalidade e adequação social dos argumentos utilizados»; H. W. KRUSE, *Das Richterrecht als Rechtsquelle des innerstaatlichen Rechts*, 1971; cfr. ainda os escritos de R. FISCHER e B. HEUSINGER cits. na nota 20 do cap. IV, assim como LARENZ, *Henkel-Festschr.*, 1974, pp., 31 e ss. e W. FIKENTSCHER, *Methoden* III, 1976, pp. 728 e ss.

2. Para complementar os assás escassos desenvolvimentos feitos no texto (na esteira de RADBRUCH), seja-nos licito citar agora algumas frases orientadoras da instrutiva e basilar exposição de W. FIKENTSCHER (também provida de referências à literatura inglesa pertinente) sobre os métodos do *case law* inglês (que apresentam certas particularidades relativamente aos do *case law* americano). «A pedra angular da metodologia jurídica inglesa», é o princípio do «*stare decisis*» (p. 81), a saber, o «princípio de que os precedentes devem ser seguidos até onde chegue a sua *ratio decidendi*» (p. 83). «Por caso precedente ou, em inglês, *precedent*, entende-se o caso decidido que é relevante para a decisão de novos casos futuros» (p. 81). «É evidente que um tribunal inferior não está vinculado a toda e qualquer decisão de um outro tribunal inferior. Fundamentalmente o dever do *stare decisis* só existe em relação às decisões do próprio tribunal ou de tribunais superiores» (p. 83). «O precedente «é uma decisão jurídica que contém em si mesma um princípio», precisamente a *ratio decidendi* (SALMOND). A determinação desta *ratio* é o mais importante e «o mais difícil» (p. 82). Esta *ratio* «dá-nos indicações sobre o contributo do caso decidido para o direito material» (p. 86). Ela tem um «duplo carácter». Por um lado, e «a regra segundo a qual o caso é decidido» (sem a qual o caso teria de ser decidido de diferente maneira: assim reza a fórmula «clássica»). Por outro, ela representa «a norma que se vai retirar do precedente» (p. 86 e s.). «*Ratio decidendi* é apenas aquilo que os juizes... consideraram fundamentação essencial para a sua apreciação jurídica» (p. 90). Em contraposição a ela está o «*obiter dictum*» que apenas «representa uma ajuda não essencial para o raciocínio ou discurso jurídico propriamente dito» (p. 91), mas eventualmente também pode «ter significado para a decisão de casos futuros» (p. 92). Se um tribunal quer divergir de um

«precedente» num determinado caso novo, que no entanto tem semelhanças com o anterior, então tem de mostrar que a *ratio decidendi* daquela anterior decisão não se aplica na hipótese ou que o novo caso «tem outra configuração» (é o «*distinguishing*», enquanto «demonstração de diferenças juridicamente relevantes entre dois casos», p. 95). Do «*distinguishing*» como «distinção entre os casos» importa separar o «*overruling*» como «rejeição expressa de um precedente» (o que apenas é de considerar sob pressupostos especiais) (pp. 96, 106, 110 e s.). Inversamente, o tratamento igual do novo caso e do anteriormente decidido assenta na ideia de que, ou não existem diferenças de facto entre os dois casos, ou tais diferenças não são de todo o modo «juridicamente relevantes» (p. 97). Pormenores sobre o «*distinguishing*» e o «*overruling*» podem ver-se em FIKENTSCHER, pp. 98 e ss., 105 e ss.

Para exemplificar os conceitos de «*ratio decidendi*» e de «*obiter dictum*» com um exemplo tirado da jurisprudência alemã, seja-me permitido recorrer mais uma vez à conhecida e já acima no texto referida decisão do BGHStr. relativa ao erro sobre a proibição (= erro sobre a ilicitude). A *ratio decidendi* para que se pudesse chegar à conclusão de que o «agente deve ter ou, fazendo o esforço devido, deve poder ter a consciência de praticar um ilícito» foi o princípio de que a pena pressupõe a culpa e, portanto, a «censurabilidade». Inversamente foi simples «*obiter dictum*» aquilo que o BGH vol. 2. p. 211, em jeito de sugestão disse sobre o «caso de o agente considerar a sua conduta conforme ao direito por erroneamente dar por verificado um facto justificativo» (p. ex., falsamente dar por verificado o consentimento do paciente para uma operação). Designadamente, «nenhum motivo» existe, segundo a expressa declaração do BGH, para tomar posição sobre a questão de saber se neste caso é de admitir um «erro sobre o facto» ou (como muitos crêem) um «erro sobre a proibição», mas não pode deixar de reconhecer-se que o agente aqui está numa posição «diferente» daquela em que se encontra no caso do genuíno «erro sobre a proibição»; isto porque ele erra sobre a configuração da «situação de facto» (não sobre o regime jurídico como tal). Este «*obiter dictum*» não teria qualquer significado vinculante se, depois, surgisse a questão da subsunção (qualificação) em concreto daquele caso de erro mencionado de passagem e *a latere*.

3. Sobre o ponto, *vide* designadamente HECK, *Begriffsbildung*, 1932, assim como H. STOLL, *Tübinger Festgabe*, 1931, pp. 60 e ss., BOEHMER, *ob. cit.*, pp. 59 e ss., e agora W. KALLFASS, *Die Tübinger Schule der Interessenjurisprudenz*, 1972, pp. 79 e ss. Já que ESSER, *Grundsatz*, p. 236, fala de uma autopunição «muito tola» da jurisprudência dos conceitos alemã, seja uma vez mais notado que a «jurisprudência dos conceitos» (enquanto contraposta à «jurisprudência dos interesses») rejeitada no texto se deve entender no sentido específico («método da inversão») evidenciado designadamente por HECK. Sobre o significado de uma jurisprudência conceitual de outra espécie, *vide* o meu trabalho «Die Relativität der Rechtsbegriffe» in *Deutsche Landesreferate z.V. intern. Kongress f. Rechtsvergl.* 1958, pp. 62, e s., assim como LARENZ, *ob. cit.*, p. 53, 2.^a ed., 1969, pp. 55 e ss., 149 e s., 3.^a ed., 1975, pp. 58 e ss., 154 e ss. Sobre a mudança de sentido da jurisprudência dos conceitos no sec. XIX, *vide* EDELMANN, *ob. cit.*, pp. 26 e ss.

4. Para evitar confusão anote-se que o caso versado acima no capítulo IV é diferente daquele de que agora se trata. Acima, tratava-se de uma coisa «subtraída» ao Fisco (património do Estado) e a boa fé do adquirente não se reportava ao direito de propriedade do alienante (o forrageiro) mas a legitimidade deste para alienar («poder de disposição») pelo Fisco. Toma no entanto posição crítica sobre a matéria, do ponto de vista da jurisprudência dos interesses, R. MÜLLER-ERZBACH, *Rechtswissensch. im Umbau*, 1950, pp. 87 e ss.

5. Sobre o ponto, W. MÜLLER-FREIENFELS, *Jurz* 1957, p. 685. Surgem imagens confusas da nossa prática jurídica de aplicação da lei quando ocasionalmente se suscita a ilusão de que tudo se passa como se todo o caso de aplicação concreta da lei escondesse em si uma problemática factual ou jurídica, por tal forma que propriamente seria sempre o juiz ou o agente administrativo que, criativamente, descobriria e modelaria o direito concreto. Uma grande parte da aplicação do direito processa-se sem tais escrúpulos. De outro modo, como poderia sequer pensar-se na introdução de computadores?

6. Sobre a Tópica: Th. VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, 1953, 5.^a ed., 1974 (sobre este livro, por meu lado: *ZStrW* 69, 1957, pp. 346 e ss., *Studium gener.* X, 1957, pp. 173 e ss., *Wahrheit u. Richtigkeit i. jur. Denken*, 1963, nomeadamente pp.

19 e ss.); VIEHWEG, também no Stud. gen. XI, 1958, pp. 334 e ss.; H. COING, ArchRuSozPhil. 41, 1955, pp. 436 e s.; IDEM, *Rechtsphilos.*, 3.^a ed., pp. 338 e ss.; REINHARDT-KÖNIG, *Richter und Rechtsfindung*, 1957, pp. 17 e ss.; J. ESSER, Stud. gen. XII, 1959, pp. 97 e ss. (104); H. G. GADAMER, *Wahrheit und Methode*, 1960, pp. 15 e ss.; K. LARENZ, *Methodenlehre*, 1960, pp. 133 e ss., 2.^a ed., 1969, pp. 150 e ss., 3.^a ed., 1975, pp. 138 e ss.; R. ZIPPELIUS, *Wertungsprobleme i. System d. Grundrechte*, 1962, pp. 79 e ss.; IDEM, NJW 1967, pp. 2229 e ss.; M. KASER, *Z. Methode d. römischen Rechtsfindung*, 1962, pp. 52 e ss.; H. EHMKE, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation* (Deutsche Staatsrechtslehrer), 1963, pp. 54 e ss.; E. SCHNEIDER, MDR 1963, pp. 653 e s.; H. HENKEL, *Rechtsphilosophie*, 1964, pp. 418 e ss., 2.^a ed., 1977, pp. 522 e ss.; C. W. CANARIS, *Lücken, etc.*, 1964, pp. 93 e ss.; IDEM, *Systemdenken, etc.*, 1969, pp. 135 e ss.; E. SCHNEIDER, *Logik für Juristen*, 1965, pp. 316, 341 e ss.; F. MÜLLER, *Normstruktur etc.*, 1966, pp. 56 e ss.; U. DIEDERICHSEN, NJW 1966, pp. 697 e ss.; M. KRIELE, *Theorie d. Rechtsgewinnung*, 1967, pp. 114 e ss. (muito esclarecedor); W. FLUME, *Richter und Recht* (D. JurT), 1967, pp. 29 e ss.; N. HORN, NJW 1967, pp. 601 e ss.; P. O. EKELÖF, *Segerstedt-Festschrift*, 1968, pp. 207 e ss.; J. RÖDIG, *Die Denkform der Alternative etc.*, 1969, pp. 22 e ss.; Fr. WIEACKER, *Hermeneutik und Dialektik II*, 1970, pp., 326 e ss.; IDEM, *Festschrift f. W. Weber* 1974, pp. 433 e ss.; J. ESSER, *Vorverständnis*, 1970, pp. 151 e ss.; IDEM, in *Études de Logique juridique* Vol. VI, 1976, pp. 70 e ss.; G. OTTE, *Zwanzig Jahre Topisdiskussion*, in *Rechtstheorie* vol. I, 1970, pp. 183 e ss.; P. SCHWERDTNER, *Das Topische Rechtsdenken*, in *Rechtstheorie* vol. II, 1971, pp. 81 e ss.; St. JÖRGENSEN, *Recht und Gesellschaft*, 1971, pp. 108 e ss.; G. STRUCK, *Topische Jurisprudenz*, 1971; O. WEINBERGER, *Jahrb. f. Rechtssoziol.* Vol. II, 1972, pp. 140 e ss.; IDEM, ArchRuSozPhil. vol. 59, 1973, pp. 17 e ss.; D. SIMON, *Die Unabhängigkeit des Richters*, 1975, pp. 77 e ss., 96 e s.; Fr. MÜLLER, *Jur. Methodik*, 2.^a ed., 1976, pp. 77 e ss.; W. FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts*, vol. III, 1976, pp. 349 e ss.; K. HESSE, *Grdz. des Verfassgsr.* 9.^a ed., 1976 p. 27.

Ultrapassaria os limites desta «Introdução» tomar posição

não só sobre a tópica como tal mas também sobre a sua debatida relação com os estudos e teoremas paralelos (expostos nomeadamente por Ch. PERELMANN, por último in «Logique Juridique», Dalloz, 1976) sobre a «nova retórica» e sobre a «argumentação». Em algumas passagens da bibliografia anteriormente citada encontram-se algumas indicações. Os trabalhos mais antigos de PERELMANN relativos à matéria são referidos por FIKENTSCHER, ob. cit., vol. I, 1975, p. 558.

7. Assim em U. KLUG, prefácio à primeira edição da sua «Juristische Logik», 1951. É uma das curiosas contradições da teoria jurídica actual que, por um lado, se procure pôr a descoberto o esqueleto lógico da argumentação jurídica com incisões às mais aguçadas (utilização de cálculos) e, por outro lado, se fale com o maior desprezo da técnica de subsunção «mecânica» e — diz-se — de todo impotente, como se os lógicos do pensamento jurídico quisessem reduzir toda a teoria do conhecimento jurídico ao aspecto formal.

ABREVIATURAS

de revistas e colectâneas de decisões frequentemente citadas:

AP = Arbeitsrechtliche Praxis; ArchöffR. = Archiv für öffentliches Recht; ArchRuSozPhil. = Archiv für Rechts und Sozialphilosophie; ArchivPr. = Archiv für die civilistische Praxis; BGHStr. = Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, herausgegeben von den Mitgliedern des Bundesgerichtshofs und der Bundesanwaltschaft; BGHZiv. = Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, herausgegeben von den Mitgliedern des Bundesgerichtshofs, etc.; DOV = Die Öffentliche Verwaltung; DVerwBl. = Deutsches Verwaltungsblatt; DRiZ. = Deutsche Richterzeitung; Jher.Jahrb. = Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts; Jur.Rdsch. = Juristische Rundschau; Jur.Schulg. = Juristische Schulung; JurZ. = Juristenzeitung; MDR = Monatsschrift für Deutsches Recht; NJW = Neue Juristische Wochenschrift; OGHbrZ. = Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone; Rechtstheorien = Zeitschrift für Logik, Methodenlehre usw. des Rechts; Verw.Arch = Verwaltungsarchiv; ZphilForsch = Zeitschrift für philosophische Forschung; ZStrW = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft; ZZZP = Zeitschrift für Zivilprozess. GG significa: Grundgesetz.