

DA EQUIDADE (FRAGMENTOS)*

ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA

Sumário: 1. O valor da equidade como padrão da justiça na Escola Jusfilosófica de Coimbra. 2. A equidade no Código Civil: *numerus clausus* da decisão segundo a equidade. 3. A importância da *epieikeia* na *Ética a Nicómano* de Aristóteles. 4. A constituição do *ius honorarium* pelo *praetor* em complemento ao arcaico *ius civile* através da decisão *ex aequo et bono* (*ius est ars boni et aequi*). 5. O advento da moral cristã: *aequitas est iustitia dulcore misericordiae temperata*. 6. S. Tomás de Aquino e o *Tractatus de legibus ac Deo legislatore* de Francisco Suárez. 7. O sistema inglês da *Equity*: os *equitable remedies*, concedidos *ad misericordiam*, pelo do *Lord Chancellor*. 8. A equidade como padrão da justiça do caso concreto, seja *secundum, praeter* ou, mesmo, *contra legem*. 9. O espírito rebelde da equidade e o movimento codificador de Oitocentos. 10. O positivismo legalista e a identificação do direito à lei: a redução do *corpus iuris sub specie codicis*. 11. O método jurídico. 12. A equidade como *persona non grata* num sistema jurídico *more geometrico* e menos casuístico: a *Gefühlsjurisprudenz* e o retorno ao *Naturrecht*. 13. A revolução coperniciana do pensamento jurídico: do *logos* teórico ao *logos* prático. 14. O *Prinzip von Treu und Glauben* (§ 242 BGB) e a criação jurisprudencial e doutrinal do *ius aequum* que corrige, complementa e modifica o *ius strictum*. 15. A recuperação do *logos* prático aristotélico. 16. O juízo de tipo analógico como caução racional da equidade: a analogia como o *modus* de realização da justiça do caso concreto. 17. A dimensão abduativa da analogia e os juízos entimemáticos. 18. A “realização da pessoa na comunidade e da comunidade na pessoa” como paradigma de justeza da equidade.

“*Ius est ars boni et aequi*” (Dig. 1.1.1)

Introdução

Este escrito versa sobre o conflito entre o valor da equidade como padrão da justiça para a Escola de Filosofia do Direito de Coimbra e o princípio do *numerus clausus* da decisão segundo a equidade previsto no Código Civil.

* Siglas: Agora — Agora (Perspektiven der Philosophie); Anales Suárez — Anales de la Cátedra Francisco Suárez; Anuario — Anuario di Diritto Comparatto e di Studi Legislativi; ArV — Archiv des Völkerrechts; BFD - Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; California LR — California Law Review; CJ - Colectânea de Jurisprudência; Florida LR — Florida Law Review; Fordham LR — Fordham Law Review; Georgia JI&CL — Georgia Journal of International & Comparative Law; Harvard LR - Harvard Law Review; Rbdi — Revue belge de droit international; RDCiv — Rivista di Diritto Civile; RGDIP — Revue Générale de Droit International Public; RHDFF — Revue Historique de Droit Français et Étranger; RIFD — Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto; ROA – Revista da Ordem dos Advogados; Quarterly — The Law Quarterly Review; Tulane LR — Tulane Law Review.

Para começar, é efectuado um excursão histórico sobre a equidade, desde a importância da *epieikeia* na *Ética a Nicómano* de Aristóteles, até ao princípio de que a *aequitas est iustitia dulcore misericordiae temperata* firmado com o advento da moral cristã de S. Tomás de Aquino e o *Tractatus de legibus ac Deo legislatore* de Francisco Suárez, passando pela constituição do *ius honorarium* pelo *praetor* em complemento ao arcaico *ius civile* através da decisão *ex aequo et bono*; neste excursão, é ainda considerado, de forma sucinta, o sistema inglês da *Equity*, isto é, os *equitable remedies* concedidos *ad misericordiam* pelo *Lord Chancellor*. Retira-se desta análise histórica e comparatística que a equidade se afirma como padrão da justiça do caso concreto, seja *secundum, praeter* ou, mesmo, em casos-limite, *contra legem*.

Seguidamente, procura-se saber de que modo o espírito rebelde da equidade seria acolhido pelo movimento codificador de Oitocentos. Neste passo, constata-se que o positivismo legalista baseado na identificação do direito à lei (a redução do *corpus iuris sub specie codicis*) e apoiado nos cânones do método jurídico tradicional tenderia a considerar a equidade como *persona non grata* num sistema jurídico que se queria *more geometrico* e menos casuístico. Com efeito, a equidade seria então vista como a “menina dos olhos” da *Gefühlsjurisprudenz* potenciando o retorno a um indesejável *Naturrecht*.

Todavia, a revolução copernicana do pensamento jurídico, com a passagem do *logos* teórico ao *logos* prático, alteraria profundamente este entendimento das coisas. Exemplo elucidativo da nova concepção é, na experiência jurídica germânica, a criação jurisprudencial e doutrinal do *ius aequum*, baseado no *Prinzip von Treu und Glauben* (§ 242 BGB), que corrige, complementa e modifica o *ius strictum*.

No plano da filosofia e da metodologia jurídicas, a criação deste moderno *ius aequum* corresponde à recuperação do *logos* prático aristotélico. Neste sentido, sendo a analogia justamente o *modus* de realização da justiça do caso concreto, afirma-se o juízo de tipo analógico como caução racional da equidade, tendo em conta não apenas a dimensão abductiva da analogia e os seus juízos entimemáticos, mas também o princípio da igualdade que cumpre, no sentido da “realização da pessoa na comunidade e da comunidade na pessoa” como paradigma de justiça da equidade.

Em *post-scriptum* junta-se um breve apontamento sobre a arte de bem interpretar toda a regra jurídica. Trata-se fundamentalmente de questionar novamente a importância dos preceitos do Código Civil sobre o problema da interpretação jurídica. Saber, desde logo, se o cânone metódico do legislador consagra as *leges artis* do método jurídico tradicional, em tópicos como o objecto, os elementos e os resultados da interpretação. Depois, procurar mostrar de que modo se concilia o valor da letra da lei com a possibilidade de interpretação correctiva, tendo em conta a presunção do legislador razoável. Em especial,

são abordadas questões deveras delicadas e complexas como a redução teleológica e a interpretação ab-rogante (i), o sentido e valor do espírito do sistema e a importância da analogia (ii), bem como a interpretação conforme com os princípios e a decisão *contra legem* (iii). Para terminar este *post-scriptum*, apresentam-se alguns exemplos de propostas de interpretação de regras jurídicas que temos defendido em domínios vários do direito positivo sobre os quais têm versado estudos nossos.

Ainda uma palavra introdutória para referir as origens deste trabalho. *Equidade* foi o relatório que elaborámos para a cadeira de Teoria do Direito e do Estado, sob regência do Professor Orlando de Carvalho, como cadeira de opção no âmbito do Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais, no ano lectivo 1996-1997, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Publica-se agora, com correcções, alguns aditamentos e desenvolvimentos bibliográficos, sendo certo que - não obstante só a nós serem imputáveis as suas imperfeições! -, *Equidade* é um escrito largamente tributário da Escola de Filosofia e Metodologia Jurídicas de Coimbra.

§ 1. O conflito entre o valor da equidade como padrão da justiça na Escola de Filosofia do Direito de Coimbra e o princípio do *numerus clausus* da decisão segundo a equidade previsto no Código Civil

A equidade é valorada pela Escola de Filosofia do Direito de Coimbra como padrão da justiça. Com efeito, sustenta Orlando de Carvalho, na sua *Oração de Sapiência: Ius — Quod Iustum?*, que o jurídico é “inconcebível sem essa medida das medidas que é a **aequitas**”¹. Sendo que “essa medida das medidas” se projecta em sede metodológica, uma vez que, como ensina Castanheira Neves, a equidade é “um momento da concreta realização do direito”², a qual constitui o problema central da metodologia jurídica.³

Este valor que o Pensamento Jurídico reconhece à equidade, essa “béquille de la justice” na fórmula expressiva de Chaim Perelman⁴, contrasta com o valor que o Código Civil lhe atribui, pois que apenas admite a decisão segundo a equidade em determinados grupos de casos.⁵ Ora, o contraste entre o valor jusfilosófico e metodológico da equidade e o seu valor jurídico-legal suscita-nos a seguinte pergunta: *aequitas — quod aequitatem?*

¹ Discursos da Abertura Solene das Aulas na Universidade de Coimbra — 16 de Outubro de 1998, Separata, Coimbra 1998, p. 14. Também em *Uma Teoria da Justiça* (1971 - tradução portuguesa, Lisboa, Editorial Presença, 1973), John Rawls, na esteira de Immanuel Kant, defende a “justiça como equidade”.

² *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, Coimbra 1968-69, p. 244.

³ *Metodologia Jurídica (Problemas fundamentais)*, Coimbra 1993, p. 17 e *passim*.

⁴ *De la justice, in Justice et Raison*, Bruxelles 1963, p. 46, *apud* Eric Agostini, *L'équité, Recueil Dalloz Sirey*, 1978, p. 8.

⁵ Dispõe o art. 4.º, sob epígrafe valor da equidade, que: “Os tribunais só podem decidir segundo a equidade: a) Quando haja disposição legal que o permita; b) Quando haja acordo das partes e a relação jurídica não seja indisponível; c) Quando as partes tenham previamente convencionado o recurso à equidade, nos termos

Em anotação ao preceito do Código Civil relativo ao valor da equidade, escrevem Pires de Lima e Antunes Varela que “se considera a equidade como fonte (mediata) de direito [, mas] não se quer com isso atribuir força vinculativa à decisão (equitativa) concreta, como faz por exemplo o sistema anglo-saxónico que confere *binding authority* a determinadas decisões judiciais. O que passa a ter força especial são as razões de *conveniência*, de *oportunidade*, principalmente de *justiça concreta*, em que a equidade se funda. E o que fundamentalmente interessa é a ideia de que o julgador não está, nestes casos, subordinado aos critérios normativos fixados na lei.”⁶

Anotação esta que, no essencial, retoma, *mutatis mutandis*, a contraposição tradicional entre *epieikeia* e *nomos*, entre *aequitas* e *ius*, entre *equity* e *common law*, entre *Billigkeit* e *strenges Recht*, em termos de exclusão recíproca, ao estilo de um *tertium non datur*.⁷ Em suma, a equidade encontrar-se-ia, por assim dizer, nos antípodas do direito.⁸

aplicáveis à cláusula compromissória.” Este *numerus clausus* da decisão segundo a equidade significa que, não havendo acordo das partes nesse sentido — ou a isso se opondo a indisponibilidade da relação jurídica —, os tribunais só poderão recorrer a este cânone decisório nos casos expressamente previstos pela lei. Na interpretação de Carlos A. da Mota Pinto: “O artigo 4.º permite aos tribunais a solução *ex aequo et bono* dos casos que lhe são presentes. A admissão da equidade foi acantonada, porém, dentro de apertados limites.” (*Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª ed., 3.ª reimpr., Coimbra Editora, Coimbra, 1989, p. 50). Como exemplos de decisão segundo a equidade admitidos por lei *vide*, nomeadamente, no domínio do Código Civil, os arts. 72.º, n. 2, 283.º, n. 1, 339.º, n. 2, 400.º, n. 1, 437.º, n. 1 (cláusula *rebus sic stantibus*), 462.º, 494.º, 496.º (cálculo do *pretium doloris*), art. 812.º (redução da pena manifestamente excessiva); no domínio da lei do arrendamento urbano, *vide*, nomeadamente, art. 113.º RAU (compensação por aumento do valor locativo do prédio); ver também o art. 34 do contrato de agência, aprovado pelo DL 178/86, de 3 de Julho (cálculo da indemnização de clientela).

⁶ Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, I, 4.ª ed. rev. E act. (com a colaboração de M. Henrique Mesquita), Coimbra Editora, Coimbra, 1987, p. 56 (compreensão esta reafirmada mais adiante: “É precisamente contra a equidade (justiça do caso concreto em desacordo com a justiça do princípio geral) que o legislador reage, procurando evitar desacordos na aplicação das leis.” – p. 57). A Anotação de Pires de Lima e Antunes Varela é também citada por A. Menezes Cordeiro, *A decisão segundo a equidade*, in *O Direito*, 1990, p. 276, que distingue a equidade em sentido jusfilosófico e a equidade em sentido técnico-legal. Sendo certo que, como veremos adiante, boa parte do direito criado pela jurisprudência germânica com base no princípio da boa-fé (sobre o tema, fundamentalmente, Idem, *Da boa fé no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 1984 - reimpr. 2001), é *ius aequum*. Entre numerosas obras e autores, *vide*, por ex., *Aequitas und Bona Fides*. Festgabe zum 70 Geburtstag von August Simonius (Hrgs. von der juristischen Fakultät der Universität Basel), Basel: Helbing&Lichtanhahn, 1955; *Aequitas und Toleranz*. Gesammelte Schriften von Carl Joseph Hering (Hrgs. Erich Fechner, Ernst von Hippel und Herbert Frost), Bonn: Graundmann, 1971; *Equity in the World's Legal Systems*, ed. Ralph Newman, Brussels 1973; Johannes Stanglar, *Die Billigkeit und ihr Standort im Rechtssystem*, Athen/Hamburg, 1976; Mark E. Villiger, *Die Billigkeit im Völkerrecht (Neuere Entwicklungen in der Rechtsprechung und der Staatenpraxis)*, ArV 2(1987), pp. 174-201). Por outro lado, o facto de na decisão segundo a equidade o julgador não estar subordinado aos critérios legais isso não significa que tais critérios sejam de todo imprestáveis para a decisão equitativa, como destacam A. Ferrer Correia e Almeno de Sá (*Oferta pública de venda de acções e compra e venda de empresa*, CJ 1993, pp. 15-32).

⁷ *Vide*, por exemplo, Ralph A. Newman, *Equity and Law*, in *Anales Suárez* 5-6(1965-6), pp. 5-15; Orazio Condorelli, “L'Equità”, “Equità e diritto”, in *Scritti sul Diritto e sullo Stato*, Milano: Giuffrè, 1970, pp. 247-256, e 307-359, respectivamente; Andrés Ollero, *Equidad, Derecho, Ley*, *Anales Suarez* 13(1973), pp. 164-178; Jesús Vallejo, *Ruda Equidad, Ley Consumada: concepción de la potestad normativa* (1250-1350), Madrid: CEC, 1992.

⁸ Canaris parece ainda tributário desta dicotomia, ao opor a segurança jurídica ainda garantida por um sistema móvel a “uma mera cláusula de equidade” (Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989, p. 145, e talvez por isso defenda os limites à criação interpretativa do Direito, em especial relativamente às lacunas inintegráveis em matérias de reserva do legislador e ao respeito pelas normas estranhas ao sistema - pp. 216, 235 ss; além disso, ao considerar que a tópica, por fundar a legitimidade das premissas no *common sense* “é, por isso basicamente, inconciliável com a doutrina da validade e das fontes do Direito” e ao remeter a tópica para a equidade, isto é, para a tendência individualizadora da justiça (“a tópica ordena-se na equidade”), contrapõe direito a equidade, embora reconheça que “as cláusulas gerais ‘carecidas

Se fizéssemos nossa a máxima *primum vivere, deinde philosophare* (e *sic transit gloria mundi*), a questão estaria resolvida. Contudo, porque receamos padecer dessa “doença da alma” que a filosofia é, como o disse algures Wittgenstein, procuraremos descortinar neste trabalho as razões que levam o Pensamento Jurídico a conferir à equidade o valor de “medida das medidas” do jurídico; valor esse que se projecta em sede metodológica, em termos que contrastam claramente com os *numerus clausus* em que se admite a decisão equitativa no *corpus iuris* positivo.⁹

de concretização’ têm frequentemente uma função totalmente legítima e opõem-se a uma generalização demasiado rígida, facultando a penetração da ‘equidade’ no sentido da justiça do caso concreto” e, ainda, que “há áreas nas quais pode intervir, sobretudo onde faltem valorações legais” (pp. 240, 272, 286-7), mas, ao que parece, não radicaria aí a verdadeira “essência do Direito” – p. 25).

⁹ Mas não será esta questão mais um sintoma do “irrealismo metodológico” a que estaria votado o Pensamento Jurídico (A. Menezes Cordeiro, Introdução à edição Portuguesa de C.-W. Canaris, *Pensamento Sistemático*, cit., p. XXIV, chamando a atenção para o facto de que “os próprios níveis metodológicos e filosóficos sofreram os influxos da especialização: vieram a ser aprofundados por estudiosos que, do Direito, não tinham já qualquer valência efectiva” fechando-se o círculo num “metadiscorso inacessível para os juristas comuns e sem preocupações juspositivas” – XXVIII)? Julgamos que não, como poderá ver-se especialmente pelos exemplos que expomos sobre o papel criador da equidade, bem como pelos exemplos contidos em *post-scriptum* relativamente a diversas áreas do direito positivo. Além disso, o conceito de “irrealismo metodológico” merece-nos algumas reservas. Terá o mérito de alertar o jurista para os perigos daquela “doença da alma” no sentido de não se esquecer da máxima *primum vivere*... Todavia, parece depreciar o labor dos Pensadores do Direito. Ora, tal como os juristas fazem história do direito ou sociologia do direito, para não falar em análise económica do direito, também podem (e devem!) fazer filosofia e metodologia do direito, sem que lhes falte a competência. Claro que, como refere Karl Engisch (*Introdução ao Pensamento Jurídico*, trad. Baptista Machado, 6.ª ed., Lisboa, p. 387), a “diluição teórica e a legitimação” de esforços de apuramento da “natureza das coisas”, do “direito natural” e categorias análogas “conduz inevitavelmente para além da heurística e da metódica jurídicas enquanto tais, conduzem para o domínio do pensamento filosófico e dos seus particulares modos de pensamento. Este domínio tem o jurista na verdade que o abranger no seu olhar e de o manter presente como pano de fundo das suas reflexões. Mas não pode atrever-se a esclarecê-lo com os seus meios de pensamento. (Não porque) a filosofia do direito não interess(e) ao jurista, mas antes (porque) existe uma repartição de competências entre a metódica jurídica e a metódica filosófica que o teórico do direito consciente deve respeitar.” Além disso, dificilmente o jurista inscreverá o seu nome no panteão de historiadores, economistas, sociólogos ou filósofos, embora não exista à partida nenhum direito natural que lhe negue o acesso (e mesmo que houvesse seria injusto!). Mas quer isso dizer que a reflexão ‘filonómica’ não pode pretender dar frutos ao nível do direito vigente, estando condenada com o seu metadiscorso ao “irrealismo metodológico”? A nosso ver, a resposta é negativa. Assim como navegar, também filosofar é preciso. Sem a filosofia o direito ficará órfão e subordinado à tirania do poder, que dele se descartará em caso de obsolescência. Pois que, afinal, o direito é “instância crítica. E isto quer dizer que se ele não dispõe da força das armas, nem por isso deixa de conseguir, através dos seus princípios, assumir-se muitas vezes como a ‘má consciência’ do poder” (Fernando José Bronze, *Lições de Introdução ao Direito*, Coimbra, Coimbra, Editora, 2002, p. 277). Certo que não cabe ao «filonomosofo» responder a questões como: *o que é uma coisa?* (Heidegger). De questões como a coisalidade da coisa trata, com competência, o filósofo. Ao jurista caberá apurar a natureza da coisa no direito (melhor dito, em cada ramo do direito), a qual poderá não corresponder nem ao uso linguístico corrente nem ao conceito correspondente de outra ciência. Por exemplo, “ao jurista não interessa a classificação zoológica dos animais” (Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, trad. de José Lamego com revisão de Ana de Freitas (do original *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin/Heidelberg, Springer-Verlag, 5.ª ed. rev., 1983), 2.ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, p. 535). Isso está na base, aliás, da “estranheza do leigo face à (...) falta de *naturalidade* da Jurisprudência” (Engisch, *Introdução*, cit., p. 16, ilustrando depois com o exemplo do regime da paternidade como os dados biológicos não são determinantes para o direito). Isso não significa, todavia, que ao jurista não compita reflectir sobre a juridicidade, dialogando inclusivamente com os filósofos e outros pensadores, numa atitude “criticamente comprometida” (F.J. Bronze, *Lições*, cit., p. 19). Se assim não fosse ainda hoje porventura o ser humano poderia ser juridicamente coisificado, desprovendo-o dos valores (projectados em direitos e deveres) que compõem historicamente a dignidade da pessoa (liberdade, igualdade, solidariedade/fraternidade). De resto, como evidencia a obra de Castanheira Neves (vide, por ex., *Questão de Facto - Questão de Direito ou o problema metodológico da juridicidade (Ensaio de uma reposição crítica)*, I, A Crise, Coimbra, 1967, A Revolução e o Direito. A situação actual da crise e o sentido no actual processo revolucionário / Justiça e Direito / A Unidade do sistema jurídico: seu problema e seu sentido (Diálogo com Kelsen) / A Redução Política do Pensamento Metodológico-jurídico, todos agora in *Digesta, Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*, Coimbra, Coimbra Editora,

Ao longo deste roteiro discursivo, mais do que a dúvida metódica cartesiana, façamos nossa a *docta ignorantia* socrática, em ordem a, no fim da nossa peregrinação retórica, podermos cortar o cordão umbilical deste escrito. Mas, para que este nasça do diálogo, importa que se faça uma advertência preliminar: ao longo desta excursão argumentativa sofreremos a concorrência, apetece dizer, desleal, dos habitantes do Olimpo; desde logo, de Morpheu, que, com os seus sedutores segredos, vos convidará para o Reino fantástico dos sonhos.

§ 2. Excurso histórico sobre a equidade: a *epieikeia* na *Ética a Nicómano* de Aristóteles, a constituição do *ius honorarium* pelo *praetor* em complemento ao arcaico *ius civile* através da decisão *ex aequo et bono* (*ius est ars boni et aequi*), a moral cristã segundo S. Tomás de Aquino e o *Tractatus de legibus ac Deo legislatore* de Francisco Suárez (*aequitas est iustitia dulcore misericordiae temperata*), e o sistema inglês da *Equity* (os *equitable remedies* concedidos *ad misericordiam* pelo *Lord Chancellor*) – a equidade como padrão da justiça do caso concreto, seja *secundum, praeter* ou, mesmo, *contra legem*

Começando pelos antigos, desde o pensamento grego que por equidade se entende, *grosso modo*, a justiça do caso concreto. Simbolizada na *Antígona* de Sófocles, como rebelde em nome do *ius non scriptum*, a equidade seria erigida por Aristóteles a critério do justo. Como o estagirita escreveu no Cap. X do Livro V da *Ética a Nicómaco*, “o que é equitativo é justo, superior mesmo em regra ao justo, não ao justo em si, mas ao justo que, em razão da sua generalidade, comporta o erro. A natureza da equidade consiste no corrigir a lei, na medida em que ela, em virtude do seu carácter geral, se mostra insuficiente.”¹⁰ De igual modo explicita Aristóteles na *República* o valor interpretativo e integrativo da *epieikeia*. Em termos que têm sido entendidos no sentido de a equidade ter para o mestre de Alexandre, o Grande, uma função, não apenas de *adequatio* da norma às circunstâncias do caso concreto, mas também de padrão de referência para a integração de lacunas.

1995, I, pp. 51 ss (ex ROA, 1976), e 241 ss, respectivamente, e II, pp. 109 ss (ex BFD Homenagem Prof. Teixeira Ribeiro, II) e 379 ss (ex BFD Homenagem Prof. Afonso Queiró), e, mais recentemente, *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia (Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação)*, Studia Iuridica, Coimbra, Coimbra Editora, 2003) - para quem desde logo o problema do método jurídico “culmina numa *filosofia*” (A. Castanheira Neves, *Método Jurídico*, Polis, 4, p. 284) -, os que o fazem são os que mais se elevam, embora para isso seja necessário ter “pernas altas” (Nietzsche). Sendo certo que “se não for possível progredir voando, que se avance coxeando, pois está escrito que não é pecado coxear!...” - Fernando José Bronze, *Sentimentos Confessados e Juízos Ousados na “Última Lição” do Professor Doutor António Castanheira Neves (“Hier bin ich Mensch, hier [muß] ich's sein!”)*, Boletim da Faculdade de Direito, LXXV, 1999, p. 706.

¹⁰ *Apud* Castanheira Neves, *Lições*, cit., p. 237.

E com esse sentido seria acolhida no direito romano, devendo-se ao *praetor* a constituição do chamado *ius honorarium*, em complemento ao arcaico *ius civile*, através da decisão *ex aequo et bono*. Processo que viria a culminar com a célebre expressão: «*Ius est ars boni et aequi*» (Dig. 1.1.1). E, ainda, com a sua consagração na Constituição de Constantino de 314 enquanto princípio supremo do direito: “*placuit (in omnibus rebus) praecipuam esse iustitiae aequitatisque quam stricti iuris rationem*”.

Com o advento da moral cristã, a *aequitas* viria a conotar-se com valorações de *benignitas*, *pietas*, *caritas*, *miseriordia*¹¹; concepção esta inscrita no célebre brocardo: *aequitas est iustitia dulcore misericordiae temperata*. Posteriormente, a equidade seria erigida a norma suprema do ordenamento canónico. Francisco Suárez, no seu *Tractatus de legibus ac Deo legislatore*, apoiado no pensamento de S. Tomás de Aquino (“*Lex tyrannica, cum non sit secundum rationem, non est simpliciter lex, sed magis est quaedam perversitas legis*” - *Summa Theologica*), apontava três funções à *aequitas* canónica: 1.^a impedir resultados injustos na aplicação do direito, mediante o recurso ao *ius naturale* ou divino; 2.^a evitar o cumprimento de obrigações injustas por serem inexigíveis; 3.^a interpretar a lei não segundo a letra mas segundo a presumida vontade do legislador¹².

Na Idade Média, mais precisamente no sec. XIV, surgiria na experiência jurídica inglesa um sistema paralelo, ainda que subsidiário, ao *Common Law*, chamado *Equity*, nos termos do qual o *Lord Chancellor* concederia, *ad misericordiam*, *equitable remedies* (v.g., *injunction*) não assimiláveis à *ratio decidendi* dos precedentes.¹³

Deste breve excurso histórico conclui-se que a equidade tem sido convocada historicamente como padrão da justiça do caso concreto, seja *secundum*, *praeter* ou, mesmo, *contra legem*.¹⁴ Palavra rebelde, pois que lhe cumpre ser o padrão de justiça em

¹¹ Cf. Vincenzo Varano, *Equità*, in Enciclopedia Giuridica, p. 3-4.

¹² Cf. A. Pérez Luño, *Aspetti e funzioni dell'equità*, RIFD 1977, p. 840. Para mais desenvolvimentos, vide, por ex., Francesco d'Agostino, *Epieikeia - Il tema dell'equità nell'antichità greca*, Milano: Giuffrè, 1973; Georges Ciulei, *Les rapports de l'équité avec le droit et la justice dans l'œuvre de Cicéron*, RHDFE 46(1968), pp. 639-647, Idem, *L'Équité chez Cicéron*, Amsterdam: Hakkert, 1972; Pier Giovanni Caron, *'Aequitas' Romana, 'Misericordia' Patristica ed 'epicheia' Aristotelica nella Dottrina dell' 'Aequitas' Canonica (Dalle origini al rinascimento)*, Milano: Giuffrè, 1971; Francesco d'Agostino, *Equità e remissione dei peccati in Martin Lutero*, RIFD 52(1975), pp. 217-244.

¹³ Vide Denis Keenan, *English Law*, 11.^a ed., London 1995, p. 15. Para mais desenvolvimentos, vide, por ex., Maitland, *L'equità*, Milano 1979; Sir Anthony Mason, *The Place of Equity and Equitable Remedies in the Contemporary Common Law World*, Quarterly 110(1994), pp. 238-259, e, fundamentalmente, Fernando José Bronze, «*Continentalização*» do direito inglês ou «*insularização*» do direito continental?: proposta para uma reflexão macro-comparativa do problema, Coimbra, 1982.

¹⁴ Sobre as funções da equidade, em especial no direito privado, enquanto fonte de princípios jurídicos e de critérios de integração de lacunas jurídicas, e de limite transcendental do direito, vide, igualmente, Adriano De Cupis, *Precisazioni sulla funzione dell'equità nel diritto privato*, RDCiv 17(1971), I, pp. 633-655; Alessandro Mattei, *Equità e lacune nel diritto*, Annuario 30(1955), pp. 171-189; Mario Rotondi, *Equità e Principii Generali di Diritto*, Milano: SEL, 1924 (estratto dalla Revista di Diritto Civile, n. 3 - 1924); Francesco d'Agostino, *L'equità come limite transcendente del diritto*, RIFD 51(1974), pp. 411-433; Carlo Giannattasio, *L'equità - esperienze giurisprudenziale*, RDCiv 20(1974), Parte Prima, pp. 657-680. Em especial sobre a importância da equidade ao nível do processo civil, vide Walther J. Habscheid, *Zur Philosophie des Zivilprozessrechts, insbesondere zum Prinzip der Fairness*, Agora 14(1988), pp. 293-306.

face da “*rebeldia* do caso concreto... para se ir conseguindo a adequação do direito à vida.”¹⁵ Contra o brocardo *dura lex, sed lex*, a palavra equidade encarna, pois, o espírito da *Antígona* de Sófocles, em nome do *ius non scriptum*^{16,17}

§ 3. O espírito rebelde da equidade e o movimento codificador de Oitocentos: o positivismo legalista, a identificação do direito à lei (a redução do *corpus iuris sub specie codicis*), os cânones do método jurídico tradicional, e a equidade como *persona non grata* num sistema jurídico *more geometrico* e menos casuístico (contra a *Gefühlsjurisprudenz* e o retorno ao *Naturrecht*)

Espírito rebelde esse que o movimento codificador de Oitocentos não conseguiu “domesticar”. Como é sabido, o positivismo legalista postulou a identificação do direito à lei, essa “sublime instituição” filha do contrato social entre homens livres, iguais e fraternos, como diria Rousseau. A lei era entendida como norma geral, abstracta e formal. Sendo que, com a redução do *corpus iuris sub specie codicis* se intendia à neutralidade e objectividade da decisão. Tudo isto em obediência à axiologia formal da igualdade e da certeza do direito, projectada na concepção positivista do Estado de Direito, assente em três princípios, a saber: o princípio da legalidade, o princípio da separação de poderes e o princípio da independência judicial.

Neste quadro, a decisão do caso concreto consistia na mera subsunção de uma espécie a um género. A decisão não seria mais do que uma operação lógica, segundo a qual o julgador deveria verificar se o caso *sub iudice* apresentava os factos constitutivos da hipótese da norma, a fim de lhes aplicar a sua estatuição.

¹⁵ A. Pinto Monteiro, *Contratos de agência, de concessão e de franquia (“franchising”)*, Coimbra 1989, p. 27 [Separata BFD — Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, 1984].

¹⁶ Atente-se, todavia, como escreve Richard A. Posner, que podemos hoje ver melhor do que Sófocles que “justice is not all on Antigone’s side. Civil disobedience motivated by obedience to a ‘higher law’ can be admirable as well as heroic. (...) it can also be a formula for anarchy and civil war” (*Law and Literature*, revised and enlarged edition, Cambridge/London, Harvard University Press, 1998, p. 100 - sobre os encontros e desencontros entre o direito, a linguagem e a literatura, vide J.M. Aroso Linhares, *Entre a reescrita pós-moderna da Modernidade e o tratamento narrativo da diferença ou a prova como um exercício de «passagem» nos limites da juridicidade (Imagens e reflexos pré-metodológicos deste percurso)*, Studia Iuridica, Coimbra, Coimbra editora, 2001). As considerações que Richard Posner tece sobre a razoabilidade da posição de Antígona, em especial no que respeita a um Direito natural fundado no sangue (incluindo a sua cor...), deveriam ser tidas em conta num tempo em que se anuncia este nosso século como pertencendo a Antígona: Paulo Ferreira da Cunha, *O Século de Antígona*, Coimbra, Almedina, 2003. Também é claro que só do caos sai a (nova) ordem: será isso que se profetiza?...

¹⁷ Sobre o papel da equidade no direito internacional vide, por ex., Alberto Herrero de la Fuente, *La Equidad y los Principios Generales en el Derecho de Gentes*, Valladolid: Universidad Valladolid, 1973; Olivier Pirotte, *La Notion d'Équité dans la Jurisprudence récente de la Cour Internationale de Justice*, RGDIP 77(1973), pp. 93-135; Paul Reuter, *Quelques réflexions sur l'équité en droit international*, Rbdi 15(1980-1), pp. 165-186. Para uma análise da equidade na experiência comparada, vide, exemplificativamente, Manuel Rodriguez Ramos, *'Equity' in the Civil Law: a Comparative Essay*, Tulane LR 44(1970), pp. 720-739; B.A. Wortley, *Jurisprudence*, Manchester/New York, Un. Press/Oceana, 1967; R. H. Helmolz, *Equitable Division and the Law of Finders*, Fordham Law Review 3(1983), pp. 313-328; Jeffrey J. Carlisle, *Den of Equity: the case for equitable doctrines in rule 10 b- 5 cases*, California Law Review 6(1993), pp. 1587-1655; Gabriel Wilner, *The Mixed Courts of Egypt: a Study on the Use of Natural Law and Equity*, Georgia JI&CL 5(1975), pp., 407-430; Vernon V. Palmer, *The Many Guises of Equity in a Mixed Jurisdiction: A Functional View of Equity in Louisiana*, Tulane LR 1(1994), pp. 7-70.

A identificação do direito à lei (*ius = lex*), conjugada com o princípio da separação de poderes, significava que o poder legislativo detinha o exclusivo da criação do direito. Ao juiz não cabia senão uma função de aplicador do direito. Para o efeito, as leis deveriam ser curtas, claras e concisas, pois que *in claris non fiat interpretatio*. Ou seja, deveria reduzir-se ao máximo o papel do juiz, mediante leis claras, caucionadas pela lógica. No mesmo sentido, a caução da plenitude lógica de um direito concebido *sub specie codicis* permitiria afirmar que *quod non est in codice non est in mundo*.¹⁸ E nessa medida reduzir o juiz à “boca que pronuncia as palavras da lei”, na célebre fórmula de Montesquieu. As *leges artis* do Método Jurídico projectam, justamente, estas premissas na interpretação e na integração de lacunas.¹⁹

Em sede de interpretação, entende-se que esta tem por objecto a norma legal, sendo esta entendida como “texto”: o texto da lei. Ora, na determinação do sentido e alcance da “norma-texto” deveria atender-se às suas duas grandezas, a letra e o espírito; sendo que o *instrumentarium* metódico, tal como proposto por Savigny, se analisa no elemento gramatical, no elemento histórico, no elemento sistemático e no elemento teleológico (ou racional). Assim, o elemento gramatical permite determinar o conjunto de sentidos possíveis da letra da lei, remetendo o intérprete para um glossário conceitual que determina o sentido exacto das palavras do legislador e, por isso, o *rigor iuris*. Por seu turno, uma vez determinado o conjunto de sentidos possíveis da letra da lei, os restantes elementos interpretativos permitem apurar o sentido do espírito da lei, o qual elegerá dentro daquele conjunto o sentido que corresponde: ou à *ratio* ou *mens legislatoris* para as correntes subjectivistas, como é o caso da *école de l'exégèse*, que presta culto ao *code civil* napoleónico; ou à *ratio legis* para as correntes objectivistas, como é o caso da *Begriffsjurisprudenz*, que presta culto com o sistema das pandectas às instituições culturais do *Volksgeist* desveladas pela Escola Histórica do Direito, *maxime* nos textos de direito romano.

Porém — *et pour cause* —, este objectivo da interpretação, se repousa no espírito da lei, há-de encontrar “um mínimo de correspondência verbal na letra da lei”, para utilizarmos a fórmula do nosso Código Civil (art. 9.º, n. 2). Isto é, o espírito deve corresponder a um dos sentidos possíveis da letra da lei, que determina, portanto, os principais resultados da

¹⁸ Cf. F.J. Bronze, *Lições*, cit., p. 880.

¹⁹ Sobre esta matéria veja-se, fundamentalmente, os diversos estudos de A. Castanheira Neves, nomeadamente, *Método Jurídico, Interpretação Jurídica, Escola da Exegese, Escola do Direito Livre, Escola Histórica do Direito, Jurisprudência dos Interesses, O Actual Problema Metodológico da Realização do Direito, Fontes do Direito*, compilados agora em *Digesta - Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*, II, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, bem como as monografias *Metodologia Jurídica - Problemas Fundamentais*, Stvdia Ivridica, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, e *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*, I, Coimbra, Coimbra Editora, 2003. Sobre as diversas orientações método(nomo)lógicas (teoréticas e práticas), v. tb. F.J. Bronze, *Lições*, cit., pp. 687 ss (17.ª Lição).

interpretação. A saber: interpretação declarativa quando o espírito corresponde ao sentido natural da letra da lei; interpretação restritiva, quando o espírito configura o género previsto na hipótese da norma em termos de excluir espécies que nela seriam subsumíveis segundo a letra da lei; interpretação extensiva, quando o espírito configura o género previsto na hipótese da norma em termos de abranger espécies nela não subsumíveis segundo o sentido natural da letra — mas que implicitamente contém, sendo desvelados pelo espírito.²⁰

Porém, se a interpretação da norma conduz à conclusão de que o caso não constitui uma das espécies previstas na hipótese da norma, então a operação lógica da subsunção não seria possível, não se podendo aplicar directamente a norma. Estar-se-ia, portanto, perante uma lacuna. Ora, segundo o esquema metódico proposto pelo Método Jurídico, como remédio à impraticabilidade de soluções do tipo do *référé législatif*, as lacunas integrar-se-iam por uma de duas vias: ou pela *analogia legis* ou pela *analogia iuris*. Na *analogia legis* aplicar-se-ia uma norma que regulamentasse um caso análogo, isto é, um caso que, embora não fosse subsumível ao género previsto na hipótese da norma, por lhe faltar um elemento essencial do conceito informador da sua natureza jurídica (*ratio essendi*), apresentasse, com ele, porém, relevantes semelhanças, em termos de justificar idêntica regulamentação. Na *analogia iuris*, decidir-se-ia segundo os princípios gerais logicamente induzidos da interpretação das normas que regulamentassem o instituto ao qual o caso mais se aproximasse.

Em ambos os casos o juiz não estaria a criar direito, porquanto se tratava de extensões lógicas do sistema, que permitiam conservá-lo ainda na esfera da *stricta* aplicação de direito. Por outras palavras, o legislador seria ainda a fonte, a *viva vox* deste direito aplicado, agora, por via dita analógica, e não subsuntiva.

Neste modelo metódico o papel da equidade resulta praticamente nulo. A justiça era, por definição, formal, geral e abstracta, sendo realizada, *a priori*, em juízos legislativos logicamente expressos nos textos legais, quais imperativos categóricos universalmente pré-dispostos ao estilo cosmopolita de Kant. Partindo da máxima hegeliana “o racional é real e o real é racional”, não faria sequer sentido falar em justiça do caso concreto, senão na medida em que estivesse já condensada no *prius* normativo-sistemático.²¹

²⁰ O método jurídico tradicional admitia ainda, como resultados interpretativos, a interpretação enunciativa e a interpretação abrogatória ou ab-rogante.

²¹ Por outras palavras: “*no matter what*, se os factos não confirmam as normas tanto pior para os factos”. Claro que no direito o princípio é o da reafirmação contrafáctica das expectativas comunitárias na validade e vigência da norma (trata-se da máxima jackobsiana do pensamento jurídico penalista - *vide* Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal, Lições*, colab. de Maria João Antunes, Coimbra, 1988 -, que todavia nos parece extensível aos outros ramos do direito). Não obstante – *et pour cause* -, a questão estará em saber de que modo se apuram tais expectativas e, em especial, em que termos a norma pode ser considerada válida e vigente. A Constituição, segundo uma compreensão aberta e material, e que atenda ao dinâmico *ius cogens* das gentes, será certamente um ponto seguro de apoio. Existirão outros?

Ademais, a rebelde equidade seria *persona non grata* num *Lebensraum* do sistema jurídico, que se queria *more geometrico* e menos casuístico. Acresce que, por atender à rudeza do caso concreto a equidade despertaria no juiz tentações de decidir segundo as suas convicções subjectivas, abrindo-se a porta para uma *Gefühlsjurisprudenz* arbitrária e irracional, ou então para o retorno a um *Naturrecht* tendencialmente contrário à ordem legalmente positivada. Enfim, a equidade seria inimiga da certeza do direito e da igualdade legal, minando o princípio da separação de poderes em que assentava o Estado-de-Direito gerado pela Revolução das Luzes.

Daí que a equidade tivesse sido praticamente saneada no paradigma discursivo do positivismo jurídico. Em conformidade, a codificação oitocentista, via de regra, não reconhecera à equidade valor de cânone decisório, evitando mesmo a utilização de tal “sonoro vocábulo”, na expressão de Correia Teles²². Exemplo disso mesmo foi a elaboração do nosso Código Civil de 1867. Com efeito, tendo sido inicialmente proposta a integração de lacunas com recurso à equidade, o Código de Seabra acabaria por prescrever no seu art. 16.º que as lacunas fossem, em último termo, integradas segundo o direito natural “conforme as circunstâncias do caso”. O que, apesar de ser interpretado por Cabral de Moncada como referência directa à equidade²³, não deixava de transparecer um juízo de desconfiança do legislador em relação a esta palavra.

§ 4. A revolução copernicana do pensamento jurídico, a passagem do *logos* teórico ao *logos* prático, e a criação jurisprudencial e doutrinal do *ius aequum*, baseado no *Prinzip von Treu und Glauben* (§ 242 BGB), que corrige, complementa e modifica o *ius strictum*

Ora, apesar de ter sido praticamente banida do mundo jurídico-linguístico, a equidade não foi, porém, irradicada da *praxis* jurídica. Antes pelo contrário.

Ademais, depois da euforia do cientismo vivida em Oitocentos, o *fin de siècle* traria consigo a “ressaca do positivismo”. Assim como na filosofia se encontra “o filósofo apanhado nas teias da linguagem”, dizendo-o com Friedrich Nietzsche²⁴, também no direito se depara o jurista preso num edifício conceptual fechado às exigências da realidade histórico-social com as ‘sete chaves’ da lógica apofântica.²⁵

²² *Discurso sobre a Equidade, em Comentário crítico à Lei da Boa Razão*, Lisboa 1824, apud J. Hermano Saraiva, *Equidade, in Verbo — Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura*, 7, p. 731.

²³ Cf. Castanheira Neves, *Lições, cit.*, p. 244.

²⁴ *O livro do filósofo*, p. 61.

²⁵ Sobre o positivismo, seus factores determinantes, coordenadas caracterizadoras e factores de superação, vide F.J. Bronze, *Lições, cit.*, pp. 279 (da 10.ª à 12.ª Lição), bem como a bibliografia de Castanheira Neves aí referida.

É então que começa a operar-se uma revolução copernicana no pensamento jurídico, no sentido da passagem de um *logos* teórico para um *logos* prático.²⁶ Sucintamente, assim foi na França com a *libre recherche scientifique du droit* de Geny, e também na Alemanha com a *freie Rechtsfindung* de Kantorowicz. Revolução copernicana, porque justamente o centro de gravidade do pensamento jurídico deixa de ser a norma, para passar a ser o caso concreto. Vale isto por dizer, que a equidade re-emerge silenciosamente como critério do justo. Pois que, afinal, é na decisão do caso concreto que se faz, ou não, justiça. Ou, como alguém disse, “é na decisão do caso concreto que o direito se faz carne”.²⁷

Disto mesmo dá conta a proposta metodológica da Jurisprudência dos Interesses, segundo a qual o juiz devia obediência aos fins prosseguidos pelo legislador com a solução valoradora do conflito de interesses que deu causa à norma. Sendo que, a fim de cumprir a teleologia da norma no caso concreto, o juiz poderia mesmo corrigir o seu comando verbal, excluindo-o ou abrangendo-o no âmbito de aplicação da norma, através das operações metódicas da redução e da extensão teleológicas. Obediência pensante, portanto, como diria Heck, *caput scholae* da *Interessenjurisprudenz*, que o juiz devia ao legislador, entendido como a *societas* que tem no direito o instrumento de realização do seu projecto histórico. Acresce que em sede de integração de lacunas Heck propunha que, na impossibilidade de se recorrer à *analogia legis*, deveria o juiz decidir segundo os princípios gerais de direito ou, não sendo possível o recurso à *analogia iuris*, segundo a sua valoração pessoal do caso afinada pelas concepções dominantes da sociedade.²⁸

Da Jurisprudência dos Interesses sairiam, posteriormente, duas outras correntes: o pensamento jurídico-causal de Müller-Erzbach e a *Wertungsjurisprudenz*, constituindo, respectivamente, a “ala esquerda” e a “ala direita” da *Interessenjurisprudenz*, como nos diz Orlando de Carvalho²⁹.

²⁶ Isto não significa que o método do positivismo fosse indiferente a todos e quaisquer valores. Antes pelo contrário, tal método servia com proveito os valores “sagrados” do positivismo: a segurança e a certeza do direito. Pelo que a passagem do *logos* teórico ao *logos* prático corresponderá a uma alteração no plano dos valores fundamentais do direito, a exigir um outro método.

²⁷ Claro está que, como diz Larenz, “se formos ao ponto de dizer que é só a jurisprudência que vem a determinar o que é hoje juridicamente vinculante, o que tem de valer como conteúdo das leis, então a vinculação constitucional dos tribunais às leis surge pura e simplesmente como uma ficção” (*Metodologia*, cit., p. 183).

²⁸ No que, de resto, não se afasta muito Larenz, sustentando relativamente aos casos atípicos que “aqui já não poderá o juiz fundamentar a sua decisão até ao fim; então, mas só precisamente então, só a sua convicção pessoal do que é a medida do justo poderá oferecer a solução. (...) em tais casos é a personalidade do juiz que decide” (*Metodologia*, cit., pp. 352 e 354(21), acrescentando mais adiante: “Que ao juiz resta, de quando em vez, uma margem de livre apreciação, adentro da qual só a sua convicção pessoal do que é correcto vem a decidir, parece, contudo, um ‘resíduo incómodo’ só a quem seja capaz de acreditar na racionalização sem resquícios de todos os fenómenos da vida e, com isto, no afastamento definitivo da personalidade criadora.” – p. 355). Trata-se, a nosso ver, do reconhecimento do papel criador *praeter legem* da equidade. Mas significará, ao mesmo tempo, a abertura à criação irracional do direito, em virtude da alegada “bancarota da razão humana” lá onde a lei falha?

²⁹ *Critério e estrutura do estabelecimento comercial, I (O problema da empresa como objecto de negócios)*, Coimbra 1967, p. 783, n. 157.

Ora, deve-se justamente à Jurisprudência das Valorações o reconhecimento do papel fundamental da equidade num direito que se quer ao “serviço da vida”. Nas palavras de Joseph Esser, “a grande transformação do pensamento da equidade não se consumou através de uma sua luta aberta, mas pela sua silenciosa influência sobre os métodos da interpretação e da elaboração do direito. Com o abandono de uma esquemática lógica jurídica, com a inclusão dos valores jurídicos materiais na polémica da interpretação desaparece o principal ensejo da chocante rigidez jurídica, que fazia do *summum ius* muitas vezes a *summa iniuria*. [Pelo que] através de uma interpretação aperfeiçoada e da melhorada integração das lacunas através da casuística, assim como da formação de um programático (não vinculante) direito jurisprudencial, alcançou-se uma situação na qual a solução com base na norma e a solução de equidade coincidem amplamente.”³⁰

Na verdade, se atendermos à experiência jurídica germânica, concluiremos que a *aequitas* tem desempenhado um papel muito importante na adequação do direito à vida. A partir do *Prinzip von Treu und Glauben* constante do § 242 do *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), as decisões jurisprudenciais e a doutrina têm elaborado um *ius aequum* que corrige, complementa e modifica o *ius strictum*. Nomeadamente, integram esse *ius aequum*, constituído a partir da *bona fides* na decisão de casos concretos, doutrinas tão importantes do direito como sejam³¹: 1.º a doutrina da relação obrigacional complexa geradora de deveres laterais de prestação, como fundamento, por ex., da *culpa in contrahendo*; 2.º a doutrina do abuso de direito, explicitada, *inter alia*, no princípio *dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est*, no princípio da proibição do *venire contra factum proprium* (que integra a chamada *Verwirkung*³²), no princípio da *exceptio doli praeteriti*; 3.º a doutrina da alteração (ou “queda”) da base negocial traduzida, *cum grano salis*, na cláusula *rebus sic stantibus*.³³

³⁰ *Wandlungen von Billigkeit und Billigkeitsrechtsprechung im modernen Privatrecht, in Summum ius, summa iniuria*, Tübingen, p. 37, 40, *apud* Castanheira Neves, *Lições, cit.*, p. 245. Ver também Joseph Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 3. Auf., Tübingen 1974.

³¹ Cf. Uwe Diederichsen/Karl-Heinz Gursky, *Principles of Equity in German Civil Law, in Equity in the World's Legal Systems* (Ralph Newman, Ed.), Brussels 1973, p. 277 ss.

³² *Vide* Enno Bommel, *Die Entstehung der Verwirkungslehre in der Krise des Positivismus*, Frankfurt am Main/Bern/New York/Paris: Lang, 1992.

³³ O direito privado é certamente domínio fértil de gestação de *ius aequum praeter* senão mesmo em alguns casos *contra legem*. Exemplos elucidativos disto são o direito geral de personalidade e as projecções da boa fé no abuso de direito, na caducidade, na queda da base do negócio, no dever de fidelidade do sócio, no dever de assistência na relação laboral, nos deveres de protecção e na responsabilidade por culpa *in contrahendo* – cfr. Larenz, *Metodologia*, cit., pp. 512-517. Quanto ao abuso do direito como exemplo da dialéctica entre direito objectivo e direito subjectivo, *vide* F.J. Bronze, *Lições, cit.*, pp. 527 ss (14.ª Lição). Relativamente a propostas doutrinárias fundadas em razões de equidade, veja-se, por ex.: defendendo a aplicação do art. 812.º do Código Civil (redução equitativa da cláusula penal) a outras formas de penas, A. Pinto Monteiro, *Cláusula penal e indemnização*, Almedina, Coimbra, 1990 (reimp. 1999); sustentando a desconsideração da personalidade jurídica em certos grupos de casos bem como o dever de lealdade dos sócios independentemente do seu poder societário ao interesse social, *vide* J.M. Coutinho de Abreu, *Curso de Direito Comercial*, vol. II: Das Sociedades, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 174 ss, e 286 ss, com mais indicações (e já antes *Do abuso de direito – Ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais*, Almedina, Coimbra, 1983 - reimp. 1999).

Assim, a *aequitas*, outrora estigmatizada pela arbitrariedade, é hoje concebida, não como um ninho de princípios de direito natural ou de uma ética capaz de prevalecer irracionalmente sobre a lei, mas antes, no dizer de Joseph Esser, como o motor do novo entendimento das próprias instituições.³⁴ Ou, na síntese de Karl Engisch: “De diversas formas e em diferente medida, o órgão aplicador do Direito, através do Direito equitativo, através do ‘*ius 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’.”³⁵

§ 5. A recuperação do *logos* prático aristotélico, a analogia como *modus* de realização da justiça do caso concreto, e o juízo de tipo analógico como caução racional da equidade: a dimensão abductiva da analogia, os juízos entimemáticos, o princípio da igualdade, e o paradigma de justeza

Subjacente a esta re-compreensão da equidade está um retorno ao paradigma aristotélico operado pela reflexão filosófica, em especial por Martin Heidegger. Sendo que, nessa linha, em termos de contributos para a metodologia jurídica, se destacam, sobretudo, a proposta hermenêutica de Hans-Georg Gadamer (*Wahrheit und Methode*), a tópica jurídica de Viehweg (*Topik und Jurisprudenz*) e a retórica argumentativa de Ch. Perelman e Alexy — no sentido de um *sensus communis* outrora apregoado por Giambattista Vico em pleno apogeu do bom senso cartesiano.³⁶

Nesta passagem do discurso do método ao método do discurso, trata-se, no essencial, como ensina Orlando de Carvalho, da “recuperação do *logos* prático aristotélico, do seu pensar por analogia, do seu círculo hermenêutico», da sua *prudentia* ou *fronesis*, de sua *applicatio* [em que são trazidos para primeiro plano] a consideração do caso, a posição do juiz, a abertura do processo à singularidade da *species*, o relevo da pré-compreensão, o peso do «*Lebenswelt*», a função de uma calculatória ou tópica, o interesse de uma retórica

³⁴ Cf. Joseph Esser, *The infiltration of Aequitas into the German Civil Law*, in *Equity in the World's Legal Systems*, cit., p. 304.

³⁵ Engisch, *Introdução*, cit., p. 248, acrescentando, porém, com inteira razão, que quando o órgão aplicador do Direito (o juiz ou o agente administrativo) fica “entregue à bússola da sua concepção individual (...) não campeiam a desvinculação e o arbítrio, antes se nos deparam aí, a mais dos limites legais e supralégais da decisão pessoal, 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”, sem todavia apagar “a coloração pessoal das valorações materiais e da decisão de vontade.”

³⁶ Vide Fernando José Bronze, *As Margens e o Rio (da retórica jurídica à metodonomologia)*, BFD LXXVII, 1997, pp. 81-119 (Comunicação apresentada ao Congresso sobre “A Retórica Greco-Latina e a sua Perenidade”, organizado pelo Instituto de Estudos Clássicos da Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, no dia 14 de Março de 1997); Id., *Argumentação Jurídica: o Domínio do Risco ou o Risco Dominado? (Tópicos para um Diálogo Pedagógico)*, BFD LXXVI, 2000, pp. 13 ss; V. tb. Theodor Viehweg, *Zur zeitgenössischen Fortentwicklung der juristischen Topik*, Anales Suarez 13(1973), pp. 9-17.

argumentativa, o «ir» e «vir» de English entre norma e situação, a norma do caso, o valor dos precedentes, o valor da doutrina, etc.”³⁷

Ora, o *logos* prático aristotélico que assim se recupera intende à justiça do caso concreto, ou seja — *voilà!* — à equidade. Pelo que, antecipando já algumas conclusões, diremos, fazendo nossas as palavras de Fernando José Bronze, que “o percurso discursivo se desenrola, também na esfera do direito, de particular a particular, decorrendo, portanto, de problema a problema.”³⁸ Vale isto por dizer, em suma, que o pensamento jurídico, por ter a equidade como a sua “estrela do norte”, radica num “pensar por problemas”.

Ora bem, aqui chegados cumpre perguntar: 1.º Que caução racional oferece a equidade? Por outras palavras, que “garantias”³⁹, em termos de racionalidade, pode a equidade conferir à decisão dos casos concretos? Não é verdade que Calígula declarou governar exclusivamente segundo a *aequitas*? 2.º Para que paradigma de justeza nos remete a equidade? Dizendo-o com Orlando de Carvalho, constituirá ela um “sólido apoio do intérprete”, ou “apenas um pretexto legitimador das suas improvisações”⁴⁰?

A primeira pergunta atinge directamente o cerne do problema metodológico, a saber: a disquisição de uma racionalidade que se coadune com a justiça a que o direito aspira⁴¹ e que, nessa medida, caucione a dimensão de *ratio* da decisão do caso concreto. A pergunta justifica-se se considerarmos que ainda não vai longe o tempo em que, como refere Austin, se entendia que a medida da *Equity* seria o tamanho do pé do Chanceler⁴². Trata-se, portanto, de saber em que termos se pode sustentar que a equidade não expõe o sistema ao livre arbítrio dos *dæmones* do intérprete.⁴³

³⁷ Para um novo paradigma interpretativo: o projecto social global, in *Revista da Casa da Relação do Porto* (ciclo de conferências realizado entre 18, 19 e 20 de Outubro de 1991 pelo Tribunal da Relação do Porto no Palácio da Justiça), Porto 1995, p. 80-81, também publicado in BFD LXXIII, 1997, pp. 1 ss.

³⁸ *Breves Considerações sobre o Estado Actual da Questão Metodológica*, BFD 69(1993), p. 194.

³⁹ Vide Scott Brewer, *Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy*, Harvard LR 5(1996), pp. 923-1028.

⁴⁰ Para um novo paradigma interpretativo, *cit.*, p. 83.

⁴¹ Pois que “um direito sem justiça constituiria, digamos, uma monstruosidade moral” (Orlando de Carvalho, *Ius – quod iustum?*, BFD LXXII, 1996, p. 4), não obstante ser criado pelo Estado (sobre a estadualidade como uma nota não “decisivamente caracterizadora” da ordem jurídica F.J. Bronze, *Lições*, *cit.*, pp. 138 ss; v. tb. sobre a estrutura, as funções, as notas caracterizadoras e os efeitos da o.j. pp. 27 ss, da 2.ª à 5.ª Lição).

⁴² *Lectures on Jurisprudence (or the philosophy of positive law)*, II, 5th ed. rev., London 1911, p. 620.

⁴³ Poderá levantar-se a questão de saber se o direito equitativo tem que ser, de todo, racional. O que apenas remete para o entendimento tradicional, contrapondo direito e equidade, sendo o primeiro da esfera da “razão” e o segundo do “coração”. Esta oposição não faz mais sentido, se é que alguma vez fez. Não o disse o nosso Poeta que “o coração tem razões que a razão desconhece”? É dizer que o coração é fonte da razão, dando-lhe razões a conhecer, como, de resto, destacou Descartes n’*As Paixões da Alma*. Veja-se a este propósito o conceito de “razão pática” apresentado pelo pensamento filosófico (João Maria André, *Pensamento e Afectividade*, Quarteto, Coimbra). A propósito disto interessa considerar ainda as tentativas de fundamentação do direito numa filosofia estética, esclarecendo o Direito pela Ética, a Ética pela Arte e a Arte pela Filosofia (Paulo Ferreira da Cunha, *O Timpano das Virtudes: Direito, Ética, Arte*, Coimbra, Almedina, 2004). Da nossa parte, embora reconheçamos natureza criativa à actividade jurisprudencial, não enveredamos pelo «irracionalismo filonómico». Ou bem que a decisão é susceptível de fundamentação racional (de “arraçoamento”, como se diria na Idade Média) e com isso resulta razoável, ou bem que não é. O critério do jurídico é o justo, não o belo. Afinal, não é a justiça representada por Rafael como a primeira das virtudes? Além disso, o intérprete deve cuidar não apenas da razoabilidade do legislador mas também, desde logo, da sua. Pelo que, no campo da

A segunda pergunta refere-se ao problema do paradigma de justiça para o qual a equidade remete. Impõe-se esta segunda pergunta, pois que, uma vez aferida a caução racional da equidade, importa ainda saber se a equidade, apesar de tal caução, não carrega no seu ventre, por exemplo, o *germen* da repositivação de um *Naturrecht*.

5.1. Relativamente ao primeiro problema, a caução racional oferecida pela equidade radica justamente no *logos* prático aristotélico. Ora, destaca-se aqui o pensar por analogia como o *modus* de realização da justiça do caso concreto. Ou seja, em termos metódicos, a equidade reclama um juízo de tipo analógico, isto é, um pensar que gravita em torno do caso, ou, nas palavras de Castanheira Neves, que não “transcende[] o plano do concreto”⁴⁴.

Ora, como ensina Fernando José Bronze, o juízo analógico cumpre-se, via de regra, na assimilação do caso decidendo à “série” de casos concretos decididos pela norma, mediante a “ponderação prática de *exempla* prudencialmente convocáveis, em que o concreto há pouco referido ‘vai [rigorosamente] pensado como o individual histórico e o *prius* intencional’ (Castanheira Neves).”⁴⁵ Vale isto por dizer que o caminho percorrido com vista à decisão se faz pela comparação, em termos de ponderação prudencial, caso a caso, de particular a particular. Trata-se de trazer à correspondência as semelhanças entre casos, sem anular a diferença que irreduzivelmente os predica.

O que significa, ainda, que a caução racional oferecida pela equidade corresponde justamente ao tipo de racionalidade exigida pelo actual Pensamento Jurídico na resposta à problemática central da metodologia jurídica. Com efeito, partindo da premissa de Arthur Kaufmann, segundo a qual, tal como a *praxis*, “o direito é originariamente análogo”⁴⁶ (ou analógico), defende Fernando José Bronze que a matriz do discurso jurídico é radicalmente analógica.⁴⁷ Com efeito, “a analogia, de expediente lógico apenas utilizável em sede de integração de lacunas [...] transformou[-se] num operador que sintetiza o

justiça, a estética vale na medida do razoável. A comunidade não espera obras de arte do jurista. Claro que se o jurista conseguir exercer a sua arte de modo esteticamente logrado tanto melhor. Tanto mais que a “construção deve ter beleza artística (*elegantia iuris*)” (Francesco Ferrara, *Interpretação e aplicação das leis*, trad. de Manuel de Andrade, 3.ª ed., Coimbra, 1978, p. 181). Mas não é isso que, em primeira linha, se espera dele. De resto, a primazia da estética poderá ser também uma via directa para as construções puramente lógicas do direito, mais interessadas na delirante perfeição formal (leia-se estética) do sistema do que na justiça razoável dos seus resultados materiais - ainda que se reconheça que um tal sistema, escrito à imagem e semelhança de um suposto Direito natural, decerto poderia servir com proveito uma qualquer nova ordem política...

⁴⁴ *Metodologia Jurídica*, cit., p. 244.

⁴⁵ *Breves considerações*, cit., p. 192-3.

⁴⁶ *Analogie und «Natur der Sache»*, 2.ª ed., apud Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, cit., p. 244.

⁴⁷ Cf. *A Metodologia entre a Semelhança e a Diferença (Reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico)*, BFDUC, Studia Iuridica 3, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1994, *passim* (caracterizando a analogia “como a prático-juridicamente fundamentada expressão da intersubjectiva racionalidade dialecticamente projectante dos problemas que convocam e das exigências que interpela o jurista em ordem à normativamente adequada resolução daqueles primeiros e, por sua mediação, à hermeneuticamente cumprida reconstituição destas segundas”).

modus discursivo que perpassa toda a problemática da racionalizada realização judicativa do direito, quer esta se processe pela mediação de critérios pré-objectivados no *corpus iuris*, ou nele objectiváveis [...], quer sem essa mediação”, pois que, como ensina, “os pólos noeticamente irreduzíveis do discurso judicativo são a diferença e a semelhança [...] apuradas em referência ao *tertium comparationis* constituído pela devenida normatividade vigente”⁴⁸.

Por seu turno, o garante desta racionalidade repousa na “ineliminável dimensão abdutiva da analogia”⁴⁹. Significa isto, tal como Aristóteles expusera na sua *Topica*, que o pensamento jurídico discorre na base de premissas apenas verosímeis, das quais não se podem extrair senão conclusões prováveis. Juízos entimemáticos, e não apodícticos, portanto.⁵⁰ E, por isso mesmo, defende Orlando de Carvalho, que “o êxito do Direito é meramente probabilístico.”⁵¹

Em suma, a caução racional que a equidade oferece corresponde justamente ao tipo de racionalidade que o actual Pensamento Jurídico exige como resposta ao problema nuclear da metodologia jurídica (ou “metodonomologia”).

5.2. Relativamente à segunda pergunta, o paradigma de justeza para o qual a equidade remete já não se pode ir buscar apenas à fórmula aristotélica do “tratar o igual de modo igual e o diferente de modo diferente, na medida da diferença”. Esta máxima, se bem que compatível com o *modus* analógico do discurso judicativo, é, só por si, imprestável para definir o paradigma de justeza neste nosso tempo, pois que, em última análise, resulta tão vazia de conteúdo como a *Grundnorm* da *reine Rechtslehre* de Kelsen.⁵² “Só por si não nos

⁴⁸ *Breves Considerações*, cit., pp. 197 e 195, respectivamente.

⁴⁹ *Idem, ibidem*, cit., p. 198.

⁵⁰ Assim, como refere Karl Engisch, “o multissignificativo conceito de semelhança torna-se o eixo da conclusão”, destacando todavia “a importância do geral, do comum, para a legitimidade da conclusão. (...) 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 (...), se abstrai um pensamento geral (...), é que é possível concluir (...) para outro particular (...)” - *Introdução*, cit., pp. 289-90. Isto implica, porém, reservas ao entendimento de que o juízo decisório não transcende o plano do concreto, o qual talvez tenha “horror” ao abstracto e ao geral, porventura numa “reacção” algo extremada ao cientismo.

⁵¹ *Para um novo paradigma interpretativo*, cit., p. 85.

⁵² Vide Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, 4.^a ed. port., Coimbra, Arménio Amado, 1976, e *Idem, A Justiça e o Direito Natural*, 2.^a ed, Coimbra, Arménio Amado, 1979 (trad. de J. Baptista Machado). Com efeito, a regra aristotélica não nos diz o que é igual nem o que é diferente, é apenas uma regra de ponderação de valores que não define (apetece dizer que é uma regra adjectiva ou instrumental, já não substantiva). E não abre Aristóteles a sua *Republica* a dizer que, pela natureza das coisas, há os que são livres e os que o não são? Ora, quem define a natureza das coisas em que se pretende fundar um direito natural? Não poderá a mesma coisa ter várias naturezas? Isto levanta uma série porventura infinita de questões. No campo do Direito, há que questionar desde logo quem tem legitimidade para definir a natureza das coisas e qual é o processo da sua definição. Sendo que a resposta a esta primeira pergunta solucionará, ao menos em parte, uma segunda: o que torna vinculativa essa natureza das coisas assim definida? A regra jurídica tem que respeitar a natureza das coisas a que respeita. Mas qual é a liberdade de definição por via legislativa da natureza das coisas, isto é, onde traçar a fronteira entre o que deve ser recebido pela lei e aquilo que já pode ser construído por ela? Sendo certo que a coisa que o direito recebe pode estar já moldada por regra jurídica anterior. Pelo que a busca da natureza pura ou virgem da coisa (no sentido de ainda não tocada pelo direito) pode revelar-se quimérica, ao

permite saber quando dois casos são «iguais», exige o complemento de um critério material que permita ajuizar em concreto da igualdade ou da igualdade relevante.”⁵³

Devemos acolher-nos, pois, ao ensino de Orlando de Carvalho, e com ele dizer que “esse paradigma só pode achar-se no projecto de sociedade que toda a sociedade incorpora... [e] que corresponde ao modelo de convivência que ela realiza”⁵⁴, em função da nossa “própria condição de animais conviventes e dialogantes.”⁵⁵ Ou seja, esse paradigma há-de encontrar-se no arquétipo, no “princípio genético conformador e informador” da “sociedade *hic et nunc*.”⁵⁶ Sendo que esse princípio genético radica na “realização da pessoa na comunidade e da comunidade na pessoa”⁵⁷, tendo em conta a natureza de *zoon politikon* do ser humano.

E é justamente pela mediação do homem, essa “medida de todas as coisas”, como disse Prótagoras, que se surpreende, fazendo nossas as palavras de Orlando de Carvalho, “o

menos para o discurso jurídico. Pois que não sendo possível encontrar essa natureza pura, como separar o que deve ser naturalmente recebido daquilo que já pode ser juridicamente construído como a coisa? “Se, a propósito de Viehweg, alguém falou de «retorno à Idade Média», acerca desta ontologia hermenêutica poderia falar-se de retorno à horda” - Orlando de Carvalho, *Para um Novo Paradigma Interpretativo: o Projecto Social Global*, BFD LXXIII, 1997, p. 5. Tudo razões que nos levam a comungar do cepticismo de Autores como English relativamente a categorias como a natureza das coisas, direito natural e outras que tais. Aliás, como escreve Zippelius: “Forscht man nach den grundlegenden Wertungen, die das Bild von der ‘wahren Natur’ bestimmt haben, so stößt man oft einfach auf überkommene Gerechtigkeitsvortellungen oder auch nur auf eigene Rechtsgefühl des Autors” - Reihold Zippelius, *Rechtphilosophie (Ein Studienbuch)*, 3. neubearb. Auf., Beck, München, 1994, pp. 97-8.

⁵³ A. Castanheira Neves, *Metodologia*, cit., p. 256.

⁵⁴ Cf. *op. cit.*, p. 83.

⁵⁵ Idem, *A teoria geral da relação jurídica («seu sentido e limites»)*, 2.ª ed. act., Coimbra 1981, p. 26. Esta referência ao estado zoológico do ser humano, em que o homem (algo narcisisticamente e apesar de tudo...) se auto-qualifica como *homo sapiens sapiens*, é da maior importância, colocando-o em correspondência com a sua natureza para assim “estar em paz com a Vida” e “pôr-se em contacto com o próprio coração” (*sesshin*, em linguagem do Budismo Zen), do qual “brota ternura e compaixão funda (em japonês, *jiji*) com todas as coisas e pessoas: se não a tenho (*busshou*), sou um ‘címalo que retine’ (1 Cor 13, 1).” - Juan Masiá, *A Sabedoria do Oriente: Do Sofrimento à Felicidade*, introdução de Anselmo Borges, Lisboa, Notícias editorial, 2003, p. 224-5. Ao mesmo tempo, porém, tenha-se presente que a natureza zoológica do ser humano pode servir de exigência de fundamentação científica da ordem jurídica na evolução das espécies, no sentido de justificar medidas eugénicas reclamadas por uma *social engineering* (sobre as ressonâncias eugénicas em Portugal, vide Ana Leonor Pereira, *Darwin em Portugal: Filosofia, História, Engenharia Social (1965-1914)*, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 479 ss, ilustrando como vingou a “prudência jurídica” e o “bom senso prevaleceu” em Portugal num tempo de medidas eugénicas radicais na Europa e nos EUA - pp. 508 ss). Aspecto este que, de resto, está na ordem do dia, apresentando a «tecnociência» uma “aterrorizadora” alternativa ao direito (F.J. Bronze, *Lições*, cit., pp. 522-3), em vista dos «progressos tecnocientíficos» da genética, com a promessa de “um admirável mundo novo” (Huxley) e de um “novo homem” fundado em «genes dignos»... (vide João Carlos Loureiro, *Os genes do nosso (des)contentamento (dignidade humana e genética: notas de um roteiro)*, BFD LXXVII, 2001, pp. 163 ss).

⁵⁶ Orlando de Carvalho, *Para um novo paradigma interpretativo*, cit., p. 84. Sobre o direito e a sociedade vide F.J. Bronze, *Lições*, cit., pp. 175 ss (da 7.ª à 9.ª Lição).

⁵⁷ Idem, *ibidem*, p. 92. O papel do direito ao serviço da dignidade da pessoa humana é um aspecto nuclear da obra de A. Castanheira Neves, podendo dizer-se que nela encontra o princípio normativo do Direito (cf. F.J. Bronze, *Lições*, cit., 13.ª Lição, pp. 417 ss, apontando ao princípio normativo, em paráfrase a Habermas, uma “função de *pacemaker* (...) do direito vigente” - p. 430, mas onde poderíamos encontrar o próprio coração do Direito do nosso tempo); sobre o valor da pessoa humana como pressuposto da justiça e paradigma da justeza ver, por ex., A. Castanheira Neves, *A Imagem do Homem no Universo Prático e O Direito como alternativa humana*, in *Digesta*, I, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pp. 314 ss., e 287 ss, respectivamente; v. tb. Arthur Kaufmann, *Prolegómenos a uma Lógica Jurídica e a uma Ontologia das relações. Fundamento de uma Teoria do Direito Baseada na Pessoa*, BFD LXXVIII, 2002, trad. F.J. Bronze, pp. 183 ss (“as criaturas humanas só se personalizam quando elas se reconhecem reciprocamente como pessoas” - 206).

encontro do jurídico com a justiça, da **aequitas** com a **societas** [cuja condição primeira] é não ser excluído.”⁵⁸

Em suma, e para terminar, cortaremos o cordão umbilical deste escrito imperfeito sobre a equidade com as palavras de Dante no seu tratado *De Monarchia*: “*Realis et personalis hominis ad hominem proportio, quae servata hominum servat societatem, et corrupta, corrumpit*”.⁵⁹

§ 6. *Post-scriptum* – Da arte de bem interpretar toda a regra jurídica

«Só até onde chegue a tolerância do texto e a elasticidade do sistema é que o intérprete se pode resolver pela interpretação que dê um sentido mais justo e mais apropriado às exigências da vida; [...] a lei deve ser entendida como se atrás dela estivesse (...) um certo legislador *abstracto, convencional* — um legislador *razoável*»⁶⁰

6.1. Quem se propõe tratar o problema da interpretação jurídica, em ordem a apurar a sua arte de bem interpretar⁶¹, não pode deixar de ter em conta os preceitos do Código Civil sobre esta matéria⁶², sendo certo “que se não atribuirá uma importância por aí além a

⁵⁸ *Oração de Sapiência: Ius — Quod Iustum?*, cit., p. 15, o que implicará, segundo o “imperativo categórico” de Rousseau: “que nenhum cidadão seja tão opulento que possa comprar um outro, e nenhum tão pobre que seja estrangido a vender-se”.

⁵⁹ Apud Pérez Luño, *Aspetti e funzioni dell'equità*, cit., p. 856.

⁶⁰ Manuel de Andrade, *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*, 3.ª ed., Coimbra: Arménio Amado, 1978, pp. 64, 103.

⁶¹ Sobre esta arte *vide*, por todos, A. Castanheira Neves, *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*, I, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, *Metodologia Jurídica - Problemas Fundamentais*, Studia Iuridica, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, bem como os seus diversos estudos, nomeadamente, *O Actual Problema Metodológico da Realização do Direito*, *Fontes do Direito*, *Método Jurídico*, *Interpretação Jurídica*, *Escola da Exegese*, *Escola do Direito Livre*, *Escola Histórica do Direito*, *Jurisprudência dos Interesses*, compilados agora em *Digesta - Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*, II, Coimbra, Coimbra Editora, 1995; v. tb. F.J. Bronze, *Lições*, cit., pp. 809 ss (19.ª e 20.ª Lições).

⁶² Tal como não pode deixar de considerar, no domínio do direito comunitário, o *princípio da interpretação da lei nacional segundo a letra e o espírito das directivas*. Nas palavras do Tribunal de Justiça, “na aplicação da lei nacional [...] os tribunais nacionais devem interpretar as suas leis nacionais à luz da letra e do fim da directiva em ordem a alcançar o resultado referido no número 3 do artigo 189. [...] Compete ao tribunal nacional interpretar e aplicar a legislação adoptada na transposição da directiva em conformidade com os requisitos do direito comunitário, na medida em que o possa fazer segundo a lei nacional” (Caso 14/83, 10.4.1984, *Sabine*, ECR 1984, p. 1909); sendo que a interpretação da lei nacional segundo a directiva deve ser feita em conformidade com o resultado visado por aquela (Caso C-106/89, 13.11.1990, *Marleasing*, Rec. 1990, I, p. 4157). Trata-se, a nosso ver, do princípio segundo o qual na interpretação do direito comunitário prevalece o elemento teleológico, no sentido de se olharem aos fins e resultados visados pelas directivas. Outra questão é saber se, apesar do princípio da “fidelidade” ao direito comunitário, tais fins são válidos e legítimos à luz do direito interno, em especial no que respeita à sua conformidade com a Constituição, tanto mais tendo em conta que as competências da Comunidade, embora extensas, não cobrem largas zonas do Direito, desde logo no que toca aos direitos fundamentais. A isso não será estranho o facto de a Comunidade se fundar não na pessoa humana mas sim na criação de um espaço económico de paz e desenvolvimento através de um mercado único, com liberdades económicas, livre concorrência e políticas económicas comuns. Todavia, os interesses do mercado nem sempre coincidem com os interesses da pessoa humana, podendo gerar-se situações de

regras gerais interpretativas desta espécie, de origem *legal*.”⁶³ Claro que estes preceitos não surgiram do nada, antes sendo uma resposta possível para um problema necessário. Por outro lado, é importante considerar as regras do Código Civil, ainda que se conclua que são desprovidas de sentido e valor enquanto modelo operatório vinculativo.⁶⁴ Com efeito, o objecto da ciência jurídica “é exclusivamente o *direito positivo* [...]. Não há ciência possível de outro direito. Reina aqui para a ciência do direito, como condição da sua própria cientificidade, o mesmo *positivismo* — chamemos-lhe assim — que reina para todas as demais ciências, quer da natureza quer da cultura: o não serem possíveis senão a partir dos factos e da experiência. Por outras palavras: o seu objecto tem de ser algo dotado de existência histórica, isto é, de *positividade*.”⁶⁵ Ora, justamente, não nos parece que as normas do Código Civil sobre interpretação da lei e integração de lacunas sejam de todo desprovidas de positividade.

Vem isto a propósito da crítica que nos foi dirigida sobre a admissibilidade da redução teleológica, enquanto modalidade de interpretação correctiva. Seria a nossa posição⁶⁶ marcada por “hesitações manifestadas” resultantes de uma “indisfarçável falta de convicção na defesa do aludido resultado interpretativo”, bem como por “equívocos patenteados (decorrentes, nomeadamente, de uma insuperada impositação da norma como texto, da aparente atribuição de um papel metodonomologicamente claudicante à “equidade” e ao “Direito Natural” (...) e da inconsideração da concludente possibilidade de decisões judicativas “*contra legem*, mas não obstante *secundum ius*” (Castanheira Neves), que radiculariam, nesta visão do nosso trabalho, “na circunstância de compreender(mos) inadequadamente o problema da interpretação jurídica, que parece(mos) reduzir ao jogo formal das normas do CC que se lhe referem...”⁶⁷

atropelos aos seus direitos fundamentais tal como garantidos pela Constituição. Estará a pessoa humana condenada a não ser mais do que um custo de transacção?...

⁶³ English, *Introdução*, cit., p. 178 (acrescentando que “também as regras legais interpretativas necessitam, por seu turno, de interpretação”, sendo que se se “aplicar uma tal regra a si própria(...) (n)ão serão de recear então verdadeiros paradoxos.”).

⁶⁴ Apontando o “valor muito relativo das disposições legais que se propõem impor soluções a problemas que competem verdadeiramente à autonomia crítica do pensamento jurídico e não ao legislador”, A. Castanheira Neves, *Metodologia*, cit., p. 275; v. tb. F.J. Bronze, *Lições*, cit., p. 829 (“valerá o que puder valer”). Todavia, sobre esta problemática não deixe de se registar um interessante estudo oriundo do outro lado do Atlântico, Nicholas Quinn Rosenkranz, *Federal Rules of Statutory Interpretation*, Harvard Law Review, 115, 2002, pp. 2085-2157 (sustentando que: “Congress can and should codify rules of statutory interpretation. There is no... objection to this Project; the judicial power over this area may, like any other federal common lawmaking power, be trumped by Congress. The constitutional inquiry, rather, turns on the substance of the particular interpretive method that Congress attempts to displace.” – p. 2156).

⁶⁵ Cabral de Moncada, *Filosofia do Direito e do Estado*, II, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 59.

⁶⁶ *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital*, Stvdia Ivridica 55, BFDUC, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 150-165.

⁶⁷ F.J. Bronze, *Lições*, cit., p. 851, nota 129.

Ora bem. “Auslegung ist keine exakte Methode”.⁶⁸ Além disso, temos para nós que a “regra metodológica em si tem apenas uma função auxiliar. O não a levar em conta não torna necessariamente, por si só, incorrecto o julgamento.”⁶⁹ Claro que tal será uma situação excepcional, uma vez que não é certo que os comuns mortais possam “escrever direito por linhas tortas”. Daí a importância de existirem regras metódicas que auxiliem adequadamente a realização de julgamentos correctos. A esta preocupação procura o Código Civil dar resposta, consagrando um cânone metódico (um conjunto de regras de interpretação das leis e integração de lacunas previstas no capítulo relativo à vigência, interpretação e aplicação das leis). Cânone este que, como muito não se estranhará, *prima facie*, parece ser informado pelas *leges artis* do método tradicional⁷⁰.

Com efeito, a interpretação, que tem por objecto o texto legislativo, “não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstruir a partir dos textos o pensamento legislativo”. Isto é, o intérprete não deverá limitar-se a ser a “boca que pronuncia as palavras do legislador”, na célebre fórmula de Montesquieu. Nessa medida, utilizando a pauta dos elementos ou factores da interpretação devida a Savigny, para além do elemento literal, deverão ser tidos em conta, não apenas o elemento sistemático, mas todos os elementos relativos ao espírito da lei, nomeadamente o elemento histórico e o elemento teleológico, isto é, na fórmula legal, “as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada” (art. 9.º, 1, *in fine*).

Por seu turno, a reconstrução do “pensamento legislativo” permitirá determinar, dentro do conjunto de sentidos possibilitados — isto é, não excluídos — pela letra da lei⁷¹, aquele que corresponderá à “vontade do legislador” ou ao “sentido imanente da norma”, consoante se perfilhe uma orientação subjectivista ou objectivista⁷² quanto ao problema dos objectivos da interpretação.⁷³ Se esse sentido corresponder ao sentido natural da letra

⁶⁸ Reinhold Zippelius, *Juristische Methodenlehre (Eine Einführung)*, 6. neubearb. Auf., Beck, München, 1994, p. 10.

⁶⁹ Larenz, *Metodologia*, cit., p. 295. No sentido de que “a decisão judiciária justifica a sua validade normativo-jurídica no próprio processo metodológico que problemático-adequadamente a constitui”, A. Castanheira Neves, *Dworkin e a interpretação jurídica – ou a interpretação jurídica, a hermenêutica e a narratividade*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, BFD, Studia Iuridica 61, Coimbra, 2001, p. 345.

⁷⁰ Vide Castanheira Neves, *Método Jurídico*, cit., p. 212 ss, *Metodologia Jurídica*, cit., p. 103 ss; Oliveira Ascensão, *O Direito (Introdução e Teoria Geral)*, 10.ª ed. rev., Coimbra: Almedina, 1997, p. 385, 433 s; F.J. Bronze, *Lições*, cit., pp. 822 ss.

⁷¹ Sendo certo que o direito se serve fundamentalmente da linguagem comum, embora, em virtude da natureza polissémica das palavras, construa a partir dessa linguagem um código categorial que procura definir rigorosamente os sentidos dos termos. Melhor ainda seria dizer que cada ramo do direito elabora o seu *instrumentarium* conceptual, pois que nem sempre os conceitos têm sentidos comuns nos diversos ramos do direito. Por exemplo, o conceito de coisa, que no direito penal surge definido pela natureza corpórea do objecto, é caracterizado no direito privado como abrangendo também os objectos incorpóreos ou imateriais.

⁷² Vide English, *Introdução*, cit., pp. 165 ss (notando, com satisfação, “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.”).

⁷³ Tendencialmente, a primeira será seguida pelas correntes inspiradas no positivismo exegético francês, no culto do código civil napoleónico, enquanto a segunda será a orientação das correntes que perfilham a Jurisprudência dos Conceitos em homenagem ao sistema das *Pandectas* construído a partir das instituições

da lei, então a norma interpretar-se-á declarativamente. Caso contrário, interpretar-se-á, restritiva ou extensivamente, consoante o legislador tiver dito mais ou menos do que tenha querido⁷⁴, respectivamente. Ou seja, o género previsto na hipótese da norma será definido em termos de serem excluídas ou admitidas espécies de casos que seriam, respectivamente, admitidas ou excluídas segundo o sentido natural da letra da lei.

Admitir-se-á, ainda, a chamada interpretação enunciativa através de certos argumentos lógicos (por ex., *a pari*, *a fortiori*, *a minori ad maius* ou *a maiori ad minus*, *ad absurdum*, *a contrario*).⁷⁵ A propósito do argumento *a contrario*, é de notar que se trata de um argumento que “deve ser usado com muita prudência”, em virtude de por sua via se deduzir *ius singulare*⁷⁶. Em conformidade, sustenta-se que a utilização do argumento *a contrario* se situa no domínio da interpretação enunciativa, sustentando-se que só é possível fazer interpretação enunciativa com fundamento no argumento *a contrario* se a norma interpretanda “explicitamente consagrar o seu carácter excepcional”⁷⁷: *singularia non sunt extendenda*.⁷⁸

culturais desveladas pela Escola Histórica da Direito no espírito do povo objectivado, *maxime*, nos textos de direito romano. Todavia, escola da exegese e jurisprudência dos conceitos fundem-se no Método Jurídico tradicional, concebendo o direito como algo pré-dado ou pré-objectivado (v. Castanheira Neves, *Questão-de-facto - Questão-de-direito*, cit., pp. 735 s). A axiologia formal subjacente às suas *leges artis* traduz-se nos valores da igualdade e da certeza jurídicas, em respeito pelo princípio da separação de poderes em que assenta o Estado-de-Direito-de-Legalidade. A fonte do direito seria a lei, formal, geral, abstracta e tendencialmente imutável. Nessa medida, caberia ao legislador a decisão legislativa criadora do direito e à jurisprudência reproduzi-la por via da aplicação silogística aos casos. Por seu turno, a doutrina teria uma função auxiliar de exegese e dogmática, através da exposição descritiva dos textos legais e da construção de um glossário conceptual capaz de dar unidade ao sistema jurídico, que se queria *more geometrico* e menos casuístico; sendo que nesses conceitos, pelo seu valor de *ratio essendi*, estariam inscritos os princípios jurídicos gerais que permitiriam a extensão lógica da chamada *analogia iuris* (vide Castanheira Neves, *Lições*, cit., p. 409 s, *Método Jurídico*, cit., p. 236 s).

⁷⁴ Embora já tenha dito alguma coisa, isto é, na interpretação extensiva o sentido do “pensamento legislativo” ou do “espírito da lei”, deve corresponder, ainda, a um dos sentidos possíveis da letra da lei, ainda que não o sentido natural. Por outras palavras, o género previsto na hipótese da norma é configurado pelo espírito em termos de admitir espécies que seriam excluídas segundo o sentido natural da letra da lei. Nas palavras de Baptista Machado: “A letra (e enunciado linguístico) é, assim, o *ponto de partida*. Mas não só, pois exerce também a função de um *limite*, nos termos do art. 9.º, 2º” (*Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, Coimbra: Almedina, 1993, p. 189).

⁷⁵ Note-se, porém, que a interpretação enunciativa por argumentos como *a fortiori* ou *a maiori ad minus* encontra-se, em termos práticos, muito próxima da aplicação analógica da norma. São porventura as situações mais evidentes de analogia *legis*. Com efeito, o “argumento *a fortiori*... pode ser considerado como um caso particular de analogia” (English, *Introdução*, cit., p. 348, nota 9). Também Larenz se pronuncia no sentido de que “numa relação muito próxima com a analogia está o denominado argumento *a majore ad minus*” (*Metodologia*, cit., p. 470). Ora, sustentando, em vista dos “interesses e valores em jogo”, a aplicação analógica do art. 115.º, 1, do RAU, à locação de estabelecimento comercial mesmo que se considere que o argumento *a fortiori* se situa no âmbito da analogia (de que considera muito próximo), J.M. Coutinho de Abreu, *Direito Comercial*, I, 4. ed., Coimbra, Almedina, 2003, p. 312. De igual modo, se se considerar que as normas que permitem a decisão segundo a equidade são excepcionais, então não poderiam ser aplicadas senão às espécies nelas previstas nos termos permitidos pela letra da lei. Tanto mais que, para justificar o afastamento da aplicação dessas normas a casos não previstos se poderia lançar mão do argumento *a contrario*.

⁷⁶ Baptista Machado, *Introdução ao direito*, cit., p. 187 (“da disciplina *excepcional* estabelecida para certo caso (deduz-se) um princípio-regra de sentido oposto para os casos não abrangidos pela norma *excepcional*.”)

⁷⁷ Oliveira Ascensão, *O Direito*, cit., p. 457.

⁷⁸ Ora, justamente, outra especificidade das normas excepcionais é o facto de, segundo o Código Civil, não admitirem aplicação analógica, ainda que comportem interpretação extensiva. “Como critério decisivo para a determinação dos limites entre uma interpretação extensiva, ainda permitida, e uma aplicação analógica, que já não o é (...), temos de novo o sentido literal possível.” - English, *Introdução*, cit., p. 69 (porém, contra a

“ingénua” distinção entre interpretação extensiva e analogia por impossibilidade metodológica resultante da sua inexistência, resultante, nomeadamente, da impossibilidade de atribuir à letra da lei um valor hermenêutico autónomo, A. Castanheira Neves, *Metodologia*, cit., pp. 265-6, assim refutando o entendimento segundo o qual: “Die Grenze des *möglichen Wortsinnes* ist auch die Grenze der Auslegung.” – Zippelius, *Juristische Methodenlehre*, cit., p. 43). Sobre a aplicação analógica de normas excepcionais *vide* Larenz, *Metodologia*, cit., p. 427 (defendendo que não é correcta a proibição geral da aplicação analógica de normas excepcionais, embora sustentando que assim como pode resultar da lei a proibição da analogia também o pode uma proibição de redução teleológica – p. 474); Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, cit., pp. 272 ss (“a questão é esta: não obstante a proibição legal, não será prático-normativamente imprescindível a analogia em causa e não é ela mesma exigida por princípios fundamentais a que o legislador também deve obediência? (...) uma justificação particular da proibição da analogia não existirá, em geral, ainda quanto a essas normas (excepcionais) – ressalvados todavia os casos (...) de privilégio ou de radical exclusividade. Mas já poderá verificar-se em certos domínios jurídicos, muito especiais, desde logo no direito penal.” – p. 275-6). V. tb. Zippelius, *Juristische Methodenlehre*, cit., p. 64.

Este é, porventura, um “nó górdio” da lógica jurídica, e não é por acaso que o *Projecto* do Código só referia essa proibição às “normas que exprimissem princípios essenciais da ordem pública” (Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil*, cit., p. 60). Com efeito, se se entender que a norma é excepcional, abre-se a porta à interpretação enunciativa por argumento *a contrario*; mas, ao mesmo tempo, pode seguir-se a via inversa, valorando-se os interesses em jogo no sentido de justificarem a sua aplicação analógica (veja-se, por exemplo, o caso acima referido do art. 115.º, 1, do RAU, que nos parece na verdade uma norma excepcional). Por outras palavras, no plano da argumentação puramente lógica, ambas as vias poderão ser equivalentes, não obstante conduzirem a resultados completamente opostos. Por isso mesmo, como diz English, “a escolha entre o argumento de analogia e o argumento *a contrario* não pode... fazer-se no plano da pura lógica. A lógica tem que combinar-se com a teleológica” (*Introdução*, cit., p. 292), ou, melhor ainda, “mediante *valorações teleológico-normativas*” (A. Castanheira Neves, *Metodologia*, cit., p. 264-5, com referências concordantes ao já defendido em *Questão-de-facto*; v. tb. F. J. Bronze, *A metodonomologia*, cit., pp. 560 ss, acentuando não apenas a (im)possibilidade de se optar logicamente por uma das duas” (argumento *e contrario* e conclusão analógica), mas também que “pelo facto de se excluir uma não tem, forçosamente, que lançar-se mão da outra” – p. 564; v. tb. Id., *Lições*, cit., p. 875, nota 199). O “nó górdio” está ainda no facto de, por via do argumento *a contrario*, se dizer que a norma não é analogicamente aplicada quando hoje se entende que a ‘analogia é a essência do juízo’ (Deleuze, *apud* F.J. Bronze, *Lições*, cit., p. 869; a “essência analógica do pensamento jurídico” é também apontada por A. Castanheira Neves, *Metodologia*, cit., p. 271). Pois que há analogia mesmo quando a norma se aplica directamente à *fattispecie* prevista na norma, visto que as razões justificativas da regulamentação devem proceder desde logo no caso previsto na lei, segundo a fórmula do Código Civil. É caso para perguntar: analogia, que analogia? A do Código Civil ou a do Pensamento Jurídico? Teremos que distinguir entre analogia em sentido técnico-legal e analogia em sentido filonómico, à semelhança do que já se fez para a equidade? Não será possível fazer a ponte, distinguindo por exemplo entre analogia directa e analogia indirecta, no sentido de a norma excepcional só não admitir analogia indirecta (distinguindo entre analogias *immediatas* ou *próximas* e analogias *mediatas* ou *distantes*, A. Castanheira Neves, *Metodologia*, cit., p. 272). Mas, mesmo assim, sempre que se conclua pela analogia entre o caso *sub iudice* e o caso *sub legem* (isto é, segundo a feliz fórmula legal, “sempre que no caso omissis procedam as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei”) não estará justificado o afastamento da referida “proibição” legal? Pois que se não existem razões que justifiquem a não procedência de tal regulamentação qual a razão que justifica a não aplicação da norma? A segurança estritamente formal? É por isso necessário indagar tais razões justificativas da não procedência da regulamentação, como será o caso da segurança jurídica em matéria de protecção dos direitos fundamentais. Por exemplo, é por isso que o direito penal só exclui a analogia em *malem partem*. Claro que, levada ao extremo a conjugação entre esta proibição e o princípio de que há sempre analogia na ‘aplicação’ das normas, tal significará o fim de toda a normatividade criminal... a menos que se entenda que a incriminação é uma coisa boa, mas então lá se abre a porta à incriminação *praeter legem*, pois afinal a incriminação não seria em *malem partem*... Este é de facto um “nó górdio” do pensamento jurídico. Desatá-lo completamente é tarefa que ultrapassa os propósitos deste trabalho. Não é por acaso que Castanheira Neves diz que não apenas não se justifica a proibição nas situações de analogias mediatas ou distantes, como na aplicação analógica de normas penais é “irrealizável” (*Metodologia*, cit., p. 273). Da nossa parte, diremos apenas, em vista da alta tensão entre segurança e justiça que se pode verificar em tais situações, que se exigem ao intérprete cautelas redobradas, ponderando prudencial e pormenorizadamente todos os interesses envolvidos em função dos valores que se colocam nos pratos da balança. No dizer de Larenz: “Para a Jurisprudência, trata-se não só de mais clareza e segurança jurídica, mas também de «mais justiça», no paulatino trabalho de pormenor. Quem pensa que pode prescindir desse trabalho, não deveria de facto dedicar-se de todo em todo à Jurisprudência” (*Metodologia*, cit., p. 229). E a este propósito importa ousar dar mais um passo, perguntando: a analogia está ao serviço de si própria, ou pelo contrário é apenas o caminho para a equidade? Não é justamente também aqui a equidade (isto é, a justiça do caso concreto) que justificará a aplicação ou não da norma excepcional? A analogia e a equidade justificam-se reciprocamente, pois uma não faz sentido sem a outra. Mas, temos para nós que a analogia não é um fim em si mesma, estando antes ao serviço da equidade, criando a justiça no caso concreto. Sob pena de o direito se reduzir a uma dimensão meramente procedimental.

Em todo o caso, porém, não pode “ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso.” (art. 9.º, 2). Parece o legislador ter consagrado o valor negativo da letra da lei, uma vez que esta terá apenas uma função delimitadora do círculo hermenêutico. Além disso, a letra da lei serve ainda para aferir da razoabilidade do pensamento do legislador, a qual será de presumir segundo um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso, na letra da lei.

Isto não significa que ao intérprete seja vedado o recurso à interpretação correctiva⁷⁹ quando a teleologia da norma, atentas as circunstâncias do caso concreto, assim o justifique; significa, apenas, em nosso entender, que, “na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados”, não podendo, para o efeito dessa presunção, “ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso.” Estamos, portanto, ao nível da presunção do legislador razoável.⁸⁰

6.2. É certo que a admissibilidade da interpretação correctiva é problemática, apesar de a “*rebeldia do caso concreto*” a reclamar. *Prima facie*, a fórmula legal parece excluí-la, pois os sentidos oferecidos pelo espírito da lei que não tenham na letra um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expressos, não poderão ser considerados pelo intérprete (art. 9.º, 2). Tradicionalmente, entende-se que este mínimo de correspondência verbal limita a própria interpretação correctiva, de modo a afastar-se “o exagero de um subjectivismo extremo”⁸¹.

Rejeita-se assim a interpretação correctiva *praeter* ou, mesmo, *contra legem*, entendida esta como texto, embora numa outra orientação se ressalve que o sentido da fonte não poderá ser contrário ao Direito Natural⁸². Deste modo, o intérprete deveria obediência ao

⁷⁹ Veja-se, por exemplo, a interpretação correctiva proposta por Coutinho de Abreu, *Curso de Direito Comercial*, cit., II, pp. 387 e 391.

⁸⁰ Admitimos, porém, que este articulado possa ser interpretado antes no sentido de no n. 2 se estabelecer o valor negativo da letra da lei e no n. 3 o valor positivo, elidível porém. Mas, *iuris tantum* é também a presunção de que o legislador consagrou as soluções mais acertadas contida nesse n. 3.

⁸¹ Baptista Machado, *Introdução ao direito*, cit., p. 189 (“Pode ter de proceder-se a uma interpretação extensiva ou restritiva, ou até porventura a uma interpretação correctiva, se a fórmula verbal foi sumamente infeliz, a ponto de ter falhado completamente o alvo. Mas, ainda neste último caso, será necessário que do texto ‘falhado’ se colha pelo menos indirectamente uma alusão àquele sentido que o intérprete venha a acolher como resultado da interpretação. Afasta-se assim o exagero de um subjectivismo extremo que propende a abstrair por completo do texto legal quando, através de quaisquer elementos exteriores ao texto, descobre ou julga descobrir a vontade do legislador. Não significa isto que se não possa verificar a eventualidade de aparecerem textos de tal modo ambíguos que só o recurso a esses elementos externos nos habilite a retirar deles algum sentido. Mas, em tais hipóteses, este sentido só poderá valer se for ainda possível estabelecer alguma relação entre ele e o texto infeliz que se pretende interpretar.”)

⁸² Oliveira Ascensão, *O Direito*, cit., p. 422-3 (“Sob a epígrafe restrição a interpretação correctiva constava do art. 9.º do anteprojecto de Manuel de Andrade sobre *Fontes do Direito*: ‘É consentido restringir o preceito da lei

“cânone metodológico do legislador”, embora pudesse, em última análise, aplicar *contra legem* um *Naturrecht*. A interpretação correctiva de Heck fundava-se em razões de equidade. Mas, qual é a relação entre equidade e direito natural? O intérprete deve obediência à lei ou antes à “natureza das coisas”, quando aquela conflitue com esta?

Além disso, será a interpretação correctiva, na modalidade de redução teleológica, uma forma de interpretação ab-rogatória? Em casos decerto extremos, admite o modelo tradicional a interpretação ab-rogante ou revogatória, quando a letra e o espírito forem, em certos termos, inconciliáveis.⁸³ Parecia assim abrir-se a porta à célebre figura da “sabotagem interpretativa” ou de “legítima insubmissão [...] contra a norma pretensamente aplicanda.”⁸⁴ O Código Civil dispõe que “o dever de obediência à lei não pode ser afastado sob pretexto de ser injusto ou imoral o conteúdo do preceito legislativo” (art. 8.º, 2). Será isto uma proibição da interpretação ab-rogatória ou da redução teleológica?

A redução teleológica é um resultado interpretativo que se situa no domínio da correcção do teor literal, através da exclusão de sentidos que, embora sejam formalmente admitidos pela letra da lei, revelam-se contrários à teleologia da norma.⁸⁵ Porém, a introdução deste resultado no nosso esquema metódico foi contestada, porque se confundiria, ou com a interpretação ab-rogante por contradição valorativa, ou com a interpretação correctiva por inadequação da norma.⁸⁶

quando, para casos especiais, ele levaria a consequências graves e imprevistas que certamente o legislador não teria querido sancionar’ (art. 9/V). Mas esse texto foi eliminado e não tem correspondente no Código Civil português. / Sendo assim, a interpretação correctiva é inadmissível na ordem jurídica portuguesa. [Todavia] se o sentido da fonte se revelar contrário ao Direito Natural, é o Direito Natural que deverá prevalecer, pois não há nenhuma segurança que mereça ser comparada com a negação dos princípios fundamentais da convivência social.”).

⁸³ Vide Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, cit., p. 107 ss; Baptista Machado, *Introdução ao direito*, cit., p. 185 ss; Oliveira Ascensão, *O Direito*, cit., p. 418 ss; F.J. Bronze, *Lições*, cit., p. 847.

⁸⁴ Orlando de Carvalho, *Para um novo paradigma interpretativo*, cit., p. 91.

⁸⁵ Vide Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, cit., p. 186 s, referindo também a figura da extensão teleológica traçada pelo pensamento jurídico germânico - Larenz, Canaris -, com concretização jurisprudencial, em termos que o método tradicional remeteria para a categoria da analogia. Aproximando a extensão teleológica da analogia, no sentido de não a subtrair à proibição de aplicação analógica a que esteja sujeita, e aproximando pelas mesmas razões a redução teleológica à interpretação restritiva, em vista dos limites ‘fluídos’ da letra legal, cfr. Larenz, *Metodologia*, cit., pp. 473-4, 481-483; vide também English, *Introdução*, p. 195-6 (“a linha limítrofe entre a interpretação (especialmente a interpretação extensiva), por um lado, e a analogia, pelo outro, é fluída. E isto tem importância prática... quando seja... proibida... uma aplicação analógica dos preceitos jurídicos.” – p. 294).

⁸⁶ Oliveira Ascensão, *O Direito*, cit., p. 425 (“O elemento teleológico é já um dos elementos da interpretação indispensável à fixação da *ratio legis*. Pela redução teleológica vai-se-lhe dar nova relevância em momento posterior, permitindo-se a restrição da própria norma, e já não apenas da formulação demasiado ampla. / Mas, se assim se distinguir da interpretação restritiva, a redução teleológica, ou cai na interpretação ab-rogante [...] pela via da contradição valorativa, ou na interpretação correctiva pela via da inadequação. Vemos com dificuldade a abertura de uma quarta categoria, que conflituaria com os quadros usados na nossa ordem jurídica. Pelo que nos abstermos de defender a sua introdução, enquanto nos não convenceremos de que o seu conteúdo não pode ser absorvido pelos esquemas correntes.”).

A este propósito interessa retomar a questão: qual é a relação entre a equidade e o direito natural?⁸⁷ A nosso ver, a relação é de íntima proximidade. Segundo a máxima horaciana, “naturam expellas furca tamen usque recurret”, e como diz Larenz, “a natureza das coisas é de grande importância em conexão com a exigência de justiça de tratar

⁸⁷ E qual será o valor da equidade e do direito natural para um juiz cibernético? Qual será a “sensibilidade” de uma máquina automatizada em relação às circunstâncias do caso concreto? Estas questões remetem-nos para o problema da aplicação e do impacto das tecnologias informáticas no direito. A informática tem implicações metódicas e “meta-dogmáticas” que estão na ordem do dia. O computador é cada vez mais utilizado para assistir não apenas o autor que cria obras literárias e artísticas, mas também o juiz que decide controvérsias (vide Nagel, *Computer-Aided Law Decisions*, in Giannantonio (ed.), *Law and Computers*, Selected Papers from the 4th International Congress of the Italian Corte Suprema di Cassazione, Rome Spring 1998, I. *Legal Informatics*, p. 667 s). Mas mais do que auxiliar, o computador é já utilizado, no quadro da inteligência artificial e de sistemas peritos, como um substituto do homem em actividades “criativas”, nelas se incluindo a própria decisão judicativa, falando-se, a propósito, do “Dr. iur. Computer” (F.J. Bronze, *O Jurista: Pessoa ou Andróide?*, in *AB VNO AD OMNES*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 78; sobre a informática jurídica e o problema do “computador juiz”, vide, por ex., Arthur Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, 2. Aufl., München: Beck, 1997, p. 121 ss; Reinhold Zippelius, *Rechtsphilosophie*, cit., p. 105. Embora considere que o “juiz computador” que “fosse de uma vez só programado *per saecula saeculorum* haveria” de “causar horror até ao positivista mais impávido” (Arthur Kaufmann), Larenz sustenta que, “quando se trate de fenómenos massivos, que se apresentam sempre de maneira idêntica e onde as circunstâncias particulares do caso, os matizes, as transições graduais e as constelações de casos não previstas não desempenhem qualquer papel, o juiz que decide o caso concreto pode ser substituído pelo computador, previamente instruído para todos os casos” - *Metodologia*, cit., p. 283; entendimento este que nos merece algumas reservas, uma vez que, embora o fascínio das novas tecnologias possa justificar alguns passos mais arriscados, o controlo humano do processo decisório e da decisão deve ser assegurado em qualquer caso (defendendo a desistência “do propósito de criação artificial de uma inteligência autêntica, em favor de uma genuína compreensão, e através dela de uma preservação, dos processos naturais da inteligência jurídica”, Fernando Araújo, *Lógica jurídica e informática jurídica*, in *Direito da Sociedade da Informação*, FDUL/APDI, Coimbra Editora, 1999, p. 71 e *passim*) – de resto, a posição de Larenz contrasta com o que mais adiante escreve: “A interpretação... carece sempre da fantasia criadora do intérprete” – p. 293). Com efeito, “a pretensão de computadorizar o raciocínio e a decisão analógicos só é susceptível de resultados muito limitados”, porquanto “(a)s formais estruturas neuronacionais, ainda que construídas até ao ponto de poderem actuar associativamente reguladas por exemplos, não podem substituir ou reduzir as estruturas materiais concretamente judicativas; logram, quando muito, programar analogias previamente decididas e controlar nas suas condições formais as analogias decididas – possibilidades, pois, só de programação ou de controlo, e nada mais. (...) A razão decisiva está – digamo-lo em termos gerais – em que os computadores têm possibilidades sintácticas, mas não capacidade semântica.” – A. Castanheira Neves, *Metodologia*, cit., pp. 251-2. Em causa está a interacção entre a informática e o direito como uma última ligação de uma longa cadeia de relações na dicotomia entre as ciências exactas e as ciências humanas, sendo que a história do pensamento jurídico flutua continuamente entre as “tendências formalísticas” favoráveis à utilização de métodos lógicos e matemáticos no domínio jurídico e as tendências que resistem à introdução da metodologia formal no direito: a informática jurídica surge no domínio do pensamento cibernético e, através de fases de desenvolvimento extremamente rápidos (*jurimetrics*, *juscybernetics*, informática documental, informática ‘decidente’, etc.), afirma-se com a inteligência artificial, alcançando resultados de alta tecnologia e sistemas peritos, e abrindo perspectivas de ficção de autómatos jurídicos, consultores reais e juizes automatizados. Entre numerosas obras e autores, vide, por ex., Elmi, *Informatics and Philosophy of Law*, in Giannantonio (ed.), *Law and Computers*, I, p. 701 s. Sobre os modos e possibilidades de aplicação da informática na decisão jurídica, vide Lothar Phillips, *Von nervösen und phlegmatischen Rechtsbegriffen — Ein Beitrag zur Rechtstatsachenforschung*, in Tinnefeld/Phillips/Heil (Hrsg.), *Informationsgesellschaft und Rechtskultur in Europa*, p. 192; Id., *Ein bißchen Fuzzy Logic für Juristen*, Tinnefeld/Phillips/Weis (Hrsg.), *Institutionen und Einzelne im Zeitalter der Informationstechnik*, München: Oldenburg, 1994, p. 219; Id., *Artificial Morality and Artificial Law*, in Berman/Hafner (eds.), *Artificial Intelligence and Law*, Boston, 1993, p. 51; Id., *Analogie und Computer*, in Alexy/Dreier/Neumann (Hrsg.), *Rechts- und Sozialphilosophie in Deutschland Heute*, Stuttgart: Franz Steiner, 1991, p. 275; Id., *Vague Legal Concepts and Fuzzy Logic: An Attempt to Determine the Required Period of Waiting After Traffic Accidents*, *Informatica e diritto* 1993, p. 37; Id., *Distribution of Damages in Car Accidentes Through the Use of Neural Networks*, *Cardozo Law Review* 1991, p. 987; Id., *Tü-Tü 2. Von Rechtsbegriffen und neuronalen Netzen*, Phillips/Wittmann, *Rechtsentstehung und Rechtskultur*, Heinrich Scholler zum 60. Geburtstag, Heidelberg: Decker&Müller, p. 179; vide ainda, Villar Palasí, José Luis, *Informática y derecho*, RFDUCM 1986, p. 211; Hespanha, António / Sernadas, Amílcar, *O impacto da computação no direito*, Revista Jurídica 1990, p. 179; Guido Alpa, *L’applicazione delle tecnologie informatiche nel campo del diritto*, DII 1996, p. 515; Jandach, *Juristische Expertensysteme*, Berlin: Springer, 1993.

igualmente aquilo que é igual, desigualmente aquilo que é desigual; ela exige ao legislador e, dado o caso, ao juiz que diferencie adequadamente”⁸⁸

Por outro lado, a equidade é, na fórmula aristotélica, a justiça do caso concreto.⁸⁹ O Código Civil parece admitir apenas em casos excepcionais (art. 4º)⁹⁰ a decisão segundo a equidade, isto é, fora desses casos⁹¹, o intérprete estaria sujeito ao imperativo *dura lex, sed lex*.⁹² Ora, se se entender que a decisão segundo a equidade só é permitida nos casos previstos na lei, e, ao mesmo tempo, que o Direito Natural poderá prevalecer *contra legem*, então equidade e direito natural serão duas figuras distintas. Isto poderia justificar a não aceitação da interpretação correctiva, uma vez que esta se funda em razões de equidade. Porém, já dificilmente poderia obstar a uma interpretação ab-rogatória ou *ab-rogante* por contradição valorativa entre a norma e o suposto Direito Natural. Com efeito, a interpretação ab-rogante é um resultado tradicionalmente admitido, ainda que surja restrito a situações de contradição lógica. Porém, tendo em conta que em sede de interpretação correctiva se admite a prevalência do Direito Natural sobre a lei, não parece, nesta orientação, que deva ser afastada a possibilidade de uma contradição valorativa da norma com o chamado “Direito Natural”.⁹³

⁸⁸ Larenz, *Metodologia*, cit., p. 507.

⁸⁹ Segundo Oliveira Ascensão: “A decisão dos casos segundo a equidade foi de há muito comparada à utilização da régua lésbica. Esta, ao contrário das réguas vulgares, que são rígidas, era maleável, permitindo a adaptação às faces irregulares dos objectos a medir. Também a norma é uma régua rígida, que abstrai das circunstâncias por ela não consideradas relevantes. Já a equidade é uma regra maleável. [...] A solução pela equidade é a solução de harmonia com circunstâncias do caso concreto, e não com quaisquer injunções, mesmo indirectas do sistema jurídico.” - *O Direito*, cit., p. 233, 441. Todavia, temos algumas reservas quanto a este entendimento, já que não nos parece que a decisão segundo a equidade seja (ou possa ser) estranha ao sistema. Tal entendimento é ainda tributário da dicotomia entre *nomos* e *epieikeia* (*aequitas* e *ius*, *equity* e *common law*), que em nosso juízo está superada.

⁹⁰ O Código Civil de Macau, aprovado pelo Decreto-Lei 39/99/M, de 3 de Agosto, consagra no art. 3.º preceito literalmente igual. De resto, o cânone metódico do Código Civil português foi transposto *verbatim* para o Código macaense, que todavia acrescenta: “As decisões dos tribunais são obrigatórias para quaisquer entidades públicas ou privadas e prevalecem sobre as de quaisquer outras autoridades” (art. 7.º, 4). Uma outra inovação do cânone do Código Civil de Macau é a não incorporação da máxima *dura lex sed lex* prevista no art. 8.º, 2, do nosso Código Civil, o qual dispõe que “o dever de obediência à lei não pode ser afastado sob pretexto de ser injusto ou imoral o conteúdo do preceito legislativo.” De modo não tão contundente, dispõe o Código macaense que os “tribunais e os juízes são independentes e apenas estão sujeitos à lei” (art. 7.º, 1).

⁹¹ Por ex., no Código Civil, art. 72º, 2 (direito ao nome), art. 283º (modificação dos negócios usurários), art. 400º, 1 (determinação da prestação), art. 437º, 1 (alteração superveniente das circunstâncias), art. 489º, 1 (indenização por pessoa não imputável), art. 812º (redução equitativa da cláusula penal), art. 883º (determinação do preço), art. 992º (distribuição dos lucros e das perdas), art. 1407º, 2 (administração da coisa), art. 1675º, 3 (dever de assistência), art. 2016º, 2 (divórcio e separação judicial de pessoas e bens); no RAU, arts. 64º e 113.º, 2.

⁹² Neste sentido, Cabral de Moncada, *Lições de Direito Civil*, 4.º ed., Coimbra: Almedina, 1995, p. 40 (“só muito prudentemente os nossos juízes podem recorrer à equidade”, pois que, “segundo o nosso direito positivo, o juiz não pode deixar de aplicar a norma, tal como ela é, sob o pretexto do *summum jus, summa injuria*, isto é de ela ser injusta para o caso corrente. Pelo contrário, o princípio oposto a este, o da *dura lex sed lex*, é que se impõe antes aos juízes em face do nosso direito positivo. Os juízes portugueses não são os pretores romanos, nem os juízes ingleses.”).

⁹³ Oliveira Ascensão, *O Direito*, cit., pp. 426, 428 (“Podemos chegar também à interpretação ab-rogante. Aí o intérprete não mata a regra, verifica que ela está morta — porque na realidade nenhum sentido alberga. Na conclusão do processo interpretativo, tem de concluir que há uma contradição insanável, donde não resulta nenhuma regra útil. [...] Limitando-nos pois às hipóteses de interpretação ab-rogante lógica [já não valorativa],

Note-se, em todo o caso, como adverte English, que ao remeter para o Direito natural “o pensamento jurídico envereda abertamente... por trilhos filosóficos que não podemos seguir, pois não podemos oferecer... qualquer lógica do Direito natural.” Pois que, afinal, o que é o Direito natural? Não seria preferível antes confiar o pensamento jurídico à equidade enquanto categoria jurídica com valor consolidado na tradição jurídica? Tanto mais que “já não nos é lícito acreditar que hoje é possível um conhecimento definitivo, nem mesmo daquilo que nas actuais condições seria «justo em si» ou indubitavelmente correcto. É-nos, em todo o caso, lícito acreditar que nos chega à mão, aqui e ali, um pedaço do fio cujo fim é para nós oculto.”⁹⁴

6.3. A este propósito deveremos convocar para primeiro plano a categoria do *espírito do sistema*. A nosso ver, o espírito do sistema tem um valor multi-dimensional, que interessa considerar. O Código Civil acolhe expressamente o “espírito do sistema” ao nível da integração de lacunas. Dispõe que, “na falta de caso análogo, a situação é resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do *espírito do sistema*” (art. 10.º, 3). Esta norma suscita várias questões. Primeiro, dá a impressão que o intérprete teria que se “travestir” de legislador, deixando-se possuir pelo espírito do sistema e gerando nesse transe a norma. Temos aqui que o legislador perspectiva a criação do direito à imagem e semelhança do modelo legislativo, uma vez que o intérprete há-de criar a norma (ficcioneando) como se houvesse de legislar. Este modelo de criação jurídica está ultrapassado, e se se entender que é assim que o Código prescreve então concordamos que este preceito está ferido de inconstitucionalidade orgânica.

Depois, ao remeter o intérprete para o espírito do sistema o Código abre as portas à livre criação do direito, em especial por via jurisprudencial e doutrinal. O que é o espírito do sistema? O legislador não o diz, nem o poderia fazer.⁹⁵ De todo o modo, a consideração do espírito do sistema mostra como o Código Civil não é estranho às correntes metodológicas

devemos observar que não é requisito da interpretação ab-rogante a existência de uma pluralidade de disposições contraditórias [como, por exemplo,] quando a lei nova *remete para um regime que não existe*”).

⁹⁴ Larenz, *Metodologia*, cit., p. 203. Poderá pretender encontrar-se esse “fio” num projecto social global, que seria “algo próximo de uma providência e providência cósmica – e daí a tentação jusnaturalista, a grande sombra de Deus (mesmo no jusracionalismo e no cosmopolitismo kantiano), que não cessa de presidir a este obscuro tectear” - Orlando de Carvalho, *Para um Novo Paradigma Interpretativo*, BFD LXXIII, 1997, p. 7. Mas, como diz o Poeta, “life is what happens while you’re busy making other plans”... Pelo que um tal projecto ou arquitectura social, que encontra na Constituição as suas expressões político-normativas, terá que ser dinâmico, aberto e mutável, sob pena de necrose; ao mesmo tempo, porém, a excessiva porosidade dos alicerces poderá provocar a ruína do projecto.

⁹⁵ Em todo o caso, o tratamento que o Código dispensa à decisão segundo a equidade (não obstante fazer lei de *ius aequum* jurisprudencialmente criado noutras paragens – por ex., arts. 227.º (culpa *in contrahendo*), 334.º (abuso de direito), 437.º (queda da base negocial), compensação por danos morais (art. 496.º), etc.) parece significar que o espírito do sistema não se encontrará nela, ficando todavia aberta a porta ao Direito natural, que caberia ao intérprete desvelar e realizar. Todavia, a realização do direito é um processo criativo, sendo a equidade e o intérprete os seus legítimos progenitores, lá onde e quando a lei falha.

que apontam o “carácter ‘aberto’ e fragmentário do sistema ‘interno’”, sustentando que o sistema interno “não é em si fechado, mas antes um sistema ‘aberto’ no sentido de que são possíveis as modificações quer na maneira do jogo de concordância dos princípios, do seu alcance e recíproca limitação, quer no encontro de novos princípios; seja com fundamento em alterações da legislação, seja com fundamento em novos conhecimentos da ciência jurídica ou modificações da jurisprudência.”⁹⁶

6.3.1. O art. 10.º, 3, destina-se às situações tradicionalmente chamadas de analogia *iuris*.⁹⁷ Se bem que não se trate de analogia *iuris* apenas com os princípios gerais de direito pré-constituídos, uma vez que o espírito do sistema, enquanto expressão da natureza animada do *corpus iuris*, é dinâmico, mutável e aberto à criação de novos princípios. Ao mesmo tempo, porém, parece distinguir-se esta natureza aberta do sistema dos juízos de equidade, que seriam juízos de justiça do caso concreto sem valor de norma. “Prevendo em seguida a falta de casos análogos, a lei adopta o célebre critério formulado no código suíço, que entrega a resolução do problema à cogitação do próprio intérprete ou à actividade integradora do julgador. Não remete, no entanto, para os juízos de equidade, para a justiça do caso concreto, compelindo antes o julgador a criar previamente uma norma geral e abstracta, na estrutura da qual a realidade concreta se despirá das suas roupagens acessórias e a disciplina da situação se libertará dos sentimentos e das paixões que tantas vezes perturbam o bom julgamento dos casos individuais. A simples descrição lógica deste processo mostra como erraria abertamente a pontaria a crítica que pretendesse atingir a solução com os dardos que é uso jogar contra o alvo da equidade: nem a lei consagra neste caso o recurso à equidade, nem a solução diverge do ensinamento que era já a boa doutrina em face da legislação vigente (artigo 16.º do Código Civil). Também é líquido que o código não remete o intérprete para os princípios contidos no sistema. Uma coisa é legislar *dentro do espírito* do sistema, sem violar por conseguinte os postulados fundamentais da ordem jurídica estabelecida, e outra bastante diferente é legislar segundo os princípios exarados nesse sistema. Na prática, a diferença está na possibilidade de o jurista, ao integrar as lacunas da lei, criar novos princípios, traçar à legislação e à jurisprudência rumos até então desconhecidos, desde que não ofenda o espírito do direito vigente”⁹⁸.

⁹⁶ Karl Larenz / Claus-Wilhelm Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl., Berlin: Springer, 1996, pp. 314-5.

⁹⁷ No sentido de que “a chamada *analogia iuris* não é verdadeiramente analogia” por implicar uma mudança de nível, A. Castanheira Neves, *Metodologia*, cit., p. 245 (que aponta depois a “fundamental homologia” ou mesmo “essencial identidade metodológica” entre a analogia *legis* e a analogia *iuris* – p. 256).

⁹⁸ Antunes Varela, *Do Projecto ao Código Civil*, p. 26, *apud* Mário Reis Marques, *História do Direito Português Medieval e Moderno*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2002, p. 231, n. 440. Cfr., porém, A. Castanheira Neves,

Do que dissemos atrás, embora seja importante constatar que os pais do Código reconhecem “a possibilidade de o jurista... criar novos princípios”, não concordamos todavia que a equidade seja remetida para uma espécie de ghetto a-sistemático, para não dizer a-jurídico. Além disso, não deixa de ser curioso que a remissão para a “boa doutrina” da legislação anterior nos conduza novamente ao encontro da equidade com o direito natural.⁹⁹ Da nossa parte, este último, seja ele qual for e donde provenha, estará sempre sujeito ao escrutínio da primeira, que lhe dirá da sua justiça no caso concreto segundo uma “jurisprudência do presente” (Esser).¹⁰⁰

6.3.2. Por outro lado, o art. 10.º, 3, dispõe na primeira parte um critério importante. Diz que o recurso ao espírito do sistema se faz “na falta de caso análogo”. Ora, o caso análogo há-de encontrar-se, primeiro, na legislação, segundo a tradicional analogia *legis*. Diz a lei que “os casos que a lei não preveja são regulados segundo a norma aplicável aos casos análogos”, havendo “analogia sempre que no caso omissis procedam as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei” (art. 10.º, 1 e 2). Também aqui está presente o espírito do sistema com função integradora. A tradicional analogia *legis* pode confundir-se com a interpretação correctiva na modalidade de extensão teleológica. Trata-se de, atentas as “razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei”, incluir na hipótese da norma um caso que a letra não preveja (lacuna de previsão). As razões justificativas são apontadas, sobretudo, pelo elemento teleológico-racional (dialéctica *mens legislatoris* - *ratio legis*, hoje *ratio iuris*). A busca de caso análogo decorre de uma exigência básica de justiça de tratar o semelhante de modo semelhante (princípio da igualdade de tratamento)¹⁰¹ e, por outro lado, é imposta pela obrigação de julgar, como resulta do preceito segundo o qual o “tribunal não pode abster-se de julgar, invocando a

Metodológica, cit., p. 223-4; F.J. Bronze, *Lições*, cit., p. 893 (“o referido art. 10.º, n.º 3, propõe, ao invés, que a questão se resolva ‘(...) dentro do espírito do sistema’... pré-constituído”).

⁹⁹ Na realidade, a referência ao direito natural constante do anterior preceito era entendida como remissão para a equidade por Cabral de Moncada (cf. Castanheira Neves, *Lições*, cit., p. 244) e também Oliveira Ascensão (cf. *O Direito*, cit., p. 442, e nota 630). Note-se, porém, que em *Anotação* ao preceito, escrevem Pires de Lima e Antunes Varela, que em “lugar do recurso ao direito natural ou aos princípios informadores do sistema legislativo, cabe ao intérprete criar o direito subsidiário” (*Código Civil*, cit., p. 59). O que talvez acabe por ser, afinal, o reconhecimento do papel criador da equidade e do intérprete ao nível da integração de lacunas, e não apenas nos termos estritos do art. 4.º do Código... Mas, ao mesmo tempo, talvez tal entendimento não seja tão estranho assim à compreensão de que o “«espírito do sistema» há-de ser aquele que permita assimilar os novos sentidos e não aquele que se recuse a aceitá-los, sob pena de o «sistema» se alienar, como algo meramente pensado e suspenso de uma vontade arbitrária, das reais exigências da vida jurídica e de se fechar, assim, às possibilidades de uma verdadeira eficácia e de uma justiça autêntica”, porquanto “se as «lacunas» emergem por força de um devir histórico do jurídico que continuamente supera o sistema positivo será em vão que se pretenderá determiná-las por um critério que se identifique com esse sistema” (A. Castanheira Neves, *Metodologia*, cit., pp. 226, e 228-9).

¹⁰⁰ Cf. A. Castanheira Neves, *Metodologia*, cit., p. 226.

¹⁰¹ A. Castanheira Neves, *Metodologia*, cit., p. 253 (a analogia “funda-se no princípio da igualdade, enquanto expressão imediata ou exigência primeira da justiça”).

falta ou obscuridade da lei ou alegando dúvida insanável acerca dos factos em litígio” (art. 8.º, 1).¹⁰²

Além do mais, o caso análogo deverá ser procurado na lei, bem como nos precedentes exemplares da jurisprudência e nos modelos de decisão propostos pela doutrina. Quando o intérprete discorre nos termos do art. 10.º, 3, então a sua decisão jurisprudencial ou o seu modelo doutrinário terão valor de caso análogo, devendo ser considerado nos termos do art. 10.º, 3, bem como do art. 8.º, 3. Nos termos deste último preceito, “nas decisões que proferir, o julgador terá em consideração todos os casos que mereçam tratamento análogo, a fim de obter uma interpretação e aplicação uniformes do direito.” Evidencia esta disposição que o discurso metodologicamente consonante discorre judicativamente por analogia, não apenas na ausência de critérios pré-objectivados¹⁰³. Isto não significa, porém,

¹⁰² Esta proibição de *non liquet* não deve descurar, porém, os limites da intervenção do juiz, nomeadamente nas situações de reserva de lei e na chamada *judicial self-restraint* (vide A. Castanheira Neves, *Metodologia*, cit., pp. 235-7; F.J. Bronze, *Lições*, cit., pp. 886-7).

¹⁰³ Com efeito, “legal argument is often associated with its own distinct method, usually referred to as reasoning (or argument) by analogy»; indeed, *if metaphor is the dreamwork of language, then analogy is the brainstorm of jurists’-diction*” – Brewer, *Exemplary Reasoning*, cit., p. 926, *italico nosso*. O reconhecimento da “radical matriz analógica do pensamento jurídico” deve-se, entre nós, a F.J. Bronze, *A metodonologia*, cit., *passim*, aprofundando a importância da analogia no pensamento jurídico em termos tais que terão deitado por terra o cânone metódico do legislador (o que só prova que “o intérprete pode ser mais inteligente do que a lei” - English, *Introdução*, cit., p. 165), bem como qualquer tentativa de o “desenterrar”. Pelo que este trabalho poderá ter o seu quê de “necrófago”. Como exemplo, note-se que não cabe à lógica, mas antes ao “elemento teleonológico” (F.J. Bronze, *Lições*, cit., p. 857) o critério da ‘aplicação analógica’ de normas excepcionais, como de resto de todas as demais (se bem que a ‘vulgarização’ da analogia, por via de um seu uso indevido, possa deitar por terra princípios estruturantes de certos domínios jurídico-dogmáticos mais sensíveis, como o *nullum crimen, nulla poena sine lege*, não obstante a natureza reconhecidamente porosa senão mesmo fluida dos seus termos, de que é exemplo porventura flagrante o tipo legal do homicídio qualificado e não obstante a técnica dos exemplos-padrão que aí se pratica – que, de resto, só evidencia o papel da analogia...). Mas far-se-á a justiça de reconhecer que o Código Civil consagra uma noção exemplar de analogia, para além de todas as indicações que dá sobre o dever de considerar o caso análogo, bem como de outras indicações sobre a arte de bem interpretar/criar toda a regra jurídica, começando com a tábua dos elementos de Savigny, até ao espírito do sistema, passando por essa genialidade que é a presunção do legislador razoável. Devidamente entendido, tudo isto é melhor do que nada. De resto, a presença do valor da analogia no cânone metódico do legislador encontra eco nas palavras de Manuel de Andrade: “Por nossa parte reconhecemos à analogia um valor primacial, quer no domínio da interpretação (...), quer no das lacunas (...)” (*Ensaio*, cit., pp. 99-100, em nota - embora parecendo seguir ainda a dicotomia particular (equidade) geral (direito)... - v. p. 47, nota 2.). É dizer que, já segundo Manuel de Andrade, a analogia não deveria ser entendida como mero expediente técnico de integração de lacunas. Claro está também que o Código Civil não diz que só em caso de lacuna se deve proceder por analogia, antes pelo contrário impõe a busca de caso análogo em toda e qualquer decisão, com a ressalva das normas excepcionais, que diz não comportarem aplicação analógica. Esta proibição, aliás, pode ser entendida como uma exigência de cautela suplementar relativamente a tais normas, uma vez que a natureza excepcional do regime que prevêem poderá comprometer a sua conformidade com princípios estruturantes do sistema, ao ponto de se justificar a mobilização do argumento «apagógico» ou da *reductio ad absurdum* (vide A. Castanheira Neves, *Metodologia*, cit., p. 199) para justificar a sua não aplicação mesmo aos casos nela expressamente previstos. Serão tais normas porventura um campo de eleição da interpretação ab-rogante, por não resistência da norma ao teste da razoabilidade do legislador (ou do legislador razoável), segundo uma «doutrina do absurdo»: “From the earliest days of the Republic, the Supreme Court has subscribed to the idea that judges may deviate from even the clearest statutory text when a given application would otherwise produce ‘absurd’ results. (...) If a given statutory application sharply contradicts commonly held social values, then the Supreme Court presumes that this absurd result reflects imprecise drafting that Congress could and would have corrected had the issue come up during the enactment process.” – John F. Manning, *The Absurdity Doctrine*, Harvard LR 116, 2003, pp. 2388-2390 (defendendo a limitação desta doutrina, no sentido de exigir razoabilidade interpretativa ao intérprete e admitindo a sua aplicação apenas nos casos de normas inconstitucionais, já não de valores sociais indefinidos). De resto, o próprio art. 11.º poderá ser ab-rogado, pela

que o intérprete tenha uma obrigação geral de seguir automaticamente os precedentes: “Nenhum juiz é obrigado a seguir irreflectidamente um precedente, seja o seu próprio, seja o de um outro tribunal.”¹⁰⁴ Ao mesmo tempo, porém, tem o dever, segundo MacCormick, “of not departing from like decisions in like cases without very good reasons.”¹⁰⁵

6.3.3. Uma outra dimensão do espírito do sistema traduz-se na relação entre os princípios e as normas. Trata-se da dimensão correctiva do espírito do sistema, que poderá justificar, em casos-limite decerto excepcionais, a decisão *contra legem*, quando as normas legais percam validade em razão de alteração superveniente no plano dos princípios ou quando as normas legais surjam originariamente adversas ao espírito do sistema.¹⁰⁶ Esta última dimensão do espírito do sistema¹⁰⁷ é, a nosso ver, acolhida pelo Código, ao nível da presunção do legislador razoável. Como vimos, “na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas” (art. 9.º, 3). Esta presunção é elidível¹⁰⁸, no sentido de que o intérprete poderá concluir que o legislador não foi razoável, por consagrar soluções que atentam contra o espírito do sistema.¹⁰⁹ Caber-lhe-á então o ónus da contra-argumentação, se quiser afastar o preceito. Deverá fundamentar a sua posição no espírito do sistema, que como vimos é aberto à criação de novos princípios. De todo o modo: *cessante ratione legis cessat lex ipsa*.

“absurda” proibição que prescreve, ao que parece inspirada na “ideia inaceitável de uma como que menoridade da nossa judicatura para solução tão arrojada” – A. Castanheira Neves, *Metodologia*, cit., o. 275.

¹⁰⁴ Larenz, *Metodologia*, cit., p. 525. De resto, nenhum juiz está obrigado a seguir irreflectidamente qualquer critério, nem mesmo as normas legais...

¹⁰⁵ Cf. Zippelius, *Juristische Methodenlehre*, cit., p. 76. Trata-se, no fundo, da velha máxima: *ubi eadem ratio, ibi eadem iuris dispositio* - A. Castanheira Neves, *Metodologia*, cit., p. 267.

¹⁰⁶ Convocam-se respectivamente os limites normativos temporais (na vertente das normas caducas) e de validade das normas legais discernidos no tratamento do problema das fontes do direito segundo uma perspectiva fenomenológico-normativa. Vide Castanheira Neves, *Fontes do Direito. Contributo para a revisão do seu problema*, Coimbra 1985 (Separata dos Estudos em Homenagem aos Profs. Manuel Paulo Merêa e Guilhaume Braga da Cruz, BFD 1983), ou “preterição sincrónica” e “superação diacrónica”. V. tb. F.J. Bronze, *Lições*, cit., pp. 625 ss (16.ª Lição).

¹⁰⁷ Sobre as diversas concepções do sistema jurídico (normativista, decisionista) e para uma análise da “estática” e da “dinâmica” do sistema jurídico tal qual é actualmente compreendido e composto nos seus diversos estratos (princípios, normas, jurisprudência judicial, jurisprudência dogmática, realidade jurídica e regras procedimentais) e sua índole estrutural (aberto, material e regressivo), vide F.J. Bronze, *Lições*, cit., pp. 553 ss (15.ª Lição).

¹⁰⁸ Neste sentido, cf. José de Faria Costa, *Construção e interpretação do tipo legal de crime à luz do princípio da legalidade: duas questões ou um só problema? (texto provisório)*, in 1ª Jornadas Luso-Italianas de Direito Penal, FDUC, Coimbra, p. 23 (“o n.º 3 do art. 9.º do nosso Código Civil impõe a presunção ilidível, por certo – de que o legislador consagra as soluções mais acertadas”) (RLJ Ano 134º, 2002, nº 3933, 354-366, 360).

¹⁰⁹ “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 passo à justiça” (Radbruch, *apud* English, *Introdução*, cit., p. 320). Claro que só excepcionalmente, em casos-limite, poderão (e deverão) os tribunais lançar mão deste expediente, devendo para o efeito procurar apoio em opiniões sólidas (por ex., um consenso doutrinal sobre a imprestabilidade de uma regra inválida), além de que, em caso de dúvida, poderão, *ex officio*, solicitar esse apoio. De resto, nada do que fica dito pode ser interpretado como promovendo a desobediência civil, a anarquia dogmática e judicial, ou a desconsideração da lei como se de simples papel de jornal se tratasse, mas antes sim como um apelo à fiel e pensante lealdade do intérprete lá onde falhe a lei ao Direito.

Claro que o art. 8.º, 2, prescreve o imperativo *dura lex sed lex*, dispondo que “o dever de obediência à lei não pode ser afastado sob pretexto de ser injusto ou imoral o conteúdo do preceito legislativo.” Porém, este dever de obediência está sujeito ao controlo da razoabilidade do legislador na elaboração do preceito, que incumbe ao intérprete garantir no quadro de uma “interpretação das normas conforme os princípios”¹¹⁰. Poderá lançar mão, aqui, da interpretação ab-rogatória, por contrariedade da norma com o espírito do sistema. Isto não significa que o intérprete revogue a lei. Também não significa que a sua

¹¹⁰ Vide Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, cit., pp. 188 ss (“Nestes casos a norma não se refere, ainda que errada ou insuficientemente, aos seus pressupostos fundamentos sistemático-normativos, antes os afronta ou totalmente os pretere, separando-se por isso deles em termos mesmo de uma formal contradição. (...) Em qualquer dos casos verificar-se-ão decisões jurídicas concretas *contra legem*, mas não obstante *secundum ius*: contra os *critérios* jurídicos positivos fazem-se prevalecer os *fundamentos* normativos que aquelas deveriam ter respeitado” – pp. 191-2); F.J. Bronze, *Lições*, p. 588. Poderá questionar-se a legitimidade constitucional de o intérprete proceder a esta operação, i.e., o problema (constitucional) da legitimidade da decisão *contra legem* “contra a legitimidade prescritiva que sustenta a imperatividade da norma” (A. Castanheira Neves, *Metodologia*, cit., p. 193, referindo concordantemente Jörg Neuner, *Die Rechtsfindung contra legem*, 1992). Se se entender que a constituição é o referente último da actividade interpretativa, fornecendo o horizonte hermenêutico (neste sentido, J.J. Gomes Canotilho, *Constituição dirigente e vinculação do legislador (Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas)*, Coimbra Editora, Coimbra, 1982, pp. 277 ss, denunciando, aliás, a “«idolatria dos princípios»” como forma de “introdução de uma retórica fundamentalista e ontologizante no discurso constitucional” e não acolhendo por isso a “ideia dos «princípios» como um «justo superior»; ainda no sentido de que esse seria o pensamento de Manuel de Andrade, Gomes Canotilho, *Método de interpretação de normas constitucionais. Peregrinação constitucionalista em torno de um Prefácio de Manuel de Andrade à obra Interpretação e Aplicação das Leis de Francesco Ferrara*, BFD LXXVII, 2001, pp. 883 ss; contra a identificação da “expressão última da juridicidade... com a constitucionalidade”, por não ser o poder constituinte “titular ilimitado da axiologia transpositiva da consciência axiológico-jurídica”, A. Castanheira Neves, *Metodologia*, cit., 282; v. tb., por ex., *A redução política do pensamento metodológico-jurídico*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró*, II, BFDUC, Coimbra, 1993, pp. 393 ss), então seria necessário que os princípios convocados revestissem natureza constitucional. De todo o modo, a actual teoria da constituição favorece uma compreensão aberta e material da constitucionalidade, pelo que a actividade do intérprete da lei ordinária poderá acabar, afinal, por se traduzir numa fonte de princípios constitucionais (sobre a compreensão material e aberta da constituição vide J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 1998, pp. 1192 ss, sem abrir mão todavia de que a abertura dos princípios jurídico-constitucionais permite até... *os abusos e fraudes* à constituição” e refutando a teoria da ordem de valores pré, supra e transconstitucional, em favor da “rigidez da constituição como texto normativo-positivo”, que seria “a fonte dos topoi de concretização”, mediante o *afinamento* de uma *metódica constitucional* destinada a assegurar a “autonomia” constitucional através de uma *semiótica* constitucional alicerçada numa *gramática* e num *dicionário* constitucionais e por isso numa *semântica* constitucional - *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, cit., pp. 262, 267-8, 427 ss; v. também Ney de Barros Bello Filho, *Sistema constitucional aberto*, Del Rey, Belo Horizonte, 2003). Sobre o cânone da interpretação conforme à Constituição como requisito de validade da norma (mas já não como dispositivo de “branqueamento” de normas inconstitucionais - cf. A. Castanheira Neves, *Metodologia*, cit., p. 195 -, pois que “a «correção do direito incorrecto» não pode ir ao ponto de «criar direito legal» - J.J. Gomes Canotilho, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, cit., p. 295), v. tb. Larenz, *Metodologia*, cit., p. 418, oferecendo as seguintes linhas a propósito da decisão *contra-lemem*: “A aspiração a uma justiça do caso é assim um factor legítimo no processo de decisão judicial, conquanto que não induza o juiz a manipular a lei de acordo com as suas convicções. Como estímulo permanente para um exame sempre renovado, é imprescindível; como tentação contínua do juiz para sortear o Direito estatuído, para substituir as pautas legais pela sua ideia pessoal de justiça, é perigosa. As indicações metódicas ajudam pouco aqui; em caso de conflito, possível a qualquer momento, entre a fidelidade à lei, que lhe está preceituada, e a justiça do caso, por ele buscada, o juiz só em último termo pode decidir segundo a sua própria consciência. Se hoje o pêndulo se inclina muito claramente para o lado da justiça do caso, isto tem também relação com a perda de autoridade do legislador actual, que só raras vezes se ocupa o tempo necessário e faz o esforço de tornar a examinar cuidadosamente as suas formulações, e não raro omite em absoluto uma regulação, quando esta pode e deve esperar-se dele. Ambos os fenómenos são graves em larga medida. O Estado de Direito não pode renunciar, sobretudo nas complexas relações do nosso tempo, nem às leis bem pensadas, nem a uma magistratura que tome a sério a sua vinculação à lei e ao Direito. (...) Em princípio, o juiz vinculado à lei e ao Direito, não tem a faculdade de emitir uma resolução *contra legem*. Precisa, por isso, de razões especiais, baseados no todo de sentido da ordem jurídica, para estar justificada como excepção.” – pp. 421, 520).

posição convença o «auditório jurídico». Poderá tratar-se de uma decisão jurisprudencial que o tribunal de recurso não confirme. Ou então de uma opinião doutrinal que não encontre apoio em outros autores nem seja sufragada pelos tribunais.¹¹¹ Mas poderá dar-se o caso de a sua posição¹¹² convencer a doutrina e ser acolhida na jurisprudência, e em última instância o próprio legislador poderá acabar por revogar o preceito legislativo ou corrigir a sua formulação literal. Afinal, não “está escrito que ao mundo haja de vir grande mal (...) só por haver certa e comedida possibilidade de, pelo trâmite da interpretação, se emendarem os erros de quem legisla e se resistir aos desmandos e abusos do Poder.”¹¹³

6.4. Em razão destas regras metódicas da arte de bem interpretar toda a regra jurídica temos proposto alguns resultados interpretativos em áreas dogmáticas sobre as quais têm incidido os nossos estudos.¹¹⁴ Demos alguns exemplos.

Para começar, defendemos uma interpretação teleológica das regras da descompilação de programas de computador, de modo a atender ao imperativo da interoperabilidade que prosseguem. Neste sentido, defendemos por argumento de maioria de razão a licitude da descompilação de programas de computador para fins de correcção de erros e adaptação a necessidades específicas do utilizador, uma vez que permite formas previstas de funcionamento do programa.¹¹⁵ Além disso, sustentamos que o imperativo da interoperabilidade deve justificar a licitude da descompilação e utilização das informações

¹¹¹ Tanto mais quanto se atente na índole específica da actividade doutrinal, em que a “*construção e a sistematização* são [...] a parte mais científica da ciência do direito. A jurisprudência é talvez de todas as ciências culturais a ciência construtiva e sistematizadora por excelência. Queremos dizer com isto que o mundo *ideal* das construções e das sistemáticas é o seu mundo predilecto, semelhantemente ao dos números, das grandezas e suas relações, para os matemáticos.” Cabral de Moncada, *Filosofia*, II, cit., p. 71. Sobre o valor e sentido da doutrina como fonte de direito, vide Castanheira Neves, *Fontes do Direito*, cit., p. 112-3; F.J. Bronze, *Lições*, cit.; ver ainda, nomeadamente, J. Esser, *Grundsatz und Norm*, cit., pp. 307 ss, 314 ss; English, *Introdução*, cit., pp. 205 ss; Larenz, *Metodologia*, cit., pp. 239 s, Canaris, *Pensamento Sistemático*, cit., p. 172.

¹¹² Quando está em causa o acerto de uma lei, é frequente os Autores colocarem a questão apenas em termos de direito constituído e de direito constituendo, no sentido de que, apesar de não concordarem com a solução legal, também não propugnarem a sua não aplicação, em obediência ao brocardo *dura lex sed lex*. Limitam-se, por isso, a propor a sua alteração em sede própria, que é a legislativa. É uma via que privilegia a segurança e a certeza jurídicas, com todos os méritos que se lhe devem reconhecer. Todavia, nos casos-limite, decerto excepcionais, em que o desacerto da lei é de tal modo gritante deverá o jurista comprometido com o Direito clamar pela sua falha de vigência, decorrente da sua avessa natureza. Por outro lado, ao nível da decisão judicial (ou administrativa), parece que a teia processual protege o decisor contra a lei injusta, o que talvez constitua uma utilização justificada da tramitação processual. Em todo o caso, recomenda-se muita prudência, sendo pouca toda a cautela, uma vez que o que à primeira vista pode parecer desacertado, poderá surgir numa segunda leitura como perfeitamente justificado, uma vez considerados todos os relevantes interesses em causa. Nunca se deve esquecer, desde logo, que a lei está sujeita a um processo legislativo rigoroso e a diversos filtros de controlo, desde logo em matéria de constitucionalidade.

¹¹³ Manuel de Andrade, *Ensaio*, cit., p. 105, em nota.

¹¹⁴ Pois que: “Ao jurista dogmático (...) é legítimo admitir (...) que o Direito vigente (...) não permite uma solução satisfatória”, cabendo-lhe colocar “à disposição da prática critérios de solução”, Larenz, *Metodologia*, cit., p. 278.

¹¹⁵ Cfr. *Informática*, cit., § 55, pp. 779-780.

tecnológicas assim obtidas mesmo no caso de ser concedida protecção ao software pelo direito das patentes, pelo direito dos segredos ou pelo direito dos contratos.¹¹⁶

Depois, sustentamos a correcção da letra de vários preceitos do Código do Direito de Autor em consonância com o princípio fundamental do direito de autor (o princípio da autoria), elidindo a presunção do legislador razoável e ab-rogando do Código as hipóteses de o autor ser outrem que não o criador intelectual da obra (1), de o titular originário dos direitos ser outrem que não o autor *stricto sensu* (2), de o direito patrimonial de autor poder ser originariamente adquirido na esfera de terceiro e de o direito moral surgir, ao mesmo tempo, na esfera do criador (3), de o Direito de Autor poder nascer “amputado” de direitos morais (4).¹¹⁷

Por outro lado, consideramos que os fins de interesse geral que tradicionalmente norteiam os regimes de direito de autor não deveriam ser eclipsados pela nova legislação da propriedade digital, que parece converter a informação em mera mercadoria a explorar no mercado do comércio electrónico segundo uma lógica estrita de serviços de acesso condicional.¹¹⁸ Trata-se de considerar as leis ao nível das opções de política legislativa, que justamente confrontam novos instrumentos legislativos e a lógica que carregam com o tradicional espírito do sistema, e aferir das suas linhas de continuidade e/ou de ruptura^{119,120} Um outro exemplo colhe-se na interpretação que sustentamos da lei das

¹¹⁶ Cfr. *Informática*, cit., § 52, pp. 641 ss; *Idem*, *Patentes de Software: Sobre a Patenteabilidade dos Programas de Computador*, in *Direito Industrial*, FDUL/APDI, I, Coimbra, Almedina, 2001, pp. 385-429; *The Protection of Intellectual Property in the Legal Framework of Electronic Commerce and the Information Society*, BFD LXXVI, 2000, pp. 289-374; *Software: sentido e limites da sua apropriação jurídica*, in *Direito da Informática e da Internet*, Ordem dos Advogados, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, 73-136.

¹¹⁷ Cfr. *Informática*, cit., § 27, pp. 274; *Copyright e droit d'auteur – Recensão*, BFD LXXIV, 1998, p. 801-830; *Jornalismo e direito de autor*, BFD LXXIV, 1999, pp. 591 ss; *Study on the Conditions Applicable to Contracts Relating to Intellectual Property in the European Union*, Contributor, Final Report, Institute for Information Law, Amsterdam, The Netherlands, May 2002, pp. 103-118 (Portugal).

¹¹⁸ Cfr. *Internet, direito autor e acesso reservado*, in *As Telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação*, AA.VV., Actas do Colóquio organizado pelo IJC em 23 e 24 de Abril de 1998, Coord. A. Pinto Monteiro, IJC/FDUC, Coimbra, 1999, pp. 263-273; *Direitos de Autor, Códigos Tecnológicos e a Lei Milénio Digital*, BFD LXXV, 1999, pp. 475-521; *Informática*, cit., esp. §§ 38, 49, 53 e 54 e *passim*; *O Código do Direito de Autor e a Internet*, in www.verbojuridico.net; *Copyright Issues of Techno-Digital Property*, in *Intellectual Property in the Digital Age: Challenges for Asia*, IEEM Macau, 5/6 June 2000, IEEM Conference Series, C. Heath and A.K. Sanders (eds.), Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 2001, pp. 65-94; *Bases de dados de órgãos públicos: o problema do acesso e exploração da informação do sector público na sociedade da informação*, in *Direito da Sociedade da Informação*, APDI, III, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp. 243-294.

¹¹⁹ Daí que tenhamos levantado objecções aos agentes electrónicos que patrulham as redes e os computadores pessoais a elas ligados, passando em revista sem mandato judicial as suas memórias em busca de cópias privadas ilícitas, em nome de uma acção directa pretensamente justificada pela superioridade do interesse do titular de direitos de autor e conexos sobre a tutela da privacidade dos cidadãos aferida pelas molduras penais abstractas (cfr. *Instrumentos de busca, direitos exclusivos e concorrência desleal*, in *Direito da Sociedade da Informação*, III, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 232; *A Liberdade de Navegação na Internet*, in *Estudos de Direito da Comunicação*, IJC/FDUC, 2002, 227; *Problemas Actuais da Gestão do Direito de Autor: Gestão individual e gestão colectiva do direito de autor e dos direitos conexos na Sociedade da Informação*, in *Direito da Sociedade da Informação*, IV, APDI, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 433-453; *Direitos de autor, da Imprensa à Internet*, www.ciberscopio.net (Coimbra 2003). Também sobre uma questão extremamente delicada em matéria de processo penal, a saber o método concreto de determinação da competência do tribunal singular, veja-se o que defendemos, em vista do princípio da concordância prática, no nosso primigénio escrito jurídico *Método concreto e estrutura acusatória (O Juiz, o Ministério Público e o Princípio da “Legalidade Aberta”)*, in www.verbojuridico.net/doutrina/). Ainda com especial relevância no domínio do

topografias de produtos semicondutores, no sentido de operar uma actualização remissiva segundo um princípio de aproveitamento das leis, apelando-se, neste contexto, a uma “jurisprudência do razoável”.¹²¹

Finalmente, em matéria de direito dos contratos, em especial no que respeita a novas séries contratuais, em ordem a determinar o regime jurídico mais adequado, indagamos a função económico-social do patrocínio, e discorremos analogicamente para justificar a assimilação da franquia à empresa e a recondução das licenças de software (e outros negócios relativos a bens informáticos) a tipos contratuais legais.¹²² Além disso, perspectivando a questão da jurisdição na Internet a partir dos princípios que animam o problema da competência judiciária internacional¹²³ propomos o afastamento de uma interpretação meramente literal do Regulamento 44/2001 em matéria de liberdade de celebração de pactos atributivos de jurisdição nos contratos electrónicos de consumo, uma vez que a solução literal do Regulamento é susceptível de esvaziar de sentido o princípio da protecção da parte mais fraca, atentando assim contra o “espírito do sistema”¹²⁴ que

processo penal, no que respeita às escutas telefónicas, analisando a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, ver *Privacy and Phone-Tapping: The Price of Justice in the European Union*, in *Temas de Integração, Portugal, o Brasil e a Globalização - 500 Anos a Caminho do Futuro*, 10/11(2000/2001), Coimbra, Almedina, pp. 171-200.

¹²⁰ Um exemplo disto é também a aproximação dos dois ramos da propriedade intelectual, os direitos de autor e a propriedade industrial, resultante das novas criações tecnológicas, como o *software*, que analisámos em *Arte, tecnologia e propriedade intelectual*, ROA 2002, pp. 467 ss, *Da obra multimedia como objecto de direitos de propriedade intelectual: arte digital, programas de computador e bases de dados electrónicas*, in *Studia Iuridica*, Ad Honorem - 1, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, BFDUC, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 435-470; *Da internacionalização da propriedade intelectual: um olhar Europeu sobre o Acordo ADPIC/TRIPS*, Revista da ABPI, 73/2004, pp. 52-59; e desenvolvidamente em *Informática*, cit., *passim*. Além disso, pela importância que reconhecemos ao direito jurisprudencial, incluímos uma recolha alargada dos principais arestos na nossa colectânea da *Propriedade Intelectual: I. Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, Legislação Complementar e Jurisprudência, Direito Comunitário e Internacional*, 2002, II. *Código da Propriedade Industrial, Legislação Complementar e Jurisprudência, Direito Comunitário e Internacional*, 2003 (Textos Legislativos n.º 3 e 5, Coord. José de Faria Costa, Quarteto, Coimbra).

¹²¹ Cfr. *Circuitos integrados: protecção jurídica das topografias de produtos semicondutores*, *Direito Industrial*, vol. II, APDI, Almedina, 2002, pp. 331-2.

¹²² Cfr. *Da franquia de empresa (“franchising”)*, BFD LXXIII, 1997, pp. 251-278, *Contratos de patrocínio publicitário («sponsoring»)*, ROA 1998, I, pp. 317-335, *Programas de computador, sistemas informáticos e comunicações electrónicas: alguns aspectos jurídico-contratuais*, ROA 1999, pp. 915-1000, *Contratos de «software»*, in A. Pinto Monteiro, *Direito dos Contratos e da Publicidade* (Textos de apoio ao Curso de Direito da Comunicação no ano lectivo de 1995/1996), IJC/FDUC, polic., Coimbra 1996.

¹²³ Cfr. *A Jurisdição na Internet segundo o Regulamento 44/2001 (e as alternativas extrajudiciais e tecnológicas)*, in BFD LXXVII, 2001, pp. 633-687. Procurando também a conformidade das normas com o espírito das leis *vide* o que escrevemos relativamente à solução da directiva sobre o comércio electrónico em matéria de contratos negociados e celebrados exclusivamente por correio electrónico em *A protecção jurídica do consumidor no quadro da directiva sobre o comércio electrónico*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 2, CDC/FDUC, Coimbra, 2000, p. 110 ss, onde se sustenta também que o direito do consumo seja norteado por uma intenção de justiça protectora da parte mais fraca no processo económico, não obstante se reconhecer que se trata de um direito marcadamente económico, sujeito nessa medida às exigências de conformidade com o direito comunitário, ainda que subtraído a uma pura lógica de concorrência de criação de ambientes jurídicos mais favoráveis aos interesses do comércio (cfr. *Comércio electrónico na sociedade da informação: da segurança técnica à confiança jurídica*, Coimbra, Almedina, 1999), sem todavia dever ser completamente indiferente aos seus efeitos económicos, que por vezes sob a capa da protecção do consumidor escondem protecção económica (cfr. *Comércio electrónico e consumidor*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 6, CDC/FDUC, Coimbra, 2004).

¹²⁴ Procurando identificar os princípios reguladores do direito do comércio electrónico, que reflectem, enquanto “juízos sintéticos”, boa parte do espírito que anima este novo domínio do *corpus iuris*, *vide* o nosso

anima o Regulamento. Assim, de modo a corrigir um tal sentido interpretativo admitido pela letra do Regulamento, sustentamos que se deverá integrar essa cláusula derogatória com a parte final do preceito, integrada na terceira cláusula derogatória, que ressalva a possibilidade de a lei do Estado-Membro do domicílio do consumidor não permitir tais convenções.¹²⁵

Com estes exemplos pretendemos ilustrar como temos procedido à «mobilização» das regras de interpretação. Sem termos a pretensão de instituir um novo paradigma metódico, procuramos todavia trabalhar com um esquema interpretativo simples e acessível, embora complexo e delicado ao nível da sua concretização. Não nos ficamos pelo cânone metódico do legislador, ao menos segundo uma interpretação literal do mesmo, mas também não propomos a sua completa desconsideração ou ab-rogação. Pelo contrário, parece-nos que o *instrumentarium* do Código poderá servir como uma base útil de trabalho¹²⁶, uma vez compreendidos o sentido e valor dos seus preceitos, mormente enquanto *praxes procedimentais*.¹²⁷ Não são perfeitas as regras do Código sobre vigência, interpretação e aplicação das leis. Mas não deixam de ser um ponto de partida. *Cum granum salis* (q.b. por razões do coração...), diríamos, com English, para concluir: “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.”¹²⁸

Resumo: O valor que o Código Civil atribui à equidade, típico do positivismo legalista, contrasta com a importância que os filósofos e metodólogos conimbricenses do Direito lhe reconhecem. Remontando à Antiguidade e à Idade Média, este trabalho propõe-se contribuir para a reabilitação da equidade enquanto padrão da justiça do caso concreto, apoiando-a na racionalidade analógica da

Princípios do comércio electrónico, in *Miscelâneas*, n.º 3, IDET, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 75-112 (com a ressalva de que a formulação destes princípios, norteadada sobretudo por razões de ordem pedagógica e expositiva, não deve ser entendida em termos de exclusividade, ora porque boa parte destes princípios não são exclusivos do comércio electrónico, ora porque não excluem a formação e/ou elaboração de outros princípios do comércio electrónico). Por outro lado, em *Business Law: A Code Study (The Commercial Code of Macau)*, Coimbra, 2004, p. 3 (em nota), destacámos a importância dos princípios que animam o Código Comercial de Macau, em vista da sua importância enquanto linhas de orientação interpretativa e fundamentos de integração de lacunas.

¹²⁵ Cfr. *Os pactos atributivos de jurisdição nos contratos electrónicos de consumo*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 3, CDC/FDUC, Coimbra, 2001, pp. 281-300.

¹²⁶ Cfr. F.J. Bronze, *Lições*, cit., p. 829 (“uma norma como a do art. 9.º do CC não é, decerto, equiparável a qualquer outra que vinculativamente decida uma particular controvérsia jurídico-dogmática; mas também não pode (des-)qualificar como uma completa inutilidade.”). Isto não significa que as tais “regras” não possam ser aperfeiçoadas. De resto, numa eventual revisão do Código faria todo o sentido, *inter alia*, acabar com o preceito relativo à decisão segundo a equidade. A menos que se queira, pelo menos no plano formal da lei, insistir no há muito superado binómio *ius/aequitas*, continuando a lei a adoptar os frutos da equidade e do intérprete, embora não os reconhecendo como seus legítimos progenitores, em benefício de um suposto Direito Natural e da boa-fé, já apelidada de “Mädchen für alles”. Mas com isso não estará o legislador a fazer *ius* à presunção de que beneficia, salvo melhor opinião.

¹²⁷ No sentido de que se trata de meros “*critérios metodológicos*”, com a validade que a crítica racionalidade metodológica lhes reconhecer”, A. Castanheira Neves, *Metodologia*, cit., pp. 260, 275.

¹²⁸ *Introdução*, cit., p. 18 (itálico nosso).

filosofia prática. Em *post-scriptum* versa-se sobre a arte de bem interpretar toda a regra jurídica, questionando a prestabilidade do cânone metódico do Código Civil.