

KARL LARENZ

METODOLOGIA DA CIÊNCIA DO DIREITO

3. a edição

*Tradução de
José Lamego*

Tradução
do original alemão intitulado:
«METHODENLEHRE DER RECHTSWISSENSCHAFT.
KARL LARENZ
6.ª edição, reformulada, 1991
© Springer-Verlag Berlin Heidelberg

Aos meus interlocutores de muitos anos
*Claus-Wilhelm Canaris, Joachim Hruschka,
Detlef Leenen, Jürgen Prolss*

Reservados todos os direitos de harmonia com a lei
Edição da
FUNDAÇÃO CALOUSTE GULBENKIAN
Av. de Berna I Lisboa
1997

ÍNDICE GERAL

| | |
|-------------------------------|-----|
| LISTADAS ABREVIATURAS | XV |
| PREFÁCIO À 6.ª EDIÇÃO | XIX |
| DO PREFÁCIO À 1.ª EDIÇÃO..... | XXI |
| INTRODUÇÃO | 1 |

I - PARTE HISTÓRICO-CRÍTICA

TEORIA DO DIREITO E METODOLOGIA NA ALEMANHA DESDE SAVIGNY

Capítulo I

| | |
|--------------------------|---|
| A METODOLOGIA DE SAVIGNY | 9 |
|--------------------------|---|

Capítulo II

| | |
|---|----|
| A «JURISPRUDÊNCIA DOS CONCEITOS» DO SÉCULO XIX | 21 |
| 1. A «genealogia dos conceitos» de PUCHTA | 21 |
| 2. O «método histórico-natural» do JHERING da primeira fase | 29 |
| 3. O positivismo legal racionalista de WINDSCHEID | 34 |
| 4. A teoria «objectivista» da interpretação..... | 39 |

Capítulo III

| | |
|--|----|
| A TEORIA E METODOLOGIA JURÍDICAS SOB A INFLUÊNCIA DO CONCEITO POSITIVISTA DE CIÊNCIA | 45 |
| 1. A teoria psicológica do Direito de BIERLING | 49 |
| 2. A passagem de JHERING a uma Jurisprudência pragmática | 55 |

| | |
|--|-----|
| 3. A primeira fase da «Jurisprudência dos interesses» | 63 |
| 4. A passagem ao voluntarismo com o Movimento do Direito Livre | 77 |
| 5. A viragem para a sociologia do Direito | 83 |
| 6. A «teoria pura do Direito» de KELSEN | 91 |
| 7. O «positivismo jurídico institucionalista» de OTA WEIN-BERGER | 109 |

Capítulo IV

| | |
|---|-----|
| O ABANDONO DO POSITIVISMO NA FILOSOFIA DO DIREITO NA PRIMEIRA METADE DO SÉCULO XX | 113 |
| I. A «Teoria da Ciéncia do Direito» de STAMMLER e a sua doutrina do «Direito justo» | 115 |
| 2. Neokantismo «sudocidental alemão» e teoria dos valores | 125 |
| 3. Idealismo objectivo e dialéctica | 138 |
| 4. A teoria fenomenológica do Direito | 151 |

Capítulo V

| | |
|---|-----|
| A DISCUSSÃO METODOLÓGICA ACTUAL | 163 |
| I. Da «Jurisprudência dos interesses» à <Jurisprudência de valoração> | 163 |
| 2. A questão dos critérios de valoração supralegais | 172 |
| 3. Conteúdo da norma e estrutura da realidade | 182 |
| 4. A busca da solução justa do caso concreto | 190 |
| 5. Tópica e procedimento argumentativo | 201 |
| 6. Vinculação à lei e modelo subsuntivo | 215 |
| 7. Sobre a questão do sistema | 230 |
| 8. Sobre a discussão jusfilosófica relativa à justiça | 241 |

II - PARTE SISTEMÁTICA**Capítulo I**

| | |
|--|-----|
| INTRODUÇÃO: CARACTERIZAÇÃO GERAL DA JURISPRUDÊNCIA | 261 |
| I. Os modos de manifestação do Direito e as ciéncias correspondentes | 261 |

| | |
|---|-----|
| 2. A Jurisprudência como ciéncia normativa. A linguagem dos enunciados normativos | 270 |
| 3. A Jurisprudência como ciéncia «compreensiva» | 282 |
| a) Compreender mediante o interpretar | 282 |
| b) A «estrutura circular» do compreender e a importância da «pré-compreensão» | 285 |
| c) Interpretação e aplicação das normas como processo dialéctico | 293 |
| 4. O pensamento orientado a valores na Jurisprudência.... | 297 |
| a) O pensamento orientado a valores no âmbito da aplicação do Direito | 300 |
| b) O pensamento orientado a valores no âmbito da dogmática jurídica | 312 |
| c) Acerca das teses de NIKLAS LUHMANN sobre a dogmática jurídica | 320 |
| 5. A importância da Jurisprudência para a actividade jurídica prática | 326 |
| 6. O contributo cognoscitivo da Jurisprudência.. | 333 |
| 7. A metodologia como auto-reflexão hermenêutica da Jurisprudência | 339 |

Capítulo II

| | |
|---|-----|
| A DOUTRINA DA PROPOSIÇÃO JURÍDICA | 349 |
| I. A estrutura lógica da proposição jurídica | 349 |
| a) As partes integrantes da proposição jurídica (completa) | 349 |
| b) A proposição jurídica como proposição dispositiva. Crítica da teoria imperativista | 353 |
| 2. Proposições jurídicas incompletas | 359 |
| a) Proposições jurídicas aclaratórias | 360 |
| b) Proposições jurídicas restritivas | 362 |
| c) Proposições jurídicas remissivas | 364 |
| ti) Ficções legais como remissões | 366 |
| 3. A proposição jurídica como elemento de uma regulação | 370 |
| 4. Confluência (concurso) de várias proposições jurídicas ou regulações | 372 |

| | |
|---|-----|
| 5. O esquema lógico da aplicação da lei | 379 |
| a) O silogismo de determinação da consequência jurídica | 380 |
| b) A obtenção da premissa menor: o carácter meramente limitado da «subsunção» | 383 |
| c) A derivação da consequência jurídica por intermédio da conclusão | 387 |

Capítulo III

| | |
|--|-----|
| A CONFORMAÇÃO E APRECIAÇÃO JURÍDICA DA SITUAÇÃO DE FACTO | 391 |
| 1. A situação de facto como acontecimento e como enunciado | 391 |
| 2. A selecção das proposições jurídicas pertinentes à conformação da situação de facto | 396 |
| 3. As apreciações requeridas | 399 |
| a) Juízos baseados na percepção | 399 |
| b) Juízos baseados na interpretação da conduta humana | 401 |
| c) Outros juízos proporcionados pela experiência social | 402 |
| d) Juízos de valor | 406 |
| e) A irredutível margem de livre apreciação por parte do juiz | 413 |
| 4. A interpretação das declarações jurídico-negociais | 419 |
| a) As declarações jurídico-negociais como arranjos de consequências jurídicas | 419 |
| b) Sobre a interpretação dos negócios jurídicos | 421 |
| c) Sobre a classificação dos contratos obrigacionais em tipos contratuais legais | 424 |
| 5. A situação de facto verificada | 429 |
| a) Sobre a comprovação dos factos no processo | 429 |
| b) A distinção entre a «questão de facto» e a «questão de direito» | 433 |

Capítulo IV

| | |
|--|-----|
| A INTERPRETAÇÃO DAS LEIS | 439 |
| 1. A missão da interpretação | 439 |
| a) A função da interpretação no processo de aplicação da lei | 439 |
| b) O escopo da interpretação: vontade do legislador ou sentido normativo da lei? | 445 |

| | |
|---|-----|
| 2. Os critérios da interpretação | 450 |
| a) O sentido literal | 450 |
| b) O contexto significativo da lei | 457 |
| c) Intenção reguladora, fins e ideias normativas do legislador histórico | 462 |
| d) Critérios teleológico-objectivos | 469 |
| e) O preceito de interpretação conforme à Constituição | 479 |
| f) A inter-relação dos critérios de interpretação | 484 |
| g) Comparação da interpretação da lei com a interpretação dos negócios jurídicos | 490 |
| 3. A interpretação de factores conformadores | 491 |
| a) A aspiração a uma resolução justa do caso | 491 |
| b) A alteração da situação normativa | 495 |
| 4. Problemas especiais da interpretação | 500 |
| a) Interpretação «estrita» e «ampla»; a interpretação de «disposições excepcionais» | 500 |
| b) Sobre a interpretação do Direito consuetudinário e dos precedentes | 504 |
| c) Sobre a interpretação da Constituição | 510 |

Capítulo V

| | |
|---|-----|
| MÉTODOS DE DESENVOLVIMENTO JUDICIAL DO DIREITO | 519 |
| 1. O desenvolvimento judicial do Direito como continuação da interpretação | 519 |
| 2. A integração das lacunas da lei (desenvolvimento do Direito imanente à lei) | 524 |
| a) Conceito e espécies de lacunas da lei | 524 |
| b) A integração de lacunas «patentes», em especial por analogia | 540 |
| c) A integração de lacunas «ocultas», em especial por redução teleológica | 555 |
| d) Outros casos de correção teleologicamente fundamentada do texto legal | 564 |
| e) Constatatação de lacunas e integração de lacunas | 569 |
| f) A integração de lacunas como contributo de conhecimento criativo | 572 |
| 3. A solução de colisões de princípios e normas mediante a «ponderação de bens» | 574 |
| 4. Desenvolvimento do Direito para além do plano da lei (desenvolvimento do Direito superador da lei) | 588 |

| | |
|--|-----|
| a) Desenvolvimento do Direito de acordo com as necessidades do comércio jurídico | 588 |
| b) Desenvolvimento do Direito de acordo com a «natureza das coisas» | 593 |
| c) Desenvolvimento do Direito de acordo com um princípio ético-jurídico | 599 |
| d) Limites do desenvolvimento do Direito superador da lei | 606 |
| 5. O significado dos «precedentes» para a constituição do «Direito judicial» | 610 |

LISTA DAS ABREVIATURAS

Capítulo VI

A FORMAÇÃO DO CONCEITO E DO SISTEMA NA JURIS-PRUDÊNCIA

| | |
|--|-----|
| 1. O sistema «externo» ou conceptual-abstracto | 621 |
| a) Tarefa e possibilidades da formação jurídica do sistema | 621 |
| b) O conceito abstracto e o sistema «externo» por seu intermédio articulado | 621 |
| c) A «construção» jurídica como instrumento de sistematização | 624 |
| d) As teorias jurídicas e a sua corroboração | 627 |
| e) A tendência inherente ao pensamento abstractor para o esvaziamento de sentido | 638 |
| f) Excuso: A distinção de Hegel entre conceito abstracto e conceito concreto | 644 |
| 2. Tipos e séries de tipos | 650 |
| a) O «tipo» como forma de pensamento em geral | 655 |
| b) A importância do tipo na ciência do Direito | 660 |
| c) A apreensão do tipo jurídico-estrutural | 664 |
| d) A importância dos tipos jurídico-estruturais para a formação do sistema (séries de tipos) | 667 |
| 3. O sistema «interno» | 674 |
| a) A importância dos princípios jurídicos para a formação do sistema | 674 |
| b) Conceitos jurídicos determinados pela função, | 686 |
| c) O carácter «aberto» e fragmentário do sistema «interno» | 693 |

NÓTULA DO TRADUTOR: «Um filho do seu tempo»

PANORAMA BIBLIOGRÁFICO GERAL

ÍNDICE DE ASSUNTOS

| | |
|--------|--|
| AcP | Archiv für die civilistische Praxis (publica-se desde 1818; sai seis vezes por ano). (<i>N. do T.</i>). |
| AG | Aktiengesellschaft [sociedade anónima]. |
| ALR | Allgemeines Landrecht de 1794. |
| ArchôR | Archiv für öffentliches Recht (antiga série, 1. 1-39, 1885-1920; nova série a partir de 1921; a periodicidade é trimestral). (<i>N. do T.</i>). |
| ARSP | Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie (fundado em 1907 por Josef Kohler e Fritz Berolzheimer; a sua publicação foi retomada em 1949 por Rudolf Laun e Theodor Viehweg; saem 4 números por ano). (<i>N. do T.</i>). |
| BAG | Bundesarbeitsgericht (também Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts) [Tribunal Federal do Trabalho; também: Acórdãos do Tribunal Federal do Trabalho]. |
| BFH | Bundesfinanzhof (também Entscheidungen des Bundesfinanzhofs) [Tribunal Federal de Finanças; também: Acórdãos do Tribunal Federal de Finanças]. |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch [Código Civil]. |
| BGH | Bundesgerichtshof [Supremo Tribunal Federal]. |
| BGHSt | Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen [Acórdão do Supremo Tribunal Federal em matéria penal]. |
| BGHZ | Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen [Acórdão do Supremo Tribunal Federal em matéria cível]. |
| BSG | Bundessozialgericht (também: Entscheidungen des Bundessozialgerichts) [Tribunal Social Federal; também: Acórdãos do Tribunal Social Federal]. |
| BStBl. | Bundessteuerblatt (publica-se desde 1951; edição do Ministério Federal das Finanças, Bona). (<i>N. do T.</i>). |

| | |
|------------|--|
| BVerfG | Bundesverfassungsgericht [Tribunal Constitucional Federal]. |
| BVerfGE | Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts [Acórdãos do Tribunal Constitucional Federal]. |
| BVerwG | Bundesverwaltungsgericht [Supremo Tribunal Administrativo Federal]. |
| DJZ | Deutsche Juristen-Zeitung (fundado por Laband, Stenglein, Staüb e Liebmann; publicou-se de 1896 a 1939). (<i>N. do T.</i>). |
| DRiZ | Deutsche Richterzeitung (publica-se desde 1909; periodicidade mensal). (<i>N. do T.</i>). |
| DVerwBI. | Deutsches Verwaltungsblatt (publica-se desde 1948-49; periodicidade bimensal). (<i>N. do T.</i>). |
| DRWiss. | Deutsche Rechtswissenschaft. |
| EGBGB | Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch [Lei de introdução ao Código Civil]. |
| FarnRZ | Ehe und Familie (Zeitschrift für Familienrecht) (publica-se desde 1954; periodicidade mensal). |
| G | Gesetz [Lei]. |
| GG | Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland [Lei Fundamental da República Federal da Alemanha]. |
| GmbH | Gesellschaft mit beschränkter Haftung [Sociedade por quotas]. |
| GoltdArch. | Goltdammers Archiv für Strafrecht. |
| GVG | Gerichtsverfassungsgesetz [Lei de Organização Judiciária]. |
| HaftpfLG | Reichshaftpflichtgesetz de 7.6.1871. |
| HGB | Handelsgesetzbuch [Código Comercial]. |
| JbRSozRTh | Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechts-theorie (o 1. ⁰ volume surgiu em 1970; periodicidade anual). (<i>N. do T.</i>). |
| JherJb. | Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts (continuação dos Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen Römischen und deutschen Privatrechts, fundados por Rudolf Jhering: 1.0 vol., Jena, 1857; periodicidade anual). (<i>N. do T.</i>). |
| JGG | Jugendgerichtsgesetz de 4.8.1953 [Lei dos Tribunais de Menores]. |
| JuS | Juristische Schulung (revista) (publica-se desde 1961; periodicidade mensal). (<i>N. do T.</i>). |
| JZ | Juristenzeitung (é a continuação de Deutsche Rechtszeitschrift (1946-1950) e de Süddeutsche Juristen-Zeitung (1946-1950); periodicidade bimensal). (<i>N. do T.</i>). |

| | |
|------------------|---|
| KG | Kommanditgesellschaft [sociedade em comandita]. |
| LAG | Gesetz über den Lastenausgleich de 14.8.1952. |
| LeipZ | Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht. |
| LG | Landgericht [Tribunal regional]. |
| LindMöhr (LM) | Nachschlagwerk des Bundesgerichtshofs, editado por Lindenmaier e Möhring (publica-se desde 1951). (<i>N. do T.</i>). |
| LitUrhG | Gesetz, betr. das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst de 19.6.1901 [Lei sobre direitos de autor relativos a obras literárias e musicais]. |
| MDR | Monatsschrift für Deutsches Recht (publica-se desde 1947; periodicidade mensal). (<i>N. do T.</i>). |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift (publica-se desde 1947-48; hebdomadário). (<i>N. do T.</i>). |
| OHG | Offene Handelsgesellschaft [sociedade comercial aberta]; (equivalente à nossa sociedade em nome colectivo). (<i>N. do T.</i>). |
| OJZ | Osterreichische Juristen-Zeitung. |
| OLG | Oberlandesgericht [Supremo Tribunal estadual]. |
| OVG | Obervorwaltungsgericht [Supremo Tribunal Administrativo estadual]. |
| RdA | Recht der Arbeit (publica-se desde 1947; saem 6 números por ano). (<i>N. do T.</i>). |
| Rdz. | Randziffer [número de margem de página]. |
| RG | Reichsgericht [Tribunal do Reich]. |
| RGZ | Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen [Acórdãos do Tribunal do Reich em matéria cível]. |
| RTh | Revista «Rechtstheorie» (publica-se desde 1970; saem 4 números por ano). (<i>N. do T.</i>). |
| SavZKanA | Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Kanonistische Abteilung (publicação iniciada em 1911). (<i>N. do T.</i>). |
| SavZRomA | Zeitschrift der Savigny-Siftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung (publicação iniciada em 1880). (<i>N. do T.</i>). |
| SeuffA | Seufferts Archiv für Entscheidungen. |
| SJZ | Süddeutsche Juristenzeitung (publicou-se de 1946 a 1950; deu origem ao Juristenzeitung). (<i>N. do T.</i>). |
| StGB | Strafgesetzbuch de 15.5.1871 [Código Penal]. |
| StVG | Straßenverkehrsgesetz de 19.2.1952 [Código da Estrada]. |
| Ufita | Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht (publica-se desde 1928). (<i>N. do T.</i>). |

- ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch [Código Civil suíço].
ZHR Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht (publica-se desde 1858 - do vol. 1 ao vol. 60, sob o título Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht; do vol. 61 ao vol. 123, sob o título Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkurrenzrecht; posteriormente, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht; periodicidade bimestral).
(N. do T.).
- ZPO Zivilprozeßordnung [Código de Processo Civil].
ZZP Zeitschrift für Zivilprozeß (saem 4 números por ano).
(N. do T.).

PREFÁCIO À SEXTA EDIÇÃO

A concepção de base apresentada neste livro manteve-se inalterada. A exposição foi clarificada ou complementada nalgumas passagens, e, por vezes, também ligeiramente encurtada. Procurei proporcionar o contacto com a literatura surgida desde a última edição, sempre que tal considerei necessário.

Em anexo à exposição da «Teoria Pura do Direito» de HANS KELSEN, no capítulo 3 da Parte I, fiz uma breve incursão na doutrina mais recente de OTA WEINBERGER, que reformulou a de KELSEN em termos que não podem deixar de ser considerados Como substanciais.

Olching bei München, Janeiro de 1991

KARL LARENZ

DO PREFÁCIO À PRIMEIRA EDIÇÃO

O título deste livro carece de uma restrição em vários sentidos. O seu objecto é a ciência «dogmática» do Direito, incluindo a apreciação judicial de casos; não são os métodos da história do Direito, da sociologia do Direito e do Direito comparado. Além disso, por «ciência do Direito» entende-se aqui apenas um determinado tipo de ciência do Direito - aquele que se nos oferece na ciência jurídica alemã da nossa época. Trata-se de uma ciência jurídica que se orienta principalmente pela lei (ou, se se preferir, pela «proposição jurídica») e não pelos casos já decididos; nem este carácter se pode considerar modificado pelo facto de a apreciação judicial do caso ter hoje entre nós um estatuto diferente do que teve outrora. Ela aparece-nos com efeito, na actualidade, já não como uma mera «subsunção», mas como um processo intelectual multímodo, cujo resultado se repercuta no conteúdo da própria proposição jurídica. Disso se tratará em pormenor nas páginas deste livro. Finalmente, a análise dos métodos que aqui se faz reporta-se predominantemente, ainda que não em exclusivo, ao Direito Civil. O que é naturalmente uma consequência da especialização do autor, mas não deixa de ter um alcance substancial: pois julgo não errar afirmendo que o movimento metodológico tem hoje a sua maior intensidade no campo do Direito Civil. Isto resulta, por um lado, da circunstância de o «positivismo» ter resistido durante mais tempo no campo do Direito Civil do que outros campos; e, por outro lado, de um contacto mais íntimo com os métodos do «Direito do caso», no pós-guerra. A necessidade de esclarecimento metodológico é por isso particularmente instante no Direito Civil.

A metodologia de uma ciência é a sua reflexão sobre a própria actividade. Ela não pretende somente, porém, descrever os métodos

aplicados na ciência, mas também compreendê-los, isto é, conhecer a sua necessidade, a sua justificação e os seus limites. A necessidade e a justificação de um método decorre do significado, da especificidade estrutural do objecto que por meio dele deve ser elucidado. Não se pode portanto tratar da ciência do Direito sem simultaneamente tratar também do próprio Direito. Toda e qualquer metodologia do Direito se funda numa teoria do Direito, ou quando menos implica-a. Ela exibe necessariamente um duplo rosto - um que está voltado para a dogmática jurídica e para a aplicação prática dos seus métodos, outro que se volta para a teoria do Direito e assim, em última análise, para a filosofia do Direito. Nesta dupla direcção reside a dificuldade da metodologia, mas também o seu particular encanto.

O estado actual dos problemas da metodologia jurídica só pode ser plenamente compreendido por quem conheça a evolução da teoria e da metodologia do Direito nos últimos 150 anos. Preocupei-me por isso em expor esta evolução numa parte «Histórico-Crítica». Não trará ela grandes novidades a muitos; mas não achei conveniente, apesar de o ter ponderado repetidamente, relegar esta parte para as notas de pé de página ou para um apêndice. Na versão presente, ela realiza uma dupla finalidade: liberta a Parte Sistemática de discussões que seriam de outro modo inevitáveis, e oferece a quem esteja ainda pouco familiarizado com a problemática - e portanto antes do mais ao estudante - uma via de acesso mais fácil. A leitura deste livro requer capacidade e disponibilidade para acompanhar por conta própria argumentos nem sempre simples. Não exige no entanto conhecimentos especiais, para além daqueles que qualquer estudante de Direito já adquiriu a meio do seu curso.

Munique, Agosto de 1960

KARL LARENZ

INTRODUÇÃO

Cada ciência lança mão de determinados métodos, modos de proceder, no sentido da obtenção de respostas às questões por ela suscitadas. Quais são os métodos a que recorre a ciência do Direito? Por «ciência do Direito» entende-se neste livro aquela ciência que se confronta com a solução de questões jurídicas no contexto e com base em um ordenamento jurídico determinado, historicamente constituído, ou seja, a tradicionalmente denominada Jurisprudência. Ao Direito reportam-se também outras ciências, como a história do Direito e a sociologia do Direito. Compreende-se que a história do Direito recorra aos métodos da história e a sociologia do Direito aos métodos sociológicos. Mas o que é que ocorre relativamente à ciência do Direito em sentido estrito, ou seja, à Jurisprudência?

Tempo houve, e não está ainda muito distante, em que aos olhos dos juristas não era problemática a questão de que dispunham de métodos quer de solução de casos jurídicos quer de tratamento do Direito vigente no seu conjunto que se ficavam aquém das exigências colocadas pelas outras ciências. Hoje não é assim. Fala-se de «perdas de certeza no pensamento jurídico»⁽¹⁾, considera-se a opção metódica como arbitrária, propende-se a aceitar como satisfatórias não já as soluções reconhecidamente adequadas mas apenas «plausíveis» ou «susceptíveis de consenso», ou remetem-se os juristas para as ciências sociais como as únicas donde poderiam esperar

(I) De acordo com o título do escrito de G. HAVERKATE dado à estampa em 1977*.

* GORG HAVERKATE, *Gewi3heitsverluste imjuristischen Denken: Zur politischen Funktion der juristischen Methode*, Berlim, 1977. [N. do T.].

conhecimentos relevantes. A isso subjaz a constatação de que na apreciação jurídica - *v.g.*, considerar determinado comportamento como «negligente» - se insinuam sempre e permanentemente valorações. Mesmo onde o juiz acolhe ou rejeita um raciocínio analógico, «pondera» bens ou interesses em confronto com outros bens ou interesses ou toma em conta novas cambiantes, uma alteração das relações da vida - o que faz hoje com muito maior frequência que anteriormente -, ainda aí e sempre subjazem valorações. Mas é comummente reconhecido que os juízos de valor não são susceptíveis de confirmação científica, pois que se não fundam em percepções, como os juízos sobre factos, que são susceptíveis de corroboração através da observação e da experimentação, e assim apenas possibilitam conferir expressão à convicção pessoal de quem emite o juízo. Nem um procedimento dedutivo logicamente correcto garante resultados intrinsecamente adequados, quando na cadeia dedutiva se introduzem premissas assentes em valorações. Para além disso, surge o afastamento da posição largamente dominante de que o Direito seria quando não exclusivamente, pelo menos preponderantemente, identificável na lei. Enquanto era esta a opinião corrente, o jurista podia contentar-se com os métodos da interpretação da lei, da aplicação da lei («adequadamente» interpretada) ao caso singular e finalmente com a conformação e aplicação de conceitos extraídos do material que se apresentava. Hoje sabemos que a maior parte das leis sofrem a sua configuração definitiva, e deste modo a sua susceptibilidade de aplicação aos casos singulares, apenas mediante a concretização no processo contínuo da actividade jurisprudencial, e que muitas proposições jurídicas encontraram acolhimento do Direito vigente através da actividade jurisprudencial. A heurística do Direito não se esgota de modo algum na aplicação da lei. A metodologia jurídica tem de ter em conta estas ideias.

Isto não significa, contudo, que o procedimento metódico seja prescindível por parte dos juristas, nem tão-pouco que os métodos até aqui utilizados se revelam globalmente imprestáveis⁽²⁾. As leis continuam a desempenhar na nossa vida jurídica, tal como dantes, um enorme papel: os juízes estão obrigados a elas recorrer

⁽²⁾ Sobre a imprescindibilidade do pensamento jurídico metodológico e os seus limites, cf., acertadamente, BYDLINSKI, in: AcP 1988, pág. 447 e segs.

sempre que se adequem a uma situação de facto. De outro modo deixariam as leis de ser «coagentes» e falhariam a sua tarefa de direcção no seio da comunidade. Carecem assim e sempre de interpretação, e visto que esta deve convalidar o que o legislador (de modo racional, com consideração do escopo da regulação e das relações reguladas) pretendeu dizer (dispor), não pode o intérprete aqui proceder de modo arbitrário ou discricionário. As decisões judiciais, mesmo quando nelas se plasmam juízos de valor, não podem aceitar-se às cegas; requerem confirmação, no sentido de verificar se são compatíveis com outras decisões e princípios jurídicos reconhecidos, se são «materialmente adequadas». O que é de todo impossível sem a observância de determinadas exigências metódicas. No que diz respeito às valorações, mas também à interpretação e frequente exigência de esclarecimento da conduta humana (seja uma declaração de vontade, um assentimento, uma renúncia), um conceito de ciência que admitisse como «adequados» apenas os enunciados produzidos no âmbito da lógica ou da matemática ou dos factos constatados pela experiência revelar-se-ia excessivamente redutor, não só relativamente à ciência do Direito, mas também face às outras ciências do espírito, que igualmente tratam da interpretação e análise da conduta humana. Neste livro deverá ficar patente que a ciência do Direito desenvolve por si métodos de um pensamento «orientado a valores», que permitem complementar valorações previamente dadas, vertê-las no caso singular e orientar a valoração que de cada vez é exigida, pelo menos em determinados limites, a tais valorações previamente achadas. Nesta medida são as valorações susceptíveis de confirmação e passíveis de uma crítica racional. Há no entanto que afastar a ideia de que os resultados obtidos por essa via poderiam alcançar o mesmo grau de segurança e precisão de uma dedução matemática ou de uma medição empreendida de modo rigorosamente exacto. Tratar-se-ia ainda e todavia de ciência, de uma actividade planificada e dirigida à obtenção de conhecimentos. É que em vez de tentar inadvertidamente compatibilizar com a ciência do Direito um conceito (estrito) de ciência rigorosamente adequado a outras ciências e denegar à ciência do Direito a capacidade de obtenção de conhecimentos, pois que não satisfaz os requisitos de tal con-

ceito, dever-se-ia «procurar determinar a especificidade da Jurisprudência tomando o Direito como ponto de partida»⁽³⁾.

Determinar a especificidade da Jurisprudência, dos métodos e modos de pensamento nela utilizados, a partir da especificidade do Direito exige um conhecimento mais aproximado do seu objecto. É com efeito fácil demonstrar que qualquer metodologia jurídica depende da concepção de Direito que lhe subjaz. O «Direito» é um objecto por demais complexo; a ele reportam-se não só as distintas ciências particulares como também a filosofia. A metodologia jurídica não pode existir sem a filosofia do Direito. Não pode, por exemplo, responder à questão de se deverá o juiz contentar-se com uma «correcta» (independentemente do que por tal se entenda) aplicação das normas previamente dadas ou procurar, para além delas, uma solução do litígio «justa» - e em que é que poderemos reconhecer se uma decisão é «justa». E como em todo o caso a Jurisprudência trata também da compreensão de textos - leis, decisões jurídicas, assim como de contratos e declarações negociais de privados - por maioria de razão reveste-se a hermenêutica, a doutrina da compreensão, relativamente a esse domínio da actividade do jurista, da maior importância, quando não de um alcance por si só decisivo. Por outro lado, modos de pensamento que se manifestam nas actividades dos juristas só são susceptíveis de ser apreendidos na condição de se lhes seguir, por assim dizer, continuamente o rasto. Somente através dos exemplos que se oferecem a partir da actividade decisória judicial e da dogmática jurídica se tornam os enunciados de uma metodologia jurídica completamente comprehensíveis, comprováveis e úteis para a prática dos juristas. O autor é assim compelido a conduzir o leitor frequentemente a diferentes campos, de modo alternado, o que requer alguma paciência. Do leitor não se espera somente um registo passivo, mas um pensar em conjunto relativamente às questões.

⁽³⁾ Nestes ténhos - em relação com a sua crítica à teoria do Direito de HANS KELSEN -, FRIEDRICH MÜLLER, *Normstruktur und Normativität*, 1966, pág. 19. E também, GOING, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 4.ª ed., pág. 103, sustenta que é «falso pretender que fora do conhecimento dedutivo e do procedimento experimental não é possível qualquer conhecimento e que para além das suas fronteiras começaria o âmbito das opiniões subjectivas arbitrárias».

Algumas palavras mais acerca da Parte Histórica. Teria sido pensável começar a exposição apenas no capítulo V da Parte I, com a panorâmica da situação actual da doutrina. A quem estiver ainda escassamente familiarizado com tal problemática poderá mesmo aconselhar-se a começar com a leitura desse capítulo. Só que para uma compreensão completa da problemática necessita-se do recurso à história do pensamento dos últimos 150 anos. Nomes como SAVIGNY, JHERING e HECK, mas também OSKAR BÜLOW e EUGEN EHRLICH, KELSEN, BINDER e RADBRUCH são expoentes de posições que, as mais das vezes com ligeiras alterações, gozam ainda hoje de largo curso. Na diversidade de todas estas posições pode descortinar-se uma identidade de problemática. Tal problemática gravita em torno de conceitos como os de validade e positividade do Direito, de normatividade e determinação ontológica do Direito, de participação das actividades legislativas e jurisprudencial bem como da doutrina na conformação do Direito, do conceito de ciência. Bem entendido, que se têm deparado novos problemas e que as perspectivas se têm modificado com frequência. Mas, num conspecto global, esta continuidade problemática é, as mais das vezes de modo latente e imperceptível, surpreendentemente grande⁽⁴⁾. Decorre do próprio objecto da análise e não deverá portanto deixar de ser revelada ao leitor. Também não é por mero acaso que começo por SAVIGNY. Não que antes dele não tenham existido já métodos da ciência do Direito⁽⁵⁾ ou até mesmo o seu tratamento científico⁽⁶⁾. Pouco antes de SAVIGNY, o seu conhecido opositor na questão da codificação, THIDAUT, tinha publicado reflexões sobre

⁽⁴⁾ Demasiado longe vai, a meu ver, na sustentação desta continuidade da teoria e metodologia jurídicas pós-jusnaturalistas, RAFFAELE DE GIORGI no seu livro *Wahrheit und Legitimation im Recht*, 1980. Crê poder reconduz-l-a ao facto de, desde Savigny até aos nossos dias, todos os autores partirem da positividade do Direito.

⁽⁵⁾ Sobre os métodos dos glosadores e dos primeiros humanistas, o ensino de WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit**, 2.ª ed., págs. 52 e segs., 66 e segs., 88 e segs.

⁽⁶⁾ Como em LEMNIZ, no seu escrito de juventude «Nova methodus discendae docendaeque Jurisprudentiae».

* Existe tradução em língua portuguesa (de A. M. BOTELHO HESPAÑHA): FRANZ WIEACKER, *História do Direito Privado Moderno*, ed. da Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1980. [N. do T.]

a interpretação jurídica (⁷). Mas a metodologia de SAVIGNY é a primeira após o ocaso do Direito natural (moderno); ele não se limitou a expô-la por diversas vezes, mas empreendeu a sua própria aplicação. A sua metodologia influenciou duradouramente a literatura juscientífica do século XIX, mesmo onde se intentava a sua refutação.

I - PARTE HISTÓRICO-CRÍTICA
TEORIA DO DIREITO E METODOLOGIA
NA ALEMANHA DESDE SAVIGNY

(⁷) A este respeito, cf. KITZLER, *Die Auslegungslehre des Anton Friedrich Justus Thibaut*, 1986.

A METODOLOGIA DE SAVIGNY

Quem se acostumou a ver a Escola Histórica do Direito, que SAVIGNY ajudou afundar, sobretudo na sua oposição às escolas «filosóficas» do jusnaturalismo tardio ficará decerto surpreendido ao ler nas suas lições de Inverno de 1802 (¹) que a «ciência da legislação» - como aí se designa a ciência do Direito - é «primeiro uma ciência histórica, e depois, também, uma ciência filosófica» e que ambas as coisas se devem unificar porque a ciência do Direito tem de ser «a um tempo e integralmente,

(1) Possuímos duas exposições da metodologia jurídica de SAVIGNY: ü Curso de Inverno de 1802-1803, apontamentos tirados por JAKÜB GRIMM e publicados em 1951 por WESENBERG - os «primeiros escritos» - e a versão mais elaborada incluída no vol. 1.º do *System des heutigen Romischen Rechts* (Sistema do Direito Romano actual) de 1840. Entre estas duas exposições, largamente distanciadas no tempo, apareceu o célebre escrito programático *Vom Beru! unserer Zeit jür Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (Sobre a vocação do nosso tempo para a legislação e a ciência do Direito), 1814. Só que as observações metodológicas aí incluídas não chegam a constituir um todo completo; deixam ver até que ponto SAVIGNY se afastara já do ponto de partida dos primeiros escritos, graças à sua concepção histórica e organológica, já então por ele plenamente desenvolvida, mas não têm em confronto com o escrito ulterior, o «Sistema», nenhum significado autónomo, e não precisam, portanto, de ser aqui especialmente versadas. - As páginas citadas no texto entre parêntesis referem-se, primeiro, à edição do curso feita por WESENBERG, e, depois, à edição do «Sistema» de 1840. Da literatura relativa aos primeiros escritos metodológicos de SAVIGNY desejaria salientar: SCHULTE, *Die juristische Methodenlehre des jungen Savigny*, tese inédita, Kiel, 1954; KIEFNER, «Der junge Savigny», in: *Akademische Feier aus Anlaß des 200. Wiederkehr des Geburtstages von F. C. von Savigny*, original editado por LESER (para a secção de Ciência Jurídica da Universidade de Marburgo), 1979.

histórica e filosófica». Será isto porventura um «resíduo» jusnaturalístico no pensamento de SAVIGNY, depois superado pelo escritor, ou manteve-se SAVIGNY fiel à posição que aqui defende? O que salta logo à vista é que ele usa o termo «filosófico» nessas lições como sinónimo de «sistemático»; mas o elemento «sistemático» também desempenha um papel considerável na teoria do método do *Sistema*. E o sentido em que SAVIGNY equipara nos seus primeiros escritos os termos «sistemático» e «filosófico» vem a transparecer nas palavras seguintes: «Todo o sistema conduz à filosofia. A exposição de um simples sistema histórico conduz a uma unidade, a um ideal, em que aquela se baseia - e isto é filosofia» (pág. 48). Com o que, porém, vem SAVIGNY a distinguir a teoria filosófica do Direito em si mesma, ou o Direito natural, do elemento filosófico ou sistemático da ciência (positiva) do Direito: a última pode ser estudada «tanto com o Direito natural como sem ele» (pág. 50). Para o jurista, a filosofia «não é necessária, mesmo como simples conhecimento prévio». No elemento «filosófico» da ciência do Direito não deve, pois, subentender-se a aceitação de quaisquer princípios jusnaturalistas, mas apenas a orientação, característica da própria ciência do Direito, no sentido de uma *unidade imanente pressuposta por esta última*, orientação que, segundo SAVIGNY, é comum à ciência do Direito e à filosofia. Neste sentido se do também no *Sistema* (pág. 46) que a forma científica que se dá à matéria aspira «a revelar e a aperfeiçoar a sua unidade interior» e que, nessa aspiração, ou seja, enquanto procede de modo sistemático, se aparenta à filosofia a ciência do Direito.

Em contraposição com o primado do costume que defenderá ulteriormente, SAVIGNY equipara ainda no seu curso o Direito positivo ao *Direito legislado*. Todavia, a legislação acontece no tempo e isto conduz «à concepção de uma história do Direito que estreitamente se conjuga com a história do Estado e a história dos povos, visto que a legislação é uma actividade do Estado» (pág. 17). Além disso, SAVIGNY distingue uma elaboração interpretativa de uma elaboração histórica e de uma elaboração filosófica (sistematizada) do Direito. Como objecto da interpretação aponta ele «a reconstrução do pensamento que é expresso na lei, na medida em que seja cognoscível a partir da lei». O intérprete precisa de «se colocar na posição do legislador e deixar que se formem, por esse artifício, os respectivos ditames». Para esse fim a inter-

pretação precisa de três elementos: «um elemento lógico, um elemento gramatical e um elemento histórico» (pág. 9). Para que se «possa atingir o pensamento da lei», têm de tomar-se em consideração as circunstâncias históricas do seu aparecimento; além disso, a interpretação necessita de conhecer tanto as particularidades como o significado de cada texto para o conjunto, pois «a legislação só se exprime ao nível de um todo» (pág. 25) e o «todo» do Direito só em sistema é reconhecível. Assim, quer o elemento histórico quer o sistemático têm o seu peso na interpretação de cada norma (pág. 18). Ao mesmo tempo, porém, cada um desses elementos serve de base a uma especial elaboração da ciência do Direito. A elaboração histórica deve tomar «o sistema no seu todo e pensá-lo como algo progressivo, isto é, como história do sistema da Jurisprudência no seu conjunto» (pág. 32). Por sua vez, à elaboração sistemática compete olhar o múltiplo na sua articulação, interessando-lhe quer o desenvolvimento de conceitos, quer a exposição das regras jurídicas segundo o seu «nexo interno», quer, por fim, o preenchimento das lacunas da lei - expressão que não se encontra ainda em SAVIGNY - por intermédio da analogia.

Significativa do rumo «positivista-legalista»⁽²⁾ que é próprio dos primeiros escritos de SAVIGNY é a sua rejeição do que ele chama interpretação «extensiva» e «restritiva». Entende ele por isso uma interpretação ampliadora ou limitadora da letra da lei, de acordo, naturalmente, com o fim ou com a razão de ser da lei.

⁽²⁾ JOACHIM RÜCKERT, na sua sólida monografia, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei F. C. von Savigny*, 1984, procede à demonstração de que SAVIGNY vai no sentido de uma postura intelectual que se pode denominar de «idealismo objectivo», no mais amplo sentido, na acepção da filosofia actual, mas sem arrimo a um determinado sistema filosófico. Esta postura seria perceptível desde os primeiros escritos. Neste contexto, RÜCKERT contesta a expressão por mim acima utilizada, mas não por acaso colocada entre aspas, de «positivista-legalista». Tal não será adequado se a isso se pretender ligar uma ideia a que SAVIGNY era completamente estranho, a de que o conteúdo da lei seria discricionariamente (<<arbitrariamente>>) estabelecido pelo legislador. Com tal expressão pretende caracterizar-se somente a estrita vinculação do intérprete ao texto da lei, tal como era suposta por SAVIGNY. Também R. OGOREK fala no seu livro *Richterkonig oder Subsumtionsautomat*, 1986, pág. 149, do «programa metodológico de uma verdadeira orientação positivista dos primeiros tempos» de SAVIGNY.

Só que esse fim ou razão - afirma SAVIGNY - não faz parte, por via de regra, do conteúdo da norma: por conseguinte, tem de ser «encontrado e aposto artificialmente» pelo intérprete (pág. 40). Aliás, mesmo quando o legislador indicou a razão da lei, não o fez para a constituir «numa regra comum», mas apenas para que a regra constituída se esclarecesse por esse meio; daí não dever ser utilizada como uma regra autêntica. Desta maneira rejeita aqui SAVIGNY uma interpretação «teleológica»: o juiz deve atender não ao que o legislador busca atingir, mas só ao que na realidade preceituou; ou mais precisamente: ao que nas palavras da lei, segundo o seu sentido lógico, gramatical e a extraír da conexão sistemática, verdadeiramente encontrou uma expressão como conteúdo da sua determinação. O juiz não tem que aperfeiçoar a lei, de modo criador - tem apenas que executá-la: «um aperfeiçoamento da lei é, decerto, possível, mas deve ser obra unicamente do legislador, e nunca do juiz» (pág. 43). Não obstante, SAVIGNY admite a analogia, que, como acentua, consiste em descobrir na lei, quando haja um caso não especialmente regulado por ela, uma regra especial que proveja a um caso semelhante, e reduzi-la a uma «regra superior» que decidirá então do caso não regulado. Este processo virá a distinguir-se do rejeitado processo de interpretação restritiva ou extensiva, na medida em que com ele nada se acrescenta à lei, antes é «a legislação que por si própria se complementa» (pág. 42). O que, evidentemente, pressupõe que a regra especial estatuída na lei pode ser vista como expressão de uma regra geral não estatuída nessa lei, mas nela contida segundo o seu espírito - pressuposição que SAVIGNY não fundamenta mais detidamente; sendo, contudo, nítido que por detrás dela está a concepção, imputável ao jusnaturalismo tardio⁽³⁾, de que as regras «especiais» contidas na lei devem ser entendidas como *consequências* de certos princípios mais gerais e mais amplos, aos quais, abstraindo do que têm de particular, podem reconduzir-se, do mesmo modo que

⁽³⁾ Quanto à influência do Direito natural (racionalista-moderno) na Escola Histórica, cf. BEYERLE, *DRWiss.* IV, pág. 15 e segs.; KOSCHAKER, *Europa und das romische Recht*, pág. 279; THIEME, *Das Naturrecht und die europäische Privatrechtsgeschichte*, pág. 46; e WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, pág. 372 e segs.

foi por aditamento do que têm de específico que elas surgiram no espírito do legislador.

Esta concepção sofre uma profunda alteração no momento em que SAVIGNY passou a considerar como fonte originária do Direito não já a lei, mas a comum convicção jurídica do povo, o «espírito do povo» - o que aconteceu, pela primeira vez, no seu escrito *Vom Beruf unserer Zeit*. A única forma em que uma tal convicção logra constituir-se não é, manifestamente, a de uma dedução lógica, mas a de um sentimento e intuição imediatos. Ora, na sua origem, esse sentimento e essa intuição não podem estar referidos a uma *norma* ou *regra* - concebível apenas como produto de um pensamento racional, por ser já geral e abstracto; eles só podem ter por objecto as concretas e ao mesmo tempo típicas *formas de conduta* que, justamente pela consciência da sua «necessidade intrínseca», são observadas pelo conjunto dos cidadãos, ou seja, as próprias *relações da vida* reconhecidas como típicas do ponto de vista do Direito. Estas relações da vida (como, por exemplo, o matrimónio, a *patria potestas*, a propriedade imobiliária e a compra e venda), na medida em que se pensam e organizam como uma ordem juridicamente vinculante, constituem os «*institutos jurídicos*» - que assim se convertem, para SAVIGNY, na origem e no fundamento de toda a evolução do Direito. Coerentemente arranca SAVIGNY no *Sistema* também do conceito de instituto jurídico, que ostenta, como ele diz, uma «natureza orgânica» (pág. 9) tanto no «nexo vital dos elementos que o constituem como na sua evolução progressiva» (pág. 9). O instituto jurídico é pois um todo, pleno de sentido e que se transforma no tempo, de relações humanas consideradas como típicas, nunca logrando, por isso, ser exposto inteiramente pelo somatório das normas que lhe dizem respeito. Não são as regras jurídicas que, no seu complexo, produzem os institutos jurídicos, antes - acentua SAVIGNY - são essas regras que, por «abstracção» (pág. 11), se extraem «artificialmente» da «intuição global» dos mesmos institutos (considerados «no seu nexo orgânico») (pág. 16). «Sem prejuízo de toda a conformação e elaboração conceptual», é, pois, «na intuição do instituto jurídico» que as regras encontram «o seu último fundamento» (pág. 9).

Para a interpretação das regras contidas na lei, significa esta concepção - em contraste com o que defendia SAVIGNY no seu escrito de juventude - que essas regras não podem compreen-

der-se só por si, mas apenas pela *intuição do instituto jurídico*, pela qual, de resto, também se norteou o legislador ao formulá-las. Entre essa intuição e a forma abstracta de cada regra - que diz respeito sempre a um único aspecto, artificialmente isolado, do conjunto da relação - existe, segundo SAVIGNY, um «desajustamento», cuja superação constantemente se impõe à ciência do Direito. Assim como o legislador tem de ter sempre presente «a intuição integral do instituto jurídico» como todo «orgânico» e há-de, a partir dela, «por um processo artificial, estabelecer a preceituação abstracta da lei», se quer que esta corresponda aos respectivos desígnios, assim quem precisa de aplicar a lei tem, por seu turno, e «por um processo inverso, de lhe restituir o nexo orgânico de que a lei mostra uma simples secção» (pág. 44). Isto quer dizer que o pensamento jurídico não pode mover-se a *um nível único*, que tem sempre de conciliar intuição e conceito: pois, se a intuição lhe representa o todo, o conceito (e a regra através dele constituída) só consegue abranger um aspecto parcial, e, por isso, precisa de ser constantemente alargado e rectificado de novo por intermédio da intuição. Pode afirmar-se que se esta doutrina tivesse sido defendida com seriedade absoluta por SAVIGNY e observada pelos respectivos sucessores, nunca estes poderiam ter chegado a trilhar os caminhos da «Jurisprudência dos conceitos» formal.

No entanto - e daqui decorre, a nosso ver, a reduzida eficácia que teve na prática a sua metodologia -, SAVIGNY não consegue mostrar-nos como se efectua o trânsito da «intuição» do instituto para a «forma abstracta da regra» jurídica, e desta, finalmente, para a intuição originária. É caso para perguntarmos se os institutos jurídicos se deixam «intuir» sem que o intuído assuma desde logo uma expressão categorial, e, por outro lado, se é possível «acrescentar» às regras em si, depois de se terem constituído por «abstracção» - ou seja, por uma desintegração do instituto e um abandono consciente da sua totalidade - o seu primitivo «nexo orgânico», quando é certo que este nexo só se dá na intuição, e, por conseguinte, se furta à apreensão conceptual. Efectivamente, se a unidade de um instituto jurídico só se oferece na intuição, é claro que não pode ser compreensível científicamente; mas nesse caso também não se vislumbra caminho algum que nos possa fazer regressar até lá, uma vez formadas as regras abstractas e iniciada a elaboração científica. A ciência

não conseguirá mais do que abstrair das regras, já de si abstractas, conceitos cada vez mais distanciados da «intuição global» do instituto. A este propósito é significativo o modo como o próprio SAVIGNY construiu o seu sistema do Direito privado (4). SAVIGNY estabelece um conceito abstracto de relação jurídica como um «poder de vontade», procedendo depois, e de acordo com os possíveis «objectos do poder de vontade» (pág. 335), a uma divisão lógico-formal das relações jusprivatísticas que o leva à aceitação de «três categorias fundamentais de direitos» (pág. 345). O que estrutura o sistema não é, pois, o nexo «orgânico» dos institutos, mas o nexo lógico dos conceitos (gerais abstractos). Ora não se pode introduzir nestes, *a posteriori*, a «intuição global» do instituto jurídico. A outra conclusão se chegaria se o conjunto de significações de um instituto jurídico (e, genericamente, do Direito) fosse concebido como um conceito geral concreto em sentido hegeliano; então o conceito abstracto requerido pela norma já nos apareceria como uma unilaterização necessária, que poderia ser vista como tal corrigida através desse conjunto de significações (do conceito geral concreto), nos casos-límite em que conduzisse a uma perversão do sentido. E precisamente porque, ao acentuar, com razão, o carácter primário dos institutos jurídicos em face das simples regras jurídicas, SAVIGNY entendia que a apreensão conveniente de um instituto (como um todo de sentido) só era possível pela intuição - confinando o pensamento conceptual numa apreensão de regras jurídicas necessariamente abstractas, à maneira da lógica formal - pode dizer-se que ele preparou o caminho à «Jurisprudência dos conceitos» formal de PUCHTA.

Quanto a pontos específicos, voltamos a encontrar, na teoria da interpretação do *Sistema*, muitas das ideias dos primeiros escritos. Também aqui vem a indicar-se, como objecto da interpretação da lei, a «reconstrução do pensamento ínsito na lei» (pág. 213). O intérprete deve colocar-se «em espírito na posição do legislador, e repetir em si, artificialmente, a actividade deste,

(4) Com razão observa W. WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert* (1958), pág. 61, sobre a teoria da sistemática jurídica de SAVIGNY: «O afastamento consequente de toda a sistemática jusnaturalista, que se havia anunciado na teoria da Escola Histórica, não teve efectivação na prática científica».

ou seja, deixar que a lei brote como que de novo no seu pensamento». Como os quatro «elementos» da interpretação, voltam a apontar-se o gramatical, o lógico, o histórico e o sistemático. Mas já não se trata aqui de quatro espécies de interpretação, e sim de «diferentes actividades que têm de proceder em conjunto, se se pretende que a interpretação chegue a seu termo» (pág. 215). O elemento sistemático refere-se «ao nexo interno que liga em uma grande unidade todos os institutos e regras jurídicas», dependendo o êxito da interpretação «de que, primeiro, tomemos vivamente presente aos nossos olhos a actividade espiritual de que proveio a expressão de pensamento que está perante nós e, segundo, de que tenhamos suficientemente presente a intuição do todo histórico-dogmático, única fonte de que o particular pode colher alguma luz, para que se venham imediatamente a apreender as relações desse conjunto no texto que nos é oferecido» (pág. 215). Em confronto com os primeiros escritos, verifica-se assim que o acento aqui se desloca, com maior nitidez, da «expressão» para as «ideias» e para a «actividade do espírito» - orientada, em última instância, para uma «intuição» global - de que brota a regra jurídica⁽⁵⁾; no que se exprime o afas-

(5) Não me parece, no entanto, correcto contar SAVIGNY, como ocorre geralmente, entre os representantes da teoria «subjectivista» da interpretação, ou seja, de uma concepção que vislumbra o objecto da interpretação na indagação de um facto empírico, a «vontade» do legislador histórico psicologicamente entendida (ou, na variante de HECK, daqueles «interesses causais» que o motivaram). Quando SAVIGNY exige que o intérprete repita no seu espírito a actividade do legislador pela qual a lei surgiu e assim deixe que a lei surja de novo no seu pensamento, exige bem mais do que a verificação de certos factos: exige, nomeadamente, *uma actividade espiritual própria*, que forçosamente o leva além do que porventura o legislador histórico concretamente terá pensado com as suas palavras. A «livre actividade do espírito», diz ele (*System*, I, pág. 207), que se contém na interpretação, determina-se assim pelo escopo de «conhecer a lei na sua verdade». Nessa actividade espiritual deve o intérprete, tal como o legislador, deixar-se orientar pela «intuição do instituto jurídico», isto é, deve procurar, atrás dos pensamentos do legislador, o pensamento jurídico objectivo que se realiza no instituto jurídico. A «teoria subjectiva da interpretação», que mais tarde é desenvolvida e defendida por WINDSCHEID e BIERLING, pressupõe um conceito psicológico de vontade que é tão estranho a SAVIGNY como o conceito realista e racionalista de lei subjacente à «teoria objectivista da interpretação» de BINDING, WACH

tamento do positivismo legalista estrito das obras da juventude, determinado pela nova teoria das fontes do Direito.

Ainda mais claro resulta esse afastamento quando se tomam em consideração as afirmações que SAVIGNY faz agora sobre o fim *ou*, como ele diz, sobre a razão de ser da lei. Decerto que acentua também agora que essa razão «se distingue do conteúdo da lei», não devendo ver-se, porventura, como um elemento da mesma lei (pág. 218); simplesmente, permite-se a sua utilização no trabalho interpretativo, embora e sempre «com grande precaução» (pág. 220). No caso de ser indeterminada a expressão que se usa na lei, deve apelar-se, não só para o «nexo interno da legislação», mas também para o fim especial dessa lei, na medida em que seja comprovável (pág. 228); não sendo comprovável um fim especial, pode invocar-se mesmo uma «razão geral», *ou*, como hoje diríamos, um pensamento jurídico geral (pág. 228). Igualmente em contraste com os primeiros escritos, admite agora SAVIGNY tanto uma interpretação extensiva como uma interpretação restritiva, e para rectificação, precisamente, de uma expressão defeituosa. Neste caso, é, antes de tudo, «por um caminho histórico» (pág. 231) que se procuram conhecer os pensamentos que o legislador ligou à expressão imperfeita, mas, em segunda via, de novo aqui pode ser útil, ao lado do «nexo interno», a especial razão de ser da lei. Só conhecido assim o «verdadeiro pensamento da lei», a expressão normativa pode ser rectificada (pág. 233), devendo esta rectificação impedir que a norma se aplique em contradição com o seu fim e, além disso, fazer com que se conheçam «os verdadeiros limites da (sua) aplicação», de sorte a que esta não ocorra «imperfeita ou desnecessariamente» (pág. 234). Ao contrário, porém, do que já vimos para a interpretação simples, SAVIGNY volta a não admitir aqui que a expressão da lei se rectifique com base numa pura «razão geral», ou seja, numa «ideia jurídica geral», recurso que já teria, todo ele, «o carácter de um aperfeiçoamento do Direito distinto da interpretação» (pág. 238).

e KÜHLER. Ambas as teorias, cada urna na sua unilateralidade, são expressão da época positivista, inconciliável com a unidade interna pressuposta por SAVIGNY entre Direito e relação da vida juridicamente ordenada (instituto jurídico) e entre razão material-objectiva e vontade do legislador. Identificar a concepção de SAVIGNY com uma ou outra destas teorias, ambas temporalmente condicionadas, corresponde necessariamente a não a compreender precisamente naquilo que constitui a sua especificidade e a sua grandeza.

Uma concepção que nitidamente diverge da do escrito de juventude desenvolve-a, por último, SAVIGNY em matéria de integração das lacunas por analogia. Em vez da remissão de cada regra especial para a regra «superior» implicitamente contida nela, temos agora o regresso à intuição global do instituto jurídico correspondente. SAVIGNY distingue dois casos. O primeiro verifica-se quando surge «uma relação jurídica nova, desconhecida, para a qual, por isso, não existe como arquétipo nenhum instituto jurídico no Direito positivo constituído até então». Nesta hipótese, precisa «de se formar um tal instituto jurídico arquétipo, de acordo com a lei do parentesco íntimo com institutos já conhecidos» (pág. 291). Trata-se, pois, de uma *nova criação*, que se tem de prender, tanto quanto possível, com o que anteriormente existia. Mais frequente, todavia, é o segundo caso, que se verifica quando (num instituto jurídico já conhecido surge uma nova questão jurídica). A esta há então que responder «segundo o parentesco íntimo das proposições jurídicas pertencentes a esse instituto», na medida em que convenha a uma justa compreensão das razões, ou seja, dos fins especiais dessas proposições jurídicas. Toda a analogia repousa «na pressuposta coerência interna do Direito»; esta, porém, nem sempre é apenas uma consequência lógica, como «a simples relação entre causa e efeito», mas também uma consequência «orgânica», isto é, uma consequência que resulta «da intuição global da natureza prática das relações jurídicas e dos seus arquétipos» (pág. 292).

Resumindo: desde o começo é característica de SAVIGNY a exigência de uma combinação dos métodos «histórico» e «sistêmico», referindo-se aquele à formação de cada lei dentro de uma certa situação histórica e propondo-se este compreender a totalidade das normas e dos institutos jurídicos subjacentes como um todo englobante. Ao passo, porém, que o escrito de juventude entende o sistema jurídico exclusivamente como um sistema de *regras jurídicas* - que se encontram entre si numa tal ligação lógica que as regras especiais se vêem como brotando de certas regras gerais, às quais podem ser reconduzidas -, a obra da maturidade parte ao invés da ideia do nexo «orgânico» entre os «*institutos jurídicos*» que vivem na consciência comum. Dos institutos jurídicos - pensa agora SAVIGNY - é que as regras jurídicas particulares vêm posteriormente a extrair-se através de uma «abstracção»; por isso, têm aqueles de estar, na «intuição», cons-

tantemente presentes ao intérprete, para que este possa compreender com justeza o sentido da norma particular. Na obra de maturidade, SAVIGNY liberta-se da estrita vinculação ao teor literal da lei defendida no seu escrito de juventude, em favor de uma consideração mais vigorosa do fim da lei e do nexo de significações fornecidas pela global intuição do instituto. Não esclarece, no entanto, como é possível reconduzir de novo a regra jurídica particular surgida por «abstracção» à unidade de sentido do instituto jurídico correspondente, e tirar desta unidade quaisquer determinações, quando tal unidade só se oferece de modo intuitivo, não sendo acessível ao pensamento conceptual. Falta de clareza que não deve ter pesado pouco no facto de as sugestões metodológicas da obra de maturidade não terem merecido a atenção que se poderia esperar da grande influência de que gozou SAVIGNY. Pois o que veio a influir mais tarde foi, além da perspectiva histórica, a ideia de sistema como sistema «científico» construído a partir dos conceitos jurídicos - ideia que serviu de ponto de arranque para a «Jurisprudência dos conceitos», em que não deve incluir-se, ou então apenas com reservas, o nome do próprio SAVIGNY (6).

(6) Aceradamente diz KRIELE (*Theorie der Rechtsgewinnung*, 2.ª ed., 1976, pág. 71), que mesmo que SAVIGNY tenha contribuído para o desembocar numa «esterilização da ciência do Direito» (através da «Jurisprudência dos conceitos»), tal seria uma consequência indireta e não intencional. «O seu propósito era a desenvolução orgânica do Direito».

A «JURISPRUDÊNCIA DOS CONCEITOS» DO SÉCULO XIX

1. A «genealogia dos conceitos» de PUCHTA

A ideia de sistema consubstanciou na ciência jurídica uma herança da doutrina do Direito natural. Mas ela tinha as suas raízes profundas na filosofia do idealismo alemão. FICHTE e SCHELLING tentaram construir o Mundo a partir de um único ponto, de um princípio último «transcendental», quer dizer: apreendê-lo reflexivamente. HEGEL, por sua vez, intentou apresentar o «verdadeiro» como o «todo», isto é, como o movimento do conceito «concreto» girando sobre si próprio e não só englobando como em si superando o respectivo contrário. No prefácio à *Rechtsphilosophie* (Filosofia do Direito), fala-se da «arquitectónica da racionalidade» do Estado para se aludir à «complexa organização da moralidade em si mesma». O «sistema» significa aqui, portanto, muito mais do que mera clareza e facilidade de domínio de uma certa matéria; significa a única maneira possível por que o espírito cognoscente consegue assegurar-se da verdade: o critério da «racionalidade» intrínseca, como exigência imprescindível da verdadeira científicidade. Por isso é que SAVIGNY (que nesta medida não foi insensível à filosofia da sua época) acentuou desde o começo, ao lado do carácter «histórico» e com idêntica importância, o carácter «filosófico» ou sistemático da ciência do Direito - vindo a seguir, de resto, nesta elevada valoração do sistema científico, quase todos os juristas representativos da Alemanha do século XIX. A matéria obtiveram-na sobretudo a partir das fontes de Direito romanas, matéria cuja sistematização foi a principal tarefa e o principal contributo da «pandectística» do século XIX (¹).

(¹) Sobre o surgimento do sistema das Pandectas, cf. o ensaio de SCHWARZ, *SavZRomA* 42, 578.

A ideia de «sistema» significa o desabrochar de uma unidade numa diversidade, que desse modo se reconhece como algo coeso do ponto de vista do sentido. No entanto, essa unidade que o sistema há-de exprimir pode pensar-se de duas maneiras diferentes e alcançar-se, por conseguinte, por caminhos diferentes⁽²⁾. Pode pensar-se, antes de tudo, à maneira da unidade de um «organismo» - como uma totalidade significativa que habita a diversidade e que só nela e com ela se manifesta. É desta espécie a unidade do «conceito concreto» de HEGEL, sendo ainda nesta acepção que SCHELLING usa o conceito de «organismo», como uma categoria geral e não simplesmente biológica⁽³⁾. O carácter «orgânico» do instituto jurídico e da sua unidade, de que SAVIGNY fala no *Sistema*, também só assim pode ser compreendido. O caminho por que se chega a uma tal unidade é para SCHELLING o de uma *intuição* «interna», espiritual, «intelectual»; para HEGEL, o do pensamento «especulativo». A outra maneira em que a unidade pode pensar-se é a do conceito geral «abstracto», «limpo» de tudo o que haja de particular, sendo a este tipo de unidade que conduz a lógica formal. Num sistema «orgânico» como o que pretendiam os filósofos idealistas, os elementos constitutivos do sistema gravitam, todos eles, em volta de um centro. A «unidade» do sistema repousa na irredutível relação de todos os elementos constitutivos com esse centro fundado em si próprio (como a deste último repousa nos elementos constitutivos, que se definem, justamente, pela posição que ocupam em face dele). Trata-se, portanto, de algo comparável a um círculo, ao passo que, ao invés, o sistema de conceitos que se determina pelos princípios da lógica formal se assemelha, digamos, a uma pirâmide⁽⁴⁾. O conceito «supremo», que ocupa o vértice da pirâmide, paira muito acima da base, embora seja isso que lhe permite - imaginemos a pirâmide como transparente - uma extensão de perspectiva maior. À medida que subimos da base para o vértice, vai-se

(2) Sobre esta diferença cf. também STAHL, *Die Philosophie des Rechts*, vol. 11, 2.ª P. (1833), pág. 146 e segs.

(3) Cf. a minha exposição da filosofia do Direito e do Estado do idealismo alemão em *Handbuch der Philosophie* IV, pág. 132.

(4) FRANZ JERUSALEM, *Kritik der Rechtswissenschaft*, 1948, pág. 133 e segs., designa uma tal «pirâmide de conceitos» como «sistema em sentido impróprio».

estreitando a largura dos estratos; de estrato para estrato, perde a pirâmide em largura o que ganha em altura. Quanto maior a largura, ou seja, a abundância da matéria, tanto menor a altura, ou seja a capacidade de perspectiva - e vice-versa. À largura corresponde a compreensão e à altura a extensão (o âmbito da aplicação) do conceito «abstracto». O ideal do sistema lógico é atingido quando no vértice se coloca o conceito mais geral possível, em que se venham a subsumir, como espécies e subespécies, todos os outros conceitos, de sorte a que de cada ponto da base possamos subir até ele, através de uma série de termos médios e sempre pelo caminho da eliminação do particular.

Foi PUCHTA quem, com inequívoca determinação, conclamou a ciência jurídica do seu tempo a tomar o caminho de um sistema lógico no estilo de uma «pirâmide de conceitos», decidindo assim a sua evolução no sentido de uma «Jurisprudência dos conceitos formais»⁽⁵⁾. Sem dúvida que seguiu SAVIGNY quanto à teoria das fontes do Direito e utilizou como ele uma linguagem que corresponde ao pensamento «organológico» de SCHELLING e dos românticos. Mas no fundo, foi o método do pensamento conceptualista formal que verdadeiramente ensinou. «As proposições jurídicas singulares que constituem o Direito de um povo - lemos no seu *Cursus der Institutionen* (Curso das Instituições) I, 35 - encontram-se, umas em relação às outras, num nexo orgânico que se esclarece, antes de tudo, através da sua decorrência do espírito do povo, na medida em que a unidade desta fonte se estende a tudo aquilo que por ela foi produzido». Porém, de modo imediato e como se tal fora evidente,

(5) De todo o modo, é nisto que consiste o significado de PUCHTA para a metodologia jurídica. Com razão considera-o WIEACKER (*Privatrechtsgeschichte*, pág. 400) o fundador da clássica Jurisprudência dos conceitos do séc. XIX. Como justamente observa W. WILHELM, *ob. cit.* pág. 86: «SAVIGNY preocupa-se sempre em dar o mesmo peso aos elementos lógicos e orgânicos do Direito, dentro da própria sistemática, de forma a impedir que a lógica predomine, sendo nele ainda sensível a prevenção em face da aparência enganadora da certeza lógica. Na sistemática de PUCHTA, ao invés, a lógica é dominante. O «todo histórico-sistemático» do Direito reduziu-se progressivamente ao aspecto dogmático, vale dizer, ao aspecto lógico. Contra a concepção que aqui é defendida da primazia da lógica na doutrina de PUCHTA, cf. R. OGOREK, *Richterkanig oder Subsumtionsautomat*, 1986, pág. 208, nota 38.

esse nexo «orgânico» das *proposições jurídicas* (e não, como em SAVIGNY, dos institutos jurídicos!) (6) transmuda-se em um nexo lógico entre *conceitos*, vendo-se além disso, esse nexo lógico como fonte de conhecimento de proposições jurídicas ainda não inteligidas. «É missão agora da ciência reconhecer as proposições jurídicas no seu nexo sistemático, como sendo entre si condicionantes e derivantes, a fim de poder seguir-se a sua genealogia desde cada uma delas até ao princípio comum e, do mesmo modo, descer do princípio até ao mais baixo dos escalões. Neste empreendimento, vêm a trazer-se à consciência e à luz do dia proposições jurídicas que, ocultas no espírito do Direito nacional, não se tinham ainda exprimido, nem na imediata convicção e na actuação dos elementos do povo, nem nos ditames do legislador, ou seja, que patentemente só se vêm a revelar enquanto produto de uma dedução da ciência. E eis como a ciência vem a entrar como terceira fonte do Direito ao lado das outras duas, sendo o Direito, que mediante ela surge, o Direito da ciência, ou, porque é trazido à luz pela actividade dos juristas, o Direito dos juristas» (pág. 36).

O que PUCHTA, aqui e em outros lugares (pág. 101), designa por «genealogia dos conceitos» não é, assim, outra coisa senão a pirâmide de conceitos do sistema construído segundo as regras da lógica formal. PUCHTA entende que possui o «conhecimento sistemático» reclamado por ele, quem «consegue seguir, tanto no sentido ascendente como no descendente, a proveniência de cada conceito através de todos os termos médios que participam na sua formação» (pág. 101). Como exemplo dessa «escala conceptual» apresenta ele o conceito de servidão de passagem, que, num primeiro plano, será um direito subjectivo e, «por conseguinte, um poder sobre um objecto» (7); num segundo plano, um direito «sobre uma coisa» ou, como nós diríamos um direito real; depois, «um direito sobre coisa alheia, e, por conseguinte, uma sujeição parcial desta última»; noutro plano ainda, como a particular espécie

(6) Por certo que também existe um sistema das relações jurídicas, diz PUCHTA, mas estas mais não são do que «combinações dos direitos a partir de cujo conceito há que deduzir o sistema jurídico». O modo como isto acontece vem a indicar-se adiante no texto.

(7) Como define PUCHTA (*Lehrbuch der Pandekten*, I, 28), «existe um direito (em sentido subjectivo) quando por força do Direito (em sentido objectivo) um objecto cai em poder de certa pessoa».

desta sujeição da coisa é o uso, dir-se-á que a servidão de passagem pertence «ao género dos direitos de uso sobre coisas», e assim sucessivamente. Ora, se é, sem dúvida, legítimo desmontar e definir da maneira que se expõe um conceito jurídico como este de servidão, como se poderão conhecer por semelhante processo proposições jurídicas de que ninguém tenha tido antes qualquer espécie de consciência? A ideia de PUCHTA é a seguinte: cada conceito superior autoriza certas afirmações (por ex., o conceito de direito subjectivo é de que se trata de «um poder sobre um objecto»); por conseguinte, se um conceito inferior se subsumir ao superior, valerão para ele «forçosamente» todas as afirmações que se fizerem sobre o conceito superior (para o crédito, como uma espécie de direito subjectivo, significa isto, por ex., que ele é um «poder sobre um objecto que esteja sujeito à vontade do credor e que se poderá então vislumbrar, ou na pessoa do devedor, ou no comportamento devido por este último»). A «genealogia dos conceitos» ensina, portanto, que o conceito supremo, de que se deduzem todos os outros, codetermina os restantes através do seu conteúdo. Porém, de onde procede o conteúdo desse conceito supremo? Um conteúdo terá ele de possuir, se é que dele se podem extraír determinados enunciados, e esse conteúdo não deve proceder do dos conceitos dele inferidos, sob pena de ser tudo isto um círculo vicioso. Segundo PUCHTA, este conteúdo procede da filosofia do Direito: assim consegue um ponto de partida seguro com que construir dedutivamente todo o sistema e inferir novas proposições jurídicas. Mas, se analisarmos mais em concreto, o *a priori* jusfilosófico do sistema de PUCHTA não é senão o conceito kantiano de liberdade. Dele deduz PUCHTA, nos §§ I a 6 do seu *Cursus der Institutionen*, o conceito de sujeito de direito como pessoa (em sentido ético) e o direito subjectivo como o poder jurídico de uma pessoa sobre um objecto. Somente após ter, daquele modo, como que suspendido do firmamento da Ética o vértice da pirâmide de conceitos, PUCHTA desce às planuras do Direito positivo e até aos subconceitos jurídicos últimos, pelo que, naturalmente, a substância ética do conceito-chave se reduz progressivamente, a tal ponto que vem a tornar-se, em último termo, irreconhecível. Com o que - e este é o erro mais sério da Jurisprudência dos conceitos formal - as simples proposições jurídicas, relativas, por ex., à servidão ou a qualquer outro instituto jurídico, vêm a

ser avaliadas não segundo o seu particular escopo ou segundo a sua função no contexto significativo do instituto jurídico correspondente ou de uma regulamentação mais ampla, mas apenas segundo o escalão da pirâmide de conceitos em que elas se integram.

Para o entendimento de PUCHTA e para o enquadramento da Jurisprudência dos conceitos formal na história das ideias resultam, por conseguinte, duas coisas. A primeira é que a construção dedutiva do sistema depende absolutamente da pressuposição de um conceito fundamental determinado quanto ao seu conteúdo, conceito que não é, por sua vez, inferido do Direito positivo, mas dado previamente à ciência jurídica pela filosofia do Direito. Só pode ser «Direito» o que se deixe subordinar a esse conceito fundamental. Nesta medida, a Jurisprudência dos conceitos não prescinde em PUCHTA de um fundamento suprapositivo (8). Em boa verdade, as ideias éticas fundamentais do idealismo alemão, sobretudo de KANT, mantêm-se vivas ainda que sob formas extremamente sublimadas e esmaecidas, no próprio sistema dos conceitos de um WINDSCHEID ou de um von TUHR - e também

(8) É portanto incorrecto equiparar de modo puro e simples Jurisprudência dos conceitos e positivismo, como frequentemente se faz. Com acerto escreve JERUSALEM, *Kritik der Rechtswissenschaft*, pág. 149, sobre a Jurisprudência dos conceitos, ao estilo de PUCHTA: «os próprios conceitos postos pelo legislador precisam também de retirar a sua legitimização do conceito do sistema, com o que a Jurisprudência dos conceitos nitidamente se opõe ao positivismo». Os conceitos mais elevados do sistema inculcam aquele conteúdo mínimo que todo o conceito jurídico tem de conter se quiser ainda possuir a qualidade de conceito «de Direito». Mas nisto supõe-se que o legislador não pode arbitrariamente decidir o que é Direito - coisa que (no quadro do facticamente possível) ele está em condições de, no fundo, fazer, de acordo com a tese central do «positivismo» -, e sim apenas enquanto se conserve no quadro dos conceitos fundamentais que lhe são antecipadamente dados. É claro que esta ideia só releva na medida em que os conceitos mais elevados do sistema não venham a ser, por seu turno, extraídos - indutivamente - do material experimental que é o conteúdo da lei positiva, mas possam inteligir-se e certificar-se através de outros meios. No momento em que - graças ao conceito positivista de ciência, de que PUCHTA está ainda longe - a indução (ou «redução») a partir de um material experimental empírico apareceu como o único meio lícito de construção conceptual, a Jurisprudência dos conceitos veio inevitavelmente a cair naquela fantasmagoria lógica com que a identificam, e muito justamente, desde então, os seus opositores, como o JHERING da última fase e sobretudo PH. HECK.

nos conceitos fundamentais do nosso Código Civil -, mesmo que desta conexão pouco se saiba já nos últimos anos do século e que se venha por fim a abandonar uma fundamentação jusfilosófica. Enquanto, por exemplo, no conteúdo de conceitos jurídicos como o de pessoa, o de responsabilidade, o de imputabilidade, se referir alguma coisa do seu sentido ético, ou enquanto no «sujeito de direito» se não vir apenas, como acontece na «teoria pura do Direito», um mero ponto formal de referência, ou seja, um puro «conceito de relação» (9), mas se lhe confirmam certas qualidades do ponto de vista do conteúdo, a ligação da ciência do Direito com a filosofia não estará completamente diluída. Por outro lado, porém, urge acentuar que a influência da filosofia (idealista) em PUCHTA se limita à determinação, quanto ao conteúdo, do seu conceito fundamental. A maneira como ele constrói os conceitos ulteriores, ou seja, o processo lógico-dedutivo, deriva não da filosofia idealista, designadamente da hegeliana, mas, como hoje geralmente se reconhece (10), do racionalismo do século XVIII, em especial do pensamento de CHRISTIAN WÜLFF.

Ainda sobre este ponto, de o método de PUCHTA e a «Jurisprudência dos conceitos» não serem comparáveis ao método hegeliano, urge dizer que ninguém se deve deixar confundir com a circunstância de em ambos os casos se tratar, aparentemente, de um processo «dedutivo» (11). Na verdade, o sentido da «dedução» é completamente diverso num caso e outro. PUCHTA, como SAVIGNY, subdivide o campo de aplicação do conceito superior de que parte adicionando a este notas especificadoras que, tanto quanto possível, formem antíteses lógicas e desse modo esgotem todos os casos de aplicação pensáveis (exemplo: um direito subjectivo ou é um direito sobre uma coisa ou então contra uma pessoa; não existe uma terceira solução). Cada um dos conceitos

(9) V. sobre este ponto S. MARCK, *Substanz- und Funktionsbegriff in der Rechtsphilosophie*, 1925, especialmente pág. 83 e segs.

(10) KOSCHAKER, *Europa und das romische Recht*, pág. 278 e segs.; WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, págs. 373 e segs. e 400 e segs.; cf. igualmente FR. JERUSALEM, *Kritik der Rechtswissenschaft*, pág. 146 e sego

(11) Acerca da relação de PUCHTA com HEGEL, cf. SCHÓNFIELD, em *Festschrift für Binder*, 1930, pág. 1 e segs.

«derivados» contém todas as notas do conceito que lhe é superior (e mais uma, pelo menos), e pode «subsumir-se» neste. O conceito superior mantém-se portanto fixo pela indicação das notas que a ele exclusivamente cabem, isto é pela «definição»; na marcha para novas determinações, ele não varia, o seu conteúdo permanece intacto. Pelo contrário, em HEGEL, a «dedução» significa o desenvolvimento de um conceito por força e através dos momentos conceptuais que nele estão ínsitos⁽¹²⁾. Através deles, ganha o conceito para a consciência um conteúdo mais rico do que aquele que inicialmente apresentava, conteúdo que pode, por seu turno, ser reduzido em vista de um novo conceito. É claro que um conceito (<<concreto>>) desenvolvido desta maneira não se deixa fixar numa definição (com o reconhecimento de certas notas distintivas firmes), pelo que nenhum conceito particular ou nenhuma regra jurídica poderá «subsumir-se» a ele. Por isso, a filosofia do Direito hegeliana nada tem, ou quase nada, de uma divisão de conceitos jurídicos em géneros, espécies ou subespécies, antes afirma, na sua ideia de «conceito concreto», o conteúdo significativo do Direito e das necessárias instituições jurídicas. Para que esse conteúdo significativo se realize nas regras jurídicas e nas decisões judiciais, é ainda necessário, segundo HEGEL, que se proceda sempre a uma conformação (pelo legislador ou pelo juiz) que não é apenas subsunção lógica, mas um agir de acordo com certo sentido e que como tal ocorre, no tempo, e portanto no domínio da historicidade⁽¹³⁾. A Jurisprudência dos conceitos, na sua pretensão de subsumir, em último termo, a conceitos jurídicos fixos todos os fenómenos jurídicos, e de lhes atribuir, desta sorte, uma vez por todas, ~~uma~~ posição irreversível, o seu «lugar lógico» numa estrutura de conceitos rigorosamente circunscritos, não toma em conta este momento da conformação.

PUCHTA abandonou pois a relação, acentuada por SAVIGNY, das «regras jurídicas» com o «instituto jurídico» que lhes é subjacente, em favor da construção conceptual abstracta, e "colocou,

(12) Por isso, diz acertadamente CHRISTA DULCKEIT-von ARNIM (*Philosophisches Jahrbuch* 66, pág. 80) que o método de HEGEL é «não dedutivo», que a dialéctica não é dedução, mas «intuição, experiência, movimento de adaptação à dinâmica intrínseca da própria coisa».

(13) Cf. os §§ 3, 212, 214 e 216, da *Rechtsphilosophie* de HEGEL e GERHARD DULCKEIT, *Philosophie der Rechtsgeschichte*, pág. 26 e segs.

no lugar de todos os outros métodos - e também no de uma interpretação e desenvolvimento do Direito orientados para o fim da lei e o nexo significativo dos institutos jurídicos -, o processo lógico-dedutivo da «Jurisprudência dos conceitos», preparando o terreno ao «formalismo» jurídico que viria a prevalecer durante mais de um século, sem que a contracorrente introduzida por JHERING conseguisse por longo tempo sobrepor-se-lhe. Formalismo que, como acentua WIEACKER⁽¹⁴⁾, constitui «a definitiva alienação da ciência jurídica em face da realidade social, política e moral do Direito». Não foi assim por mero acaso que o movimento contraposto arrancou, de início, não do terreno da filosofia, mas da recentemente surgida ciência empírica da realidade social, isto é, da sociologia.

2. O «método histórico-natural». do JHERING da primeira fase

Nenhum pensador do Direito foi, de par com SAVIGNY, de tão grande importância para a evolução da metodologia jurídica como RUDOLF von JHERING. Aberto às mais diversas solicitações, experimentou como poucos o desconcerto espiritual do século XIX. É sabido que a obra jurídica de JHERING se caracteriza por uma profunda linha divisória⁽¹⁵⁾: enquanto no primeiro período da sua criação, sobretudo no *Geist des römischen Rechts* (Espírito do Direito Romano) e no ensaio introdutório aos *Jherings Jahrbücher*, ele não apenas apoiou a Jurisprudência dos conceitos formal e de construção de PUCHTA, mas a elevou, inclusivamente, ao seu cume, no segundo período perseguiu-a com sarcasmo mordente e procurou substituí-la por

(14) *Privatrechtsgeschichte*, pág. 401.

(15) Em contrário do que vai afirmado, FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts*, vol. III, pág. 202 e segs., sublinha a continuidade de pontos de vista em toda a obra de JHERING. R. OGOREK (cf. supra, nota 5), pág. 221, nota 90, e pág. 228, aponta para que JHERING, apesar da mudança da sua concepção sobre o conteúdo do Direito, teria mantido inalterada a sua aceitação de uma força produtiva da Jurisprudência relativamente à formação de novas proposições jurídicas. O que é decisivo, porém, é em que é que consiste esta «força produtiva» nas diversas fases de pensamento de JHERING.

uma orientação diferente. Neste momento, só nos interessa o JHERING do primeiro período, o seu contributo para a teoria da Jurisprudência dos conceitos formal. Mas convém que desde já se acentue que, justamente neste primeiro período, são visíveis no pensamento de JHERING certos traços que serão decisivos no segundo período: o abandono das categorias éticas da filosofia idealista, a que se apegaram tanto SAVIGNY como PUCHTA, e a orientação para o tipo de pensamento das ciências da natureza suas contemporâneas. Com efeito, só assim se explicará aquela superação do pensamento lógico-formal que então provocou no próprio JHERING a sua violenta reacção e o seu rumo para uma Jurisprudência pragmática de raiz sociológica.

As primeiras palavras de introdução ao *Geist des romischen Rechts* (16) pouco deixam ainda transparecer a este respeito. «Nós partimos - diz JHERING (I, pág. 12) - da concepção, hoje prevalecente, do Direito como um organismo objectivo da liberdade humana» - o que soa a PUCHTA, se não mesmo a STAHL (17). Surpreendente é já, porém, a afirmação (I, pág. 13) de que, ao falar-se aqui de organismo, se entende atribuir «ao Direito as qualidades de um produto da natureza»; e que isto não é um simples modo de dizer, mas algo que JHERING toma ao pé da letra, mostram-no as suas ulteriores observações sobre o que ele chama o método «histórico-natural» da ciência do Direito. Mais espantoso é, todavia, que JHERING compare logo a seguir e por duas vezes (I, págs. 40 e 41) o Direito com uma «máquina», quando para o pensamento romântico, em que SAVIGNY tem necessariamente de incluir-se, o «organismo», que se imagina informado por uma «força constitutiva» interna, está no pólo oposto do «maquinismo», que é feito e mantido em movimento por uma mão alheia. A utilização indiscriminada de imagens que mutuamente se repelem, como «organismo» e «máquina», é significativa da despreocupação filosófica de JHERING, se bem que, no geral, ele se atenha à de organismo (compreendida, evidentemente, em

sentido «naturalístico»), pois a ideia de máquina, mais conforme com o seu modo de pensar do segundo período, assoma neste apenas marginalmente.

A função *sistemática* da ciência do Direito, a que, em comparação com a histórica e a interpretativa, JHERING atribui um «nível superior», consiste aqui em desmontar cada um dos institutos e as correspondentes proposições jurídicas nos seus «elementos lógicos», em destilar estes últimos na sua pureza e em deles extraer então, através de combinações, tanto as normas já conhecidas como normas novas. O resultado desta desarticulação e rearticulação lógica é o de que «a ciência, em vez da imensa multidão das mais diversas proposições jurídicas, ganha um número nítido de corpos (!) simples, com que pode, caso lhe peçam, reconstituir de novo aquelas proposições. A vantagem, porém, não se limita apenas a esta simplificação, pois os conceitos conseguidos não são puras decomposições de proposições jurídicas dadas, a partir das quais, só estas últimas se possam reconstruir: vantagem ainda maior reside no incremento que, através disso, o Direito efectua a partir de si próprio - num crescer desde dentro. «Mediante a combinação de elementos diversos, a ciência pode criar novos conceitos e proposições jurídicas: os conceitos são produtivos - acasalam-se e geram novos conceitos» (I, pág. 29). Deixando de lado a última comparação, que obviamente não pode ser tomada ao pé da letra, verificamos que estas palavras contêm um enigma: admitindo-se que, com um maior ou menor número de combinações arbitrárias de conceitos jurídicos singulares, na medida em que não se excluem uns aos outros, se podem teoricamente compor novas proposições que tenham a forma lógica de proposições jurídicas, por que razão devem estas proposições valer como Direito? JHERING não faz qualquer esforço para justificar a efectiva validade dessas proposições logicamente possíveis; nem estava, de resto, em condições de o fazer, pois, ao contrário de PUCHTA, não arranca de um conceito fundamental que seja prévio ao Direito positivo e que a este sirva de alicerce mas, pelo contrário, o seu método de construção de conceitos, que se assemelha ao das ciências «exactas» da natureza, repousa exclusivamente na indução. Só que não sabemos de nenhum estudioso das ciências da natureza a quem passasse pela ideia poder construir mediante a mera combinação de notas conceptuais indutivamente adquiridas, como as que utiliza, por exemplo, a sistemática botâ-

(16) Citamos de acordo com a 1.ª edição (Parte I, 1852; Parte II, 2, 1858).

(17) Segundo W. PLEISTER, *Personlichkeit, Wille und Freiheit im Werke Jherings*, 1982, pág. 186, a concepção de personalidade de JHERING patente no «*Geist...*» é tributária sobretudo de STAHL.

nica, novas plantas, cuja existência se desse como provada só por serem racionalmente concebíveis!

A coisa não melhora também com a comparação, a que JHERING dá a preferência, entre os conceitos elementares conseguidos por análise e abstracção e as letras do alfabeto (1, pág. 30; 11, 2, pág. 359 e segs.). Ouçamo-lo a ele próprio: «Uma das mais grandiosas, mais frutuosas e, ao mesmo tempo, mais simples descobertas que fez o espírito humano, é o alfabeto... O alfabeto representa, para a esfera da língua, a solução de um problema que dissemos acima ser para o Direito o problema número um da respectiva técnica - a facilitação do domínio sobre a matéria em jogo, através da simplificação da referida matéria -, o que nos leva a inquirir se o mesmo tipo de solução não será utilizável também aqui, se a ideia do alfabeto não será transponível para o Direito. Mas a ideia do alfabeto repousa na desagregação, na redução de um conjunto aos respectivos elementos: o alfabeto nasceu da consideração de que a língua construiu toda a riqueza verbal através de distintas combinações de certos sons essenciais, e, por conseguinte, de que a descoberta e a denominação desses sons bastariam para deles e com eles se construir toda a palavra que se quisesse... O que a palavra é para a língua, são as relações jurídicas para o Direito... Aqui como acolá, o que há a fazer é a descoberta desses elementos, a organização de um alfabeto». JHERING esquece-se aqui - e nisto revela-se claramente como filho da época positivista - de que os sons só se tomam palavras através do sentido que lhes atribui o espírito humano e de que, portanto, se por meio de uma combinação de letras se pode reproduzir uma certa articulação de sons, isso não chega, porém, para se afirmar o que quer que seja sobre o sentido das mesmas.

JHERING compara ainda a Jurisprudência dogmática com outra ciência, a saber: a química. A ciência sistemática do Direito seria a «química jurídica, que procura os corpos (!) simples». Enquanto «sublima os conceitos» a «matéria-prima dada» (que são as regras jurídicas), a construção jurídica permite «o trânsito do Direito do estado inferior de agregação para o superior». A transformação que aqui intervém reside em «a matéria abandonar inteiramente a forma prática e imperativa imediata» e em assumir «a feição de um corpo jurídico» (!) (18). Os «corpos jurídicos», que é

como JHERING chama aos conceitos fundamentais simples obtidos por análise lógica e por abstracção, pensa-os ele agora como dotados de certas qualidades e como aptos a produzir certos efeitos (19). E ao operar conceptual com esses «corpos», conseguidos como que à maneira da química, chama, assaz bizarramente, o «método histórico-natural» da Jurisprudência. Método que na concepção de JHERING permite não apenas, como já se apontou, uma facilitação do domínio sobre a matéria, mas que conduz, também segundo JHERING, à descoberta de proposições jurídicas anteriormente desconhecidas - embora muitas destas não devam a sua origem a nenhuma necessidade prática, mas apenas «à necessidade ou consequência jurídica»: elas «existem» porque «não podem não existir» (20). O sofisma é fácil de descobrir. Com o seu modo de expressão pseudocientífico-natural de «corpos existentes», JHERING vê-se impedido de reconhecer que essa presumida «consequência ou necessidade jurídica» não é mais do que a *consequência lógica* de certas afirmações, da qual de nenhuma maneira resulta a validade prática ou obrigatoriedade dos correspondentes comandos. Realmente, os conceitos jurídicos elementares não «existem» (na medida em que «valem») do mesmo modo que as normas jurídicas: têm, tal como todas as proposições que deles decorram à guisa de conclusão, apenas um valor de afirmação teórica; por mais que se preze este valor, tal nada significa para a validade dessas proposições como comandos normativos. Aliás, é justamente este ponto que vão pôr em evidência o próprio JHERING na sua fase ulterior, e, depois dele, os representantes da Jurisprudência dos interesses, na sua crítica à «Jurisprudência dos conceitos» (21).

(19) «A massa global do Direito» - continua o ensaio introdutório - aparece agora «não como um sistema de proposições, de pensamentos, mas como um somatório de existências jurídicas, por assim dizer, de seres vivos, de espíritos servidores» (!).

(20) *Geist des römischen Rechts*, 11, 2 pág. 392; *Jher. Jb.*, vol. I. pág. 18.

(21) Sobre a crítica de JHERING ao «método histórico-natural», cf. os contributos de EKELOF (pág. 27), HOMMES (pág. 101) e LOSANO (pág. 142), in: *Jherings Erbe*, WIEACKER e WOLLSCHLAGER (eds.), 1970.

(18) Assim no ensaio introdutório aos *Jhering Jahrbücher*, vol. 1, pág. 10.

3. O positivismo legal racionalista de WINDSCHEID

A grande maioria dos juristas do século XIX, conquanto não comungasse no desvio pseudocientífico-natural que notamos em JHERING, tomou indiscutivelmente como modelo o pensamento conceptual formal e a tendência para um sistema fechado de conceitos no estilo de PUCHTA. Numa anotação ao seu *Lehrbuch der Pandekten* (Tratado das Pandectas) (22), BERNHARD WINDSCHEID, o último sistematizador do «Direito comum», concorda em absoluto com a descrição de JHERING do método da construção jurídica, reconhecendo apenas que ele não conseguira o apreço a que tinha jus. Todavia, se bem que matizada por uma tendência «psicogística» que o caracteriza e caracteriza a sua época, é a linha de PUCHTA que WINDSCHEID fundamentalmente vem a prosseguir. Ele viveu ainda, como disse ERIK WOLF, «nos últimos revérberos do crepúsculo do mundo espiritual de KANT e da cultura da época de GOETHE» (23); o que significa que estava ainda ciente do sentido ético do Direito. O valor e a dignidade do Direito viu-os ele no facto de este «preparar o terreno à ordem moral do mundo, em só através dele ser possível a realização dessa ordem» (24). Decerto que já «se acordara do sonho do Direito natural» (25), mas o Direito positivo teria de ser algo «mais do que a folha, mais do que o aroma que se dispersa no vento». A lei não é portanto, para WINDSCHEID, uma simples expressão de poder do legislador, um simples «factum», mas a «sabedoria dos séculos que nos precederam»; o que na lei se dita como Direito antecipadamente o «reconheceu como Direito» a comunidade jurídica (26). Como fonte última do Direito positivo - do costume directamente, mas, indirectamente, também da legislação - indica ele, por conseguinte, não já a vontade, mas «a razão dos povos» (pág. 40) (27). Para ele o Direito é, na sua contingência histórica, algo de racional, e por

(22) Citamos, a 7.ª ed., que foi a última de que o autor cuidou. A anotação referida vem na pág. 60.

(23) *Große Rechtsdenker*, pág. 591.

(24) *Gesammelte Reden und Abhandlungen*, pág. 6.

(25) *Ibid.*, pág. 9.

(26) *Ibid.*, pág. 105.

(27) A indicação de página refere-se ao *Lehrbuch der Pandekten*.

conseguinte, algo susceptível de uma elaboração científica, não apenas de carácter histórico, mas também de carácter sistemático.

Preso assim à concepção de SAVIGNY e de PUCHTA, WINDSCHEID vê o Direito como algo histórico e simultaneamente racional; já não entende, contudo, a razão tão objectivamente como eles - como sentido imanente dos institutos jurídicos, como essência de princípios jurídicos fundamentais que, embora possam variar historicamente, determinam, como força interior que são do espírito (objectivo), o pensamento de toda uma época da cultura —, mas subjectivamente, como a «vontade racional» do legislador. É pois, um positivismo legal racionalista, moderado pela crença na razão do legislador, o que se exprime em WINDSCHEID e na geração dos juristas por ele influenciados: se o Direito é, sem dúvida, essencialmente equiparado à lei, esta comprehende-se como expressão, não já do puro arbítrio, mas da vontade racional - nas ponderações racionais que a orientam e nas perspectivas racionais em que se apoia - de um legislador histórico e, ao mesmo tempo, idealizado. Significativo da peculiar posição intermédia de WINDSCHEID é ele considerar, por um lado, a «vontade» do legislador indiscutivelmente como um facto histórico-psicológico, mas, por outro lado, através de uma pseudo-argumentação psicológica, tentar criar um espaço à vontade «racional» do mesmo legislador em face de uma pura vontade «fáctica», e assim dar de alguma maneira uma aberta a uma interpretação da lei segundo a rationalidade objectiva ou a «natureza das coisas», que, entretanto *expressis verbis* repudiara (28). De resto, embora longe dos extremos de JHERING (no seu primeiro período), WINDSCHEID não deixou de manejar com soberba maestria o método da análise dos conceitos, da abstracção, da sistematização lógica e da «construção» jurídica.

Segundo WINDSCHEID, a interpretação da lei deve determinar o sentido que «o legislador ligou às palavras por ele utilizadas» (pág. 51). Tal como SAVIGNY, WINDSCHEID exige que o intérprete se coloque no lugar do legislador e execute o seu pensamento, para o que deve tomar em consideração quer as

(28) Cf. a nota da pág. 57: «Sobre a correspondência da natureza das coisas às necessidades do comércio jurídico pode haver diversas opiniões; mas o que interessa não é o que nós pensamos e sim o que pensou sobre isso o 'legislador'».

circunstâncias jurídicas que foram presentes no seu espírito quando ditou a lei, quer os fins prosseguidos pelo mesmo legislador. Embora a interpretação se revele assim como uma pura investigação histórico-empírica da vontade, alguma margem abre WINDSCHEID a uma interpretação de acordo com o que é objectivamente adequado, quando observa que «é de atender, por último, ao valor do resultado, pelo menos na medida em que será de admitir que o legislador preferiu dizer algo de significativo, de adequado, em vez de algo de vazio e inadequado» (pág. 52). Como se isso não bastasse, adverte-se que a interpretação tem também a missão de «extrair, por detrás do sentido a que o legislador quis dar expressão, o seu verdadeiro pensamento» (pág. 54): deve não apenas ajustar à expressão insuficiente da lei o sentido realmente pensado pelo legislador, mas ainda «imaginar» o pensamento que o legislador não pensou até ao fim, ou seja, deve não manter-se simplesmente no plano da vontade empírica do legislador, mas conhecer a vontade racional desse legislador. Também isso - assegura WINDSCHEID contra os que opinam em contrário - constitui «interpretação», na medida em que é sempre e apenas a «verdadeira» vontade do legislador que vem a conhecer expressão nas palavras da lei. É claro que WINDSCHEID não nota que, tal como a sua conhecida teoria da «pressuposição», vem aqui a passar do campo da indagação empírica-psicológica da vontade para o de uma compreensão objectiva do sentido, substituindo por um conceito normativo de vontade o conceito psicológico de que partira inicialmente.

Outro tanto acontece com o método proposto por WINDSCHEID para a integração das lacunas, em que, como ele diz, é «o verdadeiro pensamento do Direito no seu todo» que cumpre reconhecer. As lacunas não devem preencher-se a partir de um hipotético Direito natural, mas «a partir do espírito do Direito no seu todo»: tem de descobrir-se a solução correcta segundo o sentido do «Direito no seu todo» (pág. 58). No que se pressupõe claramente que o Direito é mais do que um somatório de imperativos, que é também uma *unidade de sentido objectiva*, unidade de que se podem deduzir - por meio de conclusões e, particularmente, da analogia - os elos intermédios que eventualmente faltem. Ora ainda aqui, o fundamento da validade das proposições jurídicas obtidas seria para WINDSCHEID, presumivelmente, a vontade «verdadeira» do legislador, já que, como vontade racional,

aponta para tudo o que, ao considerarem-se precisamente no seu contexto as normas por ele postas, se oferece como o sentido ou o «verdadeiro pensamento» do «Direito no seu todo». Na realidade, porém, o que paira por detrás disto é a ideia da imanente racionalidade do Direito como «organismo» espiritual, como um *todo* objectivo *do ponto de vista do sentido*, por pouco que esta ideia se harmonize com o psicologismo e o positivismo legalista prevalecentes em WINDSCHEID.

A distinção entre a vontade factica, consciente, do legislador, e a sua vontade «verdadeira», que repousa na coerência racional do seu pensamento, é também o que estabelece a ponte entre a teoria da interpretação de WINDSCHEID e a sua ideia de sistema. O «verdadeiro» pensamento de uma proposição jurídica - afirma ele - revela-se nos *conceitos jurídicos*, «ou seja, em súmulas de elementos de pensamento» (pág. 59). Só partindo da apreensão plena dos conceitos jurídicos, decompostos nos seus elementos de pensamento e de novo articulados a partir deles, é que se alcança a «conexão intrínseca» das proposições jurídicas - o sistema jurídico (pág. 60). Assim adere WINDSCHEID à ideia do *sistema lógico*; não é o fim de certa regulamentação, o sentido ético ou sociopolítico de um instituto ou de todo um sector do Direito que fundamenta a «conexão intrínseca» das proposições jurídicas, mas o serem comuns os elementos conceptuais que neles se repetem. Mediante a descoberta dos conceitos elementares simples e a recondução aos mesmos de todos os conceitos compostos, surge a aparência deslumbradora de uma «necessidade lógica» universalmente imperante, à custa, porém, do conhecimento das conexões de sentido, tanto eticoteleológicas como sociológicas.

No vértice da pirâmide de conceitos do Direito privado coloca WINDSCHEID, tal como PUCHTA, o conceito de direito subjectivo. Mas, em vez de uma derivação ética desse conceito, apresenta uma definição que só pretende ter que ver com a psicologia. É sabido que considera o direito subjectivo como um «poder da vontade» conferido pela ordem jurídica a uma pessoa - formulação em que pouco se afasta de PUCHTA. Só que PUCHTA pensava na possibilidade ou capacidade de a pessoa realizar a sua liberdade moral, quer dizer, se realizar como pessoa, através desse poder de decisão, que lhe é exclusivamente atribuído, sobre um objecto. Ora, se também em WINDSCHEID isso estará de certa

maneira subjacente⁽²⁹⁾, todavia, como ele comprehende a «vontade» não já como categoria ética, mas antes como categoria psicológica, depara-se-lhe a «dificuldade» de poder existir também um direito subjectivo «independentemente de um efectivo querer do titular»⁽³⁰⁾. Na verdade, também um incapaz pode ser titular de um direito subjectivo, como se pode ter um direito sem se ter disso consciência. WINDSCHEID supõe que a vontade que prevalece no direito subjectivo (sobre outrem, ou, nos direitos de crédito, sobre o devedor) não é a do titular, mas a da ordem jurídica (como se esta fosse uma real vontade psicológica!): só a actuação do comando que favorece o titular é que a ordem jurídica terá feito depender da decisão deste último (ou do seu representante). Desta maneira, a tónica desloca-se, para WINDSCHEID, da possibilidade do domínio sobre um objecto - por ex., do senhorio individual do proprietário sobre a coisa - , para a possibilidade de se impor judicialmente uma injunção da ordem jurídica contra outrem, o que ele designa por «pretensão». O efeito da propriedade vê-o ele não tanto no poder do proprietário de decidir o que quiser acerca da coisa (de dispor dela, fáctica ou juridicamente), mas na mera possibilidade de excluir os outros da mesma coisa: na soma de pretensões que lhe são conferidas para a defender de perturbações potenciais⁽³¹⁾. Concepção em que não se perde somente, como julga von TUHR⁽³²⁾, a «intuitividade» do conceito de propriedade - ser «intuitivo» não é a função de um conceito - , mas em que sobretudo se revela, com particular nitidez, o *esvaziamento de sentido* a que conduz de modo irresistível o pensamento conceptual-formal. O primeiro e primitivo sentido de propriedade não está, com certeza, em se impor uma pretensão contra quem a agrida, mas na possibilidade de uma pessoa, com as coisas ou em virtude das coisas que lhe são atribuídas privativamente, criar e conservar um meio ambiente que lhe seja próprio, um campo de existência individual que lhe

⁽²⁹⁾ Assim reitera a ideia, rigorosamente na esteira da filosofia idealista, de que o Direito não é, em primeira linha, limitação, mas reconhecimento da liberdade humana (*Reden*, pág. 101).

⁽³⁰⁾ Cf. a nota da pág. 89 do *Lehrbuch der Pandekten*.

⁽³¹⁾ Cf. *Pandekten*, I, pág. 91, nota 3; pág. 99; pág. 491, nota 1a.

⁽³²⁾ *Der Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, I, págs. 93 e 134.

seja adequado⁽³³⁾, e se afirmar, desta forma, como pessoa, isto é, como ser livre. É talvez nesse sentido que HEGEL diz⁽³⁴⁾ que, «do ponto de vista da liberdade, a propriedade, como a primeira forma de *existência* daquela, constitui um ‘fim essencial em si’», ou seja, que o indivíduo tem necessariamente de a ter para, como pessoa individual, existir com os outros dentro da comunidade. Deste sentido ético-jurídico de propriedade, referido em última análise à pessoa, não resta, manifestamente, na definição de propriedade de WINDSCHEID o mais leve vestígio, ao invés do que acontece ainda com as ideias de PUCHTA. O que é, porém, característico do pensamento conceptual abstracto em geral: os conceitos extraídos permitem apenas apreender a superfície exterior do fenómeno; o cerne, isto é, o conteúdo significativo (do instituto jurídico, do Direito em geral) vem a ser quase completamente eliminado. Visto do plano lógico-formal, o sistema está certo; visto do plano material, falta-lhe justamente o essencial, a «substância» espiritual. Só porque esta substância, embora inconfessadamente, ainda continua, apesar de tudo, a ser pressuposta por WINDSCHEID - quer dizer, só porque tanto ele como o leitor ainda ligam, realmente, aos seus conceitos (como o de direito subjectivo e o de sujeito de direito) alguma coisa mais do que o que diz a definição - é que a matéria se acomoda ao sistema e tudo acaba, pelo menos aparentemente, por bater certo.

4. A teoria «objectivista» da interpretação

«Historicismo» e «racionalismo» são as componentes dominantes do pensamento, não apenas de WINDSCHEID, mas, em geral, da ciência do Direito do século XIX. Isto significa que, embora se considerasse todo o Direito como produto da evolução histórica e, portanto, como «positivo», via-se, porém, no próprio «Direito positivo» uma ordem «racional» que, por isso mesmo,

⁽³³⁾ Neste sentido, NICOLAI HARTMANN (*Das Problem des geistigen Seins*, pág. 121 e segs.), reconduz a propriedade ao facto de que a pessoa com a sua propriedade cria um «círculo de vida» ou um «círculo reservado» que lhe pertence como pessoa individual, que é portadora da sua marca.

⁽³⁴⁾ *Rechtsphilosophie*, § 45.

seria susceptível de ser compreendida e sistematizada conceptualmente. A *lex*, sobretudo o Direito privado romano, vale menos como *voluntas* do que como *ratio scripta*. A crença na razoabilidade ou racionalidade intrínsecas do Direito positivo é o bastante para se distinguir claramente esta concepção do positivismo. O pseudocientífico-natural e do positivismo sociológico, para os quais cada lei constitui um simples facto empírico que pode ser esclarecido «científico-causalmente» a partir das condições epocais do seu aparecimento, mas que não pode ser «interpretado», para além disso, como expressão de uma razão jurídica própria. O que está nos antípodas da ciência do Direito do século XIX, que em regra se julga ainda não só com o dever, mas com o poder de revelar a razão mais ou menos oculta na lei, de libertar cada norma da lei do seu isolamento empírico, de a depurar, digamos, reconduzindo-a a um princípio superior ou a um conceito geral, e promover, deste modo, a espiritualização do «positivo» - propósitos em que a servem, ao lado da interpretação «lógica» e da interpretação «sistematica», tanto a elaboração dos conceitos como aquela «construção» jurídica tão denegrida depois pelo JHERING da última fase. Simplesmente, com esta concepção era difficilmente conciliável a doutrina, defendida pela maioria dos autores, incluindo WINDSCHEID, de que à interpretação só competia indagar a vontade *empírica* do legislador histórico. Com efeito, se a lei vale menos, em último termo, por ser «positiva» do que por ser «racional», mais do que à vontade empírica do legislador cumpre dar acolhimento à sua vontade «racional», ou seja, à *razão jurídica* olhada na lei. Ora foi a esta exigência e, ao mesmo tempo, a um tipo de pensamento que era ainda muito mais determinado pelo racionalismo do que pelo historicismo ou até pelo positivismo⁽³⁵⁾, que correspondeu a teoria «objectivista» da interpretação, tal como foi exposta, nos anos 1885 e 1886, quase simultaneamente por três dos mais significativos teorizadores do Direito da época: BINDING, WACH e KOHLER⁽³⁶⁾. Essa simultanei-

⁽³⁵⁾ Com razão observa MANIGK (*Handwörterbuch der Rechtswissenschaft*, pág. 433) que nas teorias «subjectivista» e «objectivista» da interpretação se corporiza o contraste entre o positivismo e o racionalismo.

⁽³⁶⁾ BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, I, pág. 450 e segs.; WACH *Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts*, I, pág. 254 e segs.; KOHLER, *Grünhuts Zeitschrift*, vol. 13, pág. 1 e segs.

dade, em diferentes teorizadores, na apresentação duma mesma concepção científica, prova quase sempre que esta corresponde a uma tendência científica dominante nesse período⁽³⁷⁾; e não há dúvida de que foi este o caso da teoria que analisamos.

A teoria «objectivista» da interpretação afirma não apenas que a lei, uma vez promulgada, *pode*, como qualquer palavra dita ou escrita, ter para outros uma significação em que não pensava o seu autor - o que seria um truísmo -, mas ainda que o *juridicamente decisivo* é, em lugar do que pensou o autor da lei, uma significação «objectiva», independente dele e imanente à mesma lei. Com o que se sustenta, antes de tudo, que há uma oposição fundamental entre a interpretação jurídica e a histórico-filológica⁽³⁸⁾. Enquanto esta procura descobrir nas palavras o sentido que o *autor* lhes ligou, o fim da interpretação jurídica será patentejar o sentido racional da lei olhada como um todo do ponto de vista da significação - olhada como um «organismo espiritual», no dizer de KOHLER. As opiniões e intenções subjectivas do legislador, dos redactores da lei ou das pessoas singulares que intervieram na legislação não têm relevo: a lei é «mais racional» do que o seu autor e, uma vez vigente, vale por si só. Por isso é a partir dela apenas, do seu próprio contexto significativo, que deve ser interpretada. Todos os três representantes da teoria objectivista da interpretação arrancam da ideia de que o Direito, ainda que por tal se entenda sempre o Direito «positivo», é por essência uma ordem «racional». Assim lemos em BINDING (pág. 13): «Ora, no conceito de ordem está ínsito o de racionalidade». A lei é, na sua essência, a «vontade racional» da comunidade jurídica e, portanto, um «organismo espiritual» (KOHLER, pág. 2), uma «força viva permanente» (WACH, pág. 257), um «poder objectivo» (BINDING, pág. 455). Donde, conclui-se, não se trata

⁽³⁷⁾ A teoria objectivista da interpretação tem um precursor em HEINRICH THOL, *Einleitung in das Deutsche Privatrecht*, 1851, pág. 44 e segs., especialmente pág. 150. Em contraposição, o escrito, tantas vezes citado a este propósito, de SCHAFFRATH, *Theorie der Auslegung constitutioneller Gesetze*, 1842, limita-se a declarar que a «verdadeira» vontade do legislador (pág. 33) - expressamente designada como um «facto empírico» - só pode valer na medida em que se exprima na lei.

⁽³⁸⁾ BINDING, pág. 451; WACH, pág. 257.

daquilo que «o que quis o autor da lei», mas sim do que «a lei quer» (KÜHLER, pág. 2); o fim a assinalar à interpretação não é a «vontade do legislador» mas a vontade do Direito que «se exprimiu na proposição jurídica como elemento de todo o sistema jurídico» (BINDING, pág. 456).

A «racionalidade» da lei é entendida pelos autores citados - e aí começa o afastamento da «Jurisprudência dos conceitos» formal - não apenas em sentido formal, como um nexo lógico entre os conceitos, mas também em sentido material, como racionalidade dos fins, ou seja, como uma *teleologia imanente*. Iú que é sobretudo expresso claramente por KÜHLER, segundo o qual a unidade interna da ordem jurídica repousa na validade de *princípios jurídicos* gerais, princípios que ele entende como máximas ordenadoras, e não somente como sínteses conceptuais abstractas. A interpretação tem de «trabalhar» de tal modo a lei que traga à luz os princípios nela contidos, oferecendo-se cada determinação legal como a «ramificação de um princípio», «com a qualificação e a posição funcional que lhe competem de acordo com esse princípio» (pág. 7). Todavia, nem sempre o princípio determinante encontra na lei uma «exposição completa e sem mácula», sendo, nessa altura, tarefa da interpretação, não, como pensa WINDSCHEID, substituir a «verdadeira» vontade do legislador à vontade que se exprime na lei, mas «afastar da exposição da lei a opacidade inevitável» (pág. 19), isto é, desenvolver a lei incompleta ou defeituosa de acordo com os seus princípios. Além disso, a interpretação tem de orientar-se pela «aspiração a um fim» que se "encerra na lei. Para a conhecer precisa o jurista de «investigar as condições sociais» a que a lei quer dar remédio e, por outro lado, precisa de averiguar «qual seja o melhor e mais satisfatório expediente, de acordo com as ideias do tempo». Havendo várias interpretações possíveis segundo a letra de lei, deverá escolher «a que melhor corresponda ao fim», no sentido exposto (pág. 35). KÜHLER designa expressamente esse método como «teleológico» (pág. 37). Também WACH (pág. 257) exige que a lei «seja interpretada de tal maneira que corresponda o mais possível ao seu fim manifesto e às necessidades da justiça». BINDING, por último, considera «como meios de interpretação», ao lado do sentido literal, do «momento da declaração», o «momento da coerência com outras proposições jurídicas» e o «momento do fim» (pág. 467). Este «momento do fim» vem, por seu turno,

a ser considerado em três perfis, a saber: como o fim de uma proposição jurídica única, como o fim de um instituto jurídico e como o fim «de um grupo de proposições jurídicas».

Estabelecido o fim de uma proposição jurídica, ao problema da adequação efectiva da mesma a esse fim só pode vir a responder-se de harmonia com as circunstâncias de facto sob as quais ela deva vir a ter a sua vigência. Dado que essas circunstâncias variam com o tempo, a interpretação da proposição jurídica tem também de adaptar-se a tais alterações: tem, em suma, segundo a teoria «objectiva», de ser sempre «referida à actualidade». Foi particularmente esta consequência que granjeou muitos adeptos à teoria «objectiva»⁽³⁹⁾. Acresce ainda que, na avaliação do problema da adequação ao fim e do problema do âmbito de aplicação de um «princípio», ela reserva necessariamente ao juiz uma liberdade maior do que a teoria subjectiva⁽⁴⁰⁾.

Ao invés do JHERING da última fase e dos adeptos da «Jurisprudência dos interesses», os fundadores da «teoria objectivista da interpretação» não viam ainda nenhuma contradição fundamental entre a consideração dos *fins* da norma jurídica e os métodos da «Jurisprudência dos conceitos». KÜHLER pôde inclusivamente

⁽³⁹⁾ Neles se incluem, entre outros, BEKKER, *Jher. Jb.*, 34, pág. 71 e segs.; BRÜTT, *Die Kunst der Rechtsanwendung*, 1907, pág. 50 e segs.; BURCKHARDT, *Die Lücken des Gesetzes*, pág. 64 e segs., e *Methode und System des Rechts*, pág. 278; ESSEN, *Einführung in die Grundbegriffe*, pág. 183 e segs.; KRETSCHMAR, *Über die Methode der Privatrechtswissenschaft*, pág. 38; RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 3.^a ed., pág. 110 e segs.; REICHEL, *Gesetz und Richterspruch*, pág. 67 e segs.; RUMPF, *Gesetz und Richter*, pág. 120 e segs.; SCHWINGE, *Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht*, pág. 57 e segs. No mesmo sentido também, GERMANN, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 1941, pág. 147 e segs.; BETTI, *Allgemeine Auslegungslehre* § 55. Em sentido contrário, ENNECCERUS-NIPPERDEY, § 54,11; e NAVIASKY, *Allgemeine Rechtslehre*, pág. 128. No meio termo, BAUMGARTEN, *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*, pág. 35; BINDER, *Philosophie des Rechts*, pág. 913 e segs., 976; SAUER, *Juristische Methodenlehre*, pág. 292 e segs.; COING, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 4.^a ed., pág. 322 e segs. (com uma «certa primazia» do momento objectivo, pág. 330). Discutindo pormenoradamente os prós e os contras, cf. ENGISCH, *Einführung*, pág. 88 e segs.; e LIVER, *Der Wille des Gesetzes*, 1954.

⁽⁴⁰⁾ Cf E I BFKFR, *Iha Ib* 34 pág 7s e segs

servir-se da mesma comparação com a análise química (41) de que se serviu JHERING na sua primeira fase para explicar a essência da análise conceptual jurídica; apenas reprova o facto de que «anteriormente» se aceitava um número excessivamente restrito de elementos conceptuais para que se pudesse ter na devída conta a «multidão de relações» que hoje apresenta a vida do Direito. E se nos perguntarmos porque é que KOHLER ou BINDING, em contraste com os futuros defensores da «Jurisprudência dos interesses», supunham conciliável o método de uma interpretação «teleológica» da lei com a dedução lógico-conceptual, não devemos esquecer o seguinte: JHERING e a «Jurisprudência dos interesses» viam nos fins a ter em consideração os fins empíricos do legislador ou das forças sociais que estão por detrás dele, ou seja, interesses «reais» ou «factores causais», enquanto BINDING e KOHLER viam, ao contrário, os fins objectivos do Direito, quer dizer, os fins que são exigidos pela racionalidade intrínseca do Direito. O que significa que BINDING e KOHLER pressupunham que os conceitos jurídicos, encontrados pela ciência do Direito estavam de acordo com esses fins objectivos do próprio Direito: sendo, portanto, aptos para a sua compreensão. Consequências para a teoria da construção conceptual não chegaram, de resto, a retirá-las. O problema da especificidade lógica de um pensamento «teleológico» não chegou a ser posto. Desta forma, a crítica ao pensamento lógico-formal da chamada «Jurisprudência dos conceitos» ficou reservada à nova orientação «empirista» introduzida pelo JHERING da última fase - vindo a florescer num mundo espiritual completamente diverso do da ciência jurídica do século XIX, que, sob as vestes do historicismo, acolhia genericamente uma matriz «racionalista» e que (embora inconfessadamente), na medida em que considerava o Direito «positivo» como um «organismo racional» e assim o procurava compreender, algo conservava ainda do pensamento «jusnaturalista». Essa nova orientação intelectual, que se esforçava por «liquidar» radicalmente todos os «resíduos» jusnaturalistas (42), era o positivismo.

(41) No seu *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts* (1904), vol. I, pág. 24 e segs.

(42) Tendo, nestes termos, como arauto BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, 1892.

A TEORIA E A METODOLOGIA JURÍDICAS SOB A INFLUÊNCIA DO CONCEITO POSITIVISTA DE CIÊNCIA

Como movimento de ideias geral (europeu), o «positivismo» abarcou na Alemanha, no decurso do segundo terço do século XIX, mais ou menos todas as ciências do espírito⁽¹⁾. Não importa, porém, averiguar aqui, em particular, em que medida se verificou a influência da filosofia social «positivista» de AUGUSTO COMTE, dos filósofos britânicos (BENTHAM, J. ST. MILL)⁽²⁾, ou das ciências da natureza, especialmente da «teoria da evolução» de DARWIN, e saber até que ponto isso correspondeu a uma revivescência do velho «empirismo», da psicologia associacionista de LOCKE, e, na ciência do Direito, também da Ética utilitarista de um THOMASIUS⁽³⁾. Basta que se saiba que a ciência do Direito teve uma plena participação no pendor geral para o positivismo. Como movimento adverso, não só do Direito natural racionalista-dedutivo e da atitude metafísica de base da filosofia idealista alemã, como do romantismo e da velha «Escola Histórica», o positivismo na ciência do Direito (4), bem como no seu entendimento da

(1) Cf., por exemplo, ROTHACKER, *Einleitung in die Geisteswissenschaften*, 2.ª ed. 1930, pág. 190 e segs.; sobre o conceito positivista de ciência, ver especialmente ERNST von HIPPEL, *Mechanisches und moralisches Rechtsdenken*, pág. 196 e segs.

(2) Sobre a influência de BENTHAM no JHERING tardio e na Jurisprudência dos interesses de PH. HECK, ver COING em ARSP 1968, pág. 69 e segs., PLEISTER, *Personlichkeit, Wille und Freiheit im Werke Jherings*, 1982, pág. 397 e segs.

(3) Cf. sobre THOMASIUS, o meu ensaio sobre «Sittlichkeit und Recht», em *Reich und Recht in der deutschen Philosophie*, 1943, vol. I, pág. 292 e segs. ERIK WOLF, *Das Problem der Naturrechtslehre*, 3.ª ed., 1964, pág. 137 e segs.

(4) Sobre as diferentes modalidades de positivismo, OTT, *Der Rechtspositivismus*, 1976.

ciência em geral, caracteriza-se pelo seu empenho em banir toda a «metafísica» do mundo da ciência e em restringir rigorosamente esta última aos «factos» e às leis desses factos, considerados empiricamente⁽⁵⁾. Para as ciências da natureza, mas não para a Ética e para a teoria do Direito, podia, o positivismo, até certo ponto, invocar a teoria do conhecimento de KANT.

Dado que a sua primeira e mais impressiva preocupação era excluir da ciência do Direito a questão de um «sentido» ou de um «valor» com validade objectiva, o positivismo já foi precisamente classificado como uma orientação espiritual «sobretudo negadora», como um «negativismo»⁽⁶⁾. Todavia, não deve esquecer-se o *ethos* científico que determinou, frequentemente, a atitude do positivista: do positivista que considera as «ideias eternas» ou os «valores absolutos» como inatingíveis racionalmente e, por isso, receia fazer afirmações ou pressuposições «indemonstradas». Esta humildade científica do positivista não exclui que ele tenha para si valores ou exigências éticas; só que os remete para o mundo das crenças pessoais e das convicções morais sobre os quais, do seu ponto de vista, não é possível um enunciado científico. Ele não nega, por exemplo, que a exigência de justiça valha para a consciência de cada um, mas é de opinião de que ela não é passível de conhecimento científico e de que, portanto, não constitui um princípio possível de uma ciência juspositiva. Quando muito, pode reconhecer a «vivência da justiça» como um «facto antropológico» que, enquanto tal, «não pode nunca ser eliminado do pensamento jurídico»⁽⁷⁾; mas a ideia de justiça é que não chega a ser para ele um princípio cognitivamente objectivável, um princípio com validade universal e que, deste modo, possa ter relevância para o conhecimento do Direito positivo⁽⁸⁾.

O que, abstraindo da lógica e da matemática, é susceptível de conhecimento científico são, na concepção positivista, os «factos»

(5) Cf. a pertinente explanação desta pOSlçao e dos seus efeitos na doutrina jurídica em COING, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 4.ª ed., 1985, pág. 59 e segs.

(6) WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, 1935, pág. 2; SCHÓNFELD, *oh. cit.*, págs. 63 e 524.

(7) Assim BRUSIIN, *Über das juristische Denken*, 1951, pág. 156 e segs.

(8) Assim, inequivocamente, KELSEN no seu *Was ist Gerechtigkeit?*, pág. 153.

sensíveis, juntamente com as «leis» que neles se manifestam e se comprovam na experimentação. Nesta postura revela-se como paradigmático o modelo das ciências «exactas» da natureza. Nessa medida, o positivismo é um «naturalismo»⁽⁹⁾. A ciência do Direito será assim erigida em «verdadeira ciência» quando, tal como a ciência da natureza, se fundar sobre factos indubitáveis. Mas onde se encontram esses «factos»? Perante esta questão é que se dividem as diferentes orientações. A totalidade dos factos sensíveis reparte-se, segundo a concepção dominante, em dois grandes domínios: o dos factos e fenómenos do «mundo exterior», que percebemos através das sensações e que, como tais, são sensíveis, audíveis ou, de qualquer modo, mensuráveis, e o dos factos e fenómenos do «mundo interior» ou anímico, quer dizer, dos factos psíquicos. Para ambos os domínios vale, evidentemente, de acordo com a perspectiva positivista, a lei geral da causalidade; os fenómenos anímicos têm, como os fenómenos da natureza, as suas «causas», sendo integralmente determinados por elas⁽¹⁰⁾. Entre as relações causais da natureza inanimada, os processos de evolução orgânicos e os determinismos psíquicos ou motivações, não há, segundo a concepção do positivismo, nenhuma diferença de princípio. Para todos será válida a tese de que qualquer alteração percepcionada no tempo tem de ter a sua causa cronologicamente anterior, causa que, por seu turno, de harmonia com as leis naturais, tem de ter necessariamente aquele efeito. Uma espécie fundamentalmente diversa de conexão - a que existe entre a razão suficiente e a conclusão racionalmente necessária, e que é independente de uma sucessão temporal de fenómenos - só vale para a lógica e para a matemática, como as únicas ciências que não lidam com «factos» (seja de que tipo forem), mas com puras conexões mentais (ou relações espaciais pensadas). Ora, partindo-se destes pressupostos, o Direito,

(9) WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht* (1935); WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, pág. 563, que (nas notas 16-18) também alude à ligação de uma teoria moral e jurídica «naturalista» com a «vontade de poder» nietzscheana e ERIK WOLF, *Große Rechtsdenker*, pág. 623 e segs.

(10) O positivismo do século XIX postula um determinismo estrito, no sentido da concepção causal-mecanicista do mundo. Actualmente, esta concepção é muitas vezes atenuada em termos de uma regularidade estatística.

uma vez que não se encontra na realidade exterior mas na consciência dos homens, ou vem a ser visto como um *facto psicológico*, ou então, porque se refere ao comportamento social dos mesmos homens, vem a ser integrado entre os *fenómenos da existência social*, de que se ocupa a recém-descoberta sociologia empírica. No primeiro caso, chega-se a uma teoria *psicológica* do Direito, que procura esclarecer os mais importantes fenómenos jurídicos - a lei e o negócio jurídico, mas também o direito subjectivo e até o dever jurídico - a partir de um conceito de vontade entendido psicologicamente. No segundo caso, chega-se a uma teoria do Direito predominantemente *sociológica*, teoria que se interroga sobre as causas sociais (particularmente económicas) e sobre os efeitos de certas instituições jurídicas, bem como sobre o próprio Direito como *meio ao serviço de finalidades sociais*. Ambas as perspectivas - acentue-se desde já - têm a sua relativa legitimidade; mas ambas, por outra via, vêm a falhar nalguma coisa que para o Direito é essencial e característico: na pretensão de validade que lhe é própria, o momento do dever ser (11). Por esta razão, e também pelo sentimento de que a autonomia da ciência do Direito vinha assim a perder-se em benefício de outras ciências (nomeadamente a psicologia ou a sociologia), é que KELSEN, por último, na sua *Teoria Pura do Direito*, reivindica para a ciência jurídica, à semelhança da lógica e da matemática, um objecto *puramente ideal*, restringindo-a ao simples campo do racionalmente necessário. Todavia, apesar de se apoiar, em certa medida, no «neokantismo», KELSEN continuou «positivista», na medida em que excluiu da ciência jurídica toda a consideração valorativa, e, com isso, a questão da valoração «adequada» em cada caso, como cientificamente irrespondível. Qualquer das três teorias positivistas, entre si tão diversas, concorda, pois, em considerar o Direito exclusivamente como «positivo» e em rejeitar, ao invés, como «não científica», toda a questão sobre um fundamento «supra-positivo» do Direito - sobre um «Direito natural», ou sobre a ideia de Direito como um sentido material

(II) Cf. o meu escrito *Das Problem der Rechtsgeltung* (1929; nova edição, com um posfácio, de 1967) e HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 2.ª ed., pág. 543 e segs. e *Festsehrift für Mareie*, 1974, pág. 63; RYFFEL, *Grundprobleme der Rechts- und Staatsphilosophie*, pág. 371 e segs.

a priori de todo o Direito. Quanto ao mais, resultam das aludidas teorias consequências muito diferentes, inclusivamente para a metodologia jurídica.

1. A teoria psicológica do Direito de BIERLING

Já em WINDSCHEID pudemos observar que, na sua determinação do conceito de direito subjectivo bem como na sua teoria do negócio jurídico e da «pressuposição», se acham em primeiro plano considerações psicológicas. O mesmo acontece com outros juristas do seu tempo, como ZITELMANN e, mais tarde, por exemplo, von OERTMANN (12). Trata-se de uma tendência dominante da época. ERNST RUDOLF BIERLING (13) apresentou uma exposição acabada de uma teoria psicológica do Direito, sem esquecer a respectiva aplicação ao campo da metodologia.

BIERLING aponta como seu propósito científico «encontrar e expor em conjunto o que no Direito positivo se mostra homogéneo, ou, por outras palavras, o que - em oposição a todos os concretos direitos particulares - pertence ao género «Direito» (I, pág. 3) (14). O que lhe interessa, portanto, é o *conceito* de Direito, entendendo este como um *conceito de género*, como um conceito geral abstracto no sentido da lógica formal (e não, porventura, como um conceito geral concreto em sentido hegeliano ou como um conceito fundamental apriorístico no sentido do neokantismo). O caminho que leva à descoberta desse conceito geral é o de uma «redução» que arranca do material empírico (ou seja, dos Direitos positivos particulares) (I, pág. 14), redução que devolve o particular ao geral que nele reaparece - ao género, precisamente - e elimina tudo o que pertença a cada Direito positivo enquanto ente individual. O conceito que BIERLING encontra para este processo é o seguinte: «Direito, em sentido

(12) Não é por acaso que a sua teoria da base negocial entendida psicologicamente se liga à «pressuposição» de WINDSCHEID.

(13) Na sua obra fundamental *Juristische Prinzipienlehre*, 5 volumes, 1894-1917, e na sua *Kritik der juristischen Grundbegriffe*, 2 volumes, 1877 e 1883.

(14) Daqui em diante citaremos a *Prinzipienlehre* apenas por volume e página, e a *Kritik* por *Kritik*, volume e página.

jurídico, é tudo aquilo que as pessoas, que convivem em qualquer comunidade, reciprocamente reconhecem como norma e regra de viver em comum» (I, pág. 19). Os elementos essenciais desse conceito de Direito são a «norma» e o «reconhecimento recíproco». O conceito de norma é seguidamente definido por BIERLING como «expressão de um querer que espera que outrem lhe dê execução» (I, pág. 29), ao passo que o «reconhecimento» significa para ele «um comportamento duradouro, habitual» (*Kritik*, I, 82), o «respeitar-se habitualmente, duradouramente, certas normas» (I, pág. 43). O que depois esclarece quando diz que a norma «inere» também «ao nosso espírito, de sorte a poder impor-se à nossa consciência e exercer a sua força de estímulo, não apenas se o espírito expressamente a invoca, mas inclusive involuntariamente, graças às leis da associação de ideias, até ser expulsa por uma norma contrária ou até vir a perder-se por completo para o mesmo espírito (não, evidentemente, para uma simples consciência momentânea)». É sobretudo a alusão à «associação de ideias» e à «força de estímulo» da norma que deixa transparecer como BIERLING acaba por reconduzir o Direito a fenómenos ou factos psíquicos.

Sem dúvida que BIERLING não se atém a considerações meramente psicológicas quando considera bastante um «reconhecimento indireto» como fundamento da validade de uma norma jurídica - entendendo por ele «a consequência lógica manifestamente necessária de um outro reconhecimento, que natural e necessariamente tem de ser, em última linha, o reconhecimento directo de normas jurídicas» (I, pág. 46). Assim, todas as normas que se contêm nas leis editadas constitucionalmente apresentam-se «por esse simples facto como normas reconhecidas de modo indireto, na medida em que haja um verdadeiro reconhecimento jurídico da respectiva Constituição ou, pelo menos, dos preceitos que se referem à emissão e à obrigatoriedade das leis». Decerto, BIERLING não ignora que se trata aqui apenas de «um tipo peculiar de reconhecimento ideal»: só que esse reconhecimento se imporá «por si mesmo» ao homem que pense normalmente, que consegue ver a norma-consequência como a «consequência logicamente necessária da norma reconhecida de modo directo». De todo o modo, a verdade é que BIERLING abandona aqui, ostensivamente, o terreno de uma pura teoria psicológica do Direito⁽¹⁵⁾, ao equiparar

⁽¹⁵⁾ No mesmo sentido, também üTT, *oh. cit.*, pág. 59.

à norma efectivamente reconhecida uma norma que cada um *deve* reconhecer como «consequência logicamente necessária» de uma norma fundamental reconhecida efectivamente. Pelo que, contra as primeiras aparências, não logra a teoria de BIERLING prescindir do conceito de «dever» na sua «análise do conceito de validade jurídica» (I, pág. 47): apenas, em vez de dever ético, que elimina, recorre a um dever lógico, à necessidade racional, o que, no fundo, é a única possibilidade que resta aos positivistas de admitirem um dever distinto da necessidade natural.

Fundamentada cada norma jurídica como uma «regra de convivência reciprocamente reconhecida», passa BIERLING a uma relação jurídica que se apresenta, vista mais de perto, como um direito subjectivo ou como uma pretensão de certa pessoa relativamente a uma outra ou relativamente a todos os seus concidadãos. Também as «relações jurídicas» só existem enquanto o obrigado ou os obrigados as reconhecem, o que leva BIERLING a afirmar que «todas as normas de Direito são queridas ou reconhecidas como pretensões jurídicas, por um lado, e como deveres jurídicos, por outro» (I, pág. 145). À semelhança de WINDSCHEID, BIERLINGvê em cada direito subjectivo uma «pretensão» (I, pág. 106 e segs.) - «pretensão» que, porém, considera psicologicamente como uma «apetência», ou, mais precisamente, aquela apetência cujo conteúdo é reconhecido, pela pessoa a quem se endereça, como seu dever jurídico (I, pág. 161). Por seu turno, também o «dever jurídico» é entendido por ele psicologicamente, e não eticamente (ou porventura, como mais tarde por KELSEN, normologicamente). «Para qualquer membro da comunidade jurídica» - declara ele (I, pág. 171) - «uma norma de Direito vem a apresentar-se como conteúdo do seu dever jurídico na medida em que ele sabe que, por um lado, ela lhe é dirigida por certos seus concidadãos, e, por outro lado, a sua própria vontade a reconhece». Dever jurídico, pode dizer-se em resumo, é a pretensão de outrem conhecida e reconhecida pelo próprio obrigado. «Nesta determinação conceptual está implícito que o dever jurídico é o correlato necessário e perfeito da pretensão jurídica: assim como esta é a expressão da vontade que, em certa relação, dá a outrem uma norma, assim o dever jurídico é a expressão da vontade correspondente, ou seja, da vontade que, na mesma relação, recebe de outrem essa norma».

Instrutiva sobre as dificuldades com que tem de debater-se uma teoria puramente psicológica do Direito é a resposta que dá BIERLING à imediata objecção de que a existência de um dever Jurídico não pode depender de que, em cada caso, o obrigado conheça e reconheça efectivamente a sua obrigaçāo. Em muitos casos - concede ele -, admitimos uma relação jurídica entre sujeitos que, «por sua própria natureza e até em parte pelo seu conceito, são incapazes de verdadeira vontade». A relação jurídica será aquI apenas uma relação «fictícia, enquanto a pretensão jurídica, ou o dever jurídico, ou mesmo ambas as coisas, não são, de facto, queridos na forma pertinente por aquele a quem os imputamos, mas apenas pressupostos como existentes pela contraparte ou por terceiras pessoas, o que é dizer, ficcionados» (I, pág. 172). Porém, à questão de saber o que legitima a outra parte ou terceiras pessoas a uma tão manifestamente estranha pressuposição não se dá nenhuma resposta.

Outro tanto acontece ainda com o conceito de SUjeito de DIreito. Segundo a concepção de base de BIERLING, só pode ser sujeito de uma relação jurídica, «no verdadeiro e completo sentido da palavra», «quem se encontra em posição de reconhecer uma norma como norma jurídica, isto é, de se reconhecer como concidadão em face de outro ou outros concidadãos» (I, pág. 201). Só que as chamadas pessoas jurídicas, bem como «as crianças e os dementes», não se encontram nessas condições. Todos eles são ficcionados como sujeitos de direitos - informa então BIERLING: o incapaz de vontade não é «capaz de direitos» «em si mesmo», quer dizer, graças à «posse das qualidades naturais de que normalmente depende o ter direitos e obrigações», mas «sempre, mais ou menos (!), de maneira fictícia» (I, pág. 216). O que mostra abundantemente até que ponto BIERLING se afastou não só da concepção fundamental da filosofia de KANT e HEGEL, mas também da teoria do Direito de SAVIGNY ou de PUCHTA, as quais sem discrepância consideram o homem - mesmo o incapaz de vontade - como juridicamente capaz, precisamente porque, como homem e, por conseguinte (de acordo com a sua condição e determinação humana), como pessoa ética, ele é um «fim em si» e, por isso, como tal deve ser olhado por todos os outros. Da subjectividade jurídica ficta das «crianças e dementes», em BIERLING, à definição puramente formal do conceito «sujeito de direitos», como um centro de imputação simplesmente pensado, em KELSEN, vai um muito pequeno passo. Por outra via, mais uma vez se torna clara, em termos retrospectivos, a posição intermédia de WINDSCHEID que, por causa da sua tendéncia para o psicologismo, está já ligado ao positivismo, embora sem conseguir desprender-se por completo do ponto de vista ético do Direito natural e da filosofia idealista.

Voltemos agora à definição de «norma» de BIERLING, que diz que cada norma é «expressão de um querer que espera que outrem lhe dê execução». As normas são «ditadas com indubitable intuito de que aqueles a quem se dirigem as apreendam e observem tal como realmente as pensavam e quiseram os órgãos legiferantes» (IV, pág. 256). As leis jurídicas são expressões da vontade do legislador, pelo que, segundo BIERLING, a missão da interpretação da lei não pode ser outra senão indagar a vontade real do legislador, vontade que ele quis exprimir nas palavras de que fez uso. Como meio preponderante para esse objectivo indica BIERLING o conhecimento da história da formação da lei (IV, pág. 275); e o sentido ou o fim que em cada lei será, antes de tudo, decisivo, é aquele «que os indivíduos e as maiorias que nela constitucionalmente intervieram concordaram em atribuir às palavras convertidas em lei» (IV, pág. 280). Só quando não se chegue, sobre isso, a um resultado suficientemente seguro, é que a lei deve ser interpretada «como o exige a boa-fé e tendo em consideração as concepções que sobre o Direito e a vida se tinham ao tempo da promulgação da lei» (IV, pág. 281). Fórmula em que a única coisa que surpreende é a alusão à «boa-fé», que introduz, não se sabe como, um momento «objectivo» na teoria da interpretação de BIERLING, entendida, aliás, de um jeito tão estritamente «subjectivista». Pelo contrário, já é consequente o repúdio explícito de uma «interpretação das leis segundo o espírito ou as exigências da actualidade, ou seja, sem atenção pelo conteúdo originariamente querido com a mesma lei» (IV, pág. 290). De facto, é esse um entendimento que não deve confundir-se com o conceito de lei e com a «teoria da vontade», psicologicamente compreendida, de BIERLING - autor que, ao invés, se declara expressamente como um adversário irredutível de todas as teorias «objectivas» da interpretação (IV, pág. 257 e segs.). É precisamente a orientação para a «vontade» empírica do legislador que permite, em compensação, a BIERLING atender de modo mais forte ao momento do fim. A pesquisa da vontade do legislador não se estende apenas ao que ele «pensou com certas palavras da lei», mas ainda ao que ele «visou com a lei no seu conjunto» (IV, pág. 275). Sem dúvida que o conhecimento do fim do legislador não dá nenhuma «explicitação directa» da letra da lei, mas permite-nos uma conclusão sobre «qual, das múltiplas interpretações possíveis, se deve considerar aquela que corresponde aos fins da lei e, por isso, deve ter prevalência» (IV, pág. 286).

A própria analogia de lei não se baseia, segundo BIERLING, no facto de a regra explícita na lei se poder reconduzir a outra logicamente mais ampla, mas ao facto de ela conter «uma intenção mais ampla e que não chegou a exprimir-se», de ela conter um propósito mais vasto, um fim mais abrangente do legislador (IV, pág. 408). Ao «método histórico-natura!» de JHERING dirige BIERLING uma crítica certeira (V, pág. 104). A exigência de JHERING de reduzir as proposições jurídicas a conceitos jurídicos, de desmontar estes últimos nos seus elementos e, partindo de tais elementos, através de «combinações», extrair então novas proposições jurídicas, conduz, para BIERLING, «a um impossível lógico», pois que aos conceitos só são reconduííveis asserções e, de entre estas, apenas as asserções que encerram um juízo analítico. Ora as proposições jurídicas não constituem asserções, mas sim imperativos que manifestam um determinado querer. O que vale, inclusivamente, para aquelas proposições que contêm uma «definição legal», como se diz vulgarmente, proposições jurídicas que só vêm a sê-lo porque, «para lá da definição legal em si própria, encerram sempre a prescrição autoritária que obriga a que todas as vezes que a palavra definida apareça na lei se entenda no sentido determinado pela mesma lei». Na realidade, a construção jurídica, tal como efectivamente a promoveu a ciência do Direito do séc. XIX, não consiste de forma alguma na desmontagem e na combinação de elementos dos conceitos que JHERING descreve: consiste, sim, em extraír dos comandos jurídicos especiais princípios jurídicos gerais e em procurar então valorizar estes últimos na edificação de novas proposições jurídicas (V, pág. 105). Método que BIERLING não vê razão suficiente para condenar: na procura dos princípios jurídicos gerais impõe-se «uma perfeita consideração dos interesses subjacentes às proposições jurídicas», e a inferência de novas proposições jurídicas do princípio geral só é possível enquanto não entre em conflito com proposições jurídicas expressamente sancionadas pela lei ou com «outros princípios que com ela interfiram». Para BIERLING, em suma, na correcta aplicação do método construtivo não se trata, tal como na analogia, de uma pura operação lógico-formal, mas de uma avaliação e apreciação do alcance dos diversos pontos de vista no que respeita aos fins, das «intenções» do legislador. Como «ponto de vista norteador» de toda a interpretação extensiva refere BIERLING «a consideração mais ampla possível

de todos os interesses, apreciando-os a partir das directrizes fornecidas pelo próprio Direito positivo» (IV, pág. 427). Regra em que justamente transparece a influência de uma orientação entretanto aparecida na ciência do Direito - a chamada «Jurisprudência dos interesses» - , com cujo chefe de escola, HECK, BIERLING entra em discussão no último volume da sua obra (V, pág. 59 e segs.), ora apoiando-o, ora criticando-o. Mas antes de nos referirmos a essa orientação, temos de voltar de novo a JHERING, que, aliás, com a sua ulterior viragem para o positivismo sociológico, lhe preparou o caminho e lhe forneceu, inclusivé, os motes.

2. A passagem de JHERING a uma Jurisprudência pragmática

Quando, no ano de 1847, o procurador von KIRCHMANN fez a sua conferência *Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft* (Falta de valor da Jurisprudência como ciência) - conferência que, em substância, é bastante confusa - , o eco que encontrou veio pôr a claro que esse protesto de um prático contra uma teoria excessivamente satisfeita de si própria tinha afinal dado expressão a um mal-estar alargado⁽¹⁶⁾. KIRCHMANN não queria apenas mostrar que a Jurisprudência não tem valor «enquanto ciência», que nada traz de essencial à ampliação dos conhecimentos, pois o seu objecto, o Direito positivo, é «o contingente, o lacunar» - é conhecida a sua afirmação: «Três palavras de correção do legislador e bibliotecas inteiras transformam-se em papel de embrulho» - , mas queria mostrar também e, antes de tudo, que para a prática jurídica ela é inutilizável, destituída de valor. E isto principalmente porque a Jurisprudência, em vez de se preocupar com o desenvolvimento do Direito, se liga excessivamente ao que está estabelecido, porque tende - e aqui se desobre que o objecto da acusação é a «Jurisprudência dos conceitos»

(16) A conferência foi publicada pela primeira vez em 1848. Actualmente é acessível numa edição da *Wissenschaftliche Buchgesellschaft*, de 1956. Sobre KIRCHMANN, cf. STINTZING-LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, IH, 2, pág. 737 e segs.; WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, pág. 415; e a minha conferência *Über die Unentbehrlichkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, Berlim, 1966.

no estilo de PUCHTA e do jovem JHERING - «a constranger as formas da actualidade nas ultraconhecidas categorias de figuras já mortas». De facto, uma ciência do Direito que via o seu maior contributo na compreensão historicamente fiel das fontes jurídicas romanas ainda estimadas como válidas para a actualidade e na sua inserção num sistema de conceitos logicamente inquestionável (e que, nesse aspecto, muito fizera de excelente) mal podia corresponder às exigências de uma prática do Direito que diuturnamente era colocada perante problemas a que aquelas fontes não conseguiam dar uma resposta satisfatória. É que não era apenas a mudança das relações económicas e sociais na sociedade industrial agora em desenvolvimento que punha um sempre crescente número de novas questões à legislação e à prática jurídica; era o mundo de ideias políticas que tinha emergido da Revolução Francesa que tendia para um reconhecimento e uma consolidação no plano do Direito, embora, de início, mais no do Direito público e do Direito criminal do que no campo do Direito civil. Desde 1848 que as forças conservadoras, cujo porta-voz, STAHL, entrara na liga contra KIRCHMANN, estavam, na Alemanha também, de um modo geral em retrocesso. Mas durante muito tempo a contradição logrou ainda ser escondida pelas complacências que o Direito Romano, como o Direito de uma economia de troca já altamente desenvolvida, oferecia à corrente do tempo, ao liberalismo, graças ao seu pendor para garantir ao indivíduo um domínio de irrestrito «senhorio de vontade» e para estabelecer à «autonomia privada» o menor número possível de barreiras. Só nos finais do século foi posta expressamente pela ciência jurídica a questão da «função social do Direito privado»⁽¹⁷⁾, sobressaindo, entre as posições jurídico-políticas suscitadas acerca da próxima publicação do Código Civil alemão, a crítica de OTTO von GIERKE⁽¹⁸⁾ e a investigação de ANTON MENGER⁽¹⁹⁾ sobre a influência do Código Civil na situação das «classes não possidentes». O que não pesou muito na formulação definitiva,

sendo só depois disso que ganharam maior terreno novas ideias jurídicas (como, por ex., a responsabilidade pelo risco, a teoria do abuso de direito, a teoria da base negocial, a organização de «restrições sociais» da propriedade, o dever de fidelidade e de assistência nas relações societárias e nas relações de trabalho, os «deveres de protecção» na relação obrigacional e nos preliminares do contrato) de que o Código Civil pouco mais dá do que os primeiros indícios. Ora o mérito histórico de JHERING consiste em, muito antes da maioria dos seus colegas, ter sentido as insuficiências da pandectística contemporânea e em ter chamado a atenção desta para os problemas do seu tempo. A sua limitação foi ter-se mantido predominantemente na crítica, na negação, e ter erigido a nova fundamentação justorética, que pretendeu estabelecer, num terreno inadequado para isso - no terreno do positivismo sociológico⁽²⁰⁾.

No ano de 1861 apareceu na *Preussische Gerichtszeitung* a primeira carta *Ueber die heutige Jurisprudenz* (Sobre a Jurisprudência actual), assinada por um «Desconhecido», e cuja autoria era de RUDOLF von JHERING. Essas cartas foram mais tarde (1884) publicadas por ele, juntamente com outros estudos, entre os quais a sátira *Im juristischen Begriffshimmel* (No céu dos conceitos jurídicos), sob o título *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* (O que é sério e não sério na Jurisprudência). Aí se contém uma caricatura da construção jurídica que poucos anos antes JHERING tanto prezava e cujos resultados anuncia agora, com numerosos exemplos, como não apenas inutilizáveis no plano da prática, mas frequentemente contraditórios com o são entendimento do homem. Não trazem essas cartas, ainda, uma nova orientação científica; e é mais como expressão de dúvidas momentâneas do que como profissão de um certo credo científico que consideramos a afirmação, que JHERING particularmente acentua, de que, «primeiro há que perder-se por completo a fé na teoria, para podermos sem perigo utilizarmo-nos dela»⁽²¹⁾.

(17) No escrito assim intitulado de üTTÜ von GIERKE, de 1889.

(18) *Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht*, 1889.

(19) A. MENGER, *Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, 1890 (reimpressão da Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968). A este respeito, WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, pág. 457.

(20) Cf. as observações extremamente críticas de REICHEL, no seu prefácio ao escrito de HARRY LANGE, *Die Wandlungen Jherings*, 1927. Sobre a arrumação de JHERING no plano da História das ideias, cf. W. PLEISTER, *Wille und Freiheit im Werke Jherings*, 1982, págs. 1 e segs., 41 e segs., 148 e segs., 295 e segs., 358 e segs., 397 e segs.

(21) *Scherz und Ernst*, 10.ª ed., págs. 54 e 57.

Mais claramente ressaltam as novas ideias de JHERING no 4.º volume de *Geist des romischen Rechts*, aparecido já em 1864. Verdadeiramente, ele, de início, não faz senão levar a perspectiva histórica do Direito às suas últimas consequências, acentuando (pág. 305) que, não apenas as proposições jurídicas, mas também os conceitos jurídicos que delas se extraem por «concentração», se transformam com o tempo: «acreditar na inalterabilidade dos conceitos jurídicos romanos é uma posição perfeitamente imatura, que deriva de um estudo da História completamente acrítico». Mas não há dúvida de que, ao reconhecer-se isto, tem de se abandonar a crença de que com os conceitos jurídicos básicos se descobriram os últimos alicerces (os elementos químicos) do Direito, a partir dos quais, através de «combinação», podem deduzir-se todas as proposições jurídicas. Nessa ordem de ideias, vê agora JHERING que a coerência lógica de uma proposição jurídica não é o mesmo que a sua validade prática, declarando-se contra a «ilusão da dialéctica jurídica, que busca dar ao positivo o nimbo do lógico» (pág. 308), contra o «culto da lógica, que pensa erigir a Jurisprudência em uma matemática do Direito» (pág. 312). Entretanto, o que é que deve pôr-se no lugar deste «delírio»? JHERING opina: «A vida não é o conceito; os conceitos é que existem por causa da vida. Não é o que a lógica postula que tem de acontecer; o que a vida, o comércio, o sentimento jurídico postulam é que tem de acontecer, seja isso logicamente necessário ou logicamente impossível». Decerto que para o «uso académico» seria «bem cômodo», «em vez da circunstanciada exposição das relações ou das razões práticas a que uma proposição jurídica deve verdadeiramente a sua origem, supor um determinado ponto de vista a que ela se subordinasse como uma consequência lógica». Simplesmente, o que nunca se deveria ver aí era «o verdadeiro fundamento das proposições e conceitos jurídicos». Por isso, continua JHERING, nas indagações subsequentes acerca do Direito Romano arrancou da ideia de que «as fontes últimas de conceitos jurídicos romanos têm de buscar-se em razões psicológicas e práticas, éticas e históricas» e de que a «dialéctica jurídica», mesmo «quando teve de ponderar as consequências dos conceitos e princípios em jogo, determinou-se, essencialmente, pela adequação prática do resultado» (pág. 315). Muito do que se oferece «exteriormente como uma simples consequência lógica, traz, na realidade, consigo uma justificação vital independente».

As frases que acabamos de transcrever contêm o princípio de um programa para uma Jurisprudência «pragmática», que tem menos a ver com um conhecimento mais profundo do Direito do que com o «valor para a vida» dos respectivos esforços. O problema está em saber-se em que consiste esse «valor para a vida» da Jurisprudência. Na adequação dos resultados às exigências do comércio jurídico, às circunstâncias sociais concretas, ou ao «sentimento jurídico»? E o que é que deve entender-se por tudo isto? JHERING viu claramente que tinha de dar uma resposta precisa a estas questões, se queria tomar a sério a nova orientação que propunha para a ciência do Direito. Não lhe foi fácil, porém, achar essa resposta. Para a encontrar, interrompeu o seu trabalho no *Geist des romischen Rechts* - não voltando a retomá-lo depois - e dedicou-se a uma nova obra - que também ficou incompleta - , cujo primeiro volume apareceu em 1877, sob o título *Der Zweck im Recht* (O fim no Direito) (22).

«A ideia-base da presente obra é a de que o fim é o criador de todo o Direito, de que não existe nenhuma proposição jurídica que não deva a sua origem a um fim, ou seja, a um motivo prático» (I, pág. VIII). Como o aditamento «ou seja, a um motivo prático» deixa antever, JHERING não pensa tanto num fim próprio do Direito (olhado como um todo do ponto de vista do sentido), num fim subsistente em si mesmo, numa objectiva e imanente teleologia do Direito, mas nos fins práticos das proposições jurídicas singulares, fins em virtude dos quais, unicamente, segundo ele crê, essas normas são criadas e podem ser explicadas. Com o que desde logo se torna claro que não são os fins, como que automaticamente, que podem ser o «criador» do Direito, mas apenas o sujeito que estabelece esses fins e que prossegue esses fins pela imposição do Direito. Por isso, o eixo da obra de JHERING reside verdadeiramente na questão do sujeito dos fins, do sujeito que está por detrás das proposições jurídicas e que, através delas, consegue prevalecer.

A resposta óbvia - é o legislador - já não logra satisfazer JHERING, que bem sabe que o legislador conta menos como pessoa individual do que como representante de uma comum vontade ou impulso que congrega todos os cidadãos. Um tal sujeito,

(22) No que segue, cita-se o vol. I, na 3.ª ed., 1893, e o vol. II, na 2.ª ed., 1886.

pensa JHERING, só se pode descobrir na sociedade, pois, genericamente entendida, a sociedade é «uma cooperação para fins comuns, em que cada qual, enquanto trabalha para os outros, trabalha também para si, e enquanto trabalha para si, também trabalha para os outros» (I, pág. 87). A promoção recíproca dos fins de todos os seus membros é a essência de toda a espécie de sociedade, quer se trate de uma associação privada quer do Estado ou da, ainda mais ampla, sociedade comercial e mercantil. Ora a sociedade, assim latamente entendida, precisa, «para segurança das suas condições de existência», de uma regra de comportamento individual observada de maneira estável, regra para cuja imposição se cria no Estado um poder coactivo. Esta regra - «a forma de asseguramento, criada através do poder coactivo estadual, das condições de existência da sociedade» (I, pág. 443) - é o Direito. E daí que JHERING conclua que «todas as proposições jurídicas têm por fim a segurança das condições de existência da sociedade» e que a «sociedade é o sujeito do fim de todas as proposições jurídicas» (I, pág. 462).

Levar-nos-ia muito longe expor aqui em pormenor a teoria do Direito de JHERING, bem como referirmo-nos às numerosas contradições que nessa teoria se contêm⁽²³⁾. Essencial, para nós,

(23) Uma crítica muito severa é a de ERIK WOLF (*Großes Rechtsdenker*, pág. 651), que censura a JHERING uma «contínua mudança dos pontos de vista e dos modos de exposição», falta de clareza conceptual - o fim ora é visto como um puro facto, ora como uma causa psíquica ou sociopsíquica, ou ainda como o sentido intrínseco do Direito - e um «despótico pôr e dispor da herança da cultura», que «por vezes produz um efeito quase grosseiro» e que nos faz recordar involuntariamente a mistura de estilos da arquitectura da época. Crítica em que há, sem dúvida, uma observação pertinente: a de JHERING ser o produto acabado de um tempo que, com súbito ímpeto, se debruçou sobre os novos problemas sociais em surgimento - o do enorme significado que as ciências da natureza e a técnica começavam a ter então na vida dos homens; o da formação das classes, na esteira da «revolução industrial»; os problemas sociais que nasciam daí - , mas que não estava ainda em condições de os dominar espiritualmente. Nestas circunstâncias, agarrava-se, sem qualquer critério, tudo o que no património de ideias recebido se supunha ainda utilizável e rejeitavam-se, também sem ponderação nem critério, coisas de que, na verdade, não se pode prescindir. A incontestável grandeza de JHERING está na abertura de espírito que demonstra em face desse mundo novo; as suas limitações residem menos nele do que na sua época. Também

é o seguinte. Primeiro: JHERING desloca o eixo do problema do legislador - como pessoa - para a sociedade, como grandeza determinante, e, por assim dizer, como verdadeiro *actor*⁽²⁴⁾. Todavia, transcende tão pouco o credo legalista do seu tempo que se apropria da sua tese fundamental - a saber: a tese do monopólio do Estado em matéria de criação do Direito. «Direito» é para ele apenas a norma coercivaposta pelo Estado (I, pág. 20)⁽²⁵⁾. Segundo: a par da qualidade formal de ser uma norma coercivaposta pelo Estado, JHERING atribui a cada norma jurídica uma relação de conteúdo com um fim determinado, benéfico para a sociedade, e por causa do qual a norma existe. Com o que, ainda no terreno do positivismo, consuma já o abandono quer da Jurisprudência dos conceitos formal, quer de uma compreensão predominantemente psicológica do conceito de Direito. O Direito é para ele a norma coerciva do Estado posta ao serviço de um fim social. Para compreender a norma jurídica precisa-se menos de uma análise lógica ou psicológica do que de uma análise sociológica. Terceiro: JHERING não reconhece qualquer

CHRISTIAN HELFER chega a um juízo muito crítico sobre «a análise da sociedade segundo JHERING à luz da ciência social actual», em *Jhering's Erbe*, ed. por WIEACKER e WOLLSCHLÄGER, pág. 79 e segs.. Também as últimas obras de JHERING, orientadas sociologicamente, denunciavam, diz ele, «uma natureza artificial, que oscilava entre opiniões extremas e sabia unir ingenuamente antinomias».

(24) Sobre as consequências desta deslocação do centro de gravidade do indivíduo como «personalidade criadora» (no *Geist*) para a sociedade, o colectivo, cf. W. PLEISTER, *ob. cit.*, pág. 304 e segs.; sobre o conceito de sociedade de JHERING, em comparação com o de HEGEL, PLEISTER, pág. 316 e segs.

(25) Dois aspectos em que foi seguido pela Jurisprudência dos interesses. À deslocação do eixo do problema da pessoa do legislador, da sua decisão livre, para a sociedade, como verdadeiro *actor*, corresponde a exigência de pesquisar os interesses «causais» que presidem a esta última — a «teoria genética dos interesses» de HECK; à insistência no credo legalista corresponde a concepção, até hoje ainda não ultrapassada nos adeptos da Jurisprudência dos interesses, de que o juiz só da própria lei pode extrair o critério de valor decisivo, e não de fundamentos extra-legais do Direito, tais como a «natureza das coisas», os princípios ético-jurídicos (enquanto não tenham logrado exprimir-se na própria lei), o Direito natural ou a ideia de Direito.

hierarquização objectiva dos fins da sociedade⁽²⁶⁾. Segundo ele, estes resultam antes das diversas «necessidades vitais» da sociedade respectiva, da sociedade *historicamente dada*. Só o que uma certa sociedade humana vê como útil e vitalmente relevante para o seu *bem-estar* é que decide da sua própria e historicamente mutável «exigência de felicidade» (11, pág. 204 e segs.). Deste modo é JHERING o primeiro dos pensadores jurídicos modernos que relativiza por completo as pautas do Direito. O mesmo vale igualmente para as pautas morais, pois também as normas morais são, segundo ele, «imperativos sociais» que «têm por fim a subsistência e a prosperidade da sociedade» (I, pág. 331; 11, pág. 177 e segs.). Sem dúvida que JHERING não ignorou de todo as consequências possíveis da sua recondução quer do Direito quer da Moral àquilo que é considerado socialmente útil em cada época. De facto, porém, o «utilitarismo social», como o próprio JHERING designa a sua doutrina (11, pág. 215), nega, juntamente com a autonomia categorial da Moral, o valor específico do Direito, fazendo deste o joguete dos interesses que em cada caso são dominantes na sociedade⁽²⁷⁾.

Para além de tudo, no entanto, não há-de esquecer-se o significativo contributo de JHERING para a evolução da ciência do Direito — evolução que, no seu curso ulterior, nunca mais dele pôde abstrair — e que se traduz no reconhecimento de que toda a proposição jurídica tem necessariamente de ser vista também na sua *função social*: ela aspira a conformar a existência social e, por conseguinte, ordena-se, pelo seu próprio sentido, a um fim social. Daqui emerge, para a ciência do Direito, a necessidade de um pensamento teleológico. Outro problema é o de saber

⁽²⁶⁾ Sobre o problema do valor em JHERING, cf. LANGEMEIJER, em WIEACKER-WOLLSCHLÄGER, *Das Erbe Jhering's*, pág. 127 e segs.

⁽²⁷⁾ Ver também SCHÖNFELD, *Grundlegung der Rechtswissenschaft*, pág. 519; WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, pág. 453. A fundamentação do Direito no existir contingente e na evolução do poder dos «organismos sociais», diz ERIK WOLF (cit., pág. 654), «exerceu sem dúvida uma influência estimulante sobre a crítica e a reforma do Direito, mas teve também um efeito destrutivo sobre a substância ética da ordem jurídica e do sentimento jurídico». JHERING não previa que no final da total deseticização do Direito a lei não ficaria a ser mais do que um puro instrumento da política do poder e o jurista mais do que um «técnico do exercício do poder».

se os fins sociais não se subordinam, por seu turno, a uma *ordem objectiva, hierárquica e valorativa*, ordem que se exprime na ordem jurídica, concebida como *um todo de sentido*. Este problema foi francamente estranho a JHERING, que, de resto, afora algumas observações isoladas, não logrou aplicar a sua doutrina à metodologia da ciência do Direito. Veio isto a acontecer bastante tempo mais tarde, sobretudo por obra de PHILIPP HECK.

3. A primeira fase da «Jurisprudência dos interesses»

A viragem de JHERING para uma Jurisprudência pragmática foi o ponto de partida da «Jurisprudência dos interesses», cujos principais representantes têm aqui de mencionar-se: PHILIPP HECK⁽²⁸⁾, HEINRICH STOLL⁽²⁹⁾ e RUDOLF MÜLLER-ERZBACH⁽³⁰⁾. Nas páginas seguintes atemo-nos preferentemente a PHILIPP HECK, que, além de ser o fundador da doutrina, a defendeu contra os respectivos críticos e curou sempre de a aplicar praticamente nos seus trabalhos de índole dogmática⁽³¹⁾. A ele se deve também a designação como «Jurisprudência dos conceitos» do pensamento metodológico de PUCHTA, do JHERING da primeira fase e de WINDSCHEID. A influência de HECK no domínio da metodologia, sobretudo em matéria de Direito civil, dificilmente poderá ser sobreestimada.

⁽²⁸⁾ Os seus principais trabalhos metodológicos serão citados do modo seguinte: «Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz», *AcP* 112, pág. 1 - cito *GA*; *Das Problem der Rechtsgewinnung*, 1912 - cito *RG*; *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, 1932 - cito *B*. Cf., além disso, o apêndice *Begriffsjurisprudenz und Interessenjurisprudenz*, no seu *Grundriß des Schuldrechts*, 1929, e os artigos incluídos em *AcP* 122, págs. 142 e 173; págs. 129 e 297.

⁽²⁹⁾ Cf. o ensaio «Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz», em *Festgabe für Heck, Rümelin und A. B. Schmidt*, 1931, pág. 60.

⁽³⁰⁾ *Reichsgericht und Interessenjurisprudenz, Festschrift für das Reichsgericht*, vol. I, pág. 161; *Wohin führt die Interessenjurisprudenz?*, 1932; *Die Hinwendung der Rechtswissenschaft zum Leben*, 1939; *Die Rechtswissenschaft im Umbau*, 1950.

⁽³¹⁾ Sobretudo nos seus *Elementos do Direito das Obrigações e do Direito das coisas*.

A ligação entre JHERING e a Jurisprudência dos interesses - ligação a que o próprio HECK faz várias vezes referência⁽³²⁾ - torna-se nítida quando se lê em HECK (*B*, pág. 2) que «o cerne da disputa metodológica» reside na «acção do Direito sobre a vida, tal como ela se realiza nas decisões judiciais». Enquanto «a orientação anterior, a Jurisprudência dos conceitos», limita o juiz «à subsunção lógica da matéria de facto nos conceitos jurídicos» - e, nessa conformidade, concebe o ordenamento como um sistema fechado de conceitos jurídicos, requeirando assim «o primado da lógica» no trabalho juscientífico -, a Jurisprudência dos interesses tende, ao invés, para «o primado da indagação da vida e da valoração da vida». Decerto que HECK acentua expressamente que só preconiza o método da Jurisprudência dos interesses para a «ciência prática do Direito», ciência que ele equipara à «tradicionalmente» chamada «ciência dogmática do Direito» (*B*, pág. 17). Porém, o que a ciência procura é sempre «o caminho para um único objectivo final - para a acção sobre a vida»; não serve, portanto, «nenhum segundo objectivo, autónomo, ou, quiçá, meramente teorético». A sua única missão é «facilitar a função do juiz, de sorte a que a investigação tanto da lei como das relações da vida prepare a decisão objectivamente adequada» (*B*, pág. 4). O objectivo final da actividade judicial e da resolução pelo juiz dos casos concretos é, por seu turno, «a satisfação das necessidades da vida, a satisfação das apetências e das tendências apetitivas, quer materiais quer ideais, presentes na comunidade jurídica». São estas «apetências e tendências apetitivas» que designamos - elucida HECK - por interesses, e a particularidade da Jurisprudência dos interesses consiste em «tentar não perder de vista esse objectivo último em toda a operação, em toda a formação de conceitos» (*GA*, 11).

É necessário determo-nos um pouco nestas explanações, para vermos até onde chega a razão desta doutrina. É verdade que a maioria das investigações jusdogmáticas se faz com o intuito de fornecer ao juiz soluções úteis para os casos duvidosos ou, na opinião dos investigadores, erradamente resolvidos até aí. Este é, sem dúvida, um escopo legítimo de todo o trabalho juscientífico. Contudo, também é certo que muitas investigações jusdogmáticas se têm

⁽³²⁾ RG, pág. 1, *B*, págs. 31 e 51.

dirigido e continuam a dirigir, em primeira linha, a alcançar maior clareza e intelecção dos nexos significativos e estruturais do Direito - por ex., a esclarecer o sentido e os limites da liberdade contractual ou do princípio da confiança no comércio jurídico, a esclarecer o que significa o crédito como elemento do património, a conhecer a estrutura da relação obrigacional, a «mão comum», a complexa significação jurídica do «estabelecimento», ou de um «conjunto de coisas», ou de uma «relação fiduciária» - , já não falando das indagações sobre o sentido das ficções legais, ou sobre a relação entre previsão e consequência jurídica «<retroactividade> e «efecto duplo») e coisas semelhantes. Pode aqui ser um complemento muito desejável a obtenção de valiosos resultados práticos: o escopo primeiro, o que está no âmago da investigação, é, porém, muitas vezes, o alargar do conhecimento, quer dizer, um escopo meramente «teorético». Deverão por isso tais indagações ser excluídas da «ciência dogmática do Direito»? A ser assim, impunha-se que HECK reconhecesse, ao lado da ciência «prática» do Direito, uma outra ciência, uma ciência «teorética» do Direito, podendo então discutir-se a qual das duas caberia o nome de «dogmática jurídica». Mas HECK declara expressamente não poder convencer-se da possibilidade dessa segunda ciência, a saber: de uma ciência do Direito teorética (*B*, pág. 22). Ele só reconhece *uma* ciência do Direito, e com toda a razão, se é que a ciência «prática» do Direito é verdadeiramente uma «ciência», quer dizer, utiliza um método científico. Quer o investigador se empenhe principalmente em influenciar as decisões judiciais (orientando-as para resultados que considera «correctos»), ou em obter aprofundamentos de ordem teórica - que, aliás, também têm de ser corroborados nas respectivas consequências de ordem prática - , sempre o carácter científico da investigação haverá de depender de se o caminho que se seguiu é o de um tratamento científico do problema.

A Jurisprudência dos interesses - e esta é a sua afirmação justorética fundamental - considera o Direito como «tutela de interesses». Significa isto que os preceitos legislativos - que também para HECK constituem essencialmente o Direito - «não visam apenas delimitar interesses, mas são, em si próprios, produtos de interesses» (*GA*, pág. 17). As leis são «as resultantes dos interesses de ordem material, nacional, religiosa e ética, que, em cada comunidade jurídica, se contrapõem uns aos outros e lutam pelo seu reconhecimento». Na tomada de consciência disto, garante-nos HECK, reside «o cerne da Jurisprudência dos inte-

resses», sendo também daí que ele extrai a sua fundamental exigência metodológica de «conhecer com rigor histórico, os interesses reais que causaram a lei e de tomar em conta, na decisão de cada caso, esses interesses» (*GA*, pág. 60). Deste modo, também para HECK, como para JHERING, o legislador como pessoa vem a ser substituído pelas forças sociais, aqui chamadas «interesses» (o que é justamente uma forma de sublimação), que, através dele, obtiveram prevalência na lei. O centro de gravidade desloca-se da decisão pessoal do legislador e da sua vontade entendida psicologicamente, primeiro para os motivos e, depois, para os «fatores causais» motivantes. A interpretação, reclama HECK, deve remontar, por sobre as concepções do legislador, «aos interesses que foram causais para a lei». O legislador aparece simplesmente como um «transformador», não sendo já para HECK nada mais do que a «designação englobante dos interesses causais>>> (*GA*, págs. 8 e 64) - fórmula que STOLL também viria a fazer sua⁽³³⁾.

A concepção de que certos interesses são «causais» para a norma jurídica, na medida em que determinam no legislador «representações, ideias de dever ser» que se transformam em comandos, chama HECK a «teoria dos interesses» (*B*, pág. 73). Esta designação recorda a «genealogia dos conceitos» de PUCHTA. Mas enquanto PUCHTA entendia por isto uma desenvolução do conteúdo espiritual, um nexo *lógico*, e não, como supõe HECK, uma «causalidade dos conceitos jurídicos», HECK - e o uso permanente do termo «causalidade» não deixa lugar a dúvidas - pensa num nexo causal *real*⁽³⁴⁾. Ele vê os interesses relevantes na formação do Direito - incluindo o interesse geral da comunidade jurídica na paz e na ordem - como se não fossem, já em si, abstracções, mas «factos» (no sentido das ciências positivas), e, enquanto factos, «causas eficientes» no processo do acontecer.

⁽³³⁾ *Festgabe für Heck*, Rümelin und A. B. Schmidt, pág. 72.

⁽³⁴⁾ Inequívoco também MÜLLER-ERZBACH, *Die Rechtswissenschaft im Umbau*, pág. 15: «Só na medida em que um tão amplo pensamento causal possa alcançar por toda a parte um terreno firme, é que será possível obter valores de conhecimento objectivos e elevar a ciência do Direito a uma investigação das causas». Para a crítica deste modo de ver, cf. HUBMANN, *AcP* 155, pág. 92 e segs.; ENGISCH, *Einführung*, pág. 187; e WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, pág. 568.

Com o que se torna claro por que motivo - rejeitando vivamente todas as teorias de interpretação «objectivistas» - HECK reclama a «investigação histórica dos interesses» como método de interpretação da lei (*GA*, pág. 59 e segs.; *B*, pág. 107). O conceito positivista de ciência, a que, talvez inconscientemente, HECK, no fundo, adere, só conhece, fora da lógica e da matemática, «ciências causais». Um «facto» é conhecido científicamente quando é reconduzido às suas *causas* - físicas, biológicas ou históricas. Ora também a interpretação da lei é para HECK sobretudo «explicação de causas» (*GA*, pág. 50). Se os interesses encontrados pelo legislador, qualquer que seja a sua natureza, constituem as verdadeiras «causas» do preceito legal (e não apenas a ocasião para o legislador de os regular de uma ou de outra maneira), então há que descobrir precisamente essas causas para se entender correctamente os preceitos, enquanto «efeitos» seus.

Se HECK se tivesse limitado ao que se designa por «teoria genética dos interesses», é claro que a «Jurisprudência dos interesses» não seria outra coisa que não a transposição consequente para o campo da ciência «dogmática» do Direito dos pressupostos fundamentais do positivismo e do «naturalismo» científico do século XIX, e, nessa medida, uma atitude bem pouco actual nos dias de hoje. Aliás, a essa filiação da Jurisprudência dos interesses no positivismo não obsta a «autonomia jurídica», tão acentuada por HECK (*GA*, pág. 25 e segs.), quer dizer, a sua independência de um certo sistema filosófico ou de uma certa «mundividência»⁽³⁵⁾. Nenhuma teoria científica, seja de que tipo for, é independente de um conceito (ainda que só implícito) de ciência, e se HECK não viu de todo em todo como problema o conceito de ciência que é subjacente à sua doutrina, isso só mostra que ele não ponderou de nenhuma maneira o condicionamento histórico-cultural dessa mesma doutrina⁽³⁶⁾. Condicionamento que se patenteia, de

⁽³⁵⁾ COING (em *ARSP* 1968, pág. 69 e segs.) demonstrou, no entanto, que as ideias-mestras e até a terminologia de <<Jurisprudência dos interesses» se encontravam já prefiguradas no filósofo EDUARD BENEKE (na sua introdução, de 1830, a um escrito de J. BENTHAM).

⁽³⁶⁾ Que a doutrina de HECK, pelos seus pressupostos imanentes, repousa no positivismo filosófico, já o sustentei em 1937 em *AcP* 143, pág. 271 e segs. Cf. também WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, pág. 575 e segs., e SCHONFELD, *Grundlegung der Rechtswissenschaft*, pág. 516.

resto, na própria escolha dos termos que ele faz e que não deve ver-se de qualquer modo como «accidental». Com razão observa BRUSIIN⁽³⁷⁾ que, embora HECK tenha querido tomar em conta tanto os interesses «ideais» como os interesses «materiais», sempre «o conceito de interesse é, já em si, o reflexo de uma época da cultura que pensa em termos económicos». E é justamente aí, no facto de os bens «ideais», como a liberdade, a segurança, a justiça e a responsabilidade, serem postos ao mesmo nível dos bens materiais - devendo reduzir-se como estes a meras «tendências apetitivas» -, é justamente aí que a base naturalista do pensamento de HECK vem claramente a denunciar-se⁽³⁸⁾.

No entanto, encontra-se em HECK, e, em maior grau, em STOLL, uma segunda linha de ideias que transcende a «teoria genética dos interesses» e que só hoje se tomou inteiramente eficaz. Além dos numerosos passos em que o «interesse» aparece como «factor causal» que «determinou» as concepções preceptivas do legislador e, através delas, o preceito da lei, descobrem-se outros em que ele surge preferentemente como o objecto sobre que incide a *valoração* que o legislador previamente fez sua. O legislador - afirma HECK - quer «ordenar os interesses da vida que lutam entre si» (GA, pág. 41). Para isso, precisa de um juízo de valor sobre os mesmos, juízo que se reconduz, por seu lado, «à concepção de uma ordem a promover, ou seja, de um ideal social». A solução descoberta vem a agir, por seu turno, sobre os interesses em jogo, tem um «efeito sobre os interesses» (GA, pág. 41). Mais claraJ;mente ainda, afirma STOLL⁽³⁹⁾ que cada proposição jurídica autónoma «contém indirectamente um juízo de valor sobre os conflitos subjacentes». Ora, como cada valoração, correctamente entendida, constitui uma livre tomada de posição do sujeito valorante, tomada de posição que se dirige, sem dúvida, a um critério de valor, mas que não pode ser «causada» por ele, eis que, com a introdução do conceito de valor, a simples consideração «causal» das normas jurídicas vem a ser efectivamente abandonada. O que infelizmente é obscurecido tanto em HECK como

⁽³⁷⁾ O. BRUSIIN, *Über das juristische Denken*, pág. 124, nota 54.

⁽³⁸⁾ No mesmo sentido opinam WIEACKER, *ob. cit.*, e FECHNER, *Rechtsphilosophie*, págs. 29 e 35, nota 41.

⁽³⁹⁾ *Festgabe für Heck, Rümelin und A. B. Schmidt*, pág. 67.

em STOLL, pela sua aplicação do conceito de «interesse» ao próprio *criteriô* de valoração dos interesses. Assim, STOLL⁽⁴⁰⁾ pensa que mesmo as «gerais e abstractas ideias de fim, como segurança jurídica, equidade, etc.», mais não são do que «interesses, a saber, interesses ideais, que o legislador, ao construir a norma, também submete à sua valoração». E, identicamente, HECK assegura-nos que a ponderação dos interesses contrastantes se deve à »intervenção de interesses de decisão«, nomeadamente de «Interesses profundos da comunidade que determinam o juízo de valor», ou seja, que redonda de novo numa «consideração de interesse.s»: ⁽⁴¹⁾. Desta maneira, o «interesse» é tanto objecto como critério de valoração, como ainda «factor causal» - o que constitui uma falta de clareza não só do ponto de vista terminológico, mas também uma sequela da «teoria genética dos interesses», que constantemente se sente como elemento perturbador nas explanações de carácter metodológico.

Ao exortar o juiz a aplicar os juízos de valor contidos na lei com vista ao caso judicando, a Jurisprudência dos interesses — embora não quebrasse verdadeiramente os limites do positivismo — teve uma actuação libertadora e fecunda sobre uma geração de juristas educada num pensamento formalista e no estrito positivismo legalista (42). E isto em medida tanto maior quanto aconselhou idêntico processo para o preenchimento das lacunas das leis, abrindo desta sorte ao juiz a possibilidade de *desenvolver*

⁽⁴⁰⁾ *Ibid.*, nota 1.

⁽⁴¹⁾ GA, pág. 232, nota 357.

⁽⁴²⁾ Idêntica projecção — e na Alemanha pouco menos do que na França — teve a obra de FRANÇOIS GÉNY, *Méthode d'Interprétation et Sources en Droit Privé Positif*. Deve, porém, acentuar-se que GÉNY se distingue da teoria sociológica do Direito alemão e da primeira fase da Jurisprudência dos interesses, na medida em que não limita a perspectiva do Junista apenas aos factos sociais, mas requer que estes se avaliem ainda à luz dos princípios que são dados na «natureza moral» do homem (cf., particularmente, a 2.ª ed., vol. II, pág. 88 e segs.). À teoria que sacrifica o próprio Direito, na medida em que o submete apenas aos factos, chama ele, «nihilisme doctrinaire» (pág. 98), contrapondo-lhe a tese de «qu'il y a des principes de Justice, supérieurs à la contingence des faits» (pág. 101). Os princípios morais fornecem à interpretação jurídica a orientação; a observação dos factos e a natureza das coisas («nature des choses») só podem dar a esses princípios o seu conteúdo» (pág. 104). Sobre GÉNY, cf. também FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts*, vol. III, págs. 403 e 639 e segs.

o Direito não apenas «na fidelidade à lei», mas de harmonia com as exigências da vida. A questão da possibilidade de «lacunas da lei» e do seu preenchimento está para HECK «no centro da metodologia jurídica» (*RG*, pág. 7), não sendo por acaso que lhe dedicou o seu discurso reitoral do ano de 1912 (43). HECK rejeita, com razão, a ideia de que a lei dispõe para qualquer caso pensável de uma solução, a averiguar por meio de subsunção às normas dadas - a ideia, enfim, de que a lei «não tem lacunas». De igual forma se pronuncia contra o método da «Jurisprudência dos conceitos», que ele designa por «método da inversão»: contra o extraír, por via de inferência lógica, dos conceitos jurídicos novas proposições jurídicas não expressas na lei. HECK facilita claramente a crítica a esse método, na medida em que restringe a sua consideração àqueles conceitos jurídicos que a ciência do Direito «retira por abstracção dos preceitos legislativos singulares» (*RG*, pág. 13; *GA*, pág. 71; *B*, págs. 92 e 166), esquecendo - e aqui se manifesta outra vez a sua atitude positivista de base - que há muitos conceitos jurídicos cujo conteúdo decorre de outra fonte que não um dado complexo de normas. Decerto que o conceito de obrigação solidária, no sentido do Código Civil, só pode extraír-se do conjunto das disposições desse Código sobre relações obrigacionais solidárias. Nada mais nos pode dizer esse conceito do que o que resulta destas disposições, vistas na sua relação, e assim tornadas «inteligíveis». Mas já de modo algum isto é válido para conceitos como o de «pessoa», o de «acção», o de «causalidade» e o de «imputação». Que um simples acto reflexo, fora do controlo da consciência, não é uma «acção», ou que o desencadeamento de uma cadeia causal pode produzir consequências *ad infinitum*, pelo que a responsabilidade pelas consequências longínquas de um acto vem a exigir uma «imputação» que excede o mero reconhecimento da causalidade em si mesma - eis juízos que não podem ser obtidos exclusivamente das normas da lei e que, contudo, têm um grande significado para o problema da aplicação do Direito. A censura ao «método da inversão» não tem, portanto, aqui cabimento, visto os conceitos em jogo não serem verdadeiramente conceitos de género obtidos por abstracção a partir de normas de um certo Direito positivo; ou são

(43) Tem por tema *Das Problem der Rechtsgewinnung* (O problema da obtenção do Direito).

categorias ontológico-reais ou são categorias éticas, de cujo conteúdo só nos podemos aperceber com o auxílio das disposições jurídico-positivas, mas sem que esse conteúdo proceda de tais disposições.

Todavia, ainda que só colha para a derivação de novas proposições jurídicas dos conceitos de género que foram previamente construídos, por via indutiva, a partir das normas existentes, a crítica ao «método de inversão» é, nessa medida, uma crítica legítima. Em vez de uma derivação lógico-formal a partir de um conceito superior, HECK exige, e com razão, em face de uma lacuna da lei, que se proceda a uma *<formação valorativa do preceito>* (*GA*, pág. 100). Pertinentemente acentua que o próprio conceito de «lacuna» tem já por si «um significado normativo e, portanto, crítico», pois o que quer dizer é que «falta alguma coisa cuja presença se deseja ou espera» (*GA*, pág. 163). A verificação de uma lacuna da lei é assim, já por si, o produto de uma consideração crítica, de uma consideração valorante. No preenchimento de uma lacuna, exige HECK que o juiz tenha presentes os interesses em jogo e, embora de harmonia com os princípios de valoração contidos na lei, que os avalie de maneira autónoma. A analogia justifica-se por causa «da identidade da situação dos interesses, a qual requer uma idêntica valoração à luz dos interesses da comunidade jurídica» (*GA*, pág. 195). Não sendo idêntica a situação dos interesses, impõem-se, ao invés, uma interpretação restritiva ou o *argumentum a contrario*. De um modo ou de outro, o que importa é que o juiz não tem só de «subsumir logicamente as situações de facto em representações existentes do preceito», mas, sempre que este caminho não leve, por si só, ao fim em vista, tem de «ampliar» as disposições da lei «de harmonia com juízos de valor» (*RG*, pág. 36). No que se encontra fundamentalmente «vinculado pelos juízos de valor do legislador que seja possível conhecer», pois só na medida em que estes não possam descobrir-se é que é chamado «a uma valoração pessoal» (*GA*, pág. 160). Do que, porém, igualmente decorre que a ciência prática do Direito tem de capacitar o juiz, quando não lhe incumba valorar pessoalmente «para investigar os juízos valorativos do legislador» (*B*, pág. 51): devendo, no caso inverso, «fornecer» (*RG*, pág. 36) ao mesmo juiz as ponderações determinantes para a sua decisão valorativa.

Se abstrairmos de que todo e qualquer juízo - e, por conseguinte, os juízos de valor - não é susceptível de «se aplicar»,

mas apenas de se repetir ou pôr em prática, ou de que, em suma, os «juízos de valor» andam aqui continuamente confundidos com os conteúdos dos valores ou os critérios de valoração, o que resta, no fim de contas, é que a ciência do Direito é qualificada agora de «investigação de valores» (*B*, pág. 132). Do que poderia esperar-se um abandono do ponto de arranque da doutrina, ou seja, da ideia de que a ciência do Direito é uma ciência factual ou uma ciência causal. Contudo, ainda no ano de 1934, STOLL (44) colocava - como se as duas afirmações dissessem substancialmente a mesma coisa - , ao lado da tese de que toda a proposição jurídica exprime um juízo de valor acerca dos interesses reconhecidos por ela ou um juízo «segundo certas ideias de valor», a tese de que as proposições jurídicas «surgem por efeito de interesses» ou seja, a «teoria genética dos interesses»! Mas (verdade se diga) não é por acaso que tanto HECK como STOLL preferem às expressões «valor» e «critério de valor», que traduzem alguma coisa de objectivo, a expressão «juízo de valor», que concerne a um acto de pensamento subjectivo. Depois de reconhecer que toda a proposição jurídica contém, imediatamente, um juízo de valor sobre o conflito subjacente de interesses, afirma STOLL que «as representações de apetências do legislador decidem do conteúdo das normas jurídicas» (45). Desta maneira, os «juízos de valor» voltam a ser caracterizados como factos (psicológicos), e a diferença entre uma ciência causal, que «explica» processos

(44) Núm ensaio intitulado «Juristische Methode», em *Leben in der Justiz*, págs. 8 e 11 da separata.

(45) Significativas são também as explanações com que HECK se pronuncia contra a substituição da fórmula «Jurisprudência dos interesses» pela fórmula «Jurisprudência valorativa» (*B*, pág. 50 e seg.). Por um lado, deseja manter a ligação com JHERING, «a cujas iniciativas essencialmente se reconduz o movimento de reforma». JHERING tratou o interesse como conceito fundamental e «não falou de valorações». Mas por outro lado, acentua-se que quem investiga «só tem, em regra, que averiguar os juízos de valor do legislador» (o que HECK considera uma investigação das causas, já que o legislador não é para ele senão a designação englobante dos «interesses causais»!), sendo «apenas em casos excepcionais (que lhe compete) valorar por si próprio». STÜLL, ao contrário, preferia a denominação «Jurisprudência de valoração» (*Festgabe*, cit., pág. 67, nota 1, e pág. 75, nota 5), embora entendesse que não se tratava de uma diferença substancial, mas somente terminológica.

fácticos a partir das suas causas, e uma ciência valorativa, que «compreende» os valores (como alguma coisa que desde sempre existiu) interpretativamente, vem, por conseguinte, de novo a esbater-se. Pelo que é forçoso admitirmos que nem HECK nem STOLL se conseguiram libertar em definitivo das malhas do conceito positivista de ciência, por muito que as suas próprias teses acabem por ir para além dele (46).

Mas também as explanações de HECK e STOLL em matéria de construção dos conceitos e do sistema ficam somente a meio do caminho (47). A sua maior preocupação, a este propósito, consiste em mostrar que o sistema lógico-formal de conceitos gerais abstractos - a «pirâmide de conceitos» de PUCHTA - não deve utilizar-se como fonte de conhecimento de novas proposições jurídicas. Em consequência, atribuem a *este* sistema, ao «sistema externo», apenas um valor de exposição, não um valor de cognição. Tal como os elementos de que é formado - os «conceitos preceptivos ou ordenadores» - , só deve servir para «a formulação e a ordenação externa» do material jurídico (48). Os «conceitos ordenadores», como por exemplo, o de «direito subjectivo» e de «acto ilícito» constrói-os a ciência do Direito com base na ordem jurídica positiva existente, «desprezando o marginal e acentuando o comum e o essencial», ou seja, por via de indução e de abstracção; trabalho em que «nenhuma representação social de fins» norteiam a ciência do Direito, determinando-se esta apenas pela ideia de «domínio e ordenação do material legislativo». Em contraposição a estes conceitos, estariam os «conceitos de interesse», que servem para a apreensão conceptual dos interesses reconhecidos como prevalecentes, como, por exemplo, a «situação dos interesses», o «interesse no desenvolvimento», o «interesse da estabilidade», etc.

(46) Ü que distingue basicamente a sua doutrina da doutrina de GÉNY (cf. *supra*, nota 42), que abandona o positivismo como conceito de ciência. Isto é particularmente manifesto na passagem em que GÉNY se pronuncia *contra* a concepção positivista de que a «justiça absoluta» é apenas um objecto de crença, devendo excluir-se por completo «de l'honneur scientifique» (vol. 11, pág. 98 e seg.).

(47) Para a crítica deste ponto, cf. sobretudo BINDER, *ZHR* 100, pág. 4 e segs.

(48) STÜLL, *Festgabe*, pág. 81; cf. também pág. 87. E ainda HECK, *Grundriß des Schuldrechts*, aditamento, § 1, 1 b.

Para a construção do sistema estes conceitos não serão «aptos»⁽⁴⁹⁾; porém, opostamente aos conceitos ordenadores, são da maior importância para a investigação dos interesses e, por conseguinte, para a interpretação da lei e a aplicação do Direito. Desta maneira, existem - acentua HECK⁽⁵⁰⁾ - duas séries de conceitos distintas, notando-se esta antítese em todo o mundo jurídico e projectando-se em todas as questões particulares. O «conceito ordenador» do direito de crédito, por exemplo, significa, segundo HECK, o direito subjetivo que uma pessoa, o credor, tem de exigir uma acção ou uma prestação a outra pessoa, o devedor. Pelo contrário, o «conceito de interesse» da obrigação consiste em esta servir o escopo de satisfação do credor através de um sacrifício imposto ao devedor⁽⁵¹⁾. HECK rejeita qualquer mistura entre os dois tipos de conceitos, entendendo⁽⁵²⁾ que só são denominados de «conceitos jurídicos», «na terminologia corrente, os conceitos preceptivos, e não os que se referem aos interesses, embora estes sejam naturalmente construídos e valorados por qualquer ciência do Direito».

À dupla via de construção dos conceitos corresponde uma dupla significação do sistema. «Através da reunião dos conceitos ordenadores forma-se o sistema científico, na acepção de sistema externo», sistema - como se lê em HECK (*B*, pág. 176) - em cuja edificação é determinante o interesse na exposição da matéria, ou seja, a «tendência, por um lado, para a clarificação, e, pelo outro, para a condensação e a perspectiva geral». STOLL assinalou a este «interesse na exposição» mais um outro desígnio, para o qual o «sistema externo» será ainda necessário: o de permitir ao juiz a subsunção lógica, subsunção que não só é indispensável por razões «de continuidade e de celeridade na administração da justiça», como também, «se conservada nos devidos limites, insusceptível de objecção e adequada»⁽⁵³⁾. Como vemos, esta observação é, no essencial, acertada. Ao sistema externo contrapõe HECK o «sistema interno», sistema que resulta do nexo

objectivo entre as soluções dos problemas que propicia a investigação dos interesses. Com efeito, os elementos básicos, que são as decisões dos conflitos, não pairam «como fenómenos isolados no vácuo», mas referem-se a «parcelas» da vida que se encontram ligadas entre si por multímodas conexões e concordâncias» (*B*, pág. 150). Porém, se aqui ecoa o pensamento de que este «sistema interno», que é independente da actividade científica, se oferece já pronto nas *relações da vida*⁽⁵⁴⁾, de sorte que para o atingir não é necessário senão reproduzi-lo⁽⁵⁵⁾, HECK não deixa, ao mesmo tempo, de voltar à ideia de um sistema de normas como um sistema de *decisões de conflito* com carácter geral, sistema que ele apenas logra conceber na forma de um sistema de conceitos ordenadores. Toda a decisão de conflitos, afirma ele, pode «fazer intervir o conteúdo total da ordem jurídica». Os problemas «deparam-se-nos como complexos de problemas e as decisões como grupos de decisões». Se os elementos comuns vierem a ser reconhecidos «e reunidos na exposição», resultarão «conceitos de grupo, de generalidade sempre crescente». O processo de síntese completa-se através de uma classificação, que torna explícito o «sistema interno» como o conjunto interligado das normas e das decisões de conflitos nelas realizadas. Donde não é de admirar que o «sistema interno» exposto em conceitos gerais abstractos e ordenadores seja para HECK essencialmente idêntico «àquela classificação do Direito que já era até aqui determinante para a legislação e para a ciência» - quer dizer, o «sistema externo». Tanto mais surpreendente se torna, assim, que HECK persista em manter com tal energia a distinção entre as

(49) STÜLL, *Festgabe* cit., pág. 80.
 (50) *Grundriß des Schuldrechts*, aditamento, § 1, 3.

(51) *Ibid.*, pág. 1.
 (52) *Ibid.*, aditamento, § 1, 3.
 (53) *Festgabe*, pág. 90.

(54) Em contrapartida, SCHREIER (*Die Interpretation der Gesetze und Rechtsgeschichte*, pág. 25), que, aliás, também defende o dualismo dos conceitos e dos sistemas, vê o «sistema interno» como um sistema de «juízos de valor e de volição», e o que HECK chama sistema «externo», ao invés, como um sistema de «juízos cognitivos».
 (55) No entender de HECK (com uma comparação tirada de novo das ciências da natureza, o que é significativo), tal como um geógrafo que explica um sistema montanhoso que antes tinha investigado (*B*, pág. 151, nota 1). Conviria aqui dizer que as relações da vida, em fluir incessante, não conhecem a imobilidade dos sistemas montanhosos, e que o «sistema interno» do Direito, que não é dado, mas apenas «proposto» à ciência jurídica, para que ela continuamente o desenvolva, pressupõe uma unidade de sentido que o pervade e que só pode descobrir-se na *ideia de Direito*.

duas espécies de sistemas, bem como a distinção entre os «conceitos preceptivos», construídos com puros fins de ordenação, e os «conceitos de interesses».

HECK não se dá conta de que verdadeiramente só se pode subsumir alguma coisa nos conceitos preceptivos de uma norma quando estes conceitos foram antes «rectamente» entendidos, isto é, foram entendidos de harmonia com os critérios de valor que lhes estão subjacentes. O resultado interpretativo determina, pois, o conteúdo preciso do «conceito preceptivo». O próprio legislador, antes de se servir de um dos conceitos aprontados pela ciência jurídica supostamente com simples «fins de ordenação», seja para designar um elemento da previsão, seja para designar um elemento da estatuição, tem de verificar se ele é idóneo para produzir a delimitação ou a valoração que se pretende. Deste modo, não é possível conceber esses conceitos completamente desligados da valoração que se promove e consegue através deles (56). Quando a lei diz que é lícito ao credor, «por força da relação obrigacional», exigir certa prestação do devedor, não se trata, como julga HECK, de uma delimitação conceptual realizada com fins de ordenação: trata-se antes de um reconhecimento, por parte do ordenamento jurídico, do direito do credor à prestação - de o credor, por isso mesmo, «estar no direito» de a exigir e de o devedor «não estar no direito» de não a cumprir. Pelo menos, este «sentido» do direito de crédito transparece na formulação conceptual abstracta. Ora não pode ficar à mercê de quem aplica a lei o satisfazer-se com a subsunção no conceito preceptivo "que se lhe oferece com suficiente clareza, ou, ao invés, o desligar-se desse conceito e decidir «de acordo com os interesses»: melhor ainda, com as medidas de valor que lhe estão subjacentes. O que deve é, ao invés, esforçar-se, com o auxílio dos conceitos «correctamente» entendidos, por adoptar as valorações mais «correctas» de acordo com o ordenamento jurídico dado.

À Jurisprudência dos interesses estava destinado, na prática jurídica alemã, um sucesso invulgar (57). Com o decurso do tempo,

(56) É o que sublinha, acertadamente, OERTMANN, em *Interesse und Begriff in der Rechtswissenschaft*, pág. 42 e segs.

(57) De igual modo, FIKENTSCHER (*Methoden des Rechts*, vol. IH, pág. 380) considera que aquilo que é decisivo na Jurisprudência dos interesses «não é o seu significado teórico», mas «o seu triunfo na prática».

revolucionou efectivamente a aplicação do Direito, pois veio a substituir progressivamente o método de uma subsunção nos rígidos conceitos legislativos, fundamentada tão-somente em termos lógico-formais, pelo de um juízo de ponderação de uma situação de facto complexa, bem como de uma avaliação dos interesses em jogo, de harmonia com os critérios de valoração próprios da ordem jurídica (58). Deste modo deu aos juízes uma consciência sã, tornando frequentemente supérfluas as pseudo-motivações. Basta o confronto entre o estilo de pensamento e os processos de motivação das mais antigas decisões dos tribunais - digamos, até à primeira grande guerra - e as decisões mais modernas ou mesmo contemporâneas das instâncias superiores, para se reconhecer uma diferença que tem de agradecer-se, fundamentalmente, à obra de HECK, STOLL, MÜLLER-ERZBACH e muitos outros -, e no Direito Penal, claramente também à dos adeptos do «neokantismo sudocidental alemão» (59). A jurisprudência dos tribunais veio-se abrindo progressivamente aos eventos da vida, tornando-se metodicamente mais consciente, mais livre e mais diferenciada. O mesmo vale, e até em maior medida, para a ciência do Direito, ao menos no campo em que podemos formular um juízo, que é o do Direito civil. Aqui basta comparar as mais antigas edições do tratado de ENNECCERUS com as suas reelaborações actuais. Pode hoje, pois, verificar-se que a Jurisprudência dos interesses, apesar dos graves defeitos que tem na sua fundamentação teórica, atingiu amplamente os fins práticos, que era o que propriamente lhe importava.

4. A passagem ao voluntarismo com o Movimento do Direito Livre

Ao lado do racionalismo, que, no século XVIII, teve sobretudo expressão na filosofia de CHRISTIAN WOLFF e no Direito natural, e que, no século XIX, assumiu a forma de crença na infrangível validade e cognoscibilidade das leis naturais no próprio mundo da convivência humana, bem como, em caso extremos,

(58) HUBMANN, *AcP* 155, pág. 88, aduz provas a partir da actividade jurisdicional.

(59) Cf. infra, capo IV, 2.

a forma de crença na previsibilidade do curso da história, ao lado do racionalismo repetimos, como uma sub e contra-corrente dentro da história intelectual europeia, vai de par a corrente d'irracionalismo, particularmente nas vestes de voluntarismo. Os seus representantes mais ilustres foram, no século XIX, SCHOPENHAUER (60), NIETZSCHE e BERGSON. Na ciência do Direito afirmou-se essa contra-corrente, nos começos do século XX, com o chamado «Movimento do Direito Livre», de que pode considerar-se precursor o escrito de OSKAR BÜLOW, aparecido em 1885, intitulado *Gesetz und Richteramt* (Lei e função judicial).

A ideia básica deste escrito, a que tanta atenção se prestou, é a de que cada decisão judicial não é apenas a aplicação de uma norma já pronta, mas também uma actividade *criadora de Direito*. A lei não logra criar logo o Direito; é «somente uma preparação, uma tentativa de realização de uma ordem jurídica» (pág. 45). Cada litígio jurídico «põe um particular problema jurídico para que não existe ainda pronta na lei a determinação jurídica oportuna...», determinação que também não é possível inferir-se, com a absoluta segurança de uma conclusão lógica necessária, das determinações da lei» (pág. 32). Sob o «véu ilusório da mesma palavra da lei» oculta-se uma pluralidade de significações, cabendo ao juiz a escolha da determinação que lhe pareça ser «em média a mais justa» (pág. 36). Não diz BÜLOW segundo que critérios deve o juiz proceder a essa escolha, se segundo um critério objectivo e, em certa medida, controlável, como o fim da lei, a «natureza das coisas» ou a concordância com um princípio, se segundo um mero critério subjectivo, porventura o do seu sentimento jurídico pessoal. Por isso, as suas afirmações tanto podem interpretar-se no sentido de uma doutrina da interpretação teleológica da lei, como no sentido da «teoria do Direito livre» - e foram-no, realmente, tanto num como outro sentido.

A expressão «teoria do Direito livre» reconduz-se a uma conferência de EUGEN EHRLICH de 1903 (61). Contra uma aplicação puramente esquemática do preceito da lei à situação da

(60) Sobre a relação de JHERING com SCHOPENHAUER, cf., PLEISTER, ob. cit., págs. 20 e segs., 228 e seg., 245 e seg., 300 e segs.

(61) *Freie Rechtsfindung und Freie Rechtswissenschaft*, pág. 5.

vida, acentua EHRLICH a importância de uma «livre investigação do Direito». Com o que não procura uma jurisprudência segundo a apreciação discricionária do juiz chamado a dar a decisão, mas uma jurisprudência que arranke da tradição jurídica e aspire ao «Direito justo», no sentido de STAMMLER (62). Decerto que ele salienta, e com inteiro acerto, que toda a aplicação de uma regra geral a um caso particular é necessariamente uma actividade pessoal, pelo que será uma «empresa inútil» querer-se anular por completo a individualidade do juiz (63); só que se esforça, ao mesmo tempo, por identificar critérios objectivos, de natureza extra-legal, a que possa orientar a investigação do Direito. No fundo, EHRLICH nada mais diz que o que dissera precisamente O. BÜLOW e hoje é quase universalmente reconhecido: que toda a decisão judicial é uma actividade *criadora*, dirigida pelo conhecimento (64).

A viragem para o subjectivismo que deve considerar-se característica da teoria do Direito livre em sentido estrito (65) operou-a

(62) *Ibid.*, pág. 28.

(63) *Ibdi.*, pág. 29.

(64) É esta também a ideia fundamental do livro de MAX RUMPF, *Gesetz und Richter*, 1906.

(65) O uso desta expressão como designação colectiva de todos os opositores da Jurisprudência dos conceitos formal - como acontece, por exemplo, na dissertação de KANIG, *25 Jahre Freirechtsbewegung* (1932) - tem pouco sentido. A convicção de que toda a lei tem «lacunas» não se limita aos adeptos do «Movimento do Direito Livre», como parece admitir STAMPE, *Die Freirechtsbewegung* (1911), pág. 25. Se quisermos usar esta expressão cambiante para designar uma orientação determinada e a tomar científicamente a sério, então é indiscutível que ela se adapta de preferência aos que, contra uma solução dos casos concretos dedutivamente inferida e racionalmente mediada, acentuam o *primado da vontade*, do *sentimento* ou da *intuição* - e, por isso, sempre que a solução não pode inferir-se «imediatamente» da lei, devolvem o juiz não para considerações racionais, mas para o seu sentimento jurídico pessoal. A dificuldade de uma delimitação do «Movimento do Direito Livre» frente a correntes afins como, por exemplo, a Jurisprudência dos interesses ou o método sociológico de achamento do Direito decorre da falta de clareza da expressão «Direito livre». Os «partidários do Direito livre» deixaram, no fundo, à disposição de cada um que por tal entenda aquilo que lhe aprovou. Cf. sobre esta dificuldade MOENCH, *Die methodologischen Bestrebungen der Freirechtsbewegung auf dem Wege zur Methodenlehre der Gegenwart*, 1971, pág. 14 e segs.

apenas o escrito polémico e programático de GNAEUS FLAVIUS (HERMANN KANTOROWICZ) aparecido em 1906 (66) e seguido por uma série de escritos polémicos do temperamental ERNST FUCHS (67). Ao lado do Direito estadual, e com a mesma importância, existe o «Direito livre», criado pela decisão jurídica dos cidadãos, pela jurisprudência e pela ciência do Direito. Como todo o Direito, também aquele é um produto da vontade. «Reconhecendo isto, a ciência do Direito toma o caminho das ciências do espírito no século XIX e entra na sua fase voluntarística» (pág. 20). É a vontade de chegar a uma decisão já antecipadamente conhecida que preside à escolha dos lugares da lei que permitem fundamentar essa decisão. O que num caso nos leva a interpretar extensiva ou analogicamente e em outro literal ou até restritivamente, não é «a lei e a lógica, mas o Direito livre e a vontade» (pág. 24). Em qualquer caso, é «a vontade, precisamente, o verdadeiro *motor*». A dedução lógica é uma «aparência vazia», estando ao serviço, não da verdade, mas do interesse» (pág. 37). Em forma sublimada, volta esta concepção a encontrar-se em HERMANN ISAY, que caracteriza a decisão judicial - ao contrário da norma geral - como um «querer» que, «sendo uma aspiração, se baseia num sentir de valores» (68). Porque, na opinião de ISAY, o valor da justiça é «manifestamente inapreensível para a razão» (pág. 59) e, por outro lado, porque a decisão, como

(66) *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*. Do mesmo autor, embora muito mais moderadamente, ver também: *Aus der Vorgeschichte der Freirechtsbewegung*, 1925; e ainda: *Zur Lehre vom richtigen Recht*, 1909 (crítica a STAMMLER), *Rechtswissenschaft und Soziologie*, 1911, e *The Definition of Law*, Cambridge, 1958. A maior parte destes escritos, bem como alguns outros, pode consultar-se agora no volume antológico publicado por TH. WÜRTENBERGER, em 1962, *Rechtswissenschaft und Soziologie* (*Freiburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen*, vol. 19).

(67) *Schreibjustiz und Richterkonigtum*, 1907; *Die Gemeinschadlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz*, 1909; *Juristischer Kulturmampf*, 1912; *Was will die Freirechtsschule?* 1929. Uma selecção destes escritos apareceu em 1965 sob o título *Gerechtigkeitswissenschaft* (publicado por FÜLKES, com introdução de ARTHUR KAUFMANN). Não pode surpreender que à crítica, já desmedida quanto ao tom, que E. FUCHS dirigiu à ciência do Direito do seu tempo, se seguisse uma réplica também muito para além da medida necessária. É de subscrever o juízo criterioso de ARTHUR KAUFMANN.

(68) H. ISAY, *Rechtsnorm und Entscheidung*, 1929, pág. 56.

acto jurídico, se dirige à justiça, essa decisão tem de aparecer necessariamente como «irracional», ou seja, como «produzida pelo sentimento jurídico» (69). É certo que ISAY restringe imediatamente as suas teses ao exigir que a decisão encontrada emocionalmente «se sujeite ao controlo das normas e, sendo o caso, seja rectificada com base nas normas» (70). E na medida em que ISAY só queria com isto dizer que o sentimento jurídico antecipa com frequência, no processo fáctico do achamento da decisão, o resultado - resultado que, para dever ser sustentável, tem, porém, de ser ultimamente comprovado, através de ponderações metódicamente conduzidas -, pode inteiramente concordar-se com ele (71). Simplesmente, daqui não decorre que essas ponderações, que, ao invés do que opina ISAY, também se referem ao valor da justiça, sejam alguma coisa de secundário ou, no fundo, supérfluas.

BÜLOW, EHRLICH e os adeptos do Movimento do Direito Livre têm, por conseguinte, razão ao defenderem que o julgamento de um caso de Direito exige sempre mais que uma «dedução lógica», isto é, uma conclusão subsuntiva. Tanto a procura da decisão para um caso concreto como a interpretação e a integração da lei por parte da ciência do Direito são, efectivamente, actividades criadoras. Mas com isto não se diz que não sejam processos de conhecimento, e sim meras expressões do sentimento jurídico ou manifestações da vontade. Esta suposição em «curto-circuito» assenta antes apenas na equiparação ilegítima do processo do conhecimento ao processo de dedução lógico-formal e a uma técnica de subsunção «mecânica», quer dizer, em última análise ao conceito positivista de ciência (72).

(69) *Ibid.*, págs. 18 e 25.

(70) Sobre a doutrina de ISAY, cf. NIERWETBERG, in: ARSP 1983, pág. 529 e segs.

(71) *Ibid.*, pág. 94 e segs., pág. 154 e segs.

(72) Cf. as observações de FÜRSTHÜFF, *Recht und Sprache*, pág. 27, em parte apoiando, em parte criticando. WIEACKER (*Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, pág. 581, nota 58) denomina ISAY de «seguidor moderado da Escola do Direito Livre».

(73) Diz acertadamente MüENCH, *ob. cit.*, pág. 165: «Para elas era irracional tudo aquilo que não podiam dominar com meios lógico-formais». Cf. também a crítica certeira à «doutrina do Direito livre» e às correntes afins no pensamento jurídico actual em RUPP, *Grundfragen der heutigen Verwaltungssrechtslehre*, 1965, pág. 92 e segs. Uma apreciação global, no fundo positiva, apesar de todas as críticas, em A. KAUFMANN, «Freirechtsbewegung — lebendig oder tot?», in: *Rechtsphilosophie im Wandel*, pág. 251 e segs.

Mas existiriam também operações de conhecimento criadoras, operações que podem fundar-se na compreensão de certo nexo final, ou nas pautas de valoração, que, por exemplo, se evidenciam num caso análogo, na «natureza das coisas» ou em outras conexões perceptíveis. Tudo isto será objecto das explanações da «Parte Sistemática». A intervenção do conhecimento na actividade interpretativa e judicativa vai realmente muito além da lógica. Esta noção, que transcende o conceito positivista de ciência, coloca a Jurisprudência dos interesses em vantagem sobre a «teoria do Direito livre». Com razão repetiram os seus adeptos, acentuando-o enfaticamente⁽⁷³⁾, que a sua doutrina era substancialmente distinta do «Movimento do Direito Livre», pois, salvo raras exceções, viam a investigação do Direito pelo juiz como dirigida por ponderações racionais. Em vez da dedução lógico-formal, coloca a Jurisprudência dos interesses não a vontade ou o sentimento, mas a investigação dos interesses e a apreciação desses interesses à luz dos critérios de valor subjacentes à lei. Por isso, reserva ao juiz, sem dúvida, uma margem de decisão maior, mas nenhuma liberdade de decidir guiada apenas pelo sentimento. Compreende-se assim que a prática jurídica tenha seguido predominantemente a Jurisprudência dos interesses, e não a teoria do Direito livre.

Os adeptos da «teoria do Direito livre», como em geral os advogados de uma mais ampla liberdade do juiz numa valoração pessoal independente da lei, reclamam-se gostosamente do art.º 1.º, parágrafo 2, do Código Civil suíço, que facilita ao juiz, no caso de lacunas da lei e na falta de Direito consuetudinário que as permita preencher, decidir segundo a regra que «estabeleceria se fosse legislador». Julgam eles com isso que ao juiz, sob os pressupostos mencionados, é deixada uma liberdade tão grande para estabelecer uma regra como aquela de que o legislador usufrui. Representantes eminentes da ciência do Direito suíça são porém, de diferente opinião. Quem assim concebe a disposição tem «ideias completamente inapropriadas» do seu significado⁽⁷⁴⁾. A investigação do Direito por parte do juiz tem de orientar-se

pelos princípios jurídicos subjacentes à ordem jurídica; o juiz tem, no preenchimento das lacunas, de «pressupor todo o sistema existente como vinculante»⁽⁷⁵⁾. Ele não é chamado a uma «decisão de política jurídica». A posição e a missão que o art.º 1.º do Código Civil suíço confere ao juiz não é assim «substancialmente diferente da que goza o juiz nos Estados nossos vizinhos» (isto é, na França e na Alemanha)⁽⁷⁶⁾. E por isso é que a «teoria do Direito livre» não conseguiu impor-se mesmo na própria Suíça, apesar de aparentemente colher um certo reconhecimento na lei.

5. A viragem para a sociologia do Direito

Partindo do conceito positivista de ciência é óbvio considerar como a autêntica «ciência» do Direito a sociologia do Direito, que investiga os factos sociais subjacentes ao Direito sem ter em vista a aplicação prática dos seus resultados pela jurisprudência dos tribunais. A comumente chamada ciência do Direito, que é, justamente, a dogmática jurídica, não será, pelo contrário, considerada como ciência, pois que não é capaz de fornecer verdadeiros conhecimentos. Esta concepção, que hoje está difundida entre os sociólogos do Direito de orientação analítica⁽⁷⁷⁾, foi defendida pela primeira vez por EUGEN EHRLICH.

Na *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (Fundamentos da Sociologia do Direito), publicada em 1913, sustenta EHRLICH que «a ciência autónoma do Direito, que não quer servir nenhum fim prático mas puro conhecimento, e que não trata de palavras mas sim de factos», é a sociologia jurídica (pág. 1). A Jurisprudência prática, seria ao invés apenas «a arte de fazer com que o Direito sirva para as particulares necessidades da vida jurídica» e, por isso, «algo completamente distinto da ciência do Direito» (pág. 198). A ciência sociológica do Direito do futuro fornecerá à Jurisprudência prática a sua base científica (pág. 273); esta, por seu turno, «rejeitará para sempre a mascarada risível da

⁽⁷³⁾ Cf. HECK, *Gesetzesauslegung*, pág. 230 e segs.; *Rechtsgewinnung*, pág. 25 e segs.; *Begriffsbildung*, pág. 9 e 105; STÜLL, *Festgabe*, cit., pág. 70 e segs.; MÜLLER-ERZBACH, *Wohin führt die Interessenjurisprudenz?*, pág. 5 e segs., pág. 125 e segs.

⁽⁷⁴⁾ Assim LIVER, *Der Begriff der Rechtsquelle*, pág. 44.

⁽⁷⁵⁾ MERZ, *AcP* 163, pág. 335.

⁽⁷⁶⁾ LIVER, ob. cito pág. 45.

⁽⁷⁷⁾ Sobre esta orientação e mais especificamente, sobre os seus limites na sociologia do Direito, cf. RYFFEL, *Rechtssoziologie*, 1974, Págs. 183 e segs., 211 e segs.

conceituação e da construção abstractas», transformando-se, deste modo, radicalmente (pág. 274). A sociologia jurídica seria, portanto, a única *ciência* do Direito possível, porque não se restringe às «palavras», mas dirige a sua atenção para os factos subjacentes ao Direito e porque, «como toda a verdadeira ciência», através do método «indutivo», ou seja «através da observação dos factos e do conjunto de experiências, procura aprofundar o nosso intelecto da essência das coisas» (pág. 6). Se em alguma parte se manifesta com clareza a influência do conceito positivista de ciência é aqui. EHRLICH vê indiscriminadamente a sociologia como pura ciência de factos, sem sequer pôr o problema de um «método comprehensivo» na sociologia⁽⁷⁸⁾. Não surpreende, pois, que ele não

(78) De uma «sociologia comprehensiva» fala MAX WEBER num ensaio incluído em *Logos*, vol. 4.º, e reimpresso em *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 1922, pág. 403 e segs. Entende ele por tal uma sociologia que vê a conduta humana (e social, no mais amplo sentido) como «dotada de sentido», e, deste modo, pretende «explicá-la causalmente no seu curso e nos seus efeitos» (cf. as explanações sobre «bases metodológicas da sociologia», *ob. cit.* pág. 503). Como «dotada de sentido» e, por conseguinte, «comprehensível», designa WEBER a conduta humana que se dirige por um fim ou se orienta por certas expectativas (nomeadamente a de um correspondente agir alheio) (cf. pág. 416). «Sentido» significa aqui o sentido «subjectivo» tido em conta pelo *agente no caso particular, efectivamente, ou «médio e approximativo»*, numa massa de casos), por oposição a um qualquer sentido «objectivo», como os que buscam as «ciências dogmáticas: jurisprudência, lógica, ética e estética» (pág. 503); cf. também *Wirtschaft und Gesellschaft*, 4.ª ed., 1956, I meio-tomo, pág. 1, no § 1, I, 1). Destas explanações resulta claro que WEBER também vê, no fim de contas, a sociologia como uma ciência cuja missão é a pesquisa de *nexos causais*. Mas, porque no domínio do comportamento humano, o sentido tido em conta pelo agente é um factor «causal», terá a sociologia de atender também, e preferentemente, a este factor e de se servir, para o efeito, do *método comprehensivo*. Cf. a este respeito FRITZ LaOS, *Zur Wert- und Rechtslehre Max Webers*, 1970, pág. 17 e segs. A metodologia de WEBER de uma ciência social empírica, diz ele (pág. 25), está, na verdade, orientada ao «ideal de objectividade de um conceito positivista de ciência», mas transcende este ideal, entre outras coisas, «pela inclusão do sentido subjectivo tido em conta, e apreensível sempre só qualitativamente, no âmbito do empiricamente investigável». Relativamente à separação rigorosa entre o sentido subjectivamente tido em conta e o sentido objectivamente válido, há que remeter para a crítica que A. von SCHELTING, no seu livro *Max Webers Wissenschaftslehre* (1934) dirige à crítica feita por WEBER a STAMMLER (pág. 400 e segs.). SCHELTING censura

queira, pura e simplesmente, admitir como ciência uma ciência que, como a dogmática jurídica, se ocupa em geral só com a compreensão do *significado* (de normas jurídicas, de negócios jurídicos, de acções).

A Jurisprudência prática, pelo menos no continente, ocupa-se sobretudo com as *normas de decisão* que são «aplicadas» pelos tribunais e pelos funcionários estaduais. Não pretende, segundo EHRLICH, senão tornar aplicáveis essas normas⁽⁷⁹⁾. Porém, o Direito, como a *ordem efectiva* de uma sociedade, não consiste, como expõe EHRLICH, em normas de decisão, mas sim em regras segundo as quais os homens, na sua vida em comum, *efectivamente se comportam*. Estas «regras de conduta» - as «verdadeiras normas jurídicas» - resultam, acrescenta EHRLICH, não, em primeira linha, das sentenças dos tribunais e das leis, que se limitam a decidir litígios jurídicos concretos ou a estabelecer as regras com que os tribunais têm de decidir esses litígios, mas dos «factos originários do Direito», nomeadamente as praxes, as relações de domínio e de posse e as declarações de vontade nas suas formas mais importantes, como os estatutos, o contrato e a disposição de última vontade (pág. 155). Delas resultam as «relações jurídicas», que assim são criadas, em primeira linha, não pelas proposições jurídicas, mas directamente pela «sociedade» (pág. 287). «Família, corporações, propriedade, direitos reais, compra, locação,

(e, no meu entender, com razão) o facto de que WEBER nos seus trabalhos metodológicos pessoais (não já nas suas análises histórico-sociológicas) e, nessa conformidade, também na sua crítica a STAMMLER, «tende a negar a importância para o conhecimento cultural empírico da estrutura imanente de sentido das criações (normativas) de sentido (especialmente do Direito) e da sua apreensão científica». Pois que, de facto, «o agir social dos homens e a índole das relações sociais reais» estão «também determinados e formados por momentos ideais (representações normativas), que têm a sua origem em conexões irreais, mais abrangentes, das puras criações de sentido e só a partir delas podem ser compreendidos». Uma «sociologia comprehensiva» - RYFFEL, *ob. cit.*, págs. 186 e segs., 211 e segs., fala de uma corrente «comprehensiva-reconstrutiva» da sociologia — tem de abranger estes conteúdos objectivos de sentido dos institutos jurídicos e dos tipos jurídicos estruturais como factores conformadores da vida social.

(79) Fim para que também servia a «construção», praticada por toda a parte pela Jurisprudência do Direito comum, como EHRLICH explica em *Die juristische Logik*, 1918, pág. 66 e segs.

arrendamento e empréstimo, eram relações jurídicas ainda antes de os juristas romanos terem feito a sua primeira generalização». Mesmo hoje, porém, o «Direito» não reside tanto nas proposições jurídicas (nas normas de decisão) quanto nas «instituições jurídicas»; missão da sociologia do Direito é pesquisar cuidadosamente «as forças propulsoras das organizações jurídicas» (pág. 68). Só posteriormente é que a Jurisprudência constrói «a proposição jurídica com base na percepção dos factos da vida jurídica e na generalização das vivências dessa percepção» (pág. 289) - tendo, sem dúvida, os seus procedimentos «uma inegável semelhança com os métodos das autênticas ciências». Contudo, não é uma «autêntica ciência», pois a observação e a generalização do jurista não ocorrem «imparcialmente no espírito científico», mas antes «sob a influência das relações de poder, das considerações de oportunidade e das tendências de justiça» que determinam a pesquisa das normas (pág. 290); a observação e a generalização do jurista «não só se interrompem ali onde cessa a importância prática», como, em último termo, «culminam num processo absolutamente acientífico: na ponderação dos interesses como base de pesquisa das normas» (pág. 292).

É certo que a ordem jurídica, se não a virmos apenas do ponto de vista do juiz decisor mas como um dado sócio-histórico, é a «ordenação da vida» *factualmente vigente* numa comunidade jurídica, ou seja, reconhecida como vinculante e obedecida de forma preponderante. Distingue-se de quaisquer outras «ordens» pela sua peculiar referência de sentido à *ideia de Direito*. Mas é isto, justamente, que o positivismo sociológico de EHRLICH não consegue valorizar, por que lhe falta - tal como ao seu reverso, o positivismo formal da *Teoria Pura do Direito* de KELSEN - o acesso ao domínio do *ser espiritual* das ideias e da sua realização nas objectivações do espírito. Além disso, o positivismo sociológico desconhece a pretensão de obrigatoriedade coenvolvida na validade do Direito, desconhece o sentido *normativo* de todo o Direito. «Direito» não é apenas um comportamento regularmente observado: é um comportamento observado com consciência da sua «rectidão», de uma *exigência* que nela reside (80). O que leva, porém, à ideia de que ele se norteia no

seu conjunto pelo modelo da justiça. O Direito como ordenação da vida e como ordem normativa não se exclui reciprocamente; pelo contrário, o Direito «válido» é sempre as duas coisas: validade normativa e validade fáctica são-lhe igualmente características.

Pode ser certo que o Direito como ordenação da vida seja, no seu conjunto, *historicamente anterior* a cada norma de conduta e de decisão que, como que por um processo abstractivo, dela se extraí ou conscientemente se estabelece. O próprio SAVIGNY, como já vimos, era de parecer que o «instituto jurídico», como uma estrutura ordenadora que se efectiva na vida jurídica, *subjaz* às regras correspondentes, não podendo *inferir-se* dessas regras. Nesta medida, temos a observação sociológica como uma amplificação indispensável e oportuna da observação «normativa», exclusivamente orientada para as regras, que está mais próxima da ciência dogmática do Direito. Com razão se pronuncia EHRLICH contra a sobrevalorização da accionabilidade e da coercibilidade jurídica (por ex., na determinação do «direito subjetivo»): «Um breve olhar basta para nos mostrar que qualquer homem participa num sem-número de relações jurídicas e que, com muito poucas exceções, cumpre voluntariamente aquilo que nestas relações lhe compete» (pág. 15); «a ordem na sociedade humana reside no facto de os deveres jurídicos serem geralmente cumpridos, e não no facto de eles serem accionáveis» (pág. 17). É sobretudo a Jurisprudência dos interesses que propende a pensar apenas nos casos de conflito e não no muito mais frequente convívio pacífico conforme à ordem jurídica (81). Atitude que se explica, decerto, pela especial situação do juiz, a quem os litígios são apresentados para que lhes dê solução; mas já para o caso do legislador ela seria excessivamente restrita. A ciência deve libertar-se por completo de uma atitude tão unilateral, podendo nisso ser-lhe útil a perspectiva sociológica, que vê na norma a expressão da ordenação da vida agindo na sua sempre renovada realização.

(81) Observa acertadamente ESSER, *Einführung in die Grundbegriffe des Rechts und des Staates*, pág. 117: «O Direito não é só uma directriz para os casos de conflito, mas também - e em primeira linha - regulamentação das relações sociais sãs, e portanto ordenação da vida». Cf. igualmente a conferência de EHRLICH, *Freie Rechtsfindung und freie Rechts-Wissenschaft*, pág. 9.

(80) Assim também RYFFEL, *Rechtssoziologie*, págs. 57, 177, 132.

Mas, por muito exacto que seja isto - que nem a filosofia (82), nem a dogmática jurídica logram prescindir de uma sociologia (que proceda de resto, não apenas de modo científico-causal, mas também de modo comprehensivo) -, a verdade é que EHRLICH se equivocou inteiramente quanto ao propósito da dogmática jurídica. É o que mostra, desde logo, a contraposição que ele estabelece entre «palavras» e «factos». Pois, evidentemente, à ciência do Direito não interessam somente as «palavras», mas também o sentido que nelas se exprime - sentido este que não se deixa extrair singelamente dos factos. Mesmo que se considerem como «factos» (sócio-psíquicos) apenas as representações que os homens de certo tempo e de certo grupo social tenham acerca do que é «correcto», em sua opinião, na vida em comum, à ciência do Direito não interessam propriamente essas representações (como fenómenos psíquicos reais), mas o seu conteúdo de sentido normativo. Este porém não é acessível a uma sociologia que lança mão apenas de processos científicos-causais, e que se limita a fornecer ao legislador aquele conhecimento dos factos de que ele necessita para uma adequada regulamentação. Maior será o proveito que pode esperar a ciência jurídica dogmática de uma sociologia «comprehensiva» que trate do papel do Direito nos processos sociais, da sua função social. A nossa recusa refere-se, pois, apenas à concepção de EHRLICH de que só é possível como verdadeira ciência do Direito uma sociologia, (que opere científico-causalmente), não à sociologia do Direito como *uma* entre as várias ciências que se ocupam do Direito.

Na sua obra, aparecida alguns anos mais tarde, intitulada *Die Juristische Logik* (A lógica jurídica), submeteu EHRLICH a uma crítica minuciosa e bem fundamentada a opinião da Jurisprudência do século XIX de que a solução dos casos jurídicos se podia extrair por dedução lógica de proposições jurídicas fixas (83). Contudo, ao exigir que o juiz deve valorar autonomamente os interesses em causa sempre que a solução não possa extrair-se univocamente da lei, (84), quer dizer, no fundo, sempre que a lei careça de interpretação, deixa na sombra, por completo, o critério da

(82) A este respeito, ver FECHNER, *Rechtsphilosophie*, pág. 265 e segs.

(83) *Die juristische Logik*, 1918.

(84) Cf. sobre este ponto, pág. 312.

valorização. Com efeito, rejeita expressamente a opinião de que o juiz está vinculado aos juízos de valor do legislador, alegando que «na multidão de juízos de valor que se contêm nas leis de um Estado moderno é sempre possível achar algum em que se apoie qualquer solução que se queira» (85). A doutrina sociológica do Direito esgota-se assim, fundamentalmente, numa crítica, em geral justa, da teoria da aplicação do Direito do século XIX, mas sem que entretanto essa doutrina nos esclareça sobre os novos métodos de investigação jurídica que são requeridos por EHRLICH.

Também a *Kritik der Rechtswissenschaft* (Crítica da ciência do Direito) de FRANZ JERUSALEM, aparecida em 1948, obra assente em bases mais amplas e que o autor prossegue e estende à dogmática dos últimos 20 anos no seu escrito *Die Zersetzung im Rechtsdenken* (A decomposição do pensamento jurídico), aparecido em 1968, também arranca de uma perspectiva sociológica do Direito e da ciência do Direito. Também para ele a autêntica ciência do Direito é a sociologia jurídica, entendendo por sociologia a ciência que, aplicando material empírico, busca «estabelecer as leis que regem a realidade social», que alicerçam os modos sociais de comportamento e que assim constituem o Direito como factor social. A descoberta das formas básicas da existência social - das formas de autoridade e de interacção do contrato, da propriedade privada, das comunidades e sociedades - era também o desiderato do Direito natural da Idade Moderna, designadamente de PUFENDORF, e por isso pode dizer JERUSALEM que a sociologia é «o Direito natural da nossa época» (86).

Embora a ligação entre o ponto de vista de JERUSALEM e o de EHRLICH seja inegável, não há dúvida de que aquele tem uma relação bem mais estreita do que este com a ciência dogmática do Direito. Ele vê perfeitamente que a esta não lhe importam as «palavras», mas o sentido do comportamento jurídico (87), e considera-a acertadamente como uma ciência do espírito. Só que entende que não é nenhuma ciência verdadeira, mas na sua essência nada mais do que jurisprudência; a sua base é «o saber colectivo do Direito por parte dos juristas» (88).

(85) *Ibid.* pág. 163 e segs.

(86) Prefácio a *Kritik der Rechtswissenschaft*.

(87) Cf. a *Kritik*, págs. 7 e segs., 71 e segs.

(88) *Ibid.*, pág. 46 e segs.

A partir da posição de base sociológico-científica critica ele a moderna dogmática do Direito nas suas múltiplas manifestações. O fio condutor desta crítica é a sua ideia de que a dogmática jurídica foi infiel à sua função social na medida em que dissociou, hipostasiou, os princípios e os conceitos jurídicos da realidade social de que são a representação. Em vez do Direito como «realidade externa», isto é, como «totalidade do comportamento jurídico», criou como objecto «um mundo espiritual de conceitos e representações» em que a realidade jurídica simplesmente se reflecte (89).

Na sua segunda obra, JERUSALEM procura desvendar em particular o processo por ele observado de uma «decomposição do pensamento jurídico». A «decomposição do pensamento jurídico», diz ele no prefácio, consiste em que «se deixou de pensar de modo genérico. O pensamento jurídico dissolveu-se assim na casuística, que, em contraposição, por exemplo, ao Direito inglês, não assenta já, todavia, na tradição. Direito é o que é ajustado à situação e à condição objectiva concreta. A ordenação tradicional é, com isto, negada. Perde-se assim toda a segurança». A dissolução dos conceitos e dos valores, continua ele a explicar, começou com o declínio da Jurisprudência dos conceitos. «Os conceitos tradicionais perderam a sua estrutura sólida; tornaram-se formas de pensamento exterior, que já não têm um conteúdo fixo» (90). A diluição dos conceitos jurídicos teria conduzido a colocar no seu lugar conceitos de tipo. VIEHWEG teria procurado de seguida «alicerçar filosoficamente o princípio do caso concreto, perante o qual o geral do conceito cede». A dissolução dos conceitos do pensamento jurídico corresponderia à mutação dos valores. As questões jurídicas tornar-se-iam insolúveis porque a resposta é determinada por representações valorativas opostas (91). Responsável por esta decomposição do pensamento jurídico seria em primeira linha o racionalismo (92). No pensamento utilitarista finalístico de JHERING seria óbvia a dissolução do pensamento jurídico. Também o neokantismo estaria preso ao racionalismo; aqui, tornou-se efectivo sobretudo em KELSEN.

(89) *Ibid.*, pág. 75.

(90) *Zersetzung*, pág. 78.

(91) *Ibid.*, pág. 82.

(92) *Ibid.*, pág. 82 e segs.

Segundo a chamada Jurisprudência dos interesses, tal como foi representada por HECK, a jurisprudência cível consistiria na «constatação da situação concreta dos interesses das partes na sua relação recíproca». Com isto ter-se-ia perdido a noção de que os indivíduos «estão vinculados entre si nas relações jurídicas, que tem a sua unidade no espírito comum da comunidade jurídica» (93).

A crítica de JERUSALEM dirige-se em última análise contra a circunstância de que a ciência do Direito se compreenda como empenho num *conhecimento produtivo* e racional do Direito. JERUSALEM vê nisso um desconhecer da sua função social. Segundo ele, o Direito não é legitimado nem pela autoridade do legislador nem pela racionalidade do seu conteúdo, mas sobretudo porque é algo transmitido (ou equiparado ao transmitido por via do seu reconhecimento colectivo). A ciência do Direito, no sentido de dogmática jurídica, tem apenas a missão de indagar o Direito transmitido enquanto tal, de o expôr e de assim o conservar, devendo adequar o que é novo ao Direito transmitido (94).

Não deve contestar-se que o Direito, ao longo dos séculos e dos milénios, retirou a sua força sobretudo porque era o transmitido, aquilo que seria *como tal* considerado como «correcto». Mas esta crença na correcção da tradição deixou de ser, contudo, no continente europeu e já desde os dias do Direito natural moderno e das grandes codificações o único sustentáculo do Direito. O homem moderno, que não pode retroceder para além do racionalismo, não se contenta, em crescente medida, com que uma regra jurídica ou uma resolução corresponda à tradição, mas quer também reconhecer-las como racionais, plenas de sentido, como susceptíveis de fundamentação de modo racional. É precisamente disso e não da recolha e transmissão de um saber tradicional que se trata na ciência do Direito.

6. A «teoria pura do Direito» de Kelsen

Perante a concepção de que a «autêntica» ciência do Direito é a sociologia do Direito, ao passo que à ciência jurídica tradi-

(93) *Zersetzung*, pág. 90.

(94) Cf. a este respeito *Zersetzung*, pág. 184 e segs.

cional apenas cabe o papel de uma tecnologia ou de um auxiliar da jurisprudência dos tribunais, impunha-se uma tomada de consciência metodológica por parte da ciência do Direito. Foi HANS KELSEN quem, com admirável energia e ímprobo rigor de pensamento, se desempenhou de semelhante missão. A sua «teoria pura do Direito» constitui a mais grandiosa tentativa de fundamentação da ciência do Direito como ciência - mantendo-se embora sob o império do conceito positivista desta última e sofrendo das respectivas limitações - que o nosso século veio até hoje a conhecer. O que não obsta a que sejamos tentados também a acrescentar: assim como a Jurisprudência dos interesses é deficiente como teoria, mas foi de grande utilidade prática, assim a «teoria pura do Direito» atinge um alto nível como teoria, mas do ponto de vista prático os seus resultados são escassos. Em último termo, porém, o facto encontra a sua razão de ser numa deficiência da própria teoria.

O ponto de partida de KELSEN na fundamentação da autonomia metodológica da ciência do Direito é a distinção entre juízos de ser e juízos de dever ser. São - afirma - coisas completamente diferentes o eu dizer que, nas actuais condições, os contratos são normalmente (isto é, na grande maioria dos casos) cumpridos (ou não cumpridos), e o eu dizer que os contratos *devem* «por Direito» ser cumpridos. A primeira frase contém um enunciado sobre um acontecimento que efectivamente se verificou, um juízo de facto; a segunda contém um enunciado sobre o que *deve* verificar-se (quer efectivamente se verifique, quer não), um juízo sobre um dever ser ou sobre um ser prescrito. A primeira é «correcta» quando concorda com os factos; a segunda, quando o «dever ser» afirmado «decorre» de um preceito existente, o que é dizer, válido. As duas afirmações têm assim um valor enunciativo, ou sentido, inteiramente diferentes: baseiam-se em diversas formas de consideração. É um erro - acentua peremptoriamente KELSEN - confundir estes dois modos de observação entre si, como quando do ser prescrito de uma acção se conclui a sua realização efectiva ou de certos factos verificados se conclui que o respectivo comportamento se encontra prescrito. Cada um dos modos de observação - o «explicativo», como diz KELSEN, o que descreve os factos e os explica a partir das suas causas, e o «normativo», que, a partir de uma dada norma, reconhece o conteúdo de um dever ser - é independente do outro e segue o seu método específico.

A ciência do Direito, segundo KELSEN, não tem a ver com a conduta efectiva do homem, mas só com o prescrito juridicamente. Não é, pois, uma *ciência de factos*, como a sociologia, mas uma *ciência de normas*; o seu objecto não é o que é ou que acontece, mas sim um complexo de normas. Só se garante o seu carácter científico quando se restringe rigorosamente à sua função e o seu método se conserva «puro» de toda a mescla de elementos estranhos à sua essência, isto é, não só de todo e qualquer apoio numa «ciência de factos» (como a sociologia e a psicologia), como de todo e qualquer influxo de «proposições de fé», sejam de natureza ética ou de natureza religiosa. Como conhecimento «puro», não tem de prosseguir imediatamente nenhum fim prático, mas antes de excluir da sua consideração tudo o que não se ligue especificamente com o seu objecto como complexo de normas. Só assim logra afastar a censura de estar ao serviço de quaisquer interesses, paixões ou preconceitos políticos, económicos ou ideológicos, isto é, só assim pode ser *ciência*. À ciência do Direito que satisfaz a existência da «pureza do método», chama KELSEN «teoria pura do Direito» (95).

(95) De entre o grande número dos seus escritos, menciono: *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1911 (cit. H); *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, 1911; *Allgemeine Staatslehre*, 1925; *Der juristische und der soziologische Staatsbegriff*, 2.ª ed. 1928; *Reine Rechtslehre*, 1934, 2.ª ed. de 1960 (cit. RR); *Was ist Gerechtigkeit?*, 1953; *Was ist die Reine Rechtslehre?*, em *Festschrift für Z. Giacometti*, 1953, pág. 143 (cit. FG). Um índice cronológico das publicações de HANS KELSEN, que abrange 483 números fornece-se na segunda edição da *Reine Rechtslehre*. Sobre a situação actual da teoria pura do Direito, cf. WALTER, in: RTh, vol. 1, pág. 69. Para uma crítica, cf. ERICH KAUFMANN, *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie*, 1921; W. JaCKEL, *H. Kelsen's rechtstheoretische Methode*, 1930; SIEGFRIED MARCK, *Substanz- und Funktionsbegriff der Rechtsphilosophie*, 1925; ERNST v. HIPPEL, *Mechanisches und moralisches Rechtsdenken*, 1959, pág. 15 e segs., 180 e segs.; RUPERT HOFMANN, *Logisches und metaphysisches Rechtsverständnis (Zum Rechtsbegriff Hans Kelsens)*, 1967; KARL LEIMINGER, *Die Problematik der Reinen Rechtslehre*, 1967; W. SCHILD, *Die zwei Systeme der Reinen Rechtslehre*, Wiener Jahrb. f Philosophie, vol. IV, 1971, pág. 150. Uma ponte entre a teoria pura do Direito e a teoria ontológica do Direito natural (rejeitada por KELSEN) é ensaiada por RENÉ MARCIC (ÖZÖR, vol. 11, pág. 395; vol. 13, pág. 69; *Veifassungsgerichtsbarkeit und Reine Rechtslehre*, 1966).

A «teoria pura do Direito» é considerada em concreto por KELSEN como uma «teoria do Direito positivo» e, nesta medida, uma «teoria geral do Direito» (*RR*, pág. 1; *FG*, pág. 144). «Não é uma interpretação de certas normas jurídicas nacionais ou internacionais», mas oferece também, precisamente com base numa teoria geral do Direito positivo, uma teoria da interpretação jurídica. No que claramente se distingue a «teoria pura do Direito» da tradicionalmente chamada ciência dogmática do Direito, que se propunha conhecer um certo Direito positivo no seu particular conteúdo e no seu nexo sistemático e facilitar a aplicação do mesmo. A «teoria pura do Direito», muito ao invés, não se preocupa com o conteúdo, mas só com a estrutura lógica das normas jurídicas; verifica o sentido, a possibilidade e os limites de todo e qualquer enunciado jurídico (não de um certo enunciado jurídico), bem como a espécie e o modo do seu estabelecimento. Desta maneira, é uma *teoria do conhecimento juscientífico* e, como tal, deveria ter-se por completamente distinta da própria ciência do Direito, cuja «possibilidade» e método investiga. Ainda assim, apresenta-se ela mesma como ciência do Direito e é pelo menos obscuro até que ponto KELSEN ainda reconhece, a seu lado, como ciência uma ciência «dogmática» do Direito que se ocupe, já não com a forma, mas com o particular conteúdo de um certo Direito positivo.

A tese fundamental de KELSEN é a da «absoluta disparidade entre o ser e o dever ser» (*H*, pág. 7). O «dever ser» apresenta-se-lhe, tal como o «ser», como um «modo do pensamento», como uma «categoria última, não inferível de qualquer outra» (*H*, pág. 70). Ou seja: o «dever ser» não pode reconduzir-se a um «querer» que estabeleça a norma - pois o «querer» é um processo fáctico, físico, pertencendo, portanto, ao mundo do «ser» -, nem a uma conduta daquele que deve. Não é algo de psíquico real, mas «o sentido de um acto pelo qual uma conduta é prescrita ou é permitida, e especialmente autorizada» (*RR*, pág. 5). A diferença entre ser e dever ser, afirma KELSEN, é insusceptível de uma maior explicação: é-nos «dada imediatamente à nossa consciência». Ninguém pode negar que «daquilo que é não pode concluir-se aquilo que deve ser, assim como daquilo que deve ser não pode concluir-se aquilo que é» (*RR*, pág. 5). A ciência do Direito tem a ver com normas, ou seja, com um dever ser, pelo que a expressão «dever ser» (*Sollen*) há-de também

incluir o «permitir» (*Dürfen*) e o «poder» (*Kennen*). Decerto que às normas do Direito positivo, na medida em que são «postas», subjazem actos, quer dizer, «processos externos do comportamento humano»; estes, porém, não trazem em si o seu sentido - como actos jurídicos - , recebendo-o apenas enquanto uma norma, como «esquema de interpretação» (*RR*, pág. 3), a eles for aplicada. O processo do ser enquanto tal - por exemplo, uma deliberação parlamentar ou um contrato - tem um lugar certo no espaço e no tempo; pode ser explicado científico-causalmente. O sentido deste evento, contudo, que é a única coisa que interessa à ciência do Direito, reside em se estabelecer uma norma. Mas o ter o evento este sentido de acto instaurador de uma norma resulta de uma outra norma, logicamente pré-ordenada, que lhe confere este significado. Se uma determinada troca de cartas significa a conclusão de um contrato, isso «resulta única e exclusivamente de essa situação de facto cair sob certas disposições do Código Civil» (*RR*, pág. 4). Se uma deliberação do parlamento constitui um acto legislativo, é por força das normas constitucionais sobre a legislação. A «teoria pura do Direito» apreende, pois, o conteúdo jurídico do sentido de um certo evento - que, como tal, é «um fragmento da natureza», portanto, «determinado por leis causais» - , ao subsumi-lo a uma norma jurídica que retira a sua validade de ter sido «produzida» de acordo com outra norma situada acima daquela. Em compensação, a «teoria pura do Direito» abandona o aspecto fáctico desse acontecer - por exemplo, os intuições e os motivos do legislador, bem como os efeitos da regulamentação que estabelece - a outra ciência, que é a sociologia do Direito como «ciência de factos». O que cai sob a alçada desta última não é verdadeiramente o próprio Direito, mas sim, certos fenómenos paralelos da natureza» (*RR*, pág. 108). A teoria pura do Direito, pelo contrário - sendo, como é, a «ciência específica do Direito» - , ocupa-se das normas jurídicas, não enquanto factos da consciência, mas apenas enquanto conteúdos significativos. «O seu problema é a peculiaridade específica de uma esfera de sentido» (*RR*, pág. 108).

À «teoria pura do Direito» o que interessa é a especificidade lógica e a autonomia metódica da ciência do Direito. O que ela quer é «libertar a ciência do Direito de todos os elementos que lhe são estranhos» (*RR*, pág. 1). Daí que, por um lado, se oponha à confusão entre observação jurídica e observação sociológica.

O jurista, entende KELSEN na sua primeira obra (*H*, pág. 42), pode, sem dúvida, fazer reflexões de natureza psicológica e sociológica, mas não deve nunca «servir-se dos resultados da sua consideração explicativa na sua construção conceptual normativa». Por outro lado, KELSEN opõe-se com o mesmo vigor à ligação da ciência do Direito com a ética, bem como a toda a metafísica jurídica. As normas da Moral são, como as do Direito, normas positivas, quer dizer, «produzem-se através de costumes e de estatuições conscientes (porventura as de um profeta ou de um fundador de religiões, como Jesus)» (*RR*, pág. 64). Mas enquanto o Direito é uma ordem coerciva, isto é, uma ordem normativa que «busca suscitar um certo comportamento humano pela ligação do comportamento oposto a um acto de coacção socialmente organizado», a Moral é «uma ordem positiva sem carácter coagente». Quando se pede que o Direito se oriente por normas morais, deveria perguntar-se, em contrapartida, *a que* ordem moral pertencem essas normas. Porque «do ponto de vista de um conhecimento científico» tem de excluir-se «a aceitação, em geral, de valores absolutos e, em especial, de um valor moral absoluto» (*RR*, pág. 65), ou porque, com outras palavras, não é possível «determinar o que, em qualquer circunstância, tem de haver-se por bom e por mau, ou justo e injusto» (*RR*, pág. 67), não podendo o Direito distinguir-se de outras ordens coercivas - por exemplo, o ordenamento interno de um bando de ladrões - por ser uma ordem «justa» (*RR*, pág. 50) (96).

Pelas", mesmas razões rejeita KELSEN toda a doutrina de Direito natural (*RR*, pág. 402 e segs.). A «teoria pura do Direito» só tem a ver com o Direito positivo. «Nessa medida, é uma teoria do Direito radicalmente realista, recusando-se a fazer um juízo de valor sobre o Direito positivo. Enquanto ciência, a única coisa a que se considera obrigada é a conceber o Direito positivo na

(96) No escrito *Was ist Gerechtigkeit?* (O que é a justiça?), KELSEN trata mais detidamente deste ponto. «Se a história do conhecimento humano» – eis o resultado a que chega (pág. 40) – «nos pode ensinar alguma coisa, é a inutilidade do esforço no sentido de encontrar por via racional uma norma absolutamente válida do comportamento justo, ou seja, uma norma que exclua a possibilidade de também se haver como justo o comportamento inverso». Porém, não será a justiça, não uma norma, mas uma categoria que constitui o sentido de certas normas?

sua essência e a compreendê-lo através de uma análise da sua estrutura» (*RR*, pág. 122). É, por conseguinte, positivismo jurídico, melhor, «é a própria teoria do positivismo jurídico» (*FG*, pág. 153). «A teoria pura do Direito, na medida em que arranca o Direito da névoa metafísica em que a doutrina do Direito natural o envolvera como algo de sagrado na sua origem ou na sua ideia, quer concebê-lo, muito realisticamente, como uma específica técnica social» (*FG*, pág. 154). O que redunda em só ter a ver com a forma lógica, com uma específica «*lógica de normas*». O conteúdo das normas jurídicas não está para ela, por qualquer modo, pré-determinado pela razão, pela lei moral ou por qualquer teleologia imanente, mas pode ser aquele que se queira. Uma norma jurídica, acentua KELSEN (*RR*, pág. 200 e segs.), não vale porque tem um determinado conteúdo, mas sim porque foi produzida de determinada maneira, de uma maneira legitimada, em último termo, por uma norma fundamental que se pressupõe. «Por isso», continua ele, «pode qualquer conteúdo que se deseje ser Direito. Não existe comportamento humano que, em si mesmo, graças àquilo em que consiste, possa ser excluído como conteúdo de uma norma jurídica». O positivismo jurídico não pode ser formulado de modo mais claro do que nestas duas frases.

KELSEN dá-se acertadamente conta de que a ciência do Direito não tem que ver, ou não tem primariamente que ver, com a conduta efectiva dos homens ou com os processos psicológicos em si mesmos, mas com as normas jurídicas e o seu conteúdo de sentido. Não pode, pois ser uma ciência da natureza, uma ciência que descreva os factos e investigue a sua ligação causal. Na medida em que constitua uma ciência, só pode ser, para a concepção positivista de ciência, uma doutrina das «formas puras» do Direito. Neste sentido diz KELSEN (*H*, pág. 92) que a «Jurisprudência» não tem «de curar senão da forma dos fenómenos, cabendo à sociologia e às disciplinas históricas o ocuparem-se do respectivo conteúdo»; usando uma imagem, pode dizer-se que é «uma geometria do fenômeno jurídico no seu todo» (*H*, pág. 93). Por isso, declarar os seus conceitos sem valor porque são necessariamente apenas formais tem tão pouco sentido como criticar os conceitos da geometria «por abrangerem só as formas dos corpos, sem se pronunciarem sobre o seu conteúdo». Decerto que KELSEN se insurge contra a opinião que vê na «teoria pura do Direito» uma simples lógica jurídica. Assim como as definições do círculo ou do quadrado são função da geometria e não da lógica,

assim as definições dos conceitos jurídicos são «função de uma teoria geral do Direito», que não é lógica nenhuma (*FG*, pág. 150). Mas a verdade é que KELSEN só vê na ciência jurídica, que erige em «teoria pura do Direito», uma doutrina dos conceitos formais básicos do Direito, cujo conteúdo só pode resultar da *função lógica* que eles desempenham dentro do sistema dessa doutrina do Direito, sistema esse que, de certo modo, oscila livremente. Sem dúvida que a «teoria pura do Direito» não é apenas uma lógica, no sentido de uma teoria do pensamento; mas é a ciência do que em toda e qualquer ciência jurídica - independentemente dos conteúdos que lhe advenham da «experiência» - pode ter-se como «necessário» do ponto de vista do pensamento.

A mais importante objecção que tem de consentir a «teoria pura do Direito» é a de que KELSEN não consegue manter «a disparidade absoluta entre ser e dever ser», que toma como ponto de partida (97). O que não seria objecção alguma se KELSEN pensasse dialecticamente, no sentido da filosofia hegeliana, ou seja, se as distinções que faz se vissem como distinções transitórias, destinadas a ser transcendidas pela progressão do pensamento para a «unidade concreta». Só que nada é mais alheio a KELSEN do que isto. Para ele trata-se exclusivamente de estabelecer linhas divisórias que inalteravelmente se mantenham e cujo menosprezo lhe merece sempre a censura de «sincretismo metodológico». Um dever ser - acentua - só pode reconduzir-se a outro dever ser, uma norma só pode reconduzir-se a outra norma superior da qual e apenas da qual dimana o peculiar sentido *jurídico* de um evento, como, por exemplo, um contrato, um acto administrativo ou um decreto. A unidade, quer dizer, a coerência

(97) Esta objecção é feita muitas vezes a KELSEN e, a meu ver, nunca foi por ele refutada. Cf. ERICH KAUFMANN, *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie*, pág. 31; SIEGFRIED MARCK, *Substanz- und Funktionsbegriffen der Rechtsphilosophie*, pág. 28 e segs.; e a minha *Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart*, 2.ª ed., pág. 46. Com inteira pertinência observa HANS-LUDWIG SCHREIBER, *Der Begri./fder Rechtspflicht*, 1966, pág. 144, que a teoria pura do Direito, que postula a indedutibilidade do dever ser de um ser, acaba, porém, na facticidade. De modo crítico sobre a disparidade entre ser e dever ser em KELSEN, também WINKLER, em *RTh*, separata 1, 1979, pág. 177 e segs., pormenorizadamente agora no escrito *Rechtstheorie und Erkenntnislehre*, 1990, págs. 126 e segs., 175 e segs.

formal de todas as normas de um certo Direito positivo, reside em todas elas poderem reconduzir-se a uma norma única, como fundamento último da sua validade (*RR*, pág. 209). Esta norma suprema que, «enquanto fonte comum, realiza a unidade na pluralidade de todas as normas que constituem um ordenamento», é a «norma fundamental» da ordem jurídica respectiva. Ela não implica «outra coisa senão o estabelecimento de um facto produtor de normas, a legitimação de uma autoridade criadora de normas, ou - o que é o mesmo - uma regra que determina como é que devem ser produzidas as normas gerais e individuais do ordenamento que assenta nessa norma fundamental» (*RR*, pág. 199). Semelhante «norma fundamental», na medida em que constitui o fundamento *último* da validade objectiva, da qualidade de dever ser de uma ordem jurídica positiva, não pode ser estabelecida, por sua vez, por uma autoridade «cuja competência teria de se fundar em uma norma ainda mais elevada» (*RR*, pág. 197). Não é, portanto, uma norma *posta*, mas uma norma necessariamente *pressuposta* pela ciência do Direito, a fim de poder interpretar como uma ordem jurídica o material normativo que se lhe oferece. Em analogia com os conceitos da teoria do conhecimento de KANT, poderá designar-se como «a condição lógico-transcendental desta interpretação» (*RR*, pág. 205). Porém, como é que vimos a saber que certos actos, nomeadamente os de legislação, têm de ser interpretados como actos produtivos de normas? Responde KELSEN: Uma ordem normativa tem de ser interpretada como «um sistema de normas jurídicas válidas», e tem de admitir-se uma norma fundamental correspondente, quando se trata «de um ordenamento coercivo que no seu conjunto é eficaz» (*RR*, págs. 204 e 208). O acto do pensamento que legitima a ordem jurídica (*RR*, pág. 206), a postulação da norma fundamental, encontra assim, em último termo, a sua verdadeira justificação no facto de funcionar como tal um certo ordenamento coercivo: isto é, o «dever ser» resulta efectivamente, pela via travessa do Postulado teorético da «norma fundamental», de um ser, que, como tal, é para KELSEN alheio ao sentido e ao valor da (mera) facticidade!

Porém, não é apenas a «disparidade», suposta por KELSEN, entre ser e dever ser que não está isenta de críticas: também o não está o seu conceito de «dever ser». KELSEN define o «dever ser» como uma categoria lógico-formal, como um «modo do pen-

sarnento». Simplesmente, o que é que nos diz essa categoria? KELSEN principia, sem dúvida, por falar do «dever ser» como uma norma «que vincula» o destinatário, que o «obriga» (*RR*, págs. 7 e 8). Utiliza, por consequência, expressões cujo sentido não pode entender-se de outro modo senão com o sentido de uma Ética ou de uma doutrina dos deveres. Todavia, não nos deixa qualquer dúvida de que não é assim que ele quer que se entenda o «dever ser». Antes de tudo, este não significa para ele nenhuma exigência que - como uma exigência moral - seja de seguir pelo seu conteúdo, uma vez que surge para quem a experimenta como «justa», aparecendo o comportamento contrário como «injusto». Pois que para KELSEN não é a «justiça» ou «injustiça» do *conteúdo* de uma norma que está em causa; basta que a norma tenha sido efectivamente estabelecida da maneira legítima pela norma fundamental correspondente. Por outro lado, nas normas jurídicas KELSEN vê menos preceitos (ou proibições) do que autorizações, nomeadamente normas que «habilitam um determinado indivíduo a dirigir contra outro um acto coercivo como sanção» (*RR*, pág. 35). Esta é a consequência de KELSEN considerar o Direito como uma ordem coerciva. «Para conhecermos objectivamente uma norma jurídica», afirma ele (*RR*, pág. 51), «tem essa norma... de estatuir um acto coercivo ou de estar em relação essencial com semelhante norma». Ora, assim como, segundo uma conhecida fórmula de F. H. JACOBI, sem pressupor a «coisa em si» como «algo» pensável não se pode entrar na teoria do conhecimento de KANT, mas sem abandonar esse pressuposto não se pode permanecer nela, também não podemos penetrar no edifício do pensamento kelseniano se não entendermos o «dever ser» no seu sentido ético originário (o de uma exigência ética), e não podemos ficar dentro dele se não repudiarmos esse sentido (98). Para manter a «pureza» da ciência do Direito e, neste

(98) OSVI LATHINEN, *Zum Aufbau der rechtlichen Grundlagen* (Helsínquia, 1951), observa (pág. 62 seg.) criticamente que KELSEN não definiu a expressão «dever ser». E diz que devia necessariamente tê-la definido, pois do sentido dessa expressão depende o saber-se «se a distinção afirmada por KELSEN existe». LEIMINGER, *oh. cit.*, pág. 63 e segs., crê que em KELSEN há nada menos do que 18 sentidos de «dever ser» que se podem constatar. Cf. ainda HOFMANN, *oh. cit.*, pág. 23 e segs. DREIER (in: *Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz*, RTh,

caso, a sua independência de toda e qualquer Ética, submete KELSEN o conceito de «dever ser» a uma radical transformação semântica.

Essa transformação não deixa incólume o conceito de norma jurídica. Inicialmente via KELSEN na proposição jurídica que contém a norma um enunciado do legislador sobre o comportamento futuro dos órgãos do Estado, um enunciado com o conteúdo de que, quando um sujeito S assume um determinado comportamento C, um determinado órgão do Estado infligirá ou aplicará uma determinada sanção contra S (*H*, pág. 189 e segs.). Mais tarde, KELSEN só vê enunciados nas proposições da *ciência do Direito*, para as quais entende reservar agora a designação de «proposição jurídica», como enunciados sobre o conteúdo de um dever ser. Quanto às *normas jurídicas*, que consequentemente não são «proposições jurídicas», não contêm quaisquer enunciados, mas sim «injunções, permissões e autorizações» (*RR*, pág. 73). Com excepção da «norma fundamental», assentam não num acto do pensamento, mas num *acto de vontade* relacionado com uma norma superior que legitima como tal o acto que estabelece essas normas. Mas, como em último termo têm sempre o sentido de que contra um sujeito S, quando ele assume um determinado comportamento C, deve ser infligido um acto coercivo como sanção, para KELSEN o preceito dirigido a cada um para que se comporte de determinada maneira passa completamente a segundo plano em relação à «sanção». O que leva KELSEN a uma transmutação de sentido do conceito de *ilícito* tão relevante como a que já vimos para o conceito de Direito. Um comportamento é «ilícito» não porque, de acordo com qualquer critério «transcendente» ao Direito positivo ou de acordo com a sua «qualidade intrínseca», seja contrário aos valores e, por conseguinte, reprovável, mas «exclusivamente e apenas» porque «coincide com a condiçãoposta pela ordem jurídica positiva para um acto de coerção, quer dizer, para uma

separata 1, pág. 96) chama acertadamente a atenção para que se remontar a KANT, «ao conceito de dever ser, também e precisamente na sua aplicação ao Direito positivo, está ligado de modo indissociável o conceito de vinculatividade moral ou seja: o conceito jusracionalista de vinculatividade». KELSEN teria, portanto, com a sua teoria da norma fundamental, em contraposição ao seu propósito expresso, formulado precisamente o problema do fundamento moral, ou seja, jurídico-racional, de validade e o problema do fundamento cognoscitivo do Direito positivo».

sanção» (*RR*, pág. 117). O «ilícito» não é a negação do Direito, nem está acompanhado de uma sanção por ser, consequentemente, reprovável, mas designa-se por «ilícito» - independentemente de qualquer valoração - porque se encontra ligado por uma ordem jurídica positiva a um acto de coerção, que entra em jogo como sua consequência. A norma que estatm o acto de coerção é a norma primária; a que qualifica como «ilícito» o comportamento erigido em condição da sanção é a norma secundária e, Importa que acrescentemos, linguisticamente falsa.

Idêntica transmutação sofre, de resto, o conceito de *dever jurídico*. «Não é outra coisa senão que a norma jurídica positiva que impõe o comportamento do indivíduo; na medida em que liga uma sanção ao comportamento contrário» (*RR*, pág. 121). É certo que à palavra «dever», admite KELSEN, está associada na língua alemã, sobretudo desde KANT, a representação de um «valor moral absoluto». Porém, o conceito de dever jurídico refere-se «exclusivamente a uma ordem jurídica positiva» e não tem «espécie alguma de implicação moral» (*RR*, pág. 123). O *direito subjectivo* aparece, por conseguinte, ou como um reflexo do dever jurídico que tem o indivíduo em relação a outro, ou como um «poder jurídico» de intervir, directa ou indirectamente (através, por ex., da participação na eleição dos corpos legislativos), na produção de uma norma jurídica geral ou individual (*RR*, pág. 149). Finalmente, também o conceito de *pessoa* se transforma, se formaliza. Como «puro conceito jurídico» não se trata de um ente, de um ser físico ou psíquico ou - conceito que KELSEN não conhece - de um ser do espírito, mas de um complexo de deveres jurídicos e de direitos subjectivos, cuja unidade o conceito de pessoa permite exprimir figuradamente» (*RR*, pág. 177). A «chamada pessoa física» é para a ciência «pura» do Direito não um «homem», mas «a unidade personificada das normas júndicas que impõem deveres ou conferem poderes a um e mesmo homem»; não é «uma realidade natural», mas «uma construção júndica, criada pela ciência do Direito, um conceito auxiliar na exposição de situações de facto juridicamente relevantes» (*RR*, pág. 178). E o mesmo vale para a «pessoa jurídica». Tão-pouco esta é uma realidade social ou, porventura, uma «criação do Direito»: é um mero conceito auxiliar, «um produto da ciência que descreve o Direito, e não do Direito» (*RR*, pág. 194). Neste sentido, porém, a própria chamada «pessoa física» é «uma pessoa jurídica».

(*RR*, pág. 178), ou seja, nada mais nada menos do que um expediente do pensamento com o intuito de exprimir a unidade de um «complexo de normas».

O essencial é que a pessoa deve aqui ser tomada em consideração, para a ciência do Direito, não segundo o seu significado ético - como um ser que autodetermina a sua própria acção, que está sob uma certa exigência de dever e, consequentemente, é responsável, tendo uma pretensão de «respeito» em confronto com os outros e devendo a esses outros igualmente «respeito» - , mas apenas no seu significado lógico-formal, como uma espécie de ponto de referência no sistema de coordenadas das relações jurídicas. No entanto, como KELSEN não pode deixar de falar de «comportamento humano», e porque o homem, que se comporta desta ou daquela maneira, que exerce, por ex., um direito de acção ou assume um dever jurídico, só pode pensar-se como o homem real e não como um «expediente do pensamento artificial», todas as transmutações de conceitos que «a teoria pura do Direito» empreende e é obrigada a empreender para levar a cabo a sua concepção não logram atingir aquilo que visam, a saber: «depurar» a construção de conceitos da ciência jurídica de todos os conteúdos provenientes da esfera do ser ou do domínio da Ética. *Na verdade, sem a interferência de todos esses conteúdos a ciência do Direito não pode desempenhar a sua missão*, ou seja, conceber o Direito como algo pleno de sentido (99).

Recusamos ocupar-nos mais ainda da transmutação daquele conceito em que as explicações de KELSEN preferentemente desembocam: o conceito de Estado. Do que dissemos infere-se obviamente que para a observação «normológica» da «teoria pura do Direito» também o Estado não pode ser senão um complexo de normas, independentemente do que possa dizer-nos uma consideração científico-causal, histórica ou sociológica. E é certo que para KELSEN o Estado se identifica com uma ordem jurídica que «institui certos órgãos que funcionam em regime de divisão de trabalho para a produção e execução das normas que a compõem» (*RR*, pág. 289). Com a afirmação de que o «Estado» produz

(99) Cf. a este respeito as muito instrutivas explanações de S. MARCK, *Substanz- und Funktionsbegriff in der Rechtsphilosophie*, pág. 73 e segs., sobre «Jurisprudência e Sociologia comprehensiva».

ou garante o Direito, «descreve-se apenas, imaticamente, o facto de certos homens, determinados pela ordem jurídica por um processo regulado por esta última e, por isso, na qualidade, que esta última lhes empresta, de órgãos da comunidade constituída por essa ordem jurídica, criarem, aplicarem e executarem com força de coerção normas jurídicas» (*FG*, pág. 155). Como «portador» de direitos e de deveres, pensado como «pessoa jurídica», o Estado pertence tão pouco ao mundo do ser como a pessoa individual, sendo, como esta, «apenas um modo de exprimir a unidade de um complexo de normas», a saber: «a personificação da ordem jurídica» (*RR*, pág. 319, *FG*, pág. 156). Atente-se em que de novo não se atribui ao Estado relação intrínseca alguma com valores de qualquer espécie, nomeadamente o valor justiça. Pois que «do ponto de vista de um positivismo jurídico consequente, não pode o Direito, do mesmo modo que o Estado, ser conhecido senão como uma ordem coerciva do comportamento humano, nada se dizendo, com isso, sobre o seu valor moral ou o seu valor de Justiça» (*RR*, pág. 320).

Em contrapartida, merece atenção a teoria da interpretação jurídica desenvolvida por KELSEN. Conexiona-se ela estreitamente com a sua teoria da «estrutura escalonada da ordem jurídica». As normas jurídicas, diz-nos KELSEN, brotam de haver certos casos, que, mercê de uma outra norma, que lhes é anterior, têm o sentido de actos produtores de Direito. Deste modo, cada norma de grau inferior postula, além do acto que a produz, uma norma de grau superior, em consequência da qual o acto que produz a primeira vem a ser visto como acto jurídico. A norma de escalão superior é «aplicada» na medida em que, de acordo com ela, se produz uma norma de escalão inferior. Por isso a «aplicação do Direito» é simultaneamente «produção de Direito» (*RR*, pág. 240). A produção da Constituição opera-se em aplicação da norma fundamental, que é a única norma não produzida através de um acto de vontade, mas apenas mentalmente pressuposta. «Ao aplicar a Constituição, opera-se a produção das normas gerais pela legislação e pelo costume; e ao aplicar essas normas gerais, opera-se a produção das normas individuais pelas decisões dos juízes e pelos actos da administração». A série de escalões termina na «execução do acto de coerção estatuído por estas normas individuais».

A norma de escalão superior pode limitar-se a determinar o órgão que deve produzir a norma de escalão inferior e o processo a observar nessa produção, mas pode também determinar, mais ou menos completamente, o conteúdo da norma de escalão inferior. Para chegar finalmente a um acto concreto de execução, a norma geral tem de ser individualizada ou concretizada, vazada numa norma individual, num processo «em que o Direito como que se produz continuamente a si mesmo» (*RR*, pág. 242). É o que acontece na sentença judicial, que produz a norma concreta, finalmente susceptível de ser executada. A função da sentença judicial não é, por conseguinte, só declarativa, mas também constitutiva. É um acto de produção do Direito, tal como a lei, só que situado no escalão da individualização ou concretização da norma geral. Porém, assim como a lei surge por um acto de vontade, e não por um acto, digamos, de conhecimento, outro tanto se passa com a sentença do juiz. O trânsito de um nível superior da produção jurídica para o nível imediatamente inferior é sempre as duas coisas: aplicação da norma superior e criação de Direito, isto é, «produção» da norma inferior. Esta dupla natureza partilha-a a sentença judicial com a lei, o decreto, o acto administrativo e o negócio jurídico.

Ora, a norma de grau superior, diz ainda KELSEN, não pode nunca determinar completamente e em todas as direcções o acto pelo qual é executada (ou seja, o estabelecimento da norma inferior). Fica sempre uma *margem de discricionariedade* para o órgão chamado a estabelecer a norma inferior, de tal sorte que a norma superior, «relativamente ao acto de produção normativa ou de execução, tem sempre e só o carácter de um quadro a preencher através desse acto» (*RR*, pág. 347). A interpretação, enquanto por ela se entenda uma actividade de conhecimento, apenas logra mostrar-nos esse quadro, mas nunca preenchê-lo. Se o sentido literal da norma aplicável não é unívoco, quem tem de aplicá-la encontra-se perante várias significações possíveis. A interpretação não lhe pode dizer qual é a «certa»; todas são igualmente certas. «Se se entende por interpretação a fixação, em termos de conhecimento, do sentido do objecto interpretado, o resultado da interpretação jurídica só pode consistir na fixação do quadro que o Direito oferece e, por conseguinte, no conhecimento das múltiplas possibilidades que existem dentro desse quadro» (*RR*, Pág. 349). Cabe a quem aplica a norma decidir-se, através de

um acto voluntário, por uma dessas possibilidades, que depois, por acto do órgão aplicador, particularmente o tribunal, «se torna em Direito positivo». A decisão, proferida por ele do modo indicado, cria, aliás, sempre Direito, mesmo que «não represente nenhuma das interpretações da norma aplicada que sejam consideradas possíveis pela ciência do Direito» (FG, pág. 151).

Neste ponto mais uma vez se volta KELSEN contra a «Jurisprudência tradicional». Aceita esta que «a lei aplicada ao caso concreto, não pode oferecer mais do que *uma única* decisão correcta, e que a correcção jurídico-positiva dessa decisão se funda na própria lei». Pensa que, na interpretação, apenas «se trata de um acto intelectual de elucidação ou compreensão», como se, através dele, «fosse possível, de entre as possibilidades oferecidas, fazer-se uma escolha certa correspondente ao Direito positivo e no sentido do Direito positivo» (RR, pág. 349). Só que aqui estamos em presença de um erro. De um ponto de vista orientado ao Direito positivo, não há nenhum critério segundo o qual se possa preferir uma a outra, de entre as possibilidades oferecidas no quadro da norma aplicável. «Através da interpretação, é tão pouco possível obter as únicas sentenças correctas a partir da lei como obter as únicas leis correctas a partir da Constituição» (RR, pág. 350). Entre a vinculação do legislador à Constituição e a vinculação do juiz à lei existe apenas uma diferença quantitativa. A diferença que existe é que o legislador é «comparativamente muito mais livre» do que o juiz na criação do Direito. De resto, na aplicação do Direito através de um órgão jurídico, a interpretação, em termos de conhecimento do Direito aplicando, liga-se sempre a um *acto de vontade*, por meio do qual o órgão aplicador efectua uma escolha entre as possibilidades reveladas pela interpretação. A interpretação feita pelo órgão aplicador é «autêntica», no sentido de que *cria* Direito, ainda que na sentença judicial só para o caso concreto. Coisa diferente sucede com a interpretação pela *ciência do Direito* que, diversamente da interpretação por um órgão jurídico, não é produção de Direito, mas apenas «fixação puramente cognitiva do sentido de normas jurídicas» (RR, pág. 352). Como tal, as suas possibilidades são limitadas; ela é, em particular, «incapaz de preencher pretensas lacunas no Direito» (RR, pág. 353). A ciência do Direito só pode indicar os significados possíveis de uma norma concreta, tendo «de deixar à autoridade aplicadora do Direito a escolha - apenas deter-

mínável mediante considerações políticas - entre as interpretações que são igualmente possíveis do ponto de vista juscientífico» (FG, pág. 152). Quando o intérprete, a partir da sua posição valorativa pessoal, recomenda uma das possíveis interpretações, não o deve fazer, como muitas vezes acontece, em nome da ciência. A ciência do Direito, que só se orienta pelo valor da verdade, deve distinguir-se rigorosamente da «política jurídica», que, «como conformação intencional da ordem social, se dirige à realização de outros valores, especialmente da justiça» (FG, pág. 152).

Nas últimas explanações vê-se nitidamente o que preocupa, em última instância, KELSEN: impedir que se abuse da ciência do Direito, utilizando-a como capa de opiniões puramente pessoais e de tendências ideológicas. Do ponto de vista do *ethos* científico, não se pode negar justificação a esta preocupação de KELSEN. É certo que, como poucas outras ciências, a ciência jurídica se encontra à mercê de tal abuso, necessitando, por isso, de uma contínua auto-reflexão crítica como aquela para que em tão grande medida contribuiu a «teoria pura do Direito». Porém, quando KELSEN, para se manter longe de tais juízos de valor, declara que a ciência do Direito é incapaz de atingir, através da «interpretação» de uma norma, juízos «correctos», «deita a criança fora com a água do banho». Sem dúvida que a decisão judicial constitui sempre um acto de vontade, enquanto se propõe conduzir a uma situação jurídica que seja inatacável pelas partes. Sem dúvida ainda que tanto a interpretação como a aplicação de uma norma a um caso concreto requerem mais do que uma dedução e uma subsunção logicamente não controvertíveis. Requerem, antes de tudo, actos de julgamento, que se fundam, entre outras coisas, na experiência social, na compreensão dos valores e em uma concepção correcta dos nexos significativos. Nos casos-limite, o decisivo pode ser mesmo a concepção pessoal de quem julga. De todo o modo, trata-se aí, em larga medida, de processos de pensamento objectiváveis e comprováveis por outrem, não de simples «actos de vontade», ou «estatuições». KELSEN não reconhece em princípio qualquer diferença entre legislação, jurisprudência, actividade administrativa e actuação da «autonomia privada». Trata-se sempre para ele de estabelecer uma norma hierarquicamente inferior no quadro de uma norma hierarquicamente superior. O que é, decerto, um concepção sedutora na sua simplicidade, mas de forma alguma uma concepção que corresponda

às diferenças realmente existentes. Ela limita a interpretação jurídica à mera interpretação verbal, à indicação das significações possíveis, de acordo com o sentido das palavras, de entre as quais tem o aplicador da norma de escolher. Fica à sua disposição o modo de escolha. Esta concepção é dificilmente compatível com a função da judicatura no Estado constitucional. Não lhe faltam, pois, vozes críticas (100).

Mas, por pouco que a teoria da interpretação de KELSEN satisfaça o jurista, para quem, ao lado da interpretação literal, a interpretação «histórica», a interpretação «sistêmica» e a interpretação «teleológica» - métodos cujo valor de conhecimento KELSEN contesta (cf. *RR*, pág. 349 e segs.) - são processos de pensamento habituais, não deve esquecer-se que ela é por completo uma consequência do conceito positivista de ciência e que, se se comunga deste conceito, essa teoria é perfeitamente inatacável. Segundo a tese positivista, só deve chamar-se «científico» ao pensamento que funda cada um dos seus passos ou na evidência lógica (ou matemática) ou em factos incontrovertidos. Não é, contudo, deste tipo mas de tipo muito distinto a interpretação jurídica, como também qualquer outro tipo de interpretação. Ora, enquanto nos ativermos à opinião de que os juízos de valor (como os que inevitavelmente terão de fazer-se na ciência do Direito e na jurisprudência dos tribunais) não podem ser adequadamente obtidos através de actos cognitivos, e portanto são insusceptíveis de uma justificação racionalmente comprovável, "enquanto se não distinguir entre a lógica das ciências dos factos e a teleológica das ciências compreensivas ou interpretativas, só deixaremos valer a ciência do Direito ou como investigação científico-causal dos factos subjacentes à vida jurídica, isto é, como sociologia do Direito, ou como uma

(100) Para a crítica da doutrina da interpretação de KELSEN, cf. BETTI, *Festschrift für Raape* (1948), pág. 383 e segs.; *Allgemeine Auslegungslehre*, pág. 629 e segs.; NAWIASKY, *Allgemeine Rechtslehre*, pág. 149 e segs.; RUPP, *Grundfragen der heutigen Verwaltungslehre*, 1965, pág. 193 e segs. (nota 284); LEIMINGER, *ob. cit.*, pág. 82 e segs.; KREY, *Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht*, 1977, pág. 121 e segs. Em sentido contrário, na linha de KELSEN, LESS, *Vom Wesen und Wert des Richterrechts*, 1954, pág. 7 e segs. Sobre a influência de KELSEN no positivismo jurídico americano, FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts*, vol. II, pág. 334 e segs.

teoria das formas lógicas das relações jurídicas, ou seja, como «teoria pura do Direito». O que o jurista considera como sua missão específica, a interpretação de proposições e de institutos jurídicos e o desenvolvimento do Direito «conforme com o seu sentido» e exigido pelo contexto objectivo (desenvolvimento operado por meio da «analogia» ou da desenvolução de um princípio jurídico), tudo isto pode ser uma técnica ou uma «arte da aplicação do Direito», a empreender em consonância com certas regras, mas nunca reclamar-se o nível de uma «ciência».

7. A «positivismo jurídico institucionalista» de OTA WEINBERGER

A «Teoria pura do Direito» de KELSEN encontrou em todo o mundo numerosos seguidores (101). Muito recentemente, foi objecto de uma considerável reformulação por OTA WEINBERGER (102). Este retém de KELSEN, pelo menos em princípio, o positivismo jurídico e a doutrina da estrutura escalonada da ordem jurídica. Esta doutrina é por ele entendida como a possibilidade de recondução de cada norma jurídica a uma norma que lhe é pré-ordenada, que confere ao legislador, dentro de certos limites, o poder de estatuição de uma norma por ele criada. «A estrutura escalonada da ordem jurídica é constituída mediante autorizações e concebida de tal modo que o Direito possa ser apreendido como unidade funcional» (103). Tanto a actividade jurisdicional como a administração estão incluídas nesta estrutura escalonada. A decisão judicial é como que «uma norma jurídica produzida com força de autoridade, com base num procedimento previamente regulamentado» (104). Deste modo, tal como acon-

(101) O. WEINBERGER, W. KRAWIETZ, *Reine Rechtslehre im Spiegel ihrer Fortsetzer und Kritiker*, 1988.

(102) DONALD NEIL MAC CORMICK e OTA WEINBERGER, *Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus*, 1985; OTA WEINBERGER, *Recht, Institution und Rechtspolitik*, 1987; *Norm und Institution*, 1988; cf. igualmente MAYER-MALY, WEINBERGER e STRASSER (oos.), *Recht als Sinn und Institution*, 1984; KRAWIETZ, MAYER-MALY e WEINBERGER (eds.), *Objektivierung des Rechtsdenkens*, 1984.

(103) *Norm und Institution*, pág. 109.

(104) *Norm und Institution*, pág. 110.

tece em KELSEN, constrói-se uma concatenação de ponta a ponta entre a Constituição, passando pelas leis ordinárias e pelos regulamentos, até às sentenças judiciais e actos administrativos emitidos com base neles. O vértice dessa sequência escalonada e, assim, o fundamento último de validade de todas as leis e sentenças judiciais em vigor no quadro do mesmo sistema normativo seria - assim deveria ser entendido - a norma fundamental, no sentido de KELSEN. Mas este último passo não é acompanhado por WEINBERGER. Ele duvida que «a objectividade da validade do Direito é uma descrição objectiva da realidade jurídica possa ser dada através de uma mera suposição». Pelo contrário, é «a validade de um sistema normativo como ordem jurídica um facto sociológico-institucional, que só pode ser conhecido mediante observação sociológica» (105).

Com isto, desloca-se para WEINBERGER o problema da validade do Direito do plano normativo - em que KELSEN exclusivamente o via - para o plano sociológico. O que caracteriza neste plano o Direito é, de acordo com WEINBERGER, uma conexão estreita com instituições sociais, como o Estado, mas também a família, a propriedade privada e outras. Denomina, por isso, a sua doutrina de «positivismo jurídico institucionalista». Deste modo, a existência do Direito - mesmo quando as normas jurídicas são concebidas como entidades ideais, que não são acessíveis à observação directa, mas tão-somente ao compreender - é um facto institucional, algo que «existe na realidade social» (106). As instituições estariam «funcionalmente conectadas com sistemas de informação prática realmente existentes (em especial, com reguladores normativos)>>; os factos institucionais e os seus recursos, constatáveis mediante observação, só poderiam, portanto, ser comprehensíveis quando «interpretados em conexão com reguladores normativos e Isto quer dizer, em boa verdade e no final de contas, quando concebidos no contexto da acção». Os sistemas normativos adquirem uma existência real precisamente quando são partes integrantes das instituições (107).

(105) *Norm und Institution*, pág. 125.

(106) *Grundlagen des institutionalistischen Rechtspositivismus*, pág. 35.

(107) *Recht, Institution und Rechtspolitik*, pág. 149 e segó

O Direito é, segundo WEINBERGER, «uma realidade bifronte: é uma entidade ideal normativa e um facto da vida social» (108).

No entanto, na minha opinião, WEINBERGER não conseguiu tornar claro como é que a validade factica, susceptível de observação sociológica, de um Direito positivo pode fundamentar a sua validade normativa, no sentido de um dever-ser. O termo «validade» pode ser entendido num duplo sentido. Pode com isso entender-se que uma norma é observada de modo claramente predominante no âmbito de um determinado grupo de pessoas ou então que *deve* ser observada, com o que surge a pretensão de observância. A primeira acepção não é suficiente para que a segunda possa aparecer como justificada. Neste segundo sentido, a pretensão de validade de uma norma só está fundamentada quando lhe subjaz um dever-ser ético ou um mandado da razão. Se se rejeitar o Direito natural e, igualmente, uma ideia de Direito imanente ao Direito positivo e se, por outro lado, se prescindir também de uma norma fundamental, no sentido de KELSEN, então falta o fundamento à pretensão de validade normativa do Direito positivo, pretensão essa que WEINBERGER não põe em causa. A circunstância de que uma ordem jurídica «vale» em sentido sociológico, quer dizer, factualmente, não substitui um fundamento de validade em sentido normativo.

O desvio para um conceito sociológico de validade não é, porém, a última palavra de WEINBERGER. Seria impensável, diz ele, «uma vida jurídica sem discussão sobre as questões da justiça» (109). Em boa verdade, ninguém consegue saber ou comprovar de modo objectivo e definitivo aquilo que é justo. Todavia, o seu convencimento é de que se «pode argumentar racionalmente sobre problemas de justiça» e afigura-se-lhe que se pode amíúde demonstrar que algo é injusto (110). Aquilo que deve valer como justo ou injusto é susceptível de análise racional. As análises sobre a justiça seriam indagações sociais críticas; «conduzem frequentemente ao conhecimento daquilo que é injusto, mas não podem por si só conduzir à decisão positiva sobre a conformação correcta das relações interhumanas» (111). Para além disso, WEIN-

(108) *Norm und Institution*, pág. 79.

(109) *Norm und Institution*, pág. 217.

(110) *Norm und Institution*, pág. 218.

(111) *Norm und Institution*, pág. 219.

BERGER apresenta uma certa tipologia dos problemas de justiça e desenvolve postulados de uma aplicação justa do Direito. Com isso, não afasta, tal como o faz KELSEN, a discussão da questão da justiça do âmbito da ciência do Direito, mas requere-a, pelo contrário, de modo explícito. Só que o grau de certeza que almeja para os resultados dessa discussão é menor do que o das investigações científicas rigorosas. Não lhe denega porém todo e qualquer valor de conhecimento. Com isso, afastou-se em medida que não é despicienda do positivismo estrito de KELSEN.

Também na questão da interpretação da lei não segue WEINBERGER a posição de KELSEN. Ele parte aqui dos critérios de interpretação tradicionais, mas adverte contra a sua sobrevalorização. Tais critérios expressariam figuras argumentativas possíveis, mas não constituiriam qualquer base para uma determinada interpretação, que fosse metodologicamente inequívoca (112). Uma vez que também aqui os juízos de valor teriam o seu papel, seria necessário que «a separação entre elementos cognitivos e decisões valorativas seja levada a cabo na argumentação hermenêutica» (113). Tratar-se-ia, antes do mais, de conferir às normas jurídicas nos casos problemáticos uma interpretação que «corresponde às ideias rectoras da instituição em causa e às necessidades sociais». O que sejam «necessidades sociais» é algo que, obviamente, se pode interpretar de diferentes maneiras.

A obra de WEINBERGER está na verdade na esteira da de KELSEN, numa coesão intrínseca, mas evita o seu carácter unilateral e vai, por isso, de encontro às necessidades da prática jurídica numa medida muito maior do que o ia a obra de KELSEN.

(112) *Norm und Institution*, pág. 186.

(113) *Norm und Institution*, pág. 187.

IV

O ABANDONO DO POSITIVISMO NA FILOSOFIA DO DIREITO DA PRIMEIRA METADE DO SÉC. XX

A renovação da filosofia alemã do Direito nos começos do nosso século é obra, em primeira linha, de RUDOLF STAMMLER⁽¹⁾. Foi ele quem introduziu um movimento filosófico que, por mais diversificados e ramificados que sejam os seus trilhos⁽²⁾, se caracteriza no seu todo pelo *abandono do positivismo*. Abandono do positivismo que se combina quase sempre com a afirmação da historicidade do Direito, aspirando assim a uma síntese das duas grandes correntes espirituais: o «jusnaturalismo» e o «historicismo»⁽³⁾. Por volta do começo dos anos vinte, o movimento procedente do neokantismo - com as primeiras obras de BINDER, com LASK, RADBRUCH, MAX ERNST MAYER, etc. - atingiu o seu ponto culminante, prosseguindo, em certa medida, no «neo-hegelianismo» (BINDER, SCHÖNFELD, DULCKEIT). A seu lado apareceu, também nos anos vinte, outra corrente: a fenomenológica

(1) Obras principais: *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung*, 1896, 5.ª ed., 1924; *Theorie der Rechtswissenschaft*, 1911 (2.ª ed. 1923; cit. pela 1.ª ed.); *Die Lehre von dem Richten Recht* (cit. RR), 3.ª ed., 1926; *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 3.ª ed., 1928. Contra introdução recomenda-se particularmente o ensaio «Wesen des Rechts und der Rechtswissenschaft» in: *Rechtsphilosophische Abhandlungen und Vorläufe*, vol. 1, 1925, pág. 395.

(2) Uma exposição destes caminhos fi-la eu no meu livro *Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart* (2.ª ed., 1935), à luz do ponto de vista «neo-hegeliano» da altura. À distância de quase uma geração e à luz da experiência que tive entretanto, vejo hoje as coisas - o que nem sequer necessita de ser acentuado - de modo muito diferente do que as via nesse tempo.

(3) Não é por acaso que a primeira obra deste movimento jusfilosófico é uma crítica da concepção materialista da História (STAMMLER), e, uma das últimas, uma *Philosophie der Rechtsgeschichte* (Filosofia da História do Direito), de espírito hegeliano (DULCKEIT).

(REINACH, G. HUSSERL, WELZEL). A influência destas correntes na ciência jurídica dogmática da época, que por muito tempo continuou na sua maioria presa ao positivismo, foi inicialmente pequena, com exceção do Direito criminal (4). O que é tanto mais surpreendente quanto, graças ao seu ponto de partida - a teoria do conhecimento de KANT -, a filosofia jurídica neokantiana se considerou originariamente e em ampla medida como uma metodologia da ciência do Direito. O que vale, antes de tudo, para o próprio STAMMLER. Só com o desenvolvimento ulterior se chegou à ética jurídica e, finalmente, à ontologia jurídica. Hoje, porém, muitos dos conhecimentos que foram obtidos no movimento filosófico dos decénios que nos precederam lograram penetrar na metodologia do Direito e, inclusive, na literatura dogmática. Contudo, as pessoas não têm consciência da sua origem num determinado contexto filosófico-jurídico e, portanto, do significado específico de muitas afirmações. Para a compreensão da actual situação da metodologia é, por isso, indispensável expor,

(4) Uma das razões disso poderia residir no facto de a civilística alemã ter estado, pelo menos até ao fim da 1.a grande guerra, sob a influência quase absoluta das grandiosas codificações anteriores e da crença, determinada por esse influxo, na perfeição da lei, crença a que apenas os *historiadores* do Direito conseguiram eximir-se. Outra razão foi a influência de JHERING e da Jurisprudência dos interesses, que parecia ~~mais~~ do que suficiente para as necessidades da prática jurídica. A progressiva mudança de estilo da dogmática civilística só se verificou com a perturbação das estruturas sociais no tempo da inflação e do segundo pós-guerra, com as alterações da vida económica, sobretudo das relações de trabalho, numa palavra, com a irrupção do novo mundo social no sistema tradicional de conceitos. As considerações jusfilosóficas – ao invés do que aconteceu no Direito criminal e, em parte, no Direito público (ERICH KAUFMANN, RUDOLF SMEND) – tiveram um papel reduzido no campo privatístico. Só recentemente elas se desenvolveram de novo, como se verá no último capítulo desta exposição histórica, e precisamente em conexão com a consciência das limitações da Jurisprudência dos interesses, com a sua transformação numa «Jurisprudência de valoração», e com a forte acentuação de princípios ético-jurídicos (de «justiça material»: cf. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, pág. 603 e segs.).

ao menos nas suas linhas de força, o movimento jusfilosófico, na medida em que é relevante para a metodologia (5).

1. A «Teoria da Ciência do Direito» de **STAMMLER** e a sua doutrina do «Direito justo»

Na sua *Theorie der Rechtswissenschaft* (Teoria da Ciência do Direito) busca STAMMLER, segundo as suas próprias palavras, «tomar a Jurisprudência comprehensível como ciência e afastar dela em absoluto a objecção da sua falta de valor científico» (pág. 185). Para isto são adequados apenas, na sua opinião, os conceitos fundamentais do Direito, sendo, por isso, o «esclarecimento desses conceitos fundamentais de um modo seguro e expositivo» uma «tarefa decisiva para quem se preocupa com o Direito e com a ciência do Direito». Ciência ou conhecimento – e com isto STAMMLER liga-se à crítica do conhecimento de KANT e à sua compreensão através do «neokantismo» – é uma reunião entre si de conteúdos singulares da consciência num modo de pensamento de validade geral. A toda a «maneira ou modo geral de determinar unitariamente as particularidades de um certo conteúdo de consciência» chama STAMMLER, «em ligação com a linguagem da filosofia crítica», uma *forma* da consciência pensante, forma que ele distingue da «matéria» que ela ordena, e que é o momento do conteúdo da consciência que procede da «sensação» (pág. 7). A relação entre forma e matéria de um pensamento é a mesma que entre logicamente condicionante e condicionado. Não conseguimos pensar nenhuma ideia que não esteja já «formada», isto é, determinada e orientada segundo o modo característico do pensamento, ao passo que a forma, mediante a qual é apreendida toda a matéria particular, é independente desta.

(5) A nossa exposição limita-se às teorias jusfilosóficas que têm uma relação directa com a metodologia jurídica. Os pressupostos filosóficos gerais destas teorias só serão referidos enquanto isso for indispensável para a compreensão das explanações metodológicas. A restrição às partes da filosofia do Direito do nosso século que interessam à metodologia jurídica tem como consequência a não alusão a certo número de filósofos do Direito que têm o seu lugar na história da filosofia do Direito. O que não implica, evidentemente, nenhum juízo de valor.

Em toda a «experiência» encontra-se assim já um elemento que pertence ao pensamento como tal. Enquanto a «matéria», por si só, não pode nunca chegar a ser conteúdo da consciência, já é possível separar mentalmente a «forma» da matéria por ela determinada e também contemplá-la isoladamente. STAMMLER distingue ainda entre formas do pensamento «puras» e «condicionadas»: a estas liga-se ainda alguma coisa de um conteúdo condicionado pela matéria; aquelas gozam de uma «validade geral incondicionada», quer dizer, são, no sentido do neokantismo, princípios *a priori*.

Também as ideias jurídicas surgem na consciência como algo já ordenado, formado, de determinada maneira. Assim deve haver, segundo STAMMLER, «formas puras» do pensamento jurídico, que, «no que têm de característico, de nenhum modo dependem das particularidades de uma matéria mutável e alterável, que não são outra coisa senão formas que determinam a ordenação unitária» (pág. 113). São, em última análise, as «directrizes» «que condicionam o pensamento jurídico». A totalidade destas «formas puras», que condicionam logicamente todo o conhecimento jurídico particular, mas que não são em si condicionadas por qualquer matéria particular, encontra, por sua vez, a sua «unidade condicionante» no próprio conceito de Direito (pág. 14). O conceito de Direito é «uma pura maneira ou modo condicionante para a ordenação da consciência volitiva, e da qual depende toda a possibilidade de qualificar como jurídica uma certa questão» (pág. 19). Encontrar esse conceito e encontrar, com ele, os «conceitos fundamentais puros» do Direito é a primeira missão da «filosofia crítica do Direito».

Até aqui a teoria de STAMMLER não faz mais, no essencial, do que transpor para a ciência do Direito a teoria do conhecimento de KANT (na interpretação do neokantismo), orientada para as ciências da natureza. A viragem decisiva, com a qual ele crê assegurar a autonomia metódica da ciência do Direito, ocorre através da distinção entre dois modos de pensamento fundamentalmente distintos entre si, que STAMMLER designa, de um jeito bastante equívoco, por «perceber» e «querer». O primeiro modo ordena os fenómenos segundo a forma de pensamento *relação de causa e efeito* o último segundo a *relação de meio e fim*. Enquanto na relação de causa e efeito, o temporalmente ulterior (o efeito) surge condicionado pelo temporalmente anterior, na

relação de meio e fim o temporalmente ulterior (o fim) é condicionante do temporalmente anterior (o meio) (pág. 49). Ambos os modos de relação são, segundo STAMMLER, «métodos igualmente válidos para conceber unitariamente impressões particulares e para seriá-las, sempre de modo fundamental, um conteúdo multímodo do nosso pensamento». Nenhum deles pode, assim, reduzir-se ao outro; trata-se, em ambos, de uma «orientação formal última no nosso conteúdo de consciência». A exploração sistemática destes dois métodos «fundamentalmente» distintos um do outro produz duas ciências completamente autónomas: a «ciência da natureza» ou ciência causal, por um lado, e a «ciência final», por outro. O Direito é para STAMMLER um modo de querer, e a ciência jurídica, por conseguinte, uma ciência final. Por isso, ela constrói os seus conceitos de maneira completamente autónoma ou «independente de princípios do conhecimento das ciências da natureza» (pág. 291).

Não é o menor mérito destas explicações o ter-se STAMMLER oposto à concepção, dominante no seu tempo, de que a ciência do Direito, para ser uma «ciência», precisava, tal como as ciências da natureza, de investigar conexões causais e de munir-se, portanto, de conceitos científico-naturais, ou então, tal como a lógica e a matemática, de restringir-se a uma pura teoria das formas. O conceito de ciência, segundo STAMMLER, é o «da ordenação basicamente unitária do nosso mundo de ideias». A ciência da natureza ordena unitariamente todos os fenómenos percebidos no espaço e no tempo sob a categoria da causalidade. Simplesmente, «ciência da natureza e unificação em geral do nosso mundo de ideias não são uma e a mesma coisa» (pág. 57). Entre os conceitos fundamentais com cujo auxílio nós ordenamos como «natureza» os fenómenos singulares «não se encontra o estabelecimento de fins e meios. Estes conceitos ficam de fora das séries de noções com que as percepções podem ser cientificamente conhecidas» (pág. 55). Pelo contrário, a relação de meio e fim é tão necessária ao homem - que não tem apenas a capacidade de perceber, mas também a de querer - como é a relação de causa e efeito. Daí que, a par da ciência da natureza e independentemente dela, haja que «promover e construir uma ciência dos fins humanos. Trata-se de, sem excepção, apreender e orientar unitariamente os fins, tomados no seu conteúdo, de acordo com um plano constante e entendido com clareza no que tem de caracte-

rístico» (pág. 60). Ao lado da lógica em geral e da lógica que preside ao conhecimento científico-natural, há que «promover uma lógica da ciência de fins» (pág. 63). Della decorre a autonomia metódica da ciência do Direito.

JHERING designava o fim como o «criador do Direito». Simplesmente, não tinha em vista com isso uma particular modalidade metódica do pensamento, mas antes a «real» causação das normas jurídicas pela sociedade, como «sujeito dos fins». Com o que abriu o caminho que, passando pela teoria da «Jurisprudência genética dos interesses» de HECK, levou ao equiparar da ciência do Direito com a sociologia empírica. De modo completamente distinto se deve entender o conceito de «ciência final» de STAMMLER. Não se trata para ele de esclarecer a origem causal das normas jurídicas (a partir de fins sociais). Isso equivaleria a uma consideração do Direito como fenómeno da natureza. Trata-se da *especificidade lógica das ponderações jurídicas* em si mesmas, especificidade que reside numa determinada espécie de conexão entre meios e fins. Sempre que se indaga sobre a *génese* do Direito ou de normas jurídicas singulares, pressupõe-se já logicamente o conceito de Direito como um modo determinado de estabelecer «fins e meios». O Direito não pode, por conseguinte, ser «explicado» científico-causalmente. O conceito de Direito é o de uma determinada maneira de se estabelecerem fins, devendo ter-se em atenção que STAMMLER não entende com o «querer» ou com o «estabelecer fins» uma certa actividade, mas antes um determinado *modo de pensamento*. Mais especificamente, o Direito caracteriza-se pelo facto de que aqui se inserem diversos fins, de modo determinado e recíproco, como meios uns para os outros. A uma tal maneira de estabelecer vínculos entre fins chama STAMMLER «querer vinculante».

Da textura tão complexamente enredada da teoria stammaliana do Direito não podemos ocupar-nos aqui senão de algumas linhas. Deixamos assim de lado uma mais ampla determinação do conceito de Direito como o conceito de «querer inviolável soberanamente vinculante», bem como a tábuia dos conceitos jurídicos fundamentais «puros» (simples e compostos) que STAMMLER infere do conceito de Direito e que, segundo o autor, se pressupõem sempre que se pense num conteúdo jurídico particular, pois que são pensados conjuntamente com este. O que agora nos interessa é a parte da sua obra que ele designa por «metódica do

Direito». STAMMLER ocupa-se aqui com a questão da construção de conceitos própria da ciência jurídica. Enquanto os conceitos jurídicos «puros» são «emanações imutáveis do conceito incondicionadamente certo de Direito» e como «formas puras de pensamento» (isto é, princípios *a priori* de conhecimento) não podem ser «deduzidos das particularidades de um querer jurídico condicionado», os «conceitos jurídicos condicionados» obtêm-se por abstracção a partir dos conteúdos restritos de um Direito historicamente dado (pág. 276). São «reduções» de um especial conteúdo de vontade, tal como as tornam possíveis os conceitos fundamentais do Direito» (pág. 269). A «redução» produz-se pondo em evidência o que é comum à pluralidade dos fenómenos e abstraindo do que neles é diverso. Na medida em que arranca da multiplicidade dada de um certo Direito positivo, a ciência do Direito constitui, através de abstracções de cada vez maior alcance, séries de conceitos jurídicos superiores e inferiores (conceitos de género e de espécie) sendo a «orientação correcta da abstracção» (pág. 272) fornecida pelo conceito de Direito e pelos conceitos jurídicos «fundamentais puros». Depois, para «manter uma construção unitária dos conceitos jurídicos supra e infra-ordenados», é preciso construir de tal modo os conceitos inferiores que «os conceitos superiores se apresentem como determinações que, por seu turno, estão condicionadas pelos conceitos jurídicos fundamentais puros». Toda a «matéria condicionada de estabelecimento humano de fins» deve ordenar-se de maneira a que «conduza a ascender com segurança ao conceito central do Direito» (pág. 272). O sistema de conceitos que STAMMLER assim propõe lembra a pirâmide de conceitos de PUCHTA; embora ele próprio prefira claramente, em vez da imagem de uma pirâmide, a de um «disco de círculos concêntricos», cujo ponto central fixo seria o conceito de Direito.

Seria inexacto, todavia, ver na *Teoria da Ciência do Direito* de STAMMLER um retomo ao método da «Jurisprudência dos conceitos formal». Enquanto PUCHTA julgava poder inferir dedutivamente todos os conceitos «inferiores» dos superiores, e, além disso, não distinguia entre conceitos jurídicos e regras jurídicas, crendo, consequentemente, poder deduzir novas proposições jurídicas dos conceitos, para STAMMLER a dedução a partir do conceito de Direito acaba necessariamente nos conceitos «fundamen-

tais puros» do Direito. Em contrapartida, todos os conceitos «condicionados» pressupõem, segundo ele, uma determinada «matéria», matéria que tem de oferecer-se no Direito positivo, ou seja, historicamente, ainda antes de que a ciência jurídica possa, pela via da abstracção, construir um conceito. É certo que a escolha das notas «essenciais» à construção de um conceito ocorre tendo sempre em atenção o conceito de Direito e os conceitos fundamentais deduzidos daquele conceito, a que hão-se subsumir-se os conceitos condicionados. Mas os «conceitos condicionados», no sentido de STAMMLER, não podem nunca conter mais «matéria» do que aquela que foi pressuposta na sua construção. Ora daqui decorre que «a actividade especificamente jurídica não acrescenta nada de novo à matéria» (pág. 341). A exploração científica do Direito positivo não oferece mais do que a «decomposição do conteúdo jurídico dado nos seus componentes ideais»; «geralmente» permite «apenas o objectivo de se obter uma fiel reprodução». Assim, no plano do conteúdo, não traz nada de novo ao Direito positivo; STAMMLER pronuncia-se expressamente contra a opinião de que a ciência do Direito é uma «fonte de Direito», permitindo obter proposições jurídicas até aí inexistentes. Por sua vez, também a «construção jurídica» significa para ele «apenas uma dilucidação do que está contido num certo conteúdo jurídico de vontade» (pág. 358). Não consegue aumentar em nada o acervo de proposições jurídicas em cada momento existente. A ciência do Direito limita-se assim a verter na forma sistemática adequada o conteúdo que se oferece no Direito positivo, sem que nesse conteúdo introduza qualquer espécie de alteração ou acrescente o que quer que seja de novo. É exclusivamente reprodutiva (pág. 358), e não criadora.

No entanto, só está limitada a uma actividade essencialmente «reprodutiva» a Jurisprudência sistemática, construtiva, cuja função se esgota no conhecimento do conteúdo que lhe é dado por um Direito positivo, de acordo com a generalidade e a conceptualidade de pensamento que lhe são próprias. A par dela conhece STAMMLER, porém, uma «praxis do Direito justo» conduzida segundo métodos científicos e à qual não se pode negar um carácter *criador*. Aqui intervém uma outra doutrina de STAMMLER, doutrina que ficará ligada ao seu nome de um modo muito especial: a sua doutrina do «Direito justo».

Todo o pensamento - e recorde-se que também o Direito é para STAMMLER um modo de pensamento, na medida em

que é um «querer vinculante» - está sob a exigência última da «justeza». Ninguém, observa STAMMLER, pode «declarar incorrecta» a distinção entre pensar «*justamente*» e «*não justamente*», «ou sequer duvidar da sua justeza sem a ter já pressuposto» (*RR*, pág. 12). Ora a mesma questão de justeza tem de ser levantada acerca do conteúdo de qualquer querer jurídico. Aqui, porém, a ideia de «justeza» equivale à de uma «completa unidade de consciência», ou seja, à de um «completo acordo entre todos os conteúdos de consciência pensáveis». Um particular querer jurídico, digamos, uma determinada proposição jurídica, será, portanto, «*justa*» sempre que ela se deixa incluir sem contradição no conjunto de todos os geralmente pensáveis quereres jurídicos. Daqui decorre a ideia de «Direito justo» como «ideal social». Significa ela que «todo o pensável querer social se ordena numa radical harmonia» (*RR*, pág. 141). O que não deve ser erradamente compreendido como se, na opinião de STAMMLER, existisse um determinado Direito «ideal» que fosse o único e só o único «justo». Muito ao invés, *todo* o Direito exige um material empírico e é, por conseguinte, necessariamente «positivo». Não existe, pois, nenhum «Direito justo em si mesmo», mas apenas Direito *positivo* justo ou injusto (ou em parte justo e em parte injusto). «Direito justo é o Direito positivo cujo conteúdo de vontade possui a característica da justeza» (*RR*, pág. 52). A ideia de Direito justo não é assim para STAMMLER outra coisa senão um padrão para se avaliar cada Direito positivo. Cada Direito positivo aspira, de acordo com o seu «sentido geral», à justeza. Pode, decerto, nas suas particularidades ser reconhecido como injusto, mas, no seu todo, é, precisamente enquanto Direito, sempre «uma tentativa no sentido de ser justo» (*RR*, pág. 57).

Dentro do Direito positivo ou «estatuído» distingue ainda STAMMLER entre Direito formado e Direito não formado, ou Direito a escolher previamente. Por Direito «formado» entende ele as proposições jurídicas que estabelecem desde logo, isto é, antecipadamente, a decisão de casos futuros. O Direito «não formado», pelo contrário, deixa em princípio a decisão em aberto e basta-se com indicar ao juiz, sempre que um determinado caso Surge, «a escolha como decisiva daquela proposição jurídica que, de entre as várias que se oferecem, se orienta na linha da ideia do Direito» (pág. 579). Uma tal indicação verifica-se para STAMMLER, quando, por exemplo, a lei remete a decisão do juiz para a

«boa-fé», os «bons costumes», a sua «apreciação equitativa» ou princípios de orientação semelhantes. Neste caso, o juiz não encontra dada antecipadamente na lei a regra a que deve subsumi-lo, mas tem de «escolher» a regra «adequada» de acordo com o pensamento de «justeza» de um querer jurídico. Ante a mesma missão vê-se ele também posto quando o Direito formado apresenta lacunas que não podem preencher-se pela via da dilucidação do pensamento em causa. Tais lacunas são inevitáveis, pois o conceito de Direito formado «traz necessariamente consigo a nota da limitação» (pág. 641). Porque «é impossível, com os meios de elaboração técnica de proposições jurídicas fixas, esgotar o mundo das questões jurídicas possíveis que num certo momento se podem suscitar»; nenhum legislador é omnisciente e nenhuma soma, por mais numerosa que seja, de proposições jurídicas consegue responder de modo exauriente à quantidade infindável de questões jurídicas possíveis. Por isso, o «Direito formado em proposições jurídicas» constitui em todos os tempos apenas uma parte maior ou menor do Direito no seu conjunto. «Parte que é necessariamente restrita e que não permite nunca alargar-se à totalidade de todo o Direito pensável» (pág. 664). Com isso surge a tarefa de «preencher de modo fundamentado» uma lacuna do Direito. STAMMLER considera ser uma «afirmação inaceitável» a de que *toda* a lacuna do Direito formado pode ser preenchida através de um raciocínio por analogia. Pois a possibilidade de uma solução por analogia para um determinado problema depende da casualidade de «já se encontrar dentro do Direito formado uma situação parcialmente idêntica aos pressupostos jurídicos agora em discussão» (pág. 645). Por causa disso subsiste a missão de «descobrir por outra via uma resposta para as questões não abarcadas por aquele Direito» (pág. 647). Porém, como «a marcha do Direito, na medida em que este proceda consequentemente segundo o seu pensamento básico, conduz à aspiração a um conteúdo fundamentalmente justo» (pág. 649), o preenchimento das referidas lacunas tem de fazer-se de maneira a que conduza à resolução «justa» na situação dada. O que significa de novo que o juiz tem, de entre as várias possíveis ou pensáveis proposições jurídicas, de escolher precisamente aquela que «seja fundamentalmente a justa» na presente situação (pág. 651).

Mas, quando o juiz, em um caso concreto, tem de escolher por si a norma decisória - ou porque o Direito positivo lhe

ordena ou porque o Direito formado é lacunoso e não pode alargar-se por si mesmo (através da analogia) - , então ele precisa de uma indicação sobre o modo como deve fazer uma escolha no sentido da «justeza fundamental». Uma tal indicação - as «directrizes» metódicas no empreender de uma escolha fundamental - , é oferecida pelos «princípios do Direito justo», desenvolvidos por STAMMLER (pág. 679). Estes princípios, que STAMMLER divide em princípios do «respeito» e da «participação», não são em si mesmos proposições jurídicas a que os casos singulares se possam «subsumir», mas *directrizes*, auxiliares metódicos, com a ajuda dos quais se facilita ao JUIZ, em uma determinada questão jurídica que não encontra resposta no «Direito formado», descobrir a proposição jurídica Justa. Para esse fim ele tem de ter presente se a proposição Jurídica que toma em consideração se harmoniza com esses princípios. A opinião de STAMMLER não é, de modo algum, de que desses princípios se podem extraír dedutivamente proposições jurídicas de conteúdo determinado. Cada uma destas proposições Jurídicas carece de uma matéria empiricamente condicionada. A experiência - é esta a opinião de STAMMLER - é que nos fornece «as premissas maiores possíveis» em que podemos subsumir o caso singular. De entre essas proposições jurídicas possíveis, correspondentes à experiência histórica, há que escolher uma, seja ela determinada pelo Direito formado ou escolhida pelo juiz «no sentido de Justeza fundamental». O que se verifica examinando o juiz «em qual das proposições jurídicas possíveis se deixa reconhecida a orientação fundamental para a ideia de uma completa harmonia Jurídica». A proposição jurídica positiva escolhida desse modo fornece na sentença a dar segundo a «boa-fé» ou «outras expressões correspondentes» - a «premissa maior» da solução subsuntiva. «Mas os princípios de um Direito justo não são mais do que meios auxiliares do pensamento para se reconhecer a ideia - como ideia fundamental formal - em um querer jurídico condicionado» (RR, pág. 153).

Não é este o lugar para se proceder a uma crítica dos pressupostos filosóficos de STAMMLER, particularmente os relativos à teoria do conhecimento (6), nem tão-pouco da sua teoria do

(6) Posso remeter para tal para a minha *Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart*, 2.ª ed., pág. 28. Críticas minuciosas encontram-se em BINDER, *Rechtsbegriff und Rechtsidee*, 1915, e ERICH KAUFMANN,

Direito. Problemático é desde logo o postulado básico neokantiano: a cisão da unidade da experiência na «forma», procedente do pensamento, e numa «matéria» apreendida através de percepções sensoriais, e sobretudo a transposição desta cisão para a ciência do Direito. Problemática é, além disso, a contraposição do «perceber» e do «querer» como duas diversas «formas do pensamento». A teoria de STAMMLER sobre o conceito de Direito e a formação dos conceitos jurídicos é insuficiente, pois STAMMLER só conhece o conceito de género geral abstracto, não o «conceito individual histórico», no sentido de RICKERT, nem o conceito geral concreto, no sentido de HEGEL, nem tão-pouco o que denominaremos de conceito determinado pela função. Mas, independentemente de toda a crítica que às suas teses haja de ser dirigida, duas noções de STAMMLER foram de transcendente significado para a metodologia e têm de ser aqui retidas. A primeira é a da *autonomia metódica da ciência do Direito em face da ciência da natureza*, autonomia que se funda na ideia de que a ciência dogmática do Direito não pergunta pelas «causas», mas pelos «fins» e pelo sentido de uma proposição jurídica ou de uma instituição. A segunda, e ainda mais importante, é a de que está na essência do Direito dirigir e ordenar a multiplicidade dos fins possíveis, sempre limitados e muitas vezes entre si contraditórios, que se apresentam em uma dada situação, segundo um *critério superior, que é a ideia de Direito*. Esta noção permite transcender o positivismo, particularmente na forma que ele assumia em JHERING e em HECK, e desse modo consagrar verdadeiramente o método teleológico na ciência jurídica. STAMMLER deu assim um decisivo passo em frente em relação à «Jurisprudência dos interesses». Significativo, além disso, é que

Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie, 1927. Do ponto de vista histórico, a mais interessante é, porém, a crítica que MAX WEBER, em um trabalho incompleto (*Gesammelte Schriften zur Wissenschaftslehre*, 1922, págs. 291 e segs., 556 e segs.), fez a STAMMLER. Em muitos pormenores tem, decerto, razão - assim, quando censura as «confusões de conceitos» de STAMMLER -, mas é no conjunto um grandioso mal-entendido, pois WEBER acanha-se ainda no conceito positivista de ciência e não consegue valorizar o genuíno contributo de STAMMLER, que é justamente a superação desse conceito de ciência. Cf. sobre o tema, von SCHELTINO, *Max Webers Wissenschaftslehre*, 1934, pág. 400 e segs., e supra, pág. 84, nota 78.

STAMMLER não passa a entender os princípios do «Direito justo», em que o conteúdo da ideia de Direito se desdobra, como *normas*, como *proposições jurídicas* concebidas de modo geral, e nas quais fosse possível «subsumir» casos jurídicos, mas como indicações metódicas para a descoberta do Direito justo, como *ideias rectoras* ou «princípios». É certo que, por outro lado ele entende estes princípios como modos formais de pensamento, e, sobretudo, a sua rigorosa separação entre «conceito de Direito» e «ideia de Direito» não lhe consente considerá-los actuentes no próprio Direito positivo «formado». e tomá-los já em linha de conta na interpretação e elaboração científica desse Direito «formado». STAMMLER não reconhece ainda que entre a interpretação duma proposição jurídica, o preenchimento das lacunas a partir do conteúdo significativo da própria lei (através da «analogia») e a orientação da decisão que se procura pelos postulados ou princípios do «Direito justo», só existe uma diferença de grau, e não de qualidade.

2. Neokantismo ccsudocidental alemão» e teoria dos valores

Com excepção da lógica e da matemática, o conceito positivista de ciência só admite como científicas as disciplinas que se servem dos métodos das ciências da natureza, ou seja, de uma pesquisa causal que assente na observação, na experimentação e na recolha de factos. Ora não só a ciência do Direito, mas também as chamadas ciências do espírito, como, por ex., a linguística, a história de arte, da filosofia e da literatura, e, muito mais ainda, a filosofia e a teologia, são manifestamente incompatíveis com semelhantes métodos. Se estas ciências não devem ser todas excluídas do círculo das ciências reconhecidas, então carece de crítica o próprio conceito positivista de ciência. Mesmo que se limite a missão da ciência ao conhecimento da realidade que à experiência de algum modo se ofereça - isto é, mesmo que se deixe de lado a metafísica e a teologia, enquanto esta seja algo mais do que uma história da religião e dos dogmas -, fica ainda de pé a pergunta se com os métodos das ciências «exactas» da natureza se logra verdadeiramente compreender o *conjunto da realidade que é susceptível de experiência*. Havendo que responder negativamente a esta questão, estará demonstrada a legitimidade

e necessidade de uma outra especie de clencias, justamente as ciências do espírito, e, com ela, de outras métodos científicos além dos métodos das ciências da natureza. Foi tal demonstração que empreendeu o filósofo HEINRICH RICKERT, na sua obra *Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung* (Os limites da construção científico-natural de conceitos), publicada em 1902 (7). Aí investiga, reportando-se a ideias que já o filósofo WILHELM WINDELBAND anteriormente exprimira (8), as bases epistemológicas e metodológicas, primeiro das «ciências históricas» e, depois, das «ciências da cultura» em geral, restituindo, dessa forma, a tais ciências a consciência metodológica de si mesmas, em face das ciências da natureza. Através destas indagações, além de se ter tornado no chefe de fila, como teórico, de uma particular orientação filosófica dentro do «neokantismo» - o chamado neokantismo «sudocidental alemão» (9) - , exerceu directamente uma forte influência na compreensão que de si próprias têm as ciências do espírito. A evolução da filosofia do Direito baseada no neokantismo (e para além deste) é incompreensível sem ele; além disso, as suas ideias tiveram na época na metodologia do Direito criminal uma importância comparável à que teve no Direito civil a Jurisprudência dos interesses (10).

A essência da construção *científico-natural* dos conceitos, melhor, do «conhecimento conceptual do mundo dos corpos», é vista por RICKERT na «simplificação da realidade existente», através da construção de conceitos gerais que apreendam unitariamente o maior número possível de fenómenos mediante poucas «notas» comuns a todos eles. Esses conceitos devem construir-se de maneira a que permitam reconhecer as leis de validade geral que conexionam a natureza. Porém, quanto mais as ciências da natureza avançam por esse caminho, isto é, quanto mais gerais

e englobantes se tornam os seus conceitos, tanto mais têm de distanciar-se do particular e individual (ou único) que se oferece na intuição. Ora, como expõe RICKERT, a realidade experimentada intuitivamente traz sempre em si os traços do único, do particular e ao mesmo tempo do que uniformemente se repete, resulta que as ciências da natureza, com o seu método da «conceptualização generalizadora», logram sempre compreender apenas *um* lado da realidade: aquele em que efectivamente ela aparece como uma simples repetição da mesma coisa. O que, porém, significa que a realidade «como» natureza, no sentido da ciência natural, não é «toda» a realidade, mas apenas «a realidade que ao geral se reporta» (pág. 248). A «supressão do carácter individual da realidade existente» (pág. 236) é o preço que as ciências da natureza (e qualquer outra que utilize o mesmo método) têm de pagar para atingir os seus fins. Daqui decorre a «fronteira de toda a construção científico-natural de conceitos»: é «a própria realidade empírica» (pág. 239), na pleora de formas e construções individuais que em si mesma encerra.

Este resultado, pensa RICKERT, só pode vir a surpreender quem suponha que o conhecimento consiste em reproduzir tão exactamente quanto possível a realidade existente, tal como ela é «em si», independentemente do processo do conhecer. Mas, justamente, a ideia dominante do «neokantismo», da qual também parte RICKERT, é a de que o objecto do conhecimento - no caso das ciências naturais, por conseguinte, «a natureza» - é, antes de tudo, o resultado de um método de conhecimento em que estão insitas, como pressupostos, as estruturas do nosso pensar. Por isso, as ciências da natureza não podem reproduzir o mundo como ele é «em si», mas «empreender sempre e apenas uma elaboração e transformação da realidade». A «totalidade do mundo» é irreproduzível (pág. 246). Desta maneira, não pode ver-se como uma falha das ciências da natureza o elas não abrangerem a realidade no seu todo. O mundo «como natureza», ou seja, visto como uma uniforme repetição do geral, é unicamente *um* aspecto com que podemos e temos de ver a realidade, sendo o *outro* aspecto o do mundo como uma multiplicidade de formas e eventos individuais. Cada um destes «aspectos» é igualmente necessário e legítimo.

Diversamente das ciências da natureza, as «ciências históricas» no seu sentido mais amplo, ocupam-se como RICKERT põe em

(7) Citado apenas com indicação de pagina.

(8) Na sua conferência sobre *Geschichte und Naturwissenschaft*, 1894 (impresso em *Praludien*, 3.ª ed., 1907, pág. 359).

(9) Assim chamado em contraposição com o «neokantismo de Marburg» (representante principal: HERMANN COHEN). Sobre este, cf. a minha *Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart*, 2.ª ed., pág. 35 e segs.; mais em pormenor, cf. LÜBBE em ARSP, 1958, pág. 333 e segs.

(10) Cf. a este respeito E. SCHWINGE, *Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht*, pág. 8 e segs.

evidência, não tanto com a repetição uniforme - com um género ou com uma lei da natureza -, quanto com pessoas, obras do espírito, acções e acontecimentos individuais. A personalidade «histórica» interessa-nos não porque e na medida em que possa subsumir-se num conceito geral, mas enquanto «configuração» única (11). O que não significa, decerto, que ao historiador tudo nesta personalidade interesse em absoluto ou na mesma medida, mesmo o «banal» ou o «indiferente». Também o historiador tem de fazer uma selecção na massa das singularidades constatáveis; considera algumas como «essenciais» e deixa as outras como «não essenciais». Mas o ponto de vista segundo o qual efectua essa selecção é que é diferente do do investigador da natureza. Ao historiador não importam tanto aqueles traços que no seu objecto - seja uma determinada personalidade, um determinado acontecimento (por ex., a Revolução Francesa ou o Congresso de Viena) ou uma determinada obra do espírito (por ex., o *Fausto* de Goethe) - são comuns ao maior número possível de objectos idênticos, quanto aqueles que o permitem reconhecer e o tornam «significativo» precisamente na sua *individualidade*, particularidade ou até unicidade. Sem dúvida que também o historiador só pode construir um «conceito individual» do seu objecto com auxílio de «elementos conceptuais» que, tomados em si mesmos, são representações gerais *ou*, inclusive, conceitos gerais, já que o individual puro nunca se deixa, como tal, exprimir e transmitir. Simplesmente, ainda que tenham de «ser gerais, tomados em si mesmos, os elementos do nosso pensamento», a combinação dos elementos pode fazer-se de modo a que «o complexo resultante de elementos gerais tenha no seu conjunto um conteúdo que só se encontra num único e particular objecto e que portanto represente precisamente aquilo em que esse objecto se distingue de todos os demais» (pág. 339). Uma construção de conceitos «individualizante» é, por conseguinte, possível e, de facto, é realizada sempre que uma determinada parcela da realidade deva compreender-se, não científico-causalmente, mas historicamente».

Num conceito individual-histórico (como, por ex., o conceito de «Renascimento», de «Revolução Francesa» ou da «Sociedade

(11) Assim já WINDELBAND, *oh. cit.*, pág. 364: «As ciências experimentais buscam no conhecimento da realidade ou o geral, na forma de uma lei da natureza, ou o singular, numa determinada forma histórica».

das Nações» de Genebra) reconhecem-se assim como correspondentes um elenco de fenómenos que se caracterizam pela maneira como «neles se extrai da realidade e se condensa o que é essencial para a História» (pág. 328). Mas quais são os fenómenos que «são essenciais para a História»? A resposta aqui é simples: nem todo o individual interessa, pois que o historiador, conforme já dissemos, tem, de entre a massa do individual (e *todo* o real é simultaneamente individual e geral), de fazer uma escolha. O ponto de vista orientador será agora, como RICKERT observa, a relação de um determinado fenómeno ou objecto com um *valor* que o historiador reputa como significativo. De *qual* valor se trata no caso é, do ponto de vista metodológico, indiferente. A RICKERT importa apenas o reconhecimento de que, sem a pressuposição de valores que se sintam como «relevantes» e que nos interpelem, o «interesse» histórico não poderia pura e simplesmente surgir, tornando-se impossível a ciência da História. A opinião de RICKERT não é tão-pouco a de que o historiador enquanto tal tenha de «valorar» os acontecimentos, isto é, de tomar posição sobre eles positiva ou negativamente. Mas, de qualquer forma, tem de os «referir a valores», ou seja, tem de os reconhecer como alguma coisa que pode ser objecto de uma valoração, que merece consideração do ponto de vista valorativo. A esta construção de conceitos referida a valores - que não contém, decerto, nenhuma valoração dos fenómenos, mas que, em todo o caso, a prepara e torna possível - chama RICKERT uma «construção de conceitos teleológica» (pág. 371 e segs.).

A importância destas explanações reside principalmente no facto de RICKERT, através delas, ter dado entrada ao conceito de «valor» na metodologia das ciências do espírito, embora, é claro, da única maneira lícita para o «neokantismo», apresentando esse conceito como um *a priori* epistemológico dessas ciências, mas sem dar resposta ao problema de saber o que é um «valor». Com isto, porém, veio RICKERT a dar um passo mais. Se o historiador realmente «refere» a valores os fenómenos efectivamente ocorridos e se para os expor tem de encontrar neles um interesse geral, então a significatividade dos valores que assume como fundamento não pode apenas existir para ele - tem de existir também para outros. Tem, por conseguinte, de tratar-se de valores que sejam de facto geralmente reconhecidos, pelo menos *na* comunidade cultural a que o historiador pertence. O que «em

princípio se há-de constatar através da experiência» (pág. 627), ou seja, trata-se de um facto empírico. Mas o reconhecimento fáctico de um valor não é o mesmo que «validade normativa geral». Um valor tem validade normativa geral quando o seu reconhecimento é de exigir a todos, é de requerer a cada um. A referência exclusiva àqueles valores que são facticamente reconhecidos em uma determinada comunidade constitui, sem dúvida, em alguma medida um «acto descrecionário» (pág. 629). No entanto, a admissão de valores, ainda que apenas dos «factualmente vigentes», implica ainda a pressuposição de que se neles se trata ainda de «valores», o que «envolve a pressuposição transempírica de que há alguns valores que valem incondicionalmente e com os quais os valores humanos se encontram em determinada relação» (pág. 640). No valor factualmente vigente - podemos interpretar assim RICKERT - torna-se vigente, ainda que de maneira só aproximativa, um valor «absoluto», pelo que também o valor «factualmente» vigente costuma aparecer-nos com uma certa pretensão de reconhecimento, quer dizer, de validade «normativa». Ao mesmo tempo introduz-se com isto um outro conceito extremamente importante: o conceito de «comunidade cultural», como a comunidade que é constituída através da vigência fáctica de valores.

O conceito de «ciências históricas» é aqui definido por RICKERT mais pormenorizadamente do que o das «ciências históricas da cultura». Porém, nos seus escritos ulteriores⁽¹²⁾, o conceito de «cultura» surge cada vez mais como pano de fundo. «Cultura», no seu sentido mais amplo, é tudo o que, pela sua referência a valores, ganha *sentido e significado* para o homem que reconhece esses valores como tais. Em face da repartição lógica das ciências em generalizadoras e individualizadoras, entra em cena uma repartição material das mesmas, conforme considerem o seu objecto como livre de valores e de sentidos (ciências da natureza) ou como referido a valores e consequentemente dotado de significação (ciências da cultura). Valores, sentido e significação são algo que não pode ser objecto de «percepção», mas que podemos apenas «compreender», ao interpretarmos objectos

(12) Sobretudo nas últimas edições do seu escrito *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*. Citam-se a 6.ª e 7.ª edições, aparecidas em 1926 (K. u. N.).

por nós percepcionados. Por isso, é natureza «o ser livre de significação, que somente é susceptível de percepção e não de compreensão»; é cultura, pelo contrário, «o ser significante e suscetível de compreensão» (K. u. N. pág. 20). Mas porque o conceito de uma «individualidade histórica» susceptível de descrição, como «real portador de estruturas de sentido», só pode construir-se através da referência de valores que «aderem» a fenómenos da cultura, a consideração histórica tem sempre que ver com objectos culturais e cada objecto cultural tem sempre de ser compreendido na sua histórica singularidade. O que obviamente não exclui que haja muitas ciências da cultura que, em certa medida, se servem de uma conceptualização generalizante, como acontece, como observa expressamente RICKERT (K. u. N. pág. 107), por exemplo com a ciência do Direito.

Estas ideias foram, já no começo do nosso século e embora só em forma de esboço, aplicadas pela primeira vez à metodologia da ciência jurídica pelo filósofo EMIL LASK⁽¹³⁾. A ciência do Direito é para ele «um ramo das ciências empíricas da cultura». Tem, portanto, que ver com fenómenos ou relações que se salientam da massa dos acontecimentos pela sua relevância em relação com determinados valores culturais. A este respeito pode o Direito, porém, ser entendido ou como um «factor cultural real» ou como um «complexo de significações» desligado dos acontecimentos. A primeira consideração produz a «teoria social do Direito» - que, de resto, deve ser vista para LASK não como uma «ciência da natureza», mas como uma «ciência da cultura» (no sentido de RICKERT)⁽¹⁴⁾; a segunda consideração é a da «Jurisprudência dogmática». Mais em concreto, trata-se na Jurisprudência dogmática de «organizar sistematicamente o conteúdo de pensamento das normas que são reconhecidas como «Direito» com base num juízo de «teoria social» (pág. 313). O «conteúdo de pensamento» das normas resulta da referência destas últimas a valores e a fins socialmente reconhecidos. LASK fala, por isso,

(13) Na sua *Rechtsphilosophie*, aparecida em 1905 no *Festschrift für Kuno Fischer*, vol. I. 11. Cita-se a reimpressão nas obras completas de LASK, vol. I.

(14) Pelo menos formalmente, a sociologia empírica trabalha *höchst*, sem dúvida, nos moldes das ciências da natureza, ou seja, de um modo generalizante"

de um «método da Jurisprudência referido a valores e a fins» (pág. 316). Ele põe oportunamente em relevo que «tudo o que floresce no domínio do Direito perde o seu carácter naturalístico, de algo isento da referência a valores». O que vale, por exemplo, tanto para a «coisa» em sentido jurídico como para a pessoa. A construção jurídica de conceitos tem sempre uma «coloração teleológica». Nesta concepção encontra-se LASK visivelmente com STAMMLER. Reconhece, porém, que a ciência do Direito não se depara apenas com o seu objecto, o Direito vigente no seu todo, e simplesmente o analisa, mas tem primeiro de o obter - a partir da lei, do costume e das sentenças judiciais, que são o seu «material» - através de um trabalho que é parcialmente «criador» (pág. 326). Não se trata, pois, como STAMMLER pretendia, de algo exclusivamente «reprodutivo», mas de algo também «produtivo». Infelizmente LASK pára aqui o seu esboço, sem tocar mais de perto os problemas da interpretação da lei, do preenchimento das lacunas e da «livre criação do Direito».

A obra iniciada por LASK foi continuada por GUSTAV RADBRUCH. Segundo as suas próprias palavras⁽¹⁵⁾, as teorias filosóficas de WINDELBAND, RICKERT e LASK constituem o pano de fundo da sua filosofia jurídica⁽¹⁶⁾. Sem dúvida que RADBRUCH vai mais além do que a indagação de qualquer dos três. Com efeito, não lhe interessa somente a estrutura formal do pensamento das ciências «referidas a valores», mas também e sobre tudo o conteúdo e o nexo significativo dos próprios valores que são relevantes para o Direito. Ao estabelecer três diversos sistemas de valores, de certo modo ideal-típicos, de entre os quais cada indivíduo, segundo a sua concepção, é livre de fazer uma escolha, efectuou RADBRUCH, no fundamental, o trânsito de uma filosofia dos valores puramente formal para uma filosofia dos valores «material». Decerto que isto é escondido pelo facto de os três sistemas serem colocados lado a lado com a mesma razão intrínseca - pelo que ele fica aparentemente ao nível de um céptico relativismo valorativo. Mas podemos entender RADBRUCH de maneira a que se trate, em último termo, de três aspectos

(15) *Rechtsphilosophie*, 3.ª ed., pág. 1, nota 1.

(16) Cita-se a 3.ª ed. (1932), que foi a última cuidada pelo próprio RADBRUCH. Uma 8.ª ed., ao cuidado de ERIK WOLF e HANS PETER SCHNEIDER, surgiu em 1973.

diversos que *reciprocamente se reclamam e complementam*, embora não estejamos em posição de fazê-los alguma vez coincidir⁽¹⁷⁾. Nestes moldes, a nossa livre escolha consistirá apenas, numa certa circunstância histórica, em pôr mais ou menos em relevo um ou outro aspecto, isto é, em variar a tónica. Se entendermos RADBRUCH assim - e tal será a interpretação correcta⁽¹⁸⁾ - , então a sua filosofia do Direito não constitui de nenhum modo a expressão de uma renúncia a conhecer o conteúdo dos valores incondicionalmente válidos⁽¹⁹⁾, mas, longe disso, uma tentativa de um tal conhecimento. Pelo menos, o relativismo no pensamento científico de RADBRUCH não exclui a firmeza da sua tomada de posição pessoal em questão de valoração ética^(19a).

As explanações metodológicas de RADBRUCH, que na sua época tiveram uma forte audiência na teoria do Direito Criminal⁽²⁰⁾, permanecem genericamente no terreno do neokantismo (<<sudocidental alemão>>). A realidade em si mesma é sempre para RADBRUCH um dado livre de sentido e de valor; enquanto categoricamente ordenada, constituirá «o reino da natureza». Só a consciência valorativa liga às coisas um valor ou desvalor. Donde resulta que o homem conforma a realidade da perspectiva dos valores a que aspira. Assim aparece a cultura «como o dado que tem o sentido, a significação, de realizar valores» (pág. 4). A um último e irredutível valor chama RADBRUCH, seguindo a terminologia do neokantismo, uma «ideia». Enquanto «fenómeno cul-

(17) Na sua *Vorschule der Rechtsphilosophie* (2.ª ed., pág. 32) diz RADBRUCH que as três ideias de valores ao mesmo tempo se postulam e se contradizem entre si. Esta formulação induz a pensar que a sua relação é dialéctica. Entretanto, RADBRUCH nunca fez sua a lógica dialéctica (a do conceito «concreto»).

(18) A este respeito, FRITZ von HIPPEL, *G. Radbruch als rechtsphilosophischer Denker*, 1951, pág. 16 e segs., especialmente pág. 20, e ERIK WOLF, *ARSP* 59, pág. 498 e segs.

(19) Neste sentido entendi eu o «relativismo» de RADBRUCH na minha *Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart* (1931, 2.ª ed. de 1935). Porém, com base nas convincentes explanações de FRITZ von HIPPEL não vejo essa interpretação, hoje em dia, como correcta.

(19a) Cf., a este respeito, ARTHUR KAUFMANN, *Gustav Radbruch*, 1987, pág. 130.

(20) Significativos nesta linha são ERIK WOLF, *Strafrechtliche Schuldlehre*, 1928; e ERICH SHWINGE, *Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht*, 1930.

tural», o Direito é para ele aquele «dado que tem o sentido de realizar a ideia de Direito» (pág. 4). A ideia de Direito é o valor central a que, em última instância, todo o Direito está referido, como algo com sentido. E como a ideia de Direito outra coisa não é senão a ideia de justiça (pág. 30), RADBRUCH pode dizer que o Direito é a realidade que tem o sentido de servir a justiça (pág. 32). O que não significa que todo o Direito positivo seja necessariamente um Direito «justo». Mas, enquanto «Direito», está, de acordo com o seu sentido, sob a exigência da justiça — «está orientado» a essa ideia. O que, sem dúvida, STAMMLER já dissera; só que para ele a ideia de Direito era apenas um critério de apreciação, enquanto para RADBRUCH é também um princípio fundamental «constitutivo», ou seja, o princípio fundamental do Direito positivo, que dá a este a seu sentido (cf. pág. 4). Uma vez que o Direito, para RADBRUCH tal como para LASK, não é uma simples «matéria» categorialmente conformada, mas uma realidade que «significa» alguma coisa, quer dizer, que é significativamente referida a valores, é preciso para a própria compreensão do Direito positivo — e não para a avaliação da sua «justeza» — um último ou central ponto de referência que só a ideia de Direito nos pode fornecer. Por isso, enquanto STAMMLER só admite a apreciação segundo os princípios do «Direito justo» quando não logra obter uma resposta a partir do Direito positivo «formado», para RADBRUCH a ideia de Direito determina já a interpretação e, por maioria de razão, o desenvolvimento pleno de sentido do Direito positivo.

RADBRUCH define a ciência dogmática do Direito como «ciência do sentido objectivo das ordens jurídicas positivas» (pág. 109). Revela-se assim um defensor da teoria «objectivista» da interpretação. Os pensamentos que os autores da lei quiseram infundir na mesma lei não são objecto da ciência do Direito como ciência comprensiva da cultura, mas, enquanto algo de «fáctico», objecto da «teoria social do Direito». Quando na dogmática jurídica se fala de «vontade do legislador», não pode, segundo RADBRUCH, tratar-se da vontade psicológico-empírica de certas pessoas, antes o que se significa com essa fórmula é apenas «a personificação do conteúdo total da legislação, o conteúdo da lei reflectido em uma consciência unitária ficcionada». Formulações que lembram KELSEN, com quem RADBRUCH — e também BINDER — partilha realmente a rejeição de todo o «psicologismo»

e, até certo ponto, a tendência para uma autonomização lógica da proposição jurídica como portadora de um conteúdo significativo que se explicita através dela. A ciência dogmática do Direito tem assim de investigar o significado de uma proposição jurídica que lhe cabe na estrutura de sentido da ordem jurídica, segundo o conteúdo significativo que lhe é *imanente*. Por isso, a interpretação jurídica é, na opinião de RADBRUCH, não uma recapitulação de algo já efectivamente pensado antes (pelo legislador ou pelo autor da lei), mas um «pensar até ao fim de algo pensado» (pág. 111) (21). Quer dizer, a interpretação tem de desenvolver e de tornar visível o *conteúdo de sentido imanente* de uma proposição jurídica ou de um conceito jurídico. E só pode atingir esse conteúdo — e isto distingue no fundamental a concepção de RADBRUCH da concepção de KELSEN — na medida em que o refere aos fins subjacentes ao mesmo e, em última análise, à ideia de Direito, e tendo simultaneamente em atenção as necessidades jurídicas em mutação. Deste modo, a interpretação conduz «mediante transições imperceptíveis, das interpretações a partir do espírito do legislador às regras que o próprio intérprete como legislador vem a estabelecer». Constitui, por conseguinte, «uma mistura incindível de elementos teóricos e práticos, cognitivos, reprodutivos e produtivos, científicos e transcientíficos, objectivos e subjetivos» (pág. 111).

Para compreender a proposição jurídica singular não somente a partir dela mesma, mas também do nexo significativo da ordem jurídica no seu todo, requere-se, de par com a «interpretação», a construção jurídica. Por «construção» entende RADBRUCH «a reconstituição de um todo com base nas suas partes, que antes foram artificialmente divididas, reconstituição que tem por fim tornar-nos conscientes da necessária conexão entre essas partes, das suas interdependências recíprocas ou comuns» (22). RADBRUCH coloca-se assim expressamente contra a condenação da construção jurídica feita pelo JHERING da última fase e pelos adeptos da Jurisprudência dos interesses; ele pensa que esses ataques se dirigem, na realidade, não contra a construção em si

(21) Fórmula que RADBRUCH repete na sua *Einführung in die Rechtswissenschaft* (9.ª ed., 1952, pág. 243) e na sua *Vorschule der Rechtsphilosophie* (2.ª ed., 1959, pág. 9).

(22) *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 9.ª ed., pág. 245.

mesma, mas apenas contra a falsa construção a partir de conceitos (formais ou obtidos através de abstracção). A construção verdadeira é a «construção teleológica», que aspira a «compreender e expor os fins dos institutos jurídicos singulares, como meio para mais altos e sempre mais altos fins e, em último termo, para um fim supremo de todo o Direito»⁽²³⁾. Por certo que este fim é inatingível; além disso, o sistema teleológico entrecruza-se com um sistema construído a partir de pontos de vista formais. Assim, por exemplo, as distinções entre Direito público e privado e entre direitos reais e obrigatoriais são infendas não da finalidade do Direito mas da forma do Direito. O processo pode ser construído «jurídico-teleologicamente, a partir dos seus princípios de fim», mas também «jurídico-formalmente», a saber, «como uma relação jurídica que se desenvolve em situações jurídicas mutáveis»⁽²⁴⁾. E aqui fica, sem dúvida, o problema em aberto sobre se a «forma» de um instituto jurídico não tem de ser adequada ao seu «fim», ou, quando tal não seja possível, como se comportam reciprocamente então os dois modos de consideração. RADBRUCH fala de uma «dupla elaboração» da matéria jurídica pela ciência do Direito: uma «categorial», que «apresenta o jurídico como realização do conceito de Direito e das categorias jurídicas contidas naquele», e outra «teleológica», que «descreve o jurídico como busca de realização da ideia de Direito» (pág. 117). Porém, como RADBRUCH - em oposição a STAMMLER e de harmónia com BINDER - acentua (pág. 29) que o conceito de Direito se dirige à ideia de Direito, o admitir uma separação genérica entre construção de conceitos «categorial» (ou «formal») e construção de conceitos «teleológica» aparece, à luz dos seus próprios pressupostos, como infundado. Em boa verdade, RADBRUCH não se confina ao quadro deste dualismo.

Entre os filósofos do Direito que partem do conceito de valor é de mencionar ainda WILHELM SAUER, que dedicou também à «metodologia jurídica» uma obra especial⁽²⁵⁾. O dualismo

⁽²³⁾ Oh. cit., pág. 246.

⁽²⁴⁾ Ibidem.

⁽²⁵⁾ Juristische Methodenlehre, 1940 - Dos escritos Jusfilosóficos de SAUER devem citar-se ainda: Das juristische Grundgesetz, 1923; Grundlagen der Gesellschaft, 1924; Rechts- und Staatsphilosophie, 1936; Grundlagen der Wissenschaft und der Wissenschaften, 2.ª ed., 1949; Lehrbuch der Rechts- und Sozialphilosophie, 1929 (2.ª ed., de 1949, sob o título System der Rechts- und Sozialphilosophie).

neokantiano de realidade e valor surge nele esmaecido pela aceitação de uma real «aspiração a valores» que na cultura e, através dela, no Direito se oferece e realiza duravelmente. O Direito realiza-se em juízos. Juízos (sobre o que é recto ou justo) fazem tanto a ciência do Direito como a legislação e, sobretudo, a jurisprudência. Por isso, a metodologia jurídica tem preferentemente que ver com o que há de específico no juízo jurídico (pág. 8 e segs.). O juízo jurídico é emitido sobre um facto da vida concreto, embora típico (juridicamente relevante), de acordo com normas gerais (social-estaduais), para a maior realização possível da lei fundamental do bem-comum, em direcção à justiça» (pág. 31). Procura, pois, não verificar um nexo do ponto de vista do ser, mas sim medir a situação de facto com as normas existentes, para deste modo a orientar segundo um critério ou valor válido em última instância e assim a conformar. Não é, por isso, um simples acto de conhecimento, mas um acto de conformação mediado pelo conhecimento. É «o conformar de um facto da vida mediante o pensamento conceptual e com vista a uma tomada de posição valorativa» (pág. 56). O particular modo do conhecimento efectua-se aqui por maneira que «através de juízos reconduzimos o objecto da nossa vivência a leis e valores mais altos como seus reguladores» (pág. 71). Os valores são «reguladores», quer dizer, não são objectivos concretos da vida e da actividade, mas constituem padrões abstractos pelos quais têm de ser aferidos e orientados na vida todos os fenómenos dentro dos domínios da cultura que lhes dizem respeito (pág. 60). Por um lado, são «apenas cognoscíveis juntamente com um caso concreto, um facto da vida, uma aspiração de valor individualizada, que deve ser apreciada com base no seu verdadeiro valor»; por outra via, têm «de constituir, com outros reguladores, ordenados superiormente ou no mesmo escalão, uma unidade sistemática fechada» (pág. 62). Cada apreciação jurídica completa cumple-se assim num «acto complexo», que se compõe de quatro graus. Esses graus são: 1. a apreensão de um fragmento da vida; 2. a evidenciação do juridicamente relevante; 3. a subsunção na norma jurídica concreta; 4. a «imbricação» ou orientação à ideia do Direito como valor jurídico supremo (pág. 225).

A interpretação da norma jurídica positiva e, por maioria de razão, o desenvolvimento criador do Direito através da jurisprudência, têm, por isso, de orientar-se, em último termo, pela ideia

de Direito como «princípio regulador». SAUER reconhece que a interpretação e o desenvolvimento do Direito só se distinguem em razão do grau. A interpretação é «a transformação (reformulação ou explanação mais concreta) da norma numa forma que explice mais claramente o seu verdadeiro conteúdo e alcance mais seguramente os seus fins, que são a realização do Direito» (pág. 293). Todas as normas jurídicas, inclusive as leis, não devem ser, segundo a perspectiva de SAUER, «interpretadas como declarações de vontade efectivas», mas «sondadas no seu conteúdo significativo» (pág. 294). Este decorre, por um lado, da sua origem, e, por outro, do seu escopo e do seu fim. A sua origem tem-na a lei na vontade do legislador. Antes de tudo, há, por conseguinte, que «investigar a concepção dos órgãos legiferantes» (pág. 297). No entanto, a interpretação não pode ficar-se por aí. A lei deve acompanhar as mudanças das circunstâncias e das concepções da vida, para não merecer a censura de «petrificada» e de «morta». Por isso, é em última instância decisiva «a vontade da lei, quer dizer, o seu sentido objectivo ao tempo em que o juízo se formule» - pressupondo, obviamente, que por esse modo «não se romperá por completo com o espírito originário da lei». Assim procura SAUER conciliar a teoria subjectiva da interpretação com a teoria «objectiva» (pág. 298), embora dê visivelmente a preferência à teoria objectiva, quando acentua de novo, em conclusão, que não há que «interpretar uma vontade suposta», mas que «investigar o espírito da ordem jurídica corporizado na lei» (pág. 229). O centro de gravidade está «não na interpretação de uma vontade mítica, mas na investigação das forças vitais criadoras de que resultam as normas e as tarefas» (pág. 300). Pois as leis são «a configuração das forças vitais em valores, atendendo à justiça». Mas porque as leis nunca podem bastar para atingir este fim em toda a sua amplitude e porque a interpretação em si mesma é sempre já um desenvolvimento da própria lei, a interpretação é absorvida no conceito mais abrangente de criação (judicial) do Direito.

3. Idealismo objectivo e dialéctica

A *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie* (Crítica da filosofia do Direito neokantiana) de ERICH KAUFMANN, apare-

cida em 1921, veio mostrar que também na filosofia do Direito o neokantismo entrara em declínio, depois de já há algum tempo ter sido rendido na filosofia geral por outras correntes, como a «fenomenologia» de EDMUND HUSSERL, ou a «teoria material dos valores» e a «ontologia» de MAX SCHELER e NICOLAI HARTMANN. O que KAUFMANN censurava ao neokantismo jusfilosófico era não ter atingido o fim que se propusera, a saber: «estabelecer com segurança, acima da realidade e como seu alicerce e medida, um reino de valores absolutos»; e isso porque «se quedou num racionalismo gnoseológico-formal», porque «não teve a ousadia de contrapor, ao positivismo empirista, uma metafísica positiva» (26). A sua atitude básica, diz KAUFMANN, foi uma fuga ao real: «uma fuga à multiplicidade infinita, opressiva e esmagadora, da realidade, em face da qual só as construções conceptuais puramente abstractas, puramente formais e unidimensionais, das quais tudo o que é material e intuitivo tivesse sido erradicado, poderiam, como um último refúgio, oferecer um pouco de paz».

A crítica de KAUFMANN - que não pode ser aplicada ao «neokantismo sudocidental alemão» sem algumas reservas - punha a nul um defeito, mas não chegava a dar-lhe remédio. Por detrás dela, porém, como momento positivo, transparecia já a viragem para a filosofia de HEGEL. No mesmo ano da *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie* de KAUFMANN, surgiu o primeiro volume da obra fundamental do «neo-hegelianismo» dos anos vinte: *Von Kant bis Hegel* (De Kant a Hegel), de RICHARD KRONER (27). Seguiram-se, nos anos imediatos, uma série de importantes estudos hegelianos (28), e falou-se até de um «renascimento de HEGEL». HERMANN GLOCKNER encarregou-se de uma reimpressão das obras completas de HEGEL, segundo a edição original; JOHANNES HOFFMEISTER preparou para a *Philosophische Bibliothek* uma nova edição dos textos de HEGEL, de acordo com os manuscritos das suas prelecções.

(26) *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie*, pág. 98.

(27) KRÜNER, *Von Kant bis Hegel*, vol. I, 1921; vol. II, 1924.

(28) Assim, os de NICOLAI HARTMANN, 1929; THEÜNÜR HÄRING, 1929 e 1938; H. GLÜCKNER, 1929 e 1940. A reelaboração do *Wörterbuch der philosophischen Begriffe* de JÜHANNES HÜFFMEISTER (2.ª ed., 1955) tem também uma certa relação com o «renascimento de Hegel».

O porta-voz do «neo-hegelianismo» na filosofia do Direito foi JULIUS BINDER. Partindo do neokantismo, BINDER encontrou na oposição a STAMMLER, e também a RICKERT e a LASK, o caminho para uma filosofia de cunho muito próprio, com a qual, no entanto, nunca logrou alcançar os resultados a que aspirava. O que torna as suas obras tão difíceis de entender é, por um lado, o excesso de debates polémicos, e por outro, a terminologia caprichosa e a frequente mudança dos pontos de vista. Para o final, a filosofia de BINDER assumiu cada vez mais uma feição esotérica, que só se desvendava aos «iniciados». Caiu assim num isolamento que a privou quase por completo de influência. O propósito principal de BINDER foi ordenar o Direito positivo e a ciência jurídica a um princípio ético, a «ideia de Direito». Lutou contra toda a concepção instrumental do Direito que não quer deixar valer o seu valor específico e crê poder utilizá-lo como meio para fins arbitrários, e contra o irracionalismo cego, que se dá a conhecer na frase: «*sic volo, sic jubeo; stat pro ratione voluntas*». Isto é particularmente nítido no prefácio à sua *Grundlegung zur Rechtsphilosophie*.

Na Philosophie des Rechts (Filosofia do Direito), publicada em 1925, BINDER consagra análises minuciosas à ciência do Direito e aos respectivos métodos. Este livro pertence ao período de transição da obra de BINDER. O autor emancipa-se aqui das concepções da sua primeira fase, toda impregnada de neokantismo⁽²⁹⁾, mas não alcança ainda a perspectiva filosófica esotérica do último período, que denominou de «idealismo absoluto»⁽³⁰⁾. O ponto de vista deste período intermédio foi caracterizado pelo próprio BINDER como «idealismo objectivo». Esta

(29) A este período de BINDER pertencem as seguintes obras: *Rechtsnorm und Rechtspflicht*, 1912; *Rechtsbegriff und Rechtsidee*, 1915; e também *Prozeß und Recht*, já de 1927.

(30) A obra característica deste último período é a *Grundlegung zur Rechtsphilosophie*, aparecida em 1935. Entretanto, a 2.ª ed., muito resumida, da *Philosophie des Rechts*, publicada em 1937 sob o título *System der Rechtsphilosophie*, é de atribuir ainda ao período intermédio. BINDER excluiu desta edição as partes em que tratava do método da ciência jurídica, com a intenção de as deixar para uma reelaboração posterior, a que daria o título de *Wissenschaftslehre*. Mas não chegou a concluir esta obra, de que alguns fragmentos foram publicados, em 1957, por P. FLITSCH, in *ARSP* 43, pág. 531.

expressão designa uma concepção que considera a «ideia» - no sentido de algo último, incondicionado, isto é, fundado em si mesmo - não só como princípio «transcendental» da consciência, mas também como princípio imanente do existente. Daí que a tese fundamental de BINDER, pela qual se opõe sobretudo a STAMMLER, seja a de que a ideia de Direito se manifesta no Direito historicamente existente e nas suas metamorfoses, a de que é nele que essa ideia se exprime mais ou menos adequadamente e obtém vigência prática. Isto envolve a tese, que já encontrámos também em RADBRUCH, de que o Direito existente, o Direito histórico, só pode ser compreendido no seu sentido autêntico em virtude da sua ordenação intrínseca à ideia de Direito. O corolário imediato é que a ciência jurídica perde de vista o seu objecto sempre que, para se amoldar às ciências naturais «exactas» ou para procurar a precisão da «lógica formal» (que lhe está forçosamente vedada), abstrai dessa referência significativa das proposições e dos institutos jurídicos.

O conceito central de BINDER - no período do seu labor que aqui nos interessa - é portanto a «ideia de Direito». BINDER concebeu esta ideia, por um lado, na acepção kantiana, como um *postulado ético*, uma «tarefa» sempre nova a realizar; mas, por outro lado, viu nela também o princípio fundamental constitutivo - o sentido *a priori* - do Direito positivo ou histórico. Assim entendida, a ideia de Direito não se limita a ser um princípio «formal» do pensamento, porque tem necessariamente um conteúdo; ela é, nas suas emanações ou momentos - que BINDER ainda em 1937 chamava «categorias», valendo-se da linguagem kantiana - , a multiplicidade de sentido ético-jurídico e filosófico-social que o Direito positivo realiza mais ou menos perfeitamente. A «ideia de Direito» aproxima-se pois do conceito geral concreto da filosofia hegeliana, o que induziu BINDER, no último estádio da sua evolução, a substituir - o que pode ser mal entendido, decerto, pela maioria dos leitores - o termo «ideia» pelo termo «conceito».

O Direito subsiste no tempo, como algo que se dá historicamente e que no decurso da história se transforma; mas nem por isso pode ser considerado como uma realidade física ou psíquica. Pertence antes, diz BINDER, a um «terceiro reino do real, o reino do espiritual, das significações» (pág. 886). A ciência do Direito é uma ciência do «preenchido de sentido e pleno de significado»,

isto é, uma *clencia interpretativa* (pág. 887). Como, porém, o Direito positivo é sempre histórico e particular, a ciência jurídica é incluída por BINDER no número das ciências «individualizadoras», na acepção de RICKERT. Ela não busca o geral no particular; utiliza os conceitos gerais apenas como conceitos auxiliares «para com a sua ajuda, pela comparação e diferenciação chegar ao conhecimento do particular no historicamente dado» (pág. 888). Assim, conceitos como os de propriedade, usufruto, pretensão, etc., tomados «na acepção do Código Civil», não são para BINDER conceitos gerais, mas conceitos individuais. São, enquanto tais, «conjuntos de normas jurídicas, cujo momento unificador é, em primeiro lugar, a ideia de um fim, e depois, e para além dela, em última instância a ideia de Direito» (pág. 894). A elaboração «lógico-formal» do Direito é por isso insatisfatória; a construção dos conceitos jurídicos tem de fazer-se «teleologicamente», isto é, tem de elucidar o fim especial da proposição ou do instituto jurídico e a sua referência de sentido à ideia de Direito. BINDER cita com aprovação as palavras de RADBRUCH, de que, tal como o conceito de Direito deve estar orientado à ideia de Direito, também o conceito de cada um dos institutos jurídicos particulares deve ser obtido a partir da sua relação com a «ideia específica» a que esse instituto obedece (pág. 897).

É claro que, pensa BINDER, a «Jurisprudência técnica» se serve também do conceito geral (abstracto). É assim que os conceitos individuais que constrói (por exemplo, o de propriedade e o de usufruto, no sentido do Código Civil) são, por eliminação do particular, onlenados em conceitos «superiores» (por exemplo, o de «direito real»). Estes «conceitos superiores» ainda possuem, «enquanto expressões conceptuais de uma ordem jurídica determinada», um significado histórico-individual; mas, na relação com aqueles conceitos inferiores, são já conceitos gerais (pág. 896). Não passou decerto despercebido a BINDER o facto de esses conceitos gerais - precisamente por abstraírem do sentido total do instituto jurídico, tal como pode ser compreendido à luz da respectiva ideia - não nos conduzirem à ideia de Direito, antes nos desviarem dela; não chegou, porém, a aprofundar o problema que daí resulta, e que é o da formação de uma pluralidade de sistemas conceptuais diferentes. Pelo contrário, num ensaio sobre a discussão metodológica na ciência do Direito privado, publicado em 1934⁽³¹⁾, mini-

⁽³¹⁾ ZHR 100, pág. 4 e segs. (para o que se diz no texto, cf. pág. 77).

miza essa pluralidade afirmando que, mesmo que «alguma vez» a ciência jurídica construisse conceitos gerais abstractos meramente classificatórios, esse procedimento só poderia desempenhar, «vistas as coisas no seu conjunto, um papel muito subordinado», uma afirmação cuja correcção é de resto duvidosa, se tivermos em conta o procedimento então efectivamente praticado.

Mesmo na sua última fase, rigidamente hegeliana, BINDER atreve-se ainda a que os conceitos construídos pela ciência do Direito seriam ou conceitos históricos ou conceitos individuais⁽³²⁾. O que não pode ser aceite. A dogmática jurídica, quando investiga conceitos como os de propriedade ou de contrato «no sentido do Código Civil», muito mais do que considerá-los na sua particularidade histórica (tarefa própria da história do Direito, se bem que seja certo que a dogmática jurídica não pode nunca desligar-se desta por completo), vê-os como estruturas ordenadoras que se destinam a funcionar de modo homogéneo em múltiplas relações da vida, e nas quais, por conseguinte, é possível subsumir ou classificar relações jurídicas individuais. O interesse da dogmática jurídica não incide portanto naquilo que esses institutos têm de historicamente único, mas sim no significado geral de que se revestem para a regulamentação de relações humanas. É certamente justificada a dúvida de BINDER sobre se é possível reproduzir correctamente o significado destes institutos jurídicos recorrendo a um conceito abstracto, isto é, por meio de um inventário de «notas características» avulsas e isoladas. É também verdade que a formação de conceitos abstractos cada vez «mais elevados» - e necessariamente cada vez mais pobres de substância - leva a uma perda progressiva do conteúdo significativo⁽³³⁾, reclamando, portanto, a elaboração de notas para a construção de tipos uma complementação mediante o remontar a princípios ético-jurídicos e a aplicação de tipos. Mas até aqui já não chegou BINDER.

⁽³²⁾ Cf. as suas explanações em ZHR 100, pág. 77 e também os passos da obra póstuma de BINDER, *Wissenschaftslehre*, dados a conhecer por P. FLITSCH, in: ARSP 43, pág. 531 e segs., especialmente pág. 542.

⁽³³⁾ Que a construção de conceitos meramente abstractos leva a «eliminar o conceito espiritual dos conceitos jurídicos», já o tinha declarado E. KAUFMANN, na sua *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie* (1921, pág. 75).

Ao qualificar repetidamente a ciência do Direito de ciencia histórico-interpretativa⁽³⁴⁾, BINDER não pretende dizer que a interpretação jurídica deve investigar apenas a vontade histórico-psicológica do legislador. Pelo contrário, enquanto a interpretação filológica se contenta com explorar o pensamento que o autor quis exprimir, o jurista, opina BINDER, deve ir mais além, pois «o fim com que empreende a interpretação é a aplicação prática da lei» (pág. 914). Por sua vez, porém, esta aplicação prática da lei visa em última instância a realização da ideia de Direito, que assim se converte, para BINDER, no princípio orientador tanto da interpretação como do desenvolvimento judicial do Direito. É certo que BINDER não repudia a consideração da vontade empírica do legislador; mas reclama que na vontade empírica se prescreve a vontade objectiva, a vontade «racional»⁽³⁵⁾. Nisso consiste para ele o «núcleo de verdade da chamada teoria objectiva da interpretação». Assim como o legislador se deve sempre nortear pela ideia de Direito, assim também o intérprete deve «procurar desenvolver a razão imanente à regulamentação legal» (pág. 976). A interpretação, por conseguinte, há-de começar por «investigar os fins empíricos do preceito em questão», e depois «controlar e corrigir os seus resultados, à luz da ideia de Direito». Isto significa: «Para esclarecer o conteúdo e alcance de uma norma jurídica não basta atender à representação de um fim que o legislador tenha tido ao tempo da promulgação do seu preceito; a missão da interpretação é apreender a norma jurídica em conjugação com a realidade viva, com as circunstâncias empíricas e com as ideias "sobre os fins da actualidade imediata. Pois só então a norma jurídica se harmoniza com a ideia de Direito, só então aparece como expressão da razão objectiva» (pág. 977). Estas afirmações, uma vez mais, só podem compreender-se se se tiver em atenção que a «ideia de Direito» não é para BINDER, ao contrário do que sucedia com STAMMLER, um simples «ponto de

⁽³⁴⁾ Também na *Wissenschaftslehre póstuma*; cf. *ob. cit.*, pág. 542.

⁽³⁵⁾ Como vimos, já WINDSCHEID defendera o mesmo. «Racional», para WINDSCHEID é unicamente aquilo que é pensado de modo lógico e consequente (portanto o simplesmente «intelectivo», na acepção de HEGEL e do último BINDER); para BINDER é também, além disso, o teleologicamente correcto, a conformidade com a ideia de Direito (positivada no conjunto do Direito historicamente vigente).

vista» formal, antes significa a profusão de sentido que de modo sempre renovado se manifesta no Direito e que lhe dá forma como processo espiritual e histórico vivo⁽³⁶⁾. Entendidas assim, as afirmações de BINDER exprimem a exigência de que as normas jurídicas sejam sempre interpretadas de harmonia com o «espírito» da ordem jurídica no seu conjunto, isto é, de harmonia com os valores e princípios fundamentais que nela se revelam e são por ela confirmados.

Mas se o Direito, como um todo, é um processo histórico e se a unidade da ordem jurídica não é a unidade lógico-formal do sistema dos conceitos abstractos, mas sim uma unidade teleológica, que consiste na harmonia dos fins em perpétua renovação, aferida pelos valores e princípios fundamentais - harmonia essa que não nos é «dada», apenas nos incumbe como «tarefa» –, resulta que o Direito positivo, o Direito «formado», de cada época não pode ser nunca acabado e «sem lacunas»: forçosamente há-de ser «lacunar» e necessitar de integração. É a própria «natureza das coisas» que determina que o juiz seja chamado - admita-o ou não o legislador - não só a aplicar, como também a desenvolver o Direito. Neste ponto, BINDER aproxima-se muito da «Jurisprudência dos interesses», que outros aspectos combateu por «naturalística», mas com cujas consequências práticas se declara aqui amplamente de acordo⁽³⁷⁾. Tal como HECK, reconhece que a própria questão de saber se num caso determinado ocorre ou não uma «lacuna da lei» só pode ser dirimida com um juízo de valor, e já pressupõe, portanto, um tipo de pensamento teleológico. A ocorrência de uma «lacuna» não significa que não seja possível decidir com fundamento na lei (mediante subsunção lógico-formal), mas sim e só que a decisão por essa via possível não é «apropriada», quer dizer, não é teleologicamente passível de fundamentação (pág. 980). Se faz sentido perguntar pelo carácter completo ou incompleto de uma regulamentação jurídica, nota

⁽³⁶⁾ Cf. também o ensaio de BINDER, «Zur Lehre vom Rechtsbegriff», *Logos*, vol. 18 (1929), pág. 1 e segs., especialmente pág. 18 e segs.

⁽³⁷⁾ ZHR 100, pág. 58. A crítica de BINDER reporta-se sobretudo ao fundamento teórico da doutrina de HECK, e portanto à «teoria genética dos interesses» (cf. ZHR 100, pág. 65, nota 59), à absolutização de cada um dos diversos interesses que dela resulta, e à incomprensão da ideia e do conceito geral concreto. Esta crítica é ainda hoje digna de atenção.

BINDER, é somente em razão da «natureza teleológica do Direito»: «para o físico, para o químico, para o astrónomo, não há lacunas na natureza» (pág. 983). A admissão de uma lacuna da lei significa «que notamos a falta de uma proposição ou de um instituto jurídico, que são postulados pela totalidade do Direito ou pelas circunstâncias morais ou económicas da sociedade, e que, por conseguinte, deveriam existir» (pág. 983). Mas se é neste sentido que se deve averiguar da ocorrência de uma «lacuna», então o juiz tem igualmente de a «preencher tomando como critério o espírito do Direito em geral e a teleologia da lei» (pág. 985). Isto não significa afinal senão que a integração das lacunas obedece aos mesmos princípios que a interpretação da lei, e que é, portanto, um prolongamento da interpretação noutra plano. Nesta ordem de ideias, é perfeitamente correcto falar em «integração» a propósito de preceitos legais particulares; como é correcto falar em «interpretação» a propósito da totalidade das leis, e, para além destas, do próprio Direito, como conjunto de princípios adequados à formação de normas.

BINDER ataca assim decididamente a opinião de que a actividade do juiz na aplicação do Direito se esgota numa «subsunção mecânica». Semelhante subsunção «só em casos raríssimos seria possível» (pág. 993). Sem dúvida, o juiz tem *sempre* que subsumir; mas não se trata de uma «operação lógico-formal». O ter-se atribuído essa natureza à actividade do juiz é resultado de «faltar à época actual a consciência de que a lógica formal de que se serve a matemática não é o único método com que os conteúdos de consciência podem ser elaborados - de que ao lado da lógica formal pode existir, e existe, uma lógica teleológica» (pág. 992). Foi também por ignorar isso que a Escola do Direito Livre teve de reivindicar para o juiz uma «liberdade soberana», a fim de o «libertar das cadeias com que o prende, ao que supunha, a lei - na realidade, o despotismo da lógica formal». A verdadeira liberdade do juiz só pode consistir «na superação do seu subjectivismo», isto é, no identificar-se o juiz, em pensamento, com o «espírito da ordem jurídica», julgando com fundamento nesse espírito. Com esta ideia, adverte BINDER, «não só se supera a antítese entre positivismo e Escola do Direito Livre», como se torna desprovida de sentido a questão de saber se «a analogia é aplicação ou criação de Direito». A analogia é «aplicação do Direito, na medida em que o juiz, estando embora vinculado

à lei, deve aplicá-la em conformidade com a sua ideia e com os seus fins empíricos»; no fundo, porém, «toda a aplicação do Direito é por essência uma actividade criadora», por não poder ser pensada - e aqui o discurso de BINDER é outra vez especificamente neokantismo - senão «como uma reconstrução do seu material» (pág. 994).

Deste modo, a metodologia de BINDER leva directamente a reconhecer que a relação entre a prática judicial e a lei (ou ainda: entre prática judicial e Direito objectivo) tem de ser pensada como *dialéctica*. Esta ideia exprimiu-a pela primeira vez o jusfilósofo WALTHER SCHÓNFIELD, de modo particularmente claro no opúsculo *Die logische Struktur der Rechtsordnung* e num ensaio que tem por título *Der Traum des positiven Rechts*⁽³⁸⁾.

O propósito de SCHÓNFIELD, tal como o de BINDER, era superar o ideário positivista, tanto na teoria como na prática jurídica. Também SCHÓNFIELD, nos anos vinte, seguiu HEGEL; mais tarde, porém, e com maior profundidade, SCHELLING. Ao contrário de BINDER, não chegou até HEGEL passando pelo neokantismo, e daí que tenha compreendido antes dele, e de modo mais nítido, o aspecto ontológico-real da dialéctica hegeliana. A sua questionação foi sempre mais ético-metafísica do que gnoseológica, e para o final teológica. Isto transparece da própria terminologia: enquanto a palavra «razão» ainda conota em BINDER alguma da rigidez das «categorias» kantianas (e dos «conceitos fundamentais puros» de STAMMLER), o *logos* de que SCHÓNFIELD parte⁽³⁹⁾ é desde o princípio «espírito», móvel e semovente, criador e imprevisível. O *logos* é simultaneamente o absolutamente uno e geral (no sentido do «universal», não do uniforme!) e o irredutivelmente singular, individual, a personalidade. Enquanto é o vivo e o auto-produzido, o *logos* é a unidade dialéctico-«concreta» do antitético, o um *no* outro e *com* o outro, e neste sentido o todo (40). Isto significa, reportado ao processo de «aplicação do Direito», que a lei só é «verdadeiro Direito» porque e enquanto é aplicada ao «caso» e se converte desse modo em «sentença».

(38) In: *AcP* 135 (1931), pág. 1 e segs.

(39) *Logische Struktur*, pág. 17 e segs.

(40) Sobre este ponto, cf. SCHÓNFIELD, *Über den Begriff einer dialektischen Jurisprudenz*, 1929.

Dissociada da sua aplicação, pensada como simples regra geral - é o que, no fundo, ainda sucede no próprio BINDER -, não passa de uma abstracção. Só o juiz, enquanto personalidade que pensa e decide responsávelmente, dá à norma, na aplicação ao caso - na sentença, portanto - , a sua realidade; tal como, por outro lado, só ele dá ao caso concreto o «seu Direito», pelo acto de o julgar «objectivamente», ou «segundo o Direito». «O Direito só é objectivo no juiz que o pensa, e que o pensa, afinal, na sua objectividade» (41). «Tomado objectivamente, desligado do jurista prático e da sua subjectividade, o Direito é uma abstracção morta e sem esperança» - «só na subjectividade se cumpre a objectividade, e vice-versa» (42). Mas isto significa: «só na interpretação ele (o Direito) se concretiza como Direito, na sua realidade» (43).

O que SCHONFELD aqui expõe é da maior importância para a compreensão dos problemas metodológicos do Direito. Não é por acaso que também neste contexto surge o termo «concretização», a cujo significado para a ciência jurídica do nosso tempo dedicou KARL ENGISCH, em 1953, uma monografia tão penetrante quanto exaustiva (44). A concepção que ainda hoje prevalece entre os juristas germânicos é a de que existe ao nosso dispor uma ordem jurídica pronta e acabada, que o juiz não teria mais do que «aplicar» ao caso concreto, para dela deduzir, por «subsunção», a decisão correcta. A situação só seria outra quando a própria lei se serve dos chamados conceitos indeterminados ou de critérios de valor «carecidos de concretização». Entretanto, na realidade da nossa vida jurídica, o «Direito judicial» (*judge made law*) impõe-se cada vez mais. Em muitos sectores - em parte devido às crises e convulsões sociais - surgiu, a substituir uma vinculação demasiado tímida à lei (quando não a simples «doutrinas estabelecidas» e convenções conceptuais), uma <<jurisprudência de equidade>>, que quase não conhece limites. Daí que muitos se deixem hoje seduzir pela tese oposta, de que só os tribunais determinam o que em cada momento é Direito; por outras palavras, de que o juiz não é o «servidor» ou a «boca falante» do Direito, mas o seu exclusivo criador. Esta

(41) AcP 135, pág. 42.

(42) Ibid., pág. 47.

(43) Ibid., pág. 43.

(44) *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*.

concepção exprimiu-a já em 1912 CARL SCHMITT, ao observar que, segundo a doutrina dominante, o juiz teria que obedecer a um comando cujo conteúdo, na maioria das vezes, «é ele próprio que tem de o determinar» (45). Também na teoria kelseniana da produção escalonada do Direito a missão do juiz consiste em *pôr* a norma (no âmbito de uma norma de nível superior). Do mesmo modo, LESS (46) sustenta que toda a interpretação da lei implica «um acto de legislação». Mas a verdade é que ambas as concepções extremas são unilaterais e erróneas. O erro consiste em que a relação entre «norma» e «decisão» - para empregarmos a terminologia de H. ISAY - não é vista dialecticamente, mas só antiteticamente. Ora a decisão não é nem simples «aplicação» da norma, que deixasse esta inalterada, nem um acto puramente «voluntarístico»; é tomada de consciência, explicitação, por conseguinte, determinação mais precisa do conteúdo significativo imanente à norma geral, e desse modo é já também, em maior ou menor grau, um seu desenvolvimento ou conformação ulterior <<concretização»). E como toda a decisão tem a pretensão de apreender «correctamente» a norma, pode por sua vez tornar-se directriz de decisões futuras que se fundem na mesma norma. Quando isto acontece, a norma passa a vigorar *no* significado ou *na* modificação que a jurisprudência lhe deu. Por conseguinte, se é certo que a norma carece permanentemente de decisões, para poder operar *de um modo determinado como norma* (isto é, como directriz, como lei geral), a «decisão» carece por seu turno da norma, ou quando menos de um princípio ao qual se possa ordenar, porque sem isso não poderia reivindicar *validade* como Direito (47). O processo da «aplicação da norma» pelas «decisões» judiciais é um processo de constante recriação - e também de criação pura e simples - em que o Direito «objectivo», graças à consciência jurídica do juiz (consciência subjectiva, mas que por sua vez se orienta pela norma) se torna *real* como «espírito objectivo». Assim se comprehende que o resultado de uma jurisprudência constante, enquanto conteúdo normativo das próprias decisões, possa converter-se em Direito objectivo, muito embora a decisão individual, considerada em si mesma, não «ponha» norma alguma com efeito vinculativo geral, antes se limite a «pronunciar» o que no caso é «de Direito».

(45) *Gesetz und Urteil*, 1912.

(46) LESS, *Vom Wesen und Wert des Richterrechts*, 1954, pág. 9.

(47) E isto porque só pode ser «justa» a decisão a que subjaz a *mesma medida* para todos os casos a valorar juridicamente do mesmo modo. E o que sublinha, com razão, FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts*, vol. IV, pág. 188 e segs. <<justiça equitativa».

Voltemos porém a SCHÓNFELD. A concretização do Direito pelo tribunal, lemos neste autor (*Log. Str.*, pág. 52), é necessariamente tão livre quanto vinculada, «podendo variar em grandeza e medida essa liberdade». Não existe uma concretização do Direito pura e simplesmente «livre», porque isso seria arbítrio, e portanto o contrário do Direito. Mas tão-pouco existe uma concretização do Direito pura e simplesmente vinculada, porque «o caso que se tem que julgar nunca se relaciona com o Direito que o julga como a espécie com o género, e por conseguinte não pode nem ser subsumido nele, nem ser dele deduzido». O caso concreto, diríamos, interpretando SCHÓNFELD, não se relaciona com a «previsão» da norma como a espécie ou a subespécie com o género, pois não pode ser nunca apreendido «adequadamente», na sua peculiaridade e complexidade, através de notas avulsas reunidas num conceito de género. Dito de outro modo, a sua irrepetibilidade e particularidade como evento histórico determinado não se compadece com o seu tratamento como simples «caso» de uma regra geral e abstracta (como equivalente, não essencialmente distinto de outros casos da mesma espécie). É claro que se o juiz quisesse contemplá-lo *apenas* na sua particularidade, ou na sua unicidade até, sem o «comparar» com outros casos da sua espécie e o referir assim a um critério geral não poderia tão-pouco «julgá-lo». A tensão entre o geral e o particular e irrepetível, no caso concreto, é pois impossível de eliminar (48). Na apreciação do caso concreto, o juiz não tem apenas de «generalizar» o caso; tem também de «individualizar» até certo ponto o critério; e precisamente por isso, a sua actividade não se esgota na «subsunção». Quanto «mais complexos» são os aspectos peculiares do caso a decidir, «tanto mais difícil e mais livre se torna a actividade do juiz, tanto mais se afasta da aparência da mera subsunção» (49). Como hipóteses-limite temos, por um lado, aquela em que o caso difere apenas em pontos inessenciais do tipo geral, de forma que o julgamento «quase se equipara a uma simples subsunção»; e, por outro lado, aquela em que o caso se furta a

(48) Por essa razão fala HENKEL, *Recht und Individualität* (1957), pág. 16 e segs., de uma tendência «individualizadora» e de uma tendência «generalizadora» da justiça.

(49) *Log. Struktur*, pág. 53.

tal ponto à subordinação à norma legal, que dizemos que existe uma «lacuna da lei». Esta deve ser integrada «segundo o espírito e o sentido da lei na qual se encontra», actuando o juiz em representação do legislador. O que significa, afinal, que «a prática judicial é também fonte de Direito»⁽⁵⁰⁾ - uma opinião que, com base em pressupostos diferentes, também compartilham, por exemplo, ESSER e KRIELE, como adiante veremos.

4. A teoria fenomenológica do Direito

O neokantismo considera a realidade como produto de um processo de transformação, cujas condições fundamentais estão inscritas *na estrutura do nosso pensamento*. Consoante a forma categorial da síntese que é em cada caso aplicada, o mesmo «dado material» de que parte o processo de transformação surge-lhe como resultado ora como «natureza», ora como «cultura» - como fenômeno social condicionado por leis causais, ou como facto dotado de significação jurídica. A muitos juristas esta doutrina afigurou-se acertada, porque o «facto» juridicamente relevante, se posto em confronto com o acontecimento total de que o extraímos, não é na realidade senão o resultado de uma transformação intelectual, a saber: a sua apreciação à luz de critérios jurídicos. Mas será verdade que os diversos modos em que se nos apresentam as coisas da natureza inanimada, a vida orgânica, as sensações e vivências anímicas, as obras do espírito ou o comportamento significativo de uma pessoa, assentam apenas numa diferente maneira de conceber do observador? Não se fundamentarão já, pelo contrário, ou não estarão já pré-conformados, no próprio modo de ser na própria estrutura «objectiva» desses dados? Por exemplo, se um determinado evento se constitui em ação humana, é simplesmente porque o «referimos» a um sentido que o transcende - a uma norma jurídica, por exemplo - , ou já existe nele imanente um sentido como ação, de sorte que se distinga *em si mesmo* de um mero acontecimento natural? Dito por outras palavras: o que é «dado» à consciência cognoscente é só a matéria informe - porque indiferenciada - , ou é um *ser* já em si diferenciado e conformado?

(50) *Ibidem*, pág. 54.

Responder a estas perguntas no segundo sentido, como em geral o faz a filosofia contemporânea, tem que conduzir a uma radical inversão de perspectivas relativamente ao neokantismo (51). Característica desta mudança de perspectiva é a crítica que WELZEL (52) dirigiu em 1935 ao neokantismo, especialmente à escola «sudocidental» e aos seus seguidores na dogmática do Direito penal. Essa crítica culmina na seguinte tese: «Os conceitos científicos não são construções diferentes de um material idêntico, valorativamente neutro, mas reproduções de fragmentos parcelares de um ser ôntico complexo, que é em si mesmo, imanentemente, portador de uma legalidade estrutural e de valores diferenciados, e não receptor passivo dos valores e estruturas produzidos pela ciência» (pág. 49). Daí que «o método não determina o objecto do conhecimento - pelo contrário, tem necessariamente de regular-se por ele, enquanto fragmento ôntico do ser que é proposto à investigação» (pág. 50). O «apriorístico» não deve ser interpretado como «actividade enformadora do entendimento», mas como «a estrutura essencial, imanente e material», do próprio objecto (pág. 44). Também o jurista não pode pôr e dispor livremente dos seus conceitos; tem de esforçar-se por compreender a estrutura ôntica do real cuja apreensão jurídica lhe incumbe. Como se sabe, esta doutrina foi exposta por WELZEL sobretudo a propósito do conceito de acção (53), com o que exerceu duradoura influência na dogmática do Direito penal.

A crítica de WELZEL à teoria neokantiana da ciência pode ser relacionada, pelo menos nas suas ideias fundamentais, com a «fenomenologia» de EDMUND HUSSERL, e, em particular, com a ontologia de NICOLAI HARTMANN. Ambos estes autores tiveram, porém, uma influência meramente indirecta sobre a ciência

(51) Certamente que esta «inversão» se fez à custa da perda do problema gnoseológico: como é possível que um ser «transcendente» à consciência seja, não obstante, conhecido adequadamente? Mesmo que se considere insatisfatória a resposta do neokantismo, o problema subsiste. Ele constitui a preocupação de que BINDNER se ocupou sobretudo na *Grundlegung zur Rechtsphilosophie*.

(52) *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, 1935.

(53) *Naturalismus und Wertphilosophie*, pág. 77 e segs.; *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 3.ª ed., 1975; *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, pág. 30 e segs.

jurídica. Quem primeiro aplicou o método fenomenológico a objectos do mundo do Direito foi o filósofo ADOLF REINACH (54). Segundo REINACH, as figuras jurídicas (por exemplo, as pretensões, as obrigações, a propriedade e os demais direitos) têm, «tal como os números, as árvores ou as casas», um ser. Este ser é «independente de que haja ou não quem o apreenda», e em especial independente de todo o Direito positivo. O Direito positivo «não produz em nada» os conceitos jurídicos a que dá acolhimento: depara com eles (pág. 14). Esses conceitos têm uma estrutura própria, sobre a qual podemos enunciar proposições apriorísticas; e se o Direito positivo é livre de «os acolher na sua esfera ou deles divergir», todavia não consegue «afectar a sua existência específica» (pág. 17). Pelo contrário, a «estrutura do Direito positivo só se torna inteligível através da estrutura da esfera exterior ao Direito positivo» (pág. 19). Encontramos nessa esfera objectos específicos, que «não pertencem à natureza em sentido próprio, que não são físicos nem psíquicos, e que igualmente se distinguem, pela sua temporalidade, de todos os objectos ideais». Com efeito, «as pretensões e as obrigações nascem, duram algum tempo e depois desaparecem de novo» (pág. 22).

As figuras jurídicas que REINACH tem em mente *existem*, bem entendido, numa relação com determinadas pessoas, e numa determinada época. As suas *formas estruturais*, porém, têm um ser extra-temporal e são portanto necessariamente anteriores ao Direito positivo enquanto tal. Assim, por exemplo, uma coisa é a propriedade enquanto tal - que REINACH caracteriza como uma relação da pessoa à coisa, uma «relação de pertença» - e outra, diferente, a propriedade no sentido do Direito civil alemão. Embora, na opinião de REINACH, a «estrutura essencial» de uma figura jurídica constitua de algum modo a base dos correspondentes fenómenos jurídico-positivos, ele sublinha energicamente - talvez ainda sob a influência do positivismo então dominante - que o Direito positivo tem plena liberdade para divergir «discricionariamente» daquela estrutura. Mesmo para

(54) *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts*, 1913. Citamos aqui a nova edição, publicada em 1953 sob o título *Zur Phänomenologie des Rechts*.

preencher as lacunas do Direito POSItivO. Só em último recurso deveremos fazer apelo a princípios derivados da «legalidade da essência». Sobre essa legalidade ontológica têm primazia «os princípios éticos e de oportunidade pelos quais se rege o Direito positivo de cada época» (pág. 174, 218 e segs.). Parece pois muito reduzido o significado imediato de que a «teoria apriorística do Direito» se reveste para o conhecimento de um determinado Direito positivo. Em compensação, porém, é extremamente importante a ideia de que também na esfera do Direito existem nexos específicos fundados numa «legalidade da essência», que incumbe à ciéncia jurídica investigar.

O entendimento de REINACH parte de que quer figuras jurídicas (pretensões e obrigações, por exemplo), quer as modificações da esfera dos objectos jurídicos (como uma mudança na titularidade da propriedade), podem ser produzidas - ainda sem qualquer intervenção de preceitos de um Direito positivo - através da prática, pelas pessoas interessadas, de acções ou actos que - considerados em si mesmos e no significado de que se revestem para os seus destinatários - têm como sentido específico o produzirem consequências de certo tipo. Tais são, por exemplo, a promessa, a transmissão de um direito, a renúncia, a autorização. O Direito positivo não poderia preceituar que actos destes fossem «eficazes» (no sentido da vigência jurídico-positiva) se entre as possibilidades do comportamento humano não se contasse já a de praticar actos que, *pelo seu próprio sentido*, estão dirigidos a produzir um determinado efeito na esfera jurídica. Ao lado de uma teoria estrutural das figuras jurídicas (relações jurídicas), encontramos assim em REINACH também a proposta de uma teoria estrutural dos *actos jurídicos*, que é de fundamental importância sobretudo para a compreensão da declaração de vontade jurídico-negocial, e para a interpretação das *proposições jurídicas*, enquanto «proposições dispositivas» (55).

A mesma convicção de que há no Direito «um *a priori material*» subjaz também aos trabalhos de GERHART

HUSSERL (56). Encontramos em HUSSERL o que vimos faltar em REINACH - a clara determinação da relação entre as leis apriorísticas da essência e o «Direito positivo» -, quando escreve que as figuras do Direito positivo são «realizações e particularizações de possibilidades aprioristicamente dadas» (RG, pág. IV). Os «objectos jurídicos ideais», que a «análise das essências» nos desvenda, relacionam-se com o Direito positivo - que é o Direito existente - como a possibilidade se relaciona com a realidade, o «poder ser» com o ser (real). Daí se segue que um Direito positivo particular pode, sem dúvida, fazer múltiplas «variações» sobre um «facto de essência» jurídico, mas não é livre de pura e simplesmente o ignorar, sob pena de os seus preceitos perderem o «específico sentido jurídico» (57). Por conseguinte, e ao contrário do que sucedia ainda com REINACH, HUSSERL nega inequivocamente a tese fundamental do positivismo, a saber: a da discricionariedade absoluta do conteúdo das normas.

É preciso estabelecer uma distinção rigorosa entre a validade *lógica* das «proposições apriorísticas sobre conexões de essência» e a validade *normativa* das proposições jurídicas. A norma jurídica «não vale como proposição do conhecimento, mas como proposição da vontade» (RKr., pág. 8). Em contrapartida, o que se nos depara nas «estruturas fundamentais de todo o Direito possível» - que se desvelam pela recondução ideativa das figuras jurídicas encontradas na realidade ao seu «núcleo de sentido» intemporal - não são «normas de comportamento de grau superior», mas «verdades jurídicas que, como tais, não têm força normativa» (RZ, pág. 14). Fica assim esclarecido que a análise fenomenológica não pode conduzir à descoberta de normas «de Direito natural»; leva-nos - isso sim - a desvendar no Direito positivo

(56) Considerem-se os seguintes estudos, que estão todos numa íntima relação: «Rechtskraft und Rechtsgeltung» (RKr.), 1925; «Rechtssubjekt und Rechtsperson», AcP 127, pág. 129; «Recht und Welt», *Festschrift für Edmund Husserl*, 1929, pág. 111; «Negatives Sollen», *Festschrift für Max Pappenheim*, 1931, pág. 87; «Der Rechtsgegenstand» (RG), 1933; «Bemerkungen Zur Lehre von den sogenannten Doppelwirkungen im Recht», *Archives de Droit Privé* (Atenas), 1934, pág. 690; *Recht und Zeit* (RZ), 1955. Alguns dos ensaios mais antigos foram reimpressos no volume *Recht und Welt*, 1964.

(57) Cf. também RZ, pág. 14: trata-se dos «pressupostos lógicos - mas de modo algum meramente lógico-formais - que têm de ser preenchidos para que uma ordem social tenha o sentido de ordem jurídica».

(55) Sobre este ponto, v. *infra*, na Parte 11, o capo 11, 1b.

um núcleo de sentido «supra-positivo». A metáfora do «núcleo» de sentido diz-nos, se correctamente a interpretarmos, que nas diversas ordens jurídicas positivas pode estar presente um sentido em última análise idêntico (por exemplo, o de propriedade ou o de obrigação), sem dúvida sujeito a múltiplas «variações», entrelacido com outros nexos significativos, e até mais ou menos oculto, mas que subjaz como condição de possibilidade às figuras do Direito positivo - precisamente porque se trata de formas *significantes*, dotadas de um específico sentido *jurídico*. Daí resulta que a relação deste «núcleo de sentido» com as formas significantes do Direito positivo em que se «concretiza» não pode ser a que existe entre o geral de género e as suas diversas espécies e subespécies, nem a que intercede entre forma e matéria (na acepção neokantiana). Pois o «núcleo de sentido» não é em caso algum vazio - no que corresponde ao «conceito geral concreto» -, mas sim pleno de conteúdo (58); e não se apresenta, ao contrário do conceito de género, como um somatório de notas avulsas, antes - e nisso assemelha-se ao «tipo» - como um nexo adequado, que pode fornecer tema para múltiplas «variações». Há que sublinhar, finalmente, que enquanto estes «níveis de sentido» definem um campo de objectos «ideais», às normas do Direito positivo deve reconhecer-se, segundo HUSSERL, inteira realidade, um específico modo de ser, que é o do Direito vigente.

O modo de ser do Direito (positivo) é a sua vigência. A vigência jurídica é «um ser de espécie peculiar» (*RKr.*, pág. 8). É «espacio-temporalmente condicionada», «produto de processos voluntários históricos e irrepetíveis», e «permanece enraizada na realidade temporal de que brota». Por força da sua «vigência», o Direito vincula todos aqueles que pertencem ao seu âmbito histórico de vigência. O ser «vigente» um Direito significa, em primeiro lugar, que ele representa a directriz determinante do com-

(58) Cf. *RG*, pág. IV: «A doutrina corrente de que todas as estruturas fundamentais do Direito, a que se deva atribuir validade geral e intemporal, não se ter o carácter de formas vazias, desprovidas de conteúdo, assenta num preconceito sem qualquer fundamento». No mesmo lugar fala HUSSERL de «factos essenciais do Direito, sujeitos a variações segundo uma lei de temporalidade», e que é necessário «depurar das envolvências extrajurídicas temporalmente condicionadas da realidade jurídica previamente dada em cada caso».

portamento voluntário dos sujeitos jurídicos destinatários da norma. Significa, além disso, que tem a força de «se sobrepor a atitudes voluntárias de inobservância» (*RKr.*, pág. 13). O Direito, na medida em que vigora, é «dentro do seu âmbito de vigência uma parte da realidade social objectiva - quer dizer, uma parte da realidade social que se contrapõe, como norma, à vontade individual. Esta realidade social não é menos real que as coisas da natureza; apenas o é *de um modo diferente*» (*RKr.*, pág. 11). Não se trata de uma pura «facticidade» (na acepção da sociologia positivista), nem de um ser psíquico, nem de um mundo de meras significações irreais. Pelo contrário, a «vigência» do Direito designa o existir específico de algo cujo sentido é ser a norma determinante no seu «âmbito de vigência».

As investigações de HUSSERL sobre a estrutura temporal do Direito servem para a ulterior elucidação, a partir destas premissas, do modo de existência do Direito (positivo) (59). Estas levam directamente a consequências importantes para a interpretação, e por isso apreciamos-as aqui como um contributo metodológico. O mundo do homem, diz HUSSERL, é um «mundo histórico». O seu lugar no mundo é condicionado pelo tempo histórico em que vive. As coisas que encontra no mundo circundante são «inseridas ao ritmo vital histórico do homem». Há coisas criadas pelo homem - obras de cultura - que, embora exibam, quando consideradas na sua origem, «as marcas do período histórico em que foram criadas», depois de virem à existência permanecem «para sempre» o que são, dando provas de «uma solidez peculiar, frente ao fluir do tempo histórico». Mas há também «coisas produzidas pelo homem» - e nestas se inclui a ordem jurídica - a que «falta essa solidez frente ao fluir do tempo histórico. Uma vez produzidas, não estão só «na História», são *elas próprias* História; têm a estrutura temporal da historicidade» (*RZ*, pág. 21 e segs.).

O ter o Direito «a estrutura temporal da historicidade» significa que ele não se limita a «surgir» e «desaparecer» no tempo (histórico), porque também participa na corrente da História, isto é, pode sofrer modificações determinadas pela situação histórica e pelos homens em relação aos quais «vigora». Isto seria ininte-

(59) *Recht und Zeit*, pág. 10 e segs.

ligível se a ordem jurídica consistisse exclusivamente «num sistema de proposições jurídicas formuladas verbalmente». Na verdade, considerada como «proposição», a norma jurídica está formulada «de uma vez para sempre», e por conseguinte subtrai-se ao fluxo do tempo. (Por essa razão falava HUSSERL, nos seus primeiros escritos, de uma «destemporalização» do Direito). A verdade, porém, é que «as proposições jurídicas (só) desenvolvem a força normativa que lhes é inerente quando chegam a ser aplicadas em concreto». Deparamos aqui com uma ideia que já tínhamos encontrado expressa em SCHÖNFELD: a de que a «aplicação» da norma pela jurisprudência (ou pelo comportamento unânime dos membros da comunidade jurídica) não a deixa intacta, antes determina progressiva e ininterruptamente a sua significação concreta, e portanto o próprio conteúdo da norma. HUSSERL exprime esta ideia do seguinte modo: «Diversamente de outros produtos humanos - por exemplo, de um objecto físico -, a norma jurídica, desde o momento que existe, que está aí, não é de modo nenhum independente do comportamento dos homens a que diz respeito». Pelo contrário «a norma jurídica insere-se no tempo histórico. O tempo não está imóvel, e a norma jurídica acompanha-o por assim dizer no seu movimento» (RZ, pág. 23).

Daqui resulta o seguinte para a interpretação jurídica: a norma jurídica começa por ser criada numa época histórica determinada, e na perspectiva de determinado legislador. «A sua visão dos problemas e a concomitante tomada de posição são os elementos constituintes daquilo que chamamos a 'vontade do legislador'». Esta vontade - que, como HUSSERL acentua, não deve ser confundida com os «actos psíquicos de vontade, realizados pelas pessoas que intervêm na legislação» - encontra na obra legislativa uma «expressão mais ou menos clara e definitiva». Terá por isso de «desempenhar sempre um papel, ainda que limitado, na interpretação das normas jurídicas que se originam nos actos legislativos». Só que «a última palavra em questões de interpretação de uma lei não a pode dizer a vontade do legislador». Pois «o que em última análise está em jogo na elucidação do sentido de uma proposição jurídica é o que ela significa para nós, 'os de hoje', os que vivemos sob esta determinada ordem jurídica». A interpretação de uma lei deverá portanto, em primeiro lugar, «remontar ao contexto histórico em que foi posta pelo acto criador»; mas isto é apenas o ponto de partida para o processo da interpretação,

porque a tarefa seguinte terá que consistir em «arrancar por assim dizer a lei da sua relação com a época em que se formou, e projectá-la em pensamento na actualidade» (RZ, pág. 26).

Interrompemos aqui a reprodução textual. A razão (relativa) e a falta de razão tanto de uma interpretação orientada exclusivamente para a história (para a «vontade» do legislador), como de uma interpretação orientada exclusivamente para o significado actual são adequadamente caracterizadas por HUSSERL. O legislador é, por um lado, o criador da lei - não uma simples «abreviatura» com que se designassem os «interesses causais», ou uma mera «personificação» - , e está vinculado a conexões de sentido que lhe são dadas, bem como à sua concreta situação histórica; mas a lei, como parte que é da ordem jurídica, participa do seu sentido global e do seu desenvolvimento na História, e além disso o seu significado é também determinado pelo modo como a compreendem aqueles a quem está confiada a respectiva «aplicação». Assim, a *interpretação* da lei é um processo contínuo, no qual as ideias expressas na lei são repensadas e desenvolvidas (60); processo que tem um ponto de partida fixo - a lei - , mas que, enquanto a lei subsistir, não se poderá nunca considerar concluído. O resultado em cada momento obtido por este processo é o Direito «presentemente em vigor». Ele é portanto produto comum do legislador, da jurisprudência e das forças «actuantes» do comércio jurídico, dos costumes e das convicções comuns que neste se formam, do *common sense*. A ciência jurídica também toma parte neste processo, de desenvolvimento ideativo da ordem jurídica e de mediação da lei pela consciência do presente.

Se agora volvemos o olhar para a evolução da filosofia do Direito desde STAMMLER, verificaremos que o antagonismo entre as diversas escolas, a que outrora se atribuiu tão grande importância, perdeu hoje muito do seu significado. Isto, claro, sem embargo de neokantianos, neo-hegelianos e fenomenólogos partirem de pressupostos gnoseológicos muito diferentes, observarem o Direito e a ciência jurídica sob aspectos distintos e se servirem de uma terminologia diversa e por vezes até oposta. Estão porém de acordo em ver no Direito um objecto *específico*, que não pode

(60) Cf. também RZ, págs. 58 e 60.

ser entendido nem como «natureza» nem como «ser psíquico». «Naturalismo» e «psicologismo» foram reconhecidos por eles, em unanimidade, como interpretações erróneas dos fenómenos jurídicos.

O movimento jusfilosófico que expusemos trouxe à metodologia jurídica, abstracção feita de todos os antagonismos de escolas, um contributo importante (61). Em primeiro lugar, fez descobrir que o conceito positivista da ciência, que tão grande influência exerceu em certo período sobre a compreensão que a ciência jurídica tem de si própria, não pode considerar-se satisfatório - pelo menos para todo um grupo de ciências, o das ciências históricas e das ciências do espírito. A causa profunda dessa insuficiência, que ainda passou despercebida ao neokantismo, é que o conceito positivista de *realidade* é demasiado acanhado. O idealismo objectivo e a fenomenologia, apesar da diversidade dos seus pontos de partida, concordam em que as *fonnas espirituais* - entre elas uma ordem jurídica vigente - possuem também o carácter do «real». Um «Direito positivo» é. É, ainda que não no espaço, em todo o caso no tempo - e mais precisamente no tempo histórico. Tem o modo de ser do

(61) Isto vale também em certa medida para a chamada filosofia da existência. Sobre a filosofia da existência e as possibilidades que oferece de um aproveitamento jusfilosófico, veja-se o capítulo, extraordinariamente instrutivo, intitulado *Die rechtsphilosophische Grundfrage und die Existenzphilosophie*, em ERICH FECHNER, *Rechtsphilosophie* (pág. 223 e segs.), bem como ZIPPELIUS, *Das Wesen des Rechts*, pág. 104 e segs. Numa atitude de completo repúdio, KELSEN, ARSP. vol. 43, págs. 161 e segs. (a propósito do livro de GEORG COHN, *Existenzialismus und Rechtswissenschaft*, 1955). Também TH. WÜRTENBERGER (*Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, pág. 21 e segs.) considera, e com razão, que ainda não está resolvido «se este ponto de vista fornece ou não alguma via de acesso ao mundo do Direito». A filosofia da existência ocupa-se sobretudo de «situações-limite»; mas no Direito — no Direito civil, em todo o caso — do que se trata, muito mais que de situações-limite, é do «típico» e do «normal». O Direito postula por isso decisões uniformes. Sobre este ponto, veja-se ARTHUR KAUFMANN, in: *Existenz und Ordnung, Festschrift für Erik Wolf*, 1962, pág. 372 e segs. O livro de MAIHOFER, *Recht und Sein* (1954), porque se circunscreve a situações da vida e modos de existência *típicos*, integra-se, a meu ver, mais na «ontologia» do que na filosofia da existência.

valer (62). Não podemos, por conseguinte, reduzi-lo a processos materiais ou a processos psíquicos. Neste contexto, há que remeter sobretudo para a «teoria dos estratos» de NICOLAI HARTMANN (63). Faz parte da especificidade do ser espiritual o concebermo-lo como «pleno de sentido», de ter a estrutura de uma forma significante. O neokantismo, embora não se tenha apercebido do modo de realidade peculiar destas formas significantes (porque as supôs simples produtos de reflexão científica - «ordenadora» ou «referidora a valores»), reconheceu todavia que o Direito tem inerente, pelo seu próprio «sentido», uma pretensão de «rectidão», quer dizer, de <<justiça>>, de tal modo que ele tem de se deixar medir por ela, para ver em que medida satisfaz essa pretensão. Em tudo isto residem elementos importantes de um entendimento do Direito, que deixa para trás o positivismo jurídico, nas suas diferentes modalidades. Só a partir do pano de fundo de um tal entendimento do Direito se pode entender a discussão metodológica actual, de que nos ocupamos agora.

(62) O conceito de validade jurídica é complexo. Contém um elemento normativo - a exigência de dever ser - e um factual, a determinação efectiva dessa exigência dentro do âmbito de validade dessa ordem jurídica. A este respeito, cf. HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 2.ª 00., pág. 543 e segs. e a bibliografia aí indicada.

(63) Cf. as obras de HARTMANN, *Zur Grundlegung der Ontologie, Der Aufbau der realen Welt e Das Problem des geistigen Seins*.

V

A DISCUSSÃO METODOLÓGICA ACTUAL

1. Da «Jurisprudência dos interesses» à «Jurisprudência de valoração»

No início deste século, a «Jurisprudência dos interesses» de PHILIPP HECK conseguiu, como vimos, pelo menos no âmbito do Direito privado, um inusitado êxito. Ressentia-se todavia da aplicação equívoca da expressão «interesse»: esta era ora entendida como o «factor causal» da motivação do legislador, ora como objecto das valorações por ele empreendidas e, por vezes mesmo, como critério de valoração. Essa deficiência foi entretanto reconhecida pelos próprios partidários da Jurisprudência dos interesses. Assim, um deles, HARRY WESTERMANN, sublinha que seria necessário que o conceito de interesse fosse «delimitado às representações da pretensão que as partes num litígio têm ou devem ter, quando se empenham na obtenção de efeitos jurídicos favoráveis» e distinguir assim, de modo rigoroso, o conceito de interesse dos critérios legais de valoração⁽¹⁾. Estes não seriam em si propriamente interesses, mas «corolários da ideia de justiça», inferidos pelo legislador desse fim último. A Jurisprudência está «na sua essência, mediante a aplicação das valorações legais, nos antípodas de uma valoração autónoma» (do juiz)⁽²⁾. As leis são, de acordo com esta concepção, pelo menos no âmbito do Direito

(1) H. WESTERMANN, *Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht*, 1955, pág. 14 e segs.

(2) WESTERMANN, *ob. cit.*, pág. 21. Fundamentalmente na mesma linha GERMANN, *Probleme und Methoden der Rechtsfindung*, 1965; REINHARDT/KONIG, *Richter und Rechtsfindung*, 1957, pág. 17 e segs.; KRONSTEIN, *Rechtsauslegung im wertgebundenen Recht*, 1957.

privado, instrumentos de regulação de conflitos de interesses previsíveis e típicos entre particulares ou grupos sociais, de tal modo que um interesse tenha de ceder a outro na exacta medida em que este possa prevalecer. Esta «prevalência» consubstancia uma valoração, para a qual o legislador pode ser determinado pelos mais diversos motivos. O legislador, para além de valorar interesses individuais ou de grupo, tem também certamente em conta pontos de vista de ordenação - assim, por exemplo, no que respeita a preceitos relativos à forma ou no estabelecimento de prazos - exigências do tráfego, a necessidade de segurança jurídica. O modo como valora esses distintos interesses e necessidades nos respectivos nexos de regulação e como confere prevalência a qualquer um deles plasma-se na regulação por ele encontrada e decorre desta, bem como das manifestações dos participantes no processo legislativo. As valorações do legislador assim identificadas permitem extraír resultados, quer para a interpretação da lei, quer como, em certas circunstâncias, para a resolução de casos por ele não directamente regulados, mas a tratar analogamente à luz de critérios de valoração.

A concepção exposta corresponde à de uma «Jurisprudência de valoração»⁽³⁾, que até hoje continua praticamente a ser tida como pacífica e é reconhecida sobretudo no domínio da actividade jurisprudencial. Suscita todavia diversos problemas. É manifesto que ao juiz não é possível em muitos casos fazer decorrer a decisão apenas da lei, nem sequer das valorações do legislador que lhe incumbe conhecer. Este é desde logo o caso em que a lei lança mão dos denominados conceitos indeterminados ou de cláusulas gerais. Aqui apresenta-se somente um quadro muito geral que o juiz, no caso concreto, terá de preencher mediante uma valoração adicional. Tal acontece igualmente nos casos em que se deparam novas questões relativamente às quais não pôde ainda o legislador tomar posição, ou quando desaparecem os pressu-

⁽³⁾ Só se pode falar - como faz PAWLOWSKI, *Methodenlehre*, n.º 120 e segs. - de uma «Jurisprudência de valoração formal» enquanto esta se não pronuncie sobre a questão de se subjazem às leis valores jurídicos determinados («objectivos»), se a Constituição contém uma ordem de valores e como são identificáveis os valores (ou «aquel que é valioso») - questões que claramente se impõem de um modo imediato a uma «Jurisprudência de valoração».

postos de que partiu o legislador para efectuar a sua valoração, ou quando normas e regulações colidem entre si, sem ser possível descortinar a qual atribuiria o legislador prevalência em casos idênticos àquele que o juiz tem perante si. É aqui o juiz remetido para a sua intuição valorativa, para a sua capacidade de julgar, sedimentada no exercício da sua actividade (o seu «recto juízo»), o seu «parecer», ou existem valores e critérios de valoração extra ou supralegalis a que ele possa e deva arrimar-se? O problema complica-se quando se reconhece que em inúmeros casos, em que previamente se acreditara que através de uma mera subsunção da situação de facto dada à previsão normativa, forçosamente objecto de interpretação prévia, a norma legal seria suficiente, o que na verdade acontece é que tem lugar uma ordenação valoração ou se requer um juízo de valor para qualificar a situação de facto de determinado modo, em consonância com o indicado pela previsão normativa. E depois, prepondera ainda na ciência a ideia de que os «valores» são um acto de opção pessoal, não passíveis de uma fundamentação racional. Nesta linha de pensamento, chegasse inevitavelmente à conclusão de que em inúmeros casos - e não apenas em alguns «casos de fronteira» - subentra no lugar da valoração do legislador a valoração pessoal do juiz, a qual se subtrai a comprovação de acordo com um critério objectivo. Tal significaria para a ciência do Direito que uma comprovação de grande número de decisões de acordo com métodos «científicos» só lhe seria acessível de um modo limitado e que não estaria em ampla medida apta a prestar qualquer auxílio ao juiz na conformação dos juízos de valor que lhe são requeridos.

Ocorre ainda algo mais. A subsunção requer, como já se apontou, em muitos, se não na maioria, dos casos, que a norma à qual a situação de facto deva ser subsumida seja previamente interpretada, isto é, que seja estabelecido o seu sentido preciso e determinante. Igualmente, a interpretação das leis, como toda a compreensão de expressões alheias, tem lugar num processo que se não pode adequar às estritas exigências do conceito positivista de ciência. Exige, em rigor, a constatação dos factos e, assim, a constatação do texto e de toda e qualquer circunstância que possa vir a relevar para a interpretação. Exige ainda a observância da lógica. Uma interpretação que não seja conforme às regras da lógica é, consequentemente, incorrecta. Mas o que é específico na interpretação, ou seja, o apreender do sentido ou do significado de um termo ou de uma proposição no contexto de

uma cadeia de regulação, vai para além disso. Requerem-se também aqui considerações de razoabilidade, uma vez que as constatações empíricas ou as refutações não são - ou só o são em escassa medida - possíveis. Nesta medida, não se pode fechar completamente a porta a ingredientes «subjectivos». Uma vez que se trata, no entanto, de ponderações que requerem uma ratificação mediante operações do intelecto, e nesta medida susceptíveis de controlo, deve ter-se sempre presente a exigência colocada aos juristas de uma tanto quanto possível «objectivação» do processo de interpretação, objectivação que deixa assim de aparecer como impossível, e na sequência da qual se deve obter a decisão de acordo com a lei («correctamente entendida»). Alguns autores vão no sentido de que a metodologia jurídica conhece uma diversidade de critérios de interpretação, sem poder adiantar uma sólida hierarquização desses critérios, o que tomaria a interpretação mais ou menos discricionária, logo, «arbitrária». Se aderirmos à sua tese, acolheremos, a par disso, a ideia de que os juízos de valor são insusceptíveis de fundamentação racional, pelo que a possibilidade de a ciência jurídica conduzir à decisão «correcta» se nos apresentará como um quebra-cabeças. Dever-se-ia então concluir que é o juiz, caso a caso, que vai apurando o conteúdo da norma, e que a vinculação do juiz à lei ancorada na nossa tradição jurídica e escorada na Constituição não seria possível de efectivação, e que a pretensa supremacia da lei seria uma ilusão (4). A discussão metodológica adquire assim uma força detonadora no plano jurídico-constitucional. E é, em suma, o que acontece, pois que não é de todo possível ao juiz, na maioria dos casos, chegar à decisão «estritamente com base na lei», e, porque esta carece de interpretação e a interpretação é mais ou menos discricionária ou requer dele a emissão de um juízo de valor, subsiste a questão de se saber o que é que realmente motivou o juiz na sua decisão - no lugar da ciência normativa do Direito, que comprove como deva ele decidir, subentra uma ciência factual, uma psicologia ou uma sociologia judiciárias.

No entanto, a passagem a uma «Jurisprudência de valoração» só levará a tal resultado quando se sustente, sem limite algum,

(4) Assim, D. SIMÜN, *Die Unabhängigkeit des Richters*, 1975, pág. 88.

a posição de que os valores não são susceptíveis de fundamentação e, assim, passíveis de controlo racional, pelo menos em certa medida. A maioria dos defensores da «Jurisprudência de valoração» não vai todavia nesta linha. Defendem a possibilidade de enunciados susceptíveis de fundamentação sobre as valorações adequadas (no sentido de um dado ordenamento jurídico), mesmo que os fundamentos não sejam coagentes de um ponto de vista lógico. O jusfilósofo HANS RYFFEL observa acertadamente que, de acordo com a concepção de MAX WEBER, não pode a ciência produzir enunciados sobre a justeza dos juízos de valor, nisso residindo já uma objecção à ciência do Direito - «pois que esta se mantém e decai (no sentido rigoroso do termo), na maneira como tradicionalmente a si se comprehende, pela possibilidade de uma abordagem assente em critérios de comprovação das questões de justeza de valores, se bem que com recurso ao ordenamento jurídico vigente» (5). A ciência jurídica labora - o que será pormenoradamente explanado ao longo deste livro - com base em modos de pensamento como a analogia, comparação de casos, conformação de tipos e «concretização» de critérios «abertos» de valoração, que possibilitam essa abordagem. A passagem a uma «Jurisprudência de valoração» requer que a metodologia clarifique a especificidade destes modos de pensamento e a sua relação com os instrumentos tradicionais de pensamento (elaboração de conceitos, construção jurídica, subsunção).

A passagem a uma «Jurisprudência de valoração» só cobra, porém, o seu pleno sentido quando conexionada na maior parte dos autores com o reconhecimento de valores ou critérios de valoração «supralegais» ou «pré-positivos» que subjazem às normas legais e para cuja interpretação e complementação é legítimo lançar mão, pelo menos sob determinadas condições. Pode-se a este propósito invocar os valores positivados nos direitos fundamentais, especialmente nos artigos I.º a 3.º da Lei Fundamental, recorrer a uma longa tradição jusfilosófica, a argumentos linguísticos ou ao entendimento que a maior parte dos juízes tem de que é sua missão chegar a decisões «justas». A quase totalidade dos autores envolvidos na mais recente discussão metodológica partilha a concepção de que o «Direito» tem algo que ver com a «justiça», com

(5) H. RYFFEL, *Rechtssoziologie*, 1974, pág. 66.

a conduta socioeticamente correcta (6). O que ressalta a este propósito é todavia o facto de que neste contexto apenas, ou pelo menos primacialmente, pensam na solução justa de litígios judiciais, ou mais rigorosamente dito, na justiça do caso concreto. Assim, encontramos por exemplo em PAWLOWSKI⁽⁷⁾ a afirmação de que o propósito da sua exposição (relativa à metodologia) só poderia ser o «reelaborar os meios e modos do labor jurídico hoje comummente reconhecidos, mediante uma análise, segundo a qual se apresentem como adequados a facultar o (re)conhecimento da decisão 'correcta' (justa)». A crítica ao modelo do achamento da decisão mediante a subsunção lógica aponta também em grande medida para a justiça do caso. FIKENTSCHER, que considera imprescindível a subsunção, é impelido por esse facto a movimentar-se entre a norma legislativa geral e a decisão do caso singular - na medida em que tal decisão não seja antecipadamente dada num precedente -, a «norma do caso», a construir previamente pelo juiz e apenas à qual se pode subsumir. Pode detectar-se uma influência póstuma da Jurisprudência dos interesses na quase totalidade das abordagens do problema da decisão judicial) dos casos singulares.

Alguns autores que, como ESSER e KRIELE, pretendem que a escolha dos critérios da interpretação é arbitrária e se encontra assim na disponibilidade do juiz, vão ainda mais longe. Consideram um procedimento admissível que o juiz, quando a norma em questão carece de interpretação, forme em primeiro lugar o seu convencimento do que seria aqui a decisão «justa», por vias distintas da aplicação «canónica» da lei, e só então, de certo modo para efeitos de controlo, passe a procurar fundamentar na lei o resultado previamente obtido. Com isto, o resultado antecipadamente obtido determina a escolha do método e as valorações particulares requeridas. Mas como é que o juiz reconhece, independentemente da lei, aquilo que é, no concreto, «justo»?

(6) Neste sentido, COING, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 4.ª ed., pág. 150; FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts*, vol. III, págs. 426 e segs., 650 e segs., vol. IV, págs. 6, 188 e segs.; KRIELE, *Recht und praktische Vernunft*, de modo algo excessivo; MAYER-MALY, *Rechtswissenschaft*, pág. 97 e segs.; PAWLOWSKI, *Methodenlehre für Juristen*, n.º 4; ZIPPELIUS, *Das Wesen des Rechts*, págs. 67, 72 e segs.

(7) *Oh. cit.*, n.º 5.

Como uma possível via de conhecimento de se determinada decisão é ou não «justa», apresenta-se, em primeiro lugar, o sentimento jurídico. Evoque-se neste ponto HERMANN ISAY. Todavia, a própria questão do que seja o conteúdo de tal sentimento, o que é que é verdadeiramente «sentido», é desde logo polémica (8). Sobre tal questão nada mais se irá avançar⁽⁹⁾. Por «sentimento» refere-se todavia um processo psíquico que encerra uma opção ou valoração e que se expressa como uma aprovação ou desaprovação da decisão (assim proposta ou emitida). Tal expressão não pode ser senão a exteriorização de um processo psíquico do foro interno. No entanto, na maior parte das vezes, aquele que assim se expressa coenvolve a pretensão de um enunciado adequado ao facto sobre que ajuíza (a decisão). Alega que esta «é» justa (ou injusta), quer dizer, que lhe cabe o predicado «justa» (ou «injusta»). Tal afirmação requer daquele que afirma o proceder à sua fundamentação, sempre que alguém suscite dúvidas sobre a sua justeza (10); mas não basta para tal invocar o seu sentimento jurídico. Uma vez que esse sentimento não é senão o seu sentimento individual, qualquer outra pessoa poderá partilhar ou não partilhar desse sentimento; ninguém poderá afirmar que o seu próprio sentimento é mais infalível do que o de outrem. Só ao próprio surge como evidente o juízo unicamente assente

(8) Sobre este ponto, HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 2.ª 00., 1977, pág. 533 e segs.; BIHLER, *Rechtsgefühl, System und Wertung*, 1979, pág. 1 e segs.

(9) BIHLER, *oh. cit.*, pág. 35 e segs., pretende - ao arreio da opinião largamente dominante - que o sentimento jurídico enquanto tal não tem ainda nada a ver com a justiça - a referência a esta efectivar-se-ia somente com o enunciado de que algo seria justo - mas que seria a «tomada de posição espontânea» de um terceiro a favor de uma das partes de um conflito jurídico, que se consubstanciaria com base na «identificação parcial» do terceiro com a parte (cf. a sua definição a págs. 59). A «identificação parcial» poderia assentar na impressão pessoal, na configuração dos interesses ou outros factos (pág. 39). A meu ver, pode também o sentimento jurídico pronunciar-se sem que subsista qualquer relação entre «aquele que experimenta o sentimento» e aquelloutro a favor do qual ele se inclina; do mesmo modo, considero excessivamente restritiva a limitação a uma tomada de posição num caso litigioso de um terceiro não vinculado.

(10) No que estou de acordo com BIHLER (*oh. cit.*, pág. 54 e segs.).

no seu sentimento; para outros, caso não sintam do mesmo modo, não o será. O sentimento jurídico não é, assim, fonte de conhecimento de Direito; é todavia um factor que acciona o processo de conhecimento⁽¹¹⁾, na medida em que suscita a oportunidade de perguntar pelos fundamentos do que é que permite considerar como «correcto» o resultado que primeiramente foi achado «de acordo com o sentimento». O juiz - abstraindo do dever técnico-jurídico de fundamentação - não deve subtrair-se a esta questão e à sua resposta, sob pena de incorrer na censura de parcialidade ou de decisão «arbitrária».

Colocada a questão de como seria susceptível de fundamentação a afirmação de que precisamente *tal* decisão seria no caso vertente a decisão «justa», deparamos de novo com a questão de se os valores e o que é valioso são, em termos gerais, susceptíveis de reconhecimento em sentido racional. Igualmente, quando se sustente que é possível produzir algumas asserções fundamentadas sobre aquilo que são os ditames da «justiça», se bem que dessas asserções se não induza qualquer caminho directo para o seu conhecimento, aquilo que requer a justiça face a determinado caso consubstancia um juízo «justo». Aqui surge a «tópica», cuja pretensão de aplicabilidade à Jurisprudência foi levada a cabo por VIEHWEG ou, de um modo mais amplo, o procedimento de um discurso vinculado ao caso, o tratamento englobante dos problemas emergentes no caso com o objectivo de um consenso dos interlocutores, ou em termos gerais mais abstractos, a «aptidão de consenso» da solução proposta em conclusão. Em tal discurso são considerados relevantes os diversos pontos de vista («topoi») que se mostrem aptos a servir de argumentos pró ou contra a solução ponderada. De entre eles, o argumento sobre as consequências («que é que ocorria se fosse adoptada esta ou aquela solução») desempenha um papel de particular importância.

O facto de se esta ou aquela consequência (possível ou provável) é de antever suscita por si nova discussão. Em última análise, uma discussão assim prosseguida é infindável, pois que jamais se sabe se novos pontos de vista («topoi») que nunca foram considerados devem ser levados em conta. O que não vai contra a

(11) A partir do qual pode facultar a cada um de nós o acesso ao âmbito daquilo que é o Direito.

cientificidade do discurso, pois que a ciência nunca chega, como é da sua própria essência, «ao fim». O Juiz tem, contudo, de alcançar uma decisão. Pelo que se coloca a questão de como pode ou deve dar por concluído o diálogo (forçosamente consigo mesmo).

Se a solução de questões jurídicas é obtida pela via de um processo «argumentativo» - que não terá necessariamente de ser o da «tópica» - , então pergunta-se ainda quais são os argumentos que em geral são admissíveis na discussão jurídica, qual o peso relativo que se lhes atribui, qual o «valor posicional» a que tal ou tal argumento pode aspirar. A questões deste tipo procura uma teoria da argumentação jurídica responder. Se se centrar nos argumentos efectivamente utilizados no discurso jurídico, então virão a lume, no contexto de uma tal teoria⁽¹²⁾, questões como a interpretação da lei, critérios de valoração supralegal, o alcance dos «precedentes» ou do «argumento sobre as consequências», ou seja, a maior parte das questões da metodologia «clássica». Questões que não podem ser iludidas.

A passagem a uma Jurisprudência de valoração, a crítica ao modelo de subsunção e, por último, a preponderância da justiça do caso, bem como do procedimento «argumentativo», levaram a uma renovada discussão da possibilidade e utilidade da construção do sistema na ciência do Direito. Já HECK tinha feito a distinção entre «sistema externo» e «sistema interno». Trata-se de um lado da ordenação do material jurídico num sistema classificatório de conceitos, e de outro, da revelação de pensamentos jurídicos gerais, do evitar contradições valorativas, da concretização de princípios jurídicos nos conteúdos de regulação e na jurisprudência dos tribunais. Os defensores do pensamento tópico recusam a relevância do sistema para a decisão do caso singular. Os juízes, para quem se trata de cobrar a justiça do caso e, além disso, procurar a concordância das decisões, devem tê-lo em pouca conta. Na verdade, a ciência do Direito procede ainda hoje genericamente de um modo sistemático, mesmo quando aqui e acolá argumenta «topicamente». O que tem fundamentos substanciais. As normas jurídicas apresentam-se em determinadas cadeias de

(12) Significativa a este propósito é a obra de ALEXY, *Theorie der Juristischen Argumentation*.

regulação. Consequentemente, as normas têm de se harmonizar entre si, de tal modo que se possa evitar a ocorrência de decisões contraditórias. Uma ciência do Direito que aspira a mais do que registar e comentar normas e decisões singulares tem de ter isso bem presente, o que significa proceder também sistematicamente (3).

No que se segue, pretende-se expor de forma abreviada os pontos de vista de alguns autores mais representativos da discussão metodológica relativamente aos problemas mencionados. Em jeito de conclusão, uma breve perspectiva sobre a actual discussão entre os cultores da filosofia do Direito relativa ao conceito de justiça que, a par da discussão metodológica, coloca no centro do debate a questão de se se podem produzir enunciados racionalmente informados e susceptíveis de fundamentação sobre valores (ou princípios éticos), se relativamente a estes há algo mais do que meras «vacuidades». Além disso, nenhuma discussão deixa de influir nas outras, tanto mais que, em alguma medida, se trata dos mesmos autores.

2. A questão dos critérios de valoração supralegais

Se a decisão de um litígio exige amiúde um juízo de valoração - *V.g.*, o de que determinada conduta indica «negligência grave» - ou uma «ponderação» de distintos interesses ou «bens», importa saber se existem critérios pelos quais o juiz possa orientar o seu julgamento ou se, pelo contrário, será inevitavelmente inspirado pelo seu sentimento «subjectivo» ou pela sua opinião. Esta questão foi há já bastante tempo objecto de investigação por parte de ZIPPELIUS, mas precisamente tendo em vista os direitos fundamentais, os quais são em larga medida formulados ao modo de conceitos «que carecem de preenchimento» e cuja aplicação requer um juízo de valor (14). Levanta a questão de se saber «em que sentido é que se pode orientar a decisão valorativa, se e em

(13) Sobre a função da construção do sistema, MAYER-MALY, pág. 67 e segs.

(14) ZIPPELIUS, *Wertungsprobleme im System der Grundrechte*, 1962.

que medida podemos e devemos arrimar-nos a uma ordem normativa objectiva, porventura supralegal, e em que medida subsiste um espaço decisório no âmbito do qual se pode apenas decidir com base na intuição axiológica pessoal, ou até mesmo se tal intuição não constitui aí sequer ponto de apoio (5). Principalmente nos seus escritos ulteriores (6), chama a atenção para o facto de que todos nós temos «vivências de valores», que enquanto conteúdos de consciência são susceptíveis de evocação e que são comunicáveis e passíveis de serem apreendidas por diferentes pessoas enquanto concordantes. Decerto que as vivências de valores das pessoas são frequentemente discordantes. «A dificuldade não consiste em identificar vivências de valores concordantes como fundamento de um conhecimento da justiça, mas em obter de facto uma ampla base de vivências valorativas» (17).

A bússola das valorações do juiz (ou dos agentes da Administração) vê-a ZIPPELIUS «no *ethos* jurídico dominante na comunidade» nas «concepções dominantes de justiça» (8). O «*ethos* jurídico dominante» não consiste numa soma de processos ao nível da consciência, mas no *conteúdo* de consciência de uma multiplicidade de indivíduos; é «espírito objectivo», no sentido da teoria dos estratos de NICOLAI HARTMANN (9). Fontes de conhecimento desse «*ethos* jurídico dominante» são, antes do mais, os artigos da Constituição relativos a direitos fundamentais, outras normas jurídicas, e ainda «proposições jurídicas fundamentais da actividade jurisprudencial e da Administração, os usos do trâfego e as instituições da vida social»; um «uso tradicional», mas apenas «quando constitui expressão da concepção valorativa dominante» (20). A normatividade do *ethos* jurídico dominante fundamenta-a ZIPPELIUS em que, uma vez que exprime a con-

(15) *Ob. cit.*, pág. 11.

(16) *Das Wesen des Rechts*, 4.ª ed., 1978, pág. 114 e segs.; *Juristische Methodenlehre*, 4.ª ed., 1985, pág. 12 e segs.; *Rechtsphilosophie*, 2.ª ed., 1989, pág. 129 e segs.

(17) *Das Wesen des Rechts*, pág. 116.

(18) *Wertungsprobleme*, pág. 131 e segs.; *Wesen des Rechts*, pág. 123 e segs.; *Juristische Methodenlehre*, págs. 12 e seg., 21.

(19) *Wertungsprobleme*, pág. 135 e segs.

(20) *Wesen des Rechts*, pág. 128 e seg.; *Wertungsprobleme*, pág. 155; *Rechtsphilosophie*, pág. 149 e segs.

vicção da maioria, garante um «consenso ao máximo abrangente»⁽²¹⁾. Este argumento subjaz aliás à objecção de PAWLOWSKI de que o assentimento da maioria relativamente a determinada conduta não permitiria ainda tomar tal valoração vinculativa para a minoria⁽²²⁾. Na verdade, o princípio maioritário não é, enquanto tal, critério de justeza, mas, no entanto, ZIPPELIUS refere com o «*ethos jurídico*» apenas as ideias que podem compreender-se como a concretização da *ideia de Direito*, dos princípios básicos de uma ética da vida social, facto que não deixará de importar para que aspirem a um reconhecimento. Uma vez que o juiz aplica o Direito em nome dessa comunidade jurídica, só pode ter em conta a Ética nela vigente, que pervive (em maior ou menor grau) nos membros dessa comunidade, conformando-lhes o comportamento e o critério de julgamento. Nesta medida, damos razão a ZIPPELIUS. O conceito de «*ethos jurídico*» encerra um elemento empírico e um elemento normativo, não indica apenas os resultados de um inquérito de opinião.

ZIPPELIUS consegue ver também os limites que se deparam a tal procedimento do juiz. As valorações que se expressam nas proposições jurídicas, mesmo nas da Constituição, «não se concatenam em uma ordem de valores desprovida de lacunas»⁽²³⁾. As ideias valorativas dominantes sofrem uma permanente mutação; e seriam também manipuláveis⁽²⁴⁾. Em períodos de fortes mutações de ideias, poderia ser problemática a questão de «se tal opinião ainda é ou é sequer dominante»⁽²⁵⁾. O *ethos jurídico* dominante não dá resposta unívoca a muitas questões. O juiz não tem então outro recurso senão decidir de acordo com as suas «ideias pessoais de justiça», ou, quando estas não cobram a resposta, de acordo com «ponderações de adequação a fins»⁽²⁶⁾. Esta conclusão surge a muitos como errónea. O que é importante e deve ficar assente é a noção de que os «valores», enquanto conteúdos

(21) *Wesen des Rechts*, pág. 119 e seg.; *juristische Methodenlehre*, pág. 21.

(22) PAWLOWSKI, *Methodenlehre für Juristen*, n.º 152 e segs.

(23) *Wertungsprobleme*, pág. 157.

(24) *Wesen des Rechts*, pág. 133.

(25) *Wertungsprobleme*, pág. 195.

(26) *Wertungsprobleme*, pág. 196; *Einführung*, pág. 25; *Rechtsphilosophie*, pág. 153.

de consciência, não são idênticos aos actos em que são vivenciados, que os «valores» são assim partilháveis e susceptíveis de complementação mediante processos de pensamento e, acrescentamos nós, comunicáveis mediante analogia de acções susceptíveis de comparação ou outras situações. Ainda aqui se trata não dos actos de valoração, que enquanto tais ocorrem uma vez só, não são repetíveis, e assim não são transmissíveis, mas dos conteúdos, as *valorações*.

Em diversos ensaios que publicou conjuntamente sob o título *Wertung und Abwägung im Recht* (Valoração e Ponderação no Direito) pretende HEINRICH HUBMANN⁽²⁷⁾ demonstrar que os valores não são dados apenas no sentimento, mas que «também a razão tem a eles uma via de acesso». Os valores seriam «objectivos» (no sentido de terem uma validade geral) «sempre que não surjam como valiosos apenas ao indivíduo singularmente considerado, mas para todos, ou seja, que possam trazer satisfação e plenitude à pessoa, de acordo com a sua própria essência»⁽²⁸⁾. Assim seriam possíveis conclusões relativamente a valores «mediante a indagação e o conhecimento da natureza humana». Então, na medida em que tais valores são relevantes para a convivência humana, deles decorrerão normas de moral social, que são pré-dadas ao Direito e pelas quais ele se terá de orientar⁽²⁹⁾. Constituem, segundo HUBMANN um Direito natural, em sentido literal, enquanto Direito que exprime a natureza humana. No entanto, HUBMANN, não vê nele, de modo algum, um sistema de regras directamente aplicáveis, fechado sobre si mesmo. Os valores não têm apenas uma distinta «hierarquia», a sua idoneidade para prevalecer no caso singular depende exclusivamente das circunstâncias de cada caso. Assim, pode um valor de «escalão superior» ceder perante um de «escalão inferior», quando este vá ao encontro de uma necessidade elementar da vida, que permaneceria de outro modo insatisfeita⁽³⁰⁾. Daqui, bem como da diversidade do sentimento valorativo e jurídico de cada indivíduo, e ainda de outros fundamentos, decorreria a impossibili-

(27) HUBMANN, *Wertung und Abwägung im Recht*, 1977.

(28) *Ob. cit.*, págs. 8, 14.

(29) *Ob. cit.*, pág. 112 e segs.

(30) *Ob. cit.*, págs. 20 e segs., 118 e segs.

lidade de um «conhecimento pleno de Direito natural». Poderíamos no entanto reconhecer «verdades parciais de Direito natural» e já teríamos mesmo reconhecido tais verdades⁽³¹⁾. O juiz poderia e deveria recorrer a tais verdades parciais reconhecidas - tal é claramente a opinião de HUBMANN - onde não pudesse extrair a valoração que lhe é requerida, nem das leis, nem da moralidade jurídica dominante, nem das vivências valorativas, «para as quais as decisões dos tribunais representam um repositório de experiências»⁽³²⁾. Mais adiante apresenta HUBMANN algumas regras para a inferência de valores a partir de outros valores e «regras de preferência».

De «conteúdos axiológicos atemporais», que «se manifestam nas proposições jurídicas fundamentais» e, nesta sequência, de um Direito natural como «súmula de proposições de justiça» fala HELMUT COING na sua *Rechtsphilosophie* (Filosofia do Direito)⁽³³⁾. Como aí acede e o que é que mais exactamente por tal entende será exposto somente no contexto da discussão sobre a justiça. No capo VI do seu livro, dedicado à metodologia jurídica, afloram estas ideias, no fundo, de um modo acessório. Na secção sobre o desenvolvimento judicial do Direito, considera primacialmente o problema das lacunas. Relativamente ao processo de preenchimento de lacunas, trata-se em primeiro lugar de desenvolver os interesses em jogo no caso. Em seguida, dever-se-ia «encontrar os possíveis pontos de vista de regulação, compará-los e proceder à sua recíproca ponderação». Neste ponto, poderia o Direito comparado oferecer uma ajuda decisiva.

Do mesmo modo deveria comprovar-se «se a lei singularmente considerada contém em algum lugar pontos de vista passíveis de aplicação, no sentido de uma solução do problema materialmente adequada». E finalmente, seria de «recorrer aos aspectos conhecidos da justiça, os princípios da justiça»⁽³⁴⁾. Nesta medida cobrariam eles significado, mesmo para a mera aplicação da lei. Esta teria como missão «fazer valer na solução do caso

concreto as ideias de justiça e os pensamentos teleológicos que são imanentes à lei e decidi-lo em conformidade com eles»⁽³⁵⁾. Aqui não seria suficiente o processo de subsunção. E não seria suficiente, porque a previsão legal seria ela própria conformada em obediência a pontos de vista valorativos. Por isso, a aplicação da lei requereria que o juiz, face a determinada situação factual, evocasse a valoração da lei e achasse a sua decisão em conformidade com tal valoração. Necessitar-se-ia para tal da elaboração racional dos valores subjacentes à lei, a fim de que o juiz pudesse proceder a um auto controlo aquando da valoração da situação factual⁽³⁶⁾. COING repudia expressamente a ideia de que uma valoração seja sempre um processo «irracional»⁽³⁷⁾.

Não põe em dúvida que, conhecidos os valores enquanto tal na sua substância, se possam executar as valorações reconhecidas, e que o juiz deva retirar das valorações da lei por ele identificadas o fio de prumo das valorações a empreender em relação aos elementos da situação factual subjacente. Com isto, apresenta-se COING como um típico representante de uma Jurisprudência de valoração que se desprendeu da Jurisprudência dos interesses.

De onde é que provêm os critérios de valoração que se fazem valer, quando tais critérios não são susceptíveis de ser extraídos do Direito legislado com suficiente clareza, é para BYDLINSKI não apenas uma, mas precisamente a questão fundamental da Jurisprudência de valoração⁽³⁸⁾. Não é suficiente, segundo ele, a alusão às concepções valorativas comummente reconhecidas ou mesmo preponderantes na comunidade jurídica. Ao invés, carecem estas de uma «selecção mediante categorias jurídicas». Tais critérios vê-os ele nos princípios jurídicos, que também aqui neste livro são considerados como directrizes, que operam a mediação entre a ideia de Direito (ou os valores jurídicos de escalão superior) e as regulações de um Direito positivo. A selecção necessária de valores sociais, comum ou dominantemente reconhecidos, a partir da sua «relevância jurídica», decorreria «mediante a sua comprovação ascendente», o comprovar-se se na sua substância

(31) *Oh. cit.*, pág. 140 e segs.

(32) *Oh. cit.*, pág. 13.

(33) HELMUT COING, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 4.ª ed., 1985, pág. 214.

(34) *Ob. cit.*, pág. 346 e segs.

(35) *Oh. cit.*, pág. 337.

(36) *Oh. cit.*, pág. 338.

(37) *Oh. cit.*, págs. 112 e segs., 336.

(38) BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 1982, pág. 128.

se podem representar como concretização da ideia de Direito em relação à sociedade historicamente dada, e em sentido «descendente», se forem reconhecíveis como ideias directrizes de regulações jurídico-positivas⁽³⁹⁾.

Com este ponto de partida, passa BYDLINSKI a procurar indicar, com o fito de desenvolver mais cabalmente a «Jurisprudência de valoração», métodos racionais de conhecimento de valores e de transposições de valores (em situações fácticas a valorar idênticamente), de modo a que o domínio residual ainda subsistente, no qual o juiz apenas pode operar de modo «decisionístico», se apresente tão reduzido quanto possível. Atribui, nesse ponto, valor decisivo à diversidade de modos de pensamento e métodos jurídicos, desde a técnica de subsunção, com o seu proceder estritamente lógico, passando pelos diversos estádios ou passos da interpretação e complementação da lei, até à busca e concretização de princípios jurídicos, a um «sistema móvel», no sentido de WILBURG^(39a), e à comparação de tipos. Mais uma vez, volta a opor-se a que se qualifique *um* destes modos de pensamento de per si como o único método jurídico. Nestes termos, adquire a questão da ordenação hierárquica destes modos de pensamento uma importância central. BYDLINSKI sustenta a esse propósito que o juiz tem de buscar a solução de uma questão jurídica que lhe seja submetida primeiramente no trilho da lei, na sua interpretação e desenvolvimento conforme ao seu sentido. Dirige uma crítica acerba a todos aqueles que recomendam ao juiz um procedimento diverso, e assim também a alguns autores cujas posições adiante se virão a expor. Requer do juiz, todavia, a par de um procedimento primariamente dirigido à lei, um «controlo coadjuvante segundo os critérios da ideia de Direito». Quando logo os primeiros passos do procedimento metódico - nomeadamente a interpretação da lei no seu sentido literal e o contexto sistemático - o conduzam a um resultado unívoco que resista igualmente ao teste do «controlo coadjuvante», pode o juiz, segundo BYDLINSKI, dar por terminada a sua missão e renunciar a outras indagações, as mais das vezes de maior complexidade. Se assim não ocorrer, tem de lançar mão a considerações históricas, e,

⁽³⁹⁾ *Ibid.*, pág. 133.

^(39a) Cf. o último capítulo, 2d e 3a.

não se oferecendo estas, a considerações teleológicas objectivas, e eventualmente completar a lei lacunosa pela via da analogia ou da redução teleológica, ou então mediante recurso a princípios jurídicos gerais. BYDLINSKI fala de um «emprego gradual e subsidiário dos métodos, de acordo com as necessidades». Sustenta que o juiz resolve completamente o problema jurídico suscitado pelo caso que lhe é dado decidir, «sempre que possa ser demonstrado que determinada decisão do caso problemático apresentado exprime o Direito positivo e está em harmonia com a ideia de Direito»⁽⁴⁰⁾. Deverá prosseguir os seus esforços até chegar a tal resultado; pelo contrário, não lhe seria permitido corrigir o Direito positivo em consonância com a ideia de Direito, abstraindo dos casos manifestos de Direito injusto. No entanto, uma «mudança de função» da norma jurídica, tomando em conta a alteração das relações no domínio da norma, poderia justificar um afastamento da interpretação até aí oferecida.

BYDLINSKI procura aceder, a partir dos métodos da Jurisprudência de valoração por ele expostos, ao conceito de Direito que lhe é subjacente, um conceito de Direito «vinculado a valores». Em vez de, como a maioria dos autores, deduzir postulados metodológicos de uma concepção do Direito já estabelecida, parte dos métodos jurídicos que são na realidade utilizados e, a partir daí, procura conformar de novo o conceito de Direito. Esta é uma via legítima, que certamente não logrará o convencimento de todo aquele para quem não são de «ter em estima» estes métodos, nem a Jurisprudência em geral. E, ao longo do seu percurso, não deixará de abordar questões como as da relação entre ser e dever ser, as da teoria sancionatória do Direito e a teoria imperativista, ou seja, o tomar posição perante questões que se incluem nas interrogações fundamentais da filosofia do Direito. Com o que se confirma mais uma vez o nexo indissolúvel que intercede entre todas estas questões. E o livro de BYDLINSKI vem a tornar consideravelmente mais clara esta cadeia de interrelações.

Num outro escrito^(40a), trata BYDLINSKI de evidenciar «o teor fundamental de um estrato de princípios ético-jurídicos rectores como parte constitutiva do Direito e, deste modo, como

⁽⁴⁰⁾ *Ob. cit.*, pág. 559.

^(40a) BYDLINSKI, *Fundamentale Rechtsgrundsätze*, 1988.

objecto legítimo da ciência do Direito» (40b). Estes princípios não são postos em vigência pelo legislador, mas estão já pressupostos sempre que de Direito se trate. Distinguem-se do Direito natural em sentido tradicional, na medida em que não são imutáveis. Surgem por si próprios na sociedade, independentemente da vontade de um legislador e desenvolvem-se «num certo sentido, de modo espontâneo» (40c). No caso de uma contradição, tem precedência o de escalão mais elevado; os de igual escalão têm de, na medida do necessário, ceder entre si. Quanto mais genéricos e, portanto, vagos, tanto mais fundamentais são, na verdade, os princípios, pois que tal não preclui que eles possam ter afloramento num determinado conteúdo enunciativo e, com isso, que possam actuar de modo determinante na legislação e na aplicação do Direito. Mesmo quando deixam em aberto várias possibilidades, excluem outras, são mais que meras «fórmulas vazias», codeterminam o trabalho dos juristas em todos os graus. BYDLINSKI enumera uma série de princípios jurídicos que considera como fundamentais, sem suscitar a pretensão que tal enumeração seja exaustiva.

Que os princípios ético-jurídicos são uma parte constitutiva necessária do Direito vigente sublinha-o igualmente RALF DREIER, num ensaio sobre o conceito de Direito (40d). A este propósito, e também contra o positivismo, alega duas razões. Em primeiro lugar, uma norma manifestamente injusta, que colide de modo fundamental com princípios éticos, não pode aspirar a ter validade jurídica. Isto mesmo foi já aceite pelo Tribunal Constitucional, na sua jurisprudência sobre as leis da raça do nacional-socialismo. Em segundo lugar, existiriam imanentes a todas as ordens jurídicas desenvolvidas princípios que «por força da sua estrutura e da fundamentação da sua validade rebentam com o conceito positivista de Direito». E isto fá-lo-iam porque «convertem em dever jurídico a realização approximativa de um ideial moral» (40e). Por isso, no conceito de Direito teria de ser

(40b) *Oh. cit.*, pág. 115.

(40c) *Oh. cit.*, pág. 3.

(40d) In: *NJW* 86, 890. Cf., a este propósito, para além dos ensaios de HOERSTER referidos nas notas seguintes, KRAWIETZ, in: *RTh* 1987, pág. 209 e segs.

(40e) *Oh. cit.*, pág. 892.

acolhido, de par com o carácter normativo e um mínimo de eficácia social, um mínimo de aptidão de justificação ética. Em sentido contrário, pretende HOERSTER ater-se ao conceito positivista de Direito. A sua opinião é de que um Direito positivo poderia incorporar exigências da Moral mediante as correspondentes disposições legislativas ou mediante Direito consuetudinário. Assim sendo, essas exigências têm validade jurídica não já por causa do seu conteúdo, mas por força de um acto de estatuição do Direito. Em contraposição a isto, BYDLINSKI e DREIER são de opinião de que a presença de tais normas no Direito positivo não é fortuita, mas é, desde logo, reclamada pelo conceito de Direito.

A ciência do Direito como ciência que procede teleologicamente é também o tema do escrito de INGO MITTENZWEI (40f). As normas jurídicas prosseguem sempre determinados fins, e, de entre esses, não apenas os do legislador do momento, mas também «fins objectivos da ordem jurídica, os quais são reclamados tão-somente pela racionalidade intrínseca da ordem jurídica» (40g). Entre esses fins existe necessariamente uma hierarquização, que, mais uma vez, não depende da discricionariedade do legislador. O pensamento teleológico é pensamento a partir de fins; é simultaneamente pensamento a partir do todo que lhe é supraordenado. A interpretação teleológica, incluindo a das proposições jurídicas, é, por isso, «a evidenciação e desenvolução do sentido e do fim de partes, em relação com um todo pensado, orgânico, quer dizer, funcionalmente estruturado» (40h).

Se pusermos a questão da justiça, não a encontraremos, segundo MITTENZWEI, fora do Direito positivo, num «Direito natural» pensado em separação dele, mas apenas dentro do seu quadro, na medida em que faça jus ao predicado de ordem justa. De rejeitar é tanto o intento «de jogar um qualquer elemento ou momento do natural na pessoa contra a ordem jurídica positiva» como também «o intento de legitimação de uma ordem jurídica positiva concreta a partir de uma estrutura de ordenação natural» (40i). «Direito justo» é, nesta perspectiva, um Direito

(40f) INGO MITTENZWEI, *Teleologisches Rechtsverständnis*, 1988.

(40g) *Oh. cit.*, pág. 272.

(40h) *Oh. cit.*, pág. 46.

(40i) *Oh. cit.*, pág. 36.

POSItivo que, como um todo, nos seus princípios rectores e na sua concatenação, corresponda, no quadro das relações presentes, à ideia de uma ordem justa. Na sustentação desta sua concepção louva-se MITTENZWEI, com fundamento, repetidamente em HEGEL (40j). A ideia de Direito é, nessa conformidade, a ideia de uma comunidade, que efectiva a liberdade de todos de um modo equilibrado.

3. Conteúdo da norma e estrutura da realidade

Os defensores da Jurisprudência de valoração, provenientes da Jurisprudência dos interesses ou ligados à filosofia dos valores de MAX SCHELER e NICOLAI HARTMANN, tratam de confrontar os interesses reais e as relações de poder com o valor ideal ou critério de valoração a que se orienta a valoração empreendida pelo legislador ou pelo juiz. A isso subjaz a separação estrita entre ser e dever ser, ou entre um domínio dos valores e um domínio da realidade, que se nos tornou conhecida a partir do neokantismo e sem a qual - mesmo que possa não ser a última palavra - a ciência jurídica não pode de facto subsistir. Não pode assim decerto ser enfatizada, como se o conteúdo de um dever ser pudesse ser estabelecido sem observância das relações de ser, para as quais ou no âmbito das quais deva valer. Que tal não ocorre é também comumente reconhecido; neste sentido, HEINRICH HENKEL (41), ele próprio defensor da filosofia dos valores^{40j}, e, pormenoradamente, ZIPPELIUS (42), no que toca às condicionantes ontológico-antropológicas e socioculturais do Direito, falam da determinação material do Direito e da sua «vinculação básica às realidades». O Direito, sublinha, «é assim determinado de um modo profundo no seu conteúdo pelas relações naturais e sociais, que o ordenam ou com as quais o seu ordenamento se conexiona». Ao mesmo tempo não deixa de sublinhar, no entanto, que «as normas de dever ser não podem ser

(40j) *Ob. cit.*, pág. 176 e segs.; cf. igualmente, a este propósito, pág. 176.

(41) HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie*. 2.ª ed., 1977, pág. 234 e segs.

(42) ZIPPELIUS, *Rechtsphilosophie*, 2.ª ed., 1989, pág. 46 e segs.

inferidas dos factos». Assume uma posição céptica perante a ideia de «natureza das coisas», na medida em que esta coenleva a afirmação de que é nas estruturas da realidade que «reside o parâmetro daquilo que verdadeiramente deveria acontecer» (43).

Igualmente ENGISCH (44) procura confinar a ideia de «natureza das coisas» àquilo que é «pré-dado» e que, por seu turno, se torna «objecto» de valoração e regulação jurídicas; recusa um conceito que de modo imediato «antecipe com cariz de imanências quaisquer pensamentos jurídicos às relações da vida a regular». Da estrutura material das relações da vida a regular não se podem inferir quaisquer consequências para a regulação e para a decisão concreta de um problema de regulação. No entanto, é isso precisamente o que pretende FRIEDRICH MÜLLER, considerando que tal constitui uma parcela da incumbência da concretização da norma conferida ao juiz.

MÜLLER contesta a contraposição estrita entre ser e dever ser, entre a norma e a realidade a que ela se dirige. Indaga sobre «a estrutura no fundamental comum da concretização normativa referida ao caso» (45), sendo que para ele «concretização» não significa apenas densificar a norma que é dada, torná-la «mais concreta», mas produzir pela primeira vez a norma de acordo com a qual o caso é então decidido (46). Para exprimi-lo com as suas palavras: «Este conceito designa não a circunscrição de uma dada norma geral ao caso, mas o produzir de uma norma jurídica geral no quadro da resolução de um determinado caso» (47). MÜLLER acentua repetidamente que a norma que está na lei, o «texto da norma», não é a norma de acordo com a qual o caso vem afinal a ser decidido, não é a «norma decisória», mas apenas o ponto de partida para a sua construção, ponto de partida mediante o qual o caso é tratado. A decisão teria de ser apenas compatível com o texto da norma; este constituiria a baliza da concretização possível da norma. Tal resulta,

(43) *Ibid.*, pág. 95.

(44) ENGISCH, *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit*, 1971, pág. 238.

(45) FRIEDRICH MÜLLER, *Juristische Methodenlehre*, 3.ª 00., 1989, pág. 20.

(46) *Ibidem*, pág. 27.

(47) FRIEDRICH MÜLLER, *Richterrecht*, 1986, pág. 47.

no juízo de MÜLLER, de razões jurídico-constitucionais. No res-tante, o que vale é; «A norma não está acabada e aplicável. O seu sentido completa-se apenas e sempre na concretização» (48). Só na argumentação jurídica obtém o texto o seu significado, só aqui é produzida a base decisória da sentença (49).

A norma a construir, prossegue MÜLLER, é constituída por duas componentes, o «domínio da norma» e o «programa da norma» (50). Aquilo que constitui o «domínio da norma» são os factos «que podem estar tematicamente em conexão com a norma em questão» (51), por outras palavras: o sector da realidade da vida que é possivelmente interpelado pela norma. O programa da norma é a «pauta ordenadora» obtida no decurso da interpretação do texto da norma (52). Fica por esclarecer como é que a construção da norma com base nestas duas componentes ocorre em si. Aquilo em que certamente se pensa é num «ir e vir da perspectiva», em primeiro lugar entre a situação de facto e o texto da norma chamada à colação, e, subsequentemente, entre a situação de facto que é assim circunscrita e as normas reconhecidas como pertinentes. A isto segue-se a construção, pelo adaptador, da norma que é aqui adequada. Por último, «estão os centros gravitacionais entre os quais oscila a perspectiva do adaptador do caso, a norma jurídica acabada de obter com base no programa da norma e no domínio da norma e a situação de facto individual» (52a).

Certo é que a norma, que está na lei, carece para ser aplicada de clarificação e precisão e é esta a obra que se exige do juiz. Mas isto não quer dizer que é este que por si constrói a pauta, com a qual procede à mensuração do caso. A interpretação da norma não pode resultar ora de determinada maneira, ora de maneira diversa. O juiz não tem que encontrar uma norma precisamente apenas para este caso, mas aplicar a norma que lhe é

(48) FRIEDRICH MÜLLER, *Strukturiende Rechtslehre*, 1984, pág.66.

(49) *Juristische Methodenlehre*, 3.ª ed., pág. 157.

(50) Cf. *Strukturiende Rechtslehre*, págs. 232, 263, 270 e outros lugares.

(51) *Ob. cit.*, pág. 252.

(52) *Ob. cit.*, pág. 263.

(52a) *Ob. cit.*, pág. 336.

dada, do modo que reconhecer como «correcto», a cada um dos casos que lhe seja presente. Uma vez que, segundo MÜLLER, a decisão assenta *sempre* na norma que o próprio juiz constrói, todo o Direito aplicado por um tribunal é para ele «Direito judicial» (52b). Tal não é de aceitar na sua globalidade. Face à quota indesmentível da actividade decisória judicial no Direito que flui da aplicação, a quota da legislação é avaliada por MÜLLER, na nossa opinião, em termos demasiado escassos.

O mesmo vale para o escrito de RALPH CHRISTENSEN sobre a vinculação à lei (52c), onde desenvolve as ideias de FRIEDRICH MÜLLER, sobretudo numa perspectiva de ciência da linguagem. Também CHRISTENSEN só consegue conceber a aplicação de uma norma como processo de preenchimento ulterior e de concretização da norma. Uma vez que reconhece, acertadamente, que só neste processo é que o juiz cumpre a sua missão, sustenta que é o juiz quem assim constrói por si próprio a norma, na qual vem então a subsumir o caso. A norma, tal como está na lei, o «texto da norma», constituiria somente o ponto de partida para a actividade judicial. Ela seria, abstraindo das exceções, excessivamente indeterminada e plurisignificativa para que a ela se pudesse vir a subsumir. Para se poder decidir o caso seria necessária a construção de uma norma mais estrita, a <<norma decisória>>, que seria expressa nas bases decisórias da sentença judicial e que em primeira mão decidiria o caso. Seria um erro acreditar «que a norma jurídica como base decisória de uma sentença está já dada no texto da norma» (52d). CHRISTENSEN louva-se directamente em FRIEDRICH MÜLLER na defesa deste ponto de vista. A base decisória de uma sentença não estaria simplesmente no texto da norma, mas teria de ser elaborado em primeira mão pelo juiz (52e). O que não é a este respeito compre-

(52b) Nestes termos, na sua contribuição «Richterrecht - rechtstheoretisch formuliert» (Direito judicial - formulação justorética), na colec-tânea *Richterliche Rechtsfortbildung* (Desenvolvimento judicial do Direito), 1986, págs. 65 e segs., 80 e segs.

(52c) RALPH CHRISTENSEN, *Was heißt Gesetzesbindung? Eine rechtslinguistische Untersuchung*. (O que significa a vinculação à lei? Uma indagação jurídico-lingüística), 1989.

(52d) *Ob. cit.*, pág. 68.

(52e) *Ob. cit.*, pág. 38; cf. igualmente pág. 20 e segs

dido é que a aplicação de uma norma não é possível apenas por via de uma simples subsunção.

Se o texto legal não é já a norma à qual o JUIZ orienta a sua decisão, então qual a importância que lhe cabe? A esta questão responde CHRISTENSEN que a decisão do juiz teria de ser «imputável» ao texto da norma criado pelo legislador. A imputação teria de «vir a ser comprovada de acordo com os critérios metodológicos jurídico-constitucionalmente firmados»⁽⁵²⁾. O que é que tal queira dizer permanece obscuro. Se se quer dizer que o juiz está vinculado não ao texto legislativo mas sim aos princípios válidos para a sua interpretação, então ele está com isso indirectamente de novo vinculado à lei. Nesta base, é difícil de aceitar a rejeição enfática de uma qualquer vinculação ao texto legislativo.

ARTHUR KAUFMANN parte da ideia de que as relações da vida a que se referem as normas jurídicas pertencem já a uma realidade estruturada em si à qual, uma vez que se trata de relações de interacção humana, subjaz já um sentido. Ele desenvolve esta concepção nos quadros de uma postura filosófica global, de uma ontologia que se coloca na tradição de ARISTÓTELES, de TOMÁS DE AQUINO e também de HEGEL⁽⁵³⁾. «Dever ser» e «ser» ou «valor» e «realidade» não devem ser concebidos nesta ordem de ideias como dois domínios completamente dispare, mas como vinculados entre si, como interrelacionados, como reciprocamente «correspondentes» mesmo antes já da «estatuição» das normas. Como conceito-chave surge a «natureza das coisas»⁽⁵⁴⁾, precisamente naquele sentido em que ENGISCH e ZIPPELIUS, ambos intelectualmente na tradição do neokantismo, não queriam permitir que valesse. Em toda a estatuição e achamento do Direito, trata-se de levar o dever ser e o ser a «corresponderem-se». Tal, porém, não poderia ocorrer na linha de um silogismo lógico, mas apenas na linha de elaboração de uma analogia⁽⁵⁵⁾, pois que a norma e a situação de facto não seriam nunca completamente idênticas, mas apenas semelhantes, e isso exactamente

⁽⁵²⁾ *Ob. cit.*, pág. 300.

⁽⁵³⁾ KAUFMANN, *Analogie und «Natur der Sache»*, 2.ª ed., 1982, pág. 19 e segs.; mais pormenoradamente: «Die ontologische Struktur des Rechts», in: *Rechtsphilosophie im Wandel*, 1972, pág. 104 e segs.

⁽⁵⁴⁾ *Analogie und «Natur der Sache»*, pág. 44 e segs.

⁽⁵⁵⁾ *Ibid.*, págs. 18, 37 e segs.

naquilo que constitui o seu sentido. O sentido da lei não se dá a entender, como pretende a metodologia tradicional, nos «conceitos legislativos abstractos e, por isso mesmo, em grande medida vazios de sentido», tendo-se ao invés de «apreender algo de mais vivo, as situações concretas da vida que se oferecem à observação. O 'sentido da lei' não se deixa averiguar sem o sentido, sem a 'natureza' das situações da vida a julgar»⁽⁵⁶⁾. A «natureza» da relação da vida vê-a KAUFMANN no sentido ou valor nela imanente, que tem de ser «posto de acordo» com o que é intencionado na lei. «Sempre que raciocinamos com base na 'natureza das coisas', estamos sempre do mesmo modo perante a situação de facto e perante o valor, experimentamos o insolúvel 'entrelaçamento da estrutura' de ser e dever ser»⁽⁵⁷⁾.

A «natureza das coisas» remete todavia para a forma de pensamento do tipo, pois que o tipo é «algo de relativamente concreto, um *universale in re*»⁽⁵⁸⁾. Ao invés do conceito geral-abstrato, «não é definível mas tão-só explicável», «não fechado, mas aberto», «interliga, torna conscientes conexões de sentido». No plano do Direito, manifesta-se como «mediação entre a ideia de Direito e a situação da vida, daquilo em torno do que, em última análise, gravita todo o pensamento jurídico: a mediação entre justiça da norma e justiça material»⁽⁵⁹⁾. É antecipadamente dado ao legislador que «ele tenha a tarefa de descrever tipos». Se o legislador procurar abranger em conceitos, de modo tanto quanto possível preciso, as situações típicas da vida, terá então a actividade decisória judicial de «arrombar» continuamente estes conceitos, de modo a que as realidades da vida possam ser convenientemente ajuizadas». Logo de seguida, contudo, tem início o «procedimento de retrocesso», que desemboca numa nova e «aperfeiçoada» definição do conceito, que, no entanto, logo se há-de vir a revelar demasiado apertada. É isso também o que se nos depara no processo de realização do Direito, «com um permanente fechar e abrir e fechar de novo dos conceitos da lei»⁽⁶⁰⁾. Uma «conceituação sem resíduos dos tipos é inalcançável, e por

⁽⁵⁶⁾ *Ob. cito*, pág. 39.

⁽⁵⁷⁾ *Ob. cito*, pág. 46.

⁽⁵⁸⁾ *Ob. cito*, pág. 47.

⁽⁵⁹⁾ *Ob. cito*, pág. 48.

⁽⁶⁰⁾ *Ob. cito*, pág. 51 e sego

isso temos de apreender, aquando do achamento concreto do Direito, os tipos intencionados pela lei, as representações do modelo que a ela subjazem».

É o próprio KAUFMANN quem repara (61) que a sua tese de que o conhecimento jurídico seria «sempre conhecimento analógico» parece «contrariar radicalmente o entendimento actual do Direito e do conhecimento jurídico». No posfácio à segunda edição do seu escrito *Analogie und Natur der Sache* (62), debruça-se sobre a proibição jurídico-penal da analogia. Não é esta proibição que ele pretende questionar, tratar-se-ia apenas não de uma proibição de pensamento analógico em sentido amplo, nos termos em que KAUFMANN o entende, mas da proibição de uma analogia excessivamente amplificadora, dum «marcar de fronteiras adentro da analogia». Isto é do seu ponto de vista perfeitamente consequente. Temos, no entanto, de chamar a atenção para o facto de que KAUFMANN entende por analogia, que na sua opinião subjaz a qualquer aplicação de uma norma, algo de diverso daquilo que a doutrina dominante, e igualmente também este livro, entende por «analogia». «Analogia» significa um procedimento pelo qual são comparadas duas realidades. O que é questionado é se apresentam tanto em comum que possam nessa medida ser vistas como «semelhantes» de tal modo que - no caso da analogia jurídica - venha a ser acarretado, apesar da diferença que subsiste, o mesmo efeito jurídico. Assim, na comumente denominada «analogia jurídica» são cotejadas duas situações da vida, uma das quais recai sob o âmbito da previsão normativa, enquanto a outra não é (aparentemente) regulada. Se a segunda tiver suficientes semelhanças com a primeira, será equiparada no que toca aos efeitos jurídicos - e só no que a esses respeita - à primeira; a «semelhança» de ambas as situações de facto justifica a mesma consequência jurídica. A proibição jurídico-penal da analogia significa uma analogia *neste sentido*. KAUFMANN, pelo contrário, significa com o «pensamento analógico na ciência jurídica» não uma comparação entre duas situações de facto, mas o cotejo de uma situação de facto com uma norma, pelo qual se conclui pela concordância ou não concordância do conteúdo de sentido que é

(61) *Oh. cit.*, pág. 19.

(62) *Oh. cit.*, pág. 60 e segs.

significado pela norma e pela própria situação de facto. Isto não está de antemão estabelecido, mas só durante o procedimento do cotejo é que se revela de modo mais preciso o que é que conduz ao ajuizamento de que esta situação de facto corresponde à norma ou que lhe não corresponde. Não se intenta aí, nem tal poderia ocorrer, uma completa equiparação; o que é possível, como em qualquer analogia, é uma suficiente dose de concordância, cabal para a afirmação da «correspondência». Toda a analogia requer, com respeito à dose de concordância que se considere em cada caso necessário, um juízo de valor - e também a analogia jurídica, como mais adiante se verá. O pensamento analógico, no sentido de KAUFMANN, é assim também um pensamento orientado a valores.

As teses de KAUFMANN encerram uma verdade hoje esquecida a vários títulos, mas vão, na nossa opinião, excessivamente longe na sua generalização, tais como as de FRIEDRICH MÜLLER. Existem relações sociais que são típicas, i.e., que se repetem continuamente de modo análogo, como o casamento e a família, a relação entre pais e filhos, professores e alunos, a propriedade (em sentido «não técnico», daquilo que me é próprio), o contrato, que são em si portadores do seu sentido peculiar e, nestes termos, também dos traços fundamentais de uma ordenação - aqui é possível e legítimo, dentro de certos limites, remontar à «natureza das coisas». Em contraponto a isto, deparam-se inúmeras normas que se referem a arranjos conformados para determinados fins, ou formas de tráfego de «crescimento selvagem», ou factos socialmente relevantes (como, por exemplo, hoje a «poluição do ambiente») e os submetem a uma regulação que neles não está já ancorada. Tais normas não estão desvinculadas em igual medida dos quadros da realidade dotados de sentido e susceptíveis de valor, mas são confrontadas com uma realidade que não foi em parte ainda regulada, ou vêm a conformar só então os quadros sociais que lhe correspondem.

No que diz respeito ao tipo, trata-se aí de facto de um fenómeno da vida que se manifesta de modo semelhante - não todavia sempre do mesmo modo - e que se não deve separar da regulação que lhe é adequada. É dado antecipadamente ao legislador, mesmo quando este procura regulá-lo mais em pormenor ou delimitá-lo. A tentativa de abranger os tipos em defini-

ções conceptuais fracassa necessariamente. Tem razão KAUFMANN, quando diz (63): «a máxima precisão da linguagem só se deixa alcançar com o preço do máximo esvaziamento de conteúdo e de sentido». É a consequência inevitável da abstracção levada ao extremo. Decisões «próximas da vida» são assim mais naturalmente de esperar onde o juiz se venha a ater ao tipo. Que o pensamento tipológico permite apenas, enquanto conformação conceptual da previsão normativa (em conexão com a técnica da subsunção), uma escassa medida de segurança, como muitos pretendem, é apenas correcto em certos termos. A jurisprudência dos tribunais, como acertadamente observa KAUFMANN, acaba sempre, passado algum tempo, por romper os conceitos conformados de modo excessivamente estreito; mas então surge o perigo de ficar fora de controlo (64).

4. A busca da solução justa do caso concreto

A questão de como é possível ao juiz chegar à decisão justa dos casos, com a ajuda da lei ou, porventura, sem ela, ocupa todos os autores modernos da metodologia jurídica. É questão nuclear sobretudo naqueles autores que centram o essencial das suas atenções na decisão de litígios, ou seja, na prática judiciária. De entre estes há que referir especialmente dois que, e não por acaso, se ocuparam mais detidamente com os modos de pensamento do Direito inglês e americano, um Direito de *case-law*: JOSEF ESSER e WOLFGANG FIKENTSCHER.

Um dos primeiros a acentuar, ao arreio de um positivismo legalista estreito, a actividade criadora da jurisprudência, a sua participação na permanente conformação e desenvolvimento do Direito que se vai por si continuamente realizando, a *law in action*,

(63) *Ob. cit.*, pág. 73. Com mais pormenor: *Rechtsphilosophie im Wandel*, pág. 338 e segs.

(64) Penso aqui no balizar do conceito «danos patrimoniais» através da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com a qual se foram esvazecendo as fronteiras entre danos patrimoniais, que nos termos do BGB são sempre resarcíveis em dinheiro, e os danos imateriais.

foi JOSEF ESSER (65). Onde quer que a jurisprudência transcenda os quadros traçados pela lei apelará necessariamente a «pensamentos jurídicos gerais» ou «princípios» que retira ou pretende retirar da própria lei. ESSER considera «a recondução de um pensamento jurídico geral a lugares particulares do sistema jurídico», tal como é em geral corrente na argumentação dos tribunais alemães e também na ciência jurídica, como, de modo maior ou menor, uma fundamentação artificial.

Na verdade, tais «pensamentos jurídicos gerais» seriam enquanto «princípios» eficazes *independente da lei*. Justificam-se «a partir da natureza das coisas ou da instituição em causa» e constituem «uma peça funcionalmente necessária de cada solução particular que pertença ao mesmo círculo problemático», relativamente ao qual se revelam pertinentes (66). Com apoio no desenvolvimento da doutrina da *culpa in contrahendo*, demonstra ESSER que a fundamentação variável de tal doutrina em lugares particulares do sistema jurídico era um expediente transitório, a que se pôde renunciar logo que a nova ideia jurídica se sedimentou na prática jurídica. Descreve assim o verdadeiro processo: «Há um determinado problema de fundo que obriga a elaborar uma solução; esta, a princípio, obtém-se de forma puramente casuística, sem pesquisa nem demonstração de princípios; procura-se depois um apoio, em termos pragmáticos, para a solução encontrada, recorrendo a esta ou àquela fonte legal apropriada; só quando as contradições sistemáticas se tornam impossíveis de disfarçar é que se confessa que as fontes foram utilizadas como simples pontos de apoio sistemático para um princípio jurídico cujo alcance é muito mais vasto» (67).

ESSER ocupa-se da questão de como se constituem tais princípios jurídicos e de como alcançam reconhecimento, de modo a não permitir qualquer dúvida de que, na sua opinião, não são inferidos nem «indutivamente», a partir da lei «correctamente» entendida, segundo o seu conteúdo de sentido imanente, nem sequer

(65) No seu escrito, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts* (Princípio e Norma no desenvolvimento jurisprudencial do Direito Privado), 1956.

(66) *Ibid.*, pág. 5.

(67) *Ob. cit.*, pág. 164.

«dedutivamente», a partir de um sistema de Direito natural imutavelmente válido ou de uma hierarquia fixa de valores «existentes por si».

Para além da referência à natureza das coisas ou de uma determinada instituição, ou seja, a um sentido do ser inscrito nas próprias relações humanas e alcançável, pelo menos fragmentariamente, remete ESSER para as «zonas pré-positivas dos princípios ético-jurídicos e da convicção geral» (68). Os princípios formam-se, primeiro, inconscientemente, num «longo processo subterrâneo... , até que por fim a descoberta, a *inventia* de uma ideia até então desprovida de forma encontra de súbito uma formulação convincente e que não mais se confunde com a mera interpretação e construção do que já existe no Direito positivo». À sentença judicial, especialmente à prática jurisprudencial constante, cabe então o papel de funcionar como um «transformador» dos «princípios pré-positivos» em «proposições e instituições jurídicas positivas» (69).

Indiscutivelmente, ESSER descreveu com propriedade o processo pelo qual uma ideia jurídica nova acha acolhimento no Direito vigente - entendendo este não só como a totalidade das leis, mas como o conjunto das proposições jurídicas e princípios de decisão em vigor. É importante a sua distinção entre princípio e norma. Os princípios jurídicos, tais como ESSER os concebe, não são nem «proposições jurídicas» (normas), ainda que entendidas de maneira muito ampla, nem «proposições» na acepção da lógica (proposições axiomáticas de que pudessem ser inferidas, por dedução racional, concretas proposições de dever). Quem assim interpretasse ESSER entendê-lo-ia de maneira errónea no fundamental. O princípio jurídico, no sentido que ESSER lhe atribui, é descoberto originariamente no caso concreto; só depois se constitui numa «fórmula que sintetiza uma série de pontos de vista que, nos casos típicos, se revelam adequados» (70). Isto quer dizer que «se o caso é atípico, ou se sobrevém uma modificação, ainda que mínima, dos critérios culturais de valor que historicamente deram vida ao princípio, a solução pode vir a ser precisa-

(68) *Ob. cit.*, pág. 53 e segs.

(69) *Ob. cit.*, pág. 52.

(70) *Ob. cit.*, pág. 267.

mente a contrária». Por outro lado, mesmo depois de descoberto o princípio, o seu desenvolvimento ulterior na jurisprudência não é simples «aplicação», mas um processo de permanente «conformação» (71). Para adquirir eficácia prática, o princípio precisa ainda de uma «cunhagem judicial ou legislativa», que o transforme em «injunção» vinculativa (72), visto que, em regra, o princípio não contém por si próprio esta injunção, por lhe faltar a «determinabilidade dos casos de aplicação», que caracteriza a «proposição jurídica» enquanto tal. O princípio, uma vez «descoberto», não propicia uma simples inferência da decisão. Serve somente como *starting point* ou ponto de apoio para a formação judicial da norma no caso concreto. «Os comentários só revelam esta verdade: que a norma não é aqui encontrada de um modo interpretativo a partir do princípio, mas criada por uma síntese judicial. Só a casuística nos faz saber o que é o Direito» (73). Onde quer que faltem as previsões formuladas por via legislativa, «a casuística é, na realidade, mesmo nos ordenamentos jurídicos continentais, fonte de Direito» (74).

ESSER vai ainda mais além. A jurisprudência não constitui o Direito vigente apenas onde a lei deixa de se pronunciar, ou onde é de facto cometida ao juiz a conformação da norma através das chamadas cláusulas gerais, normas em branco ou a remissão a *standards* (com os «bons costumes» ou os «usos do tráfego») - embora, «à luz de princípios não codificados e com vinculação (controlada apenas pelos próprios tribunais) a critérios extra-legais, mas em todo o caso 'objectivos', ou seja, critérios convencionais de base empírica e densidade variáveis» (75). Toda a «aplicação» da lei é já uma interpretação e o achamento do Direito não é «nunca mero trabalho de subsunção» (76). Não existe nenhuma distinção de princípio entre interpretação extensiva e preenchimento de lacunas mediante analogia (77). A interpretação é sempre e já desenvolvimento do Direito. O «preenchimento de lacunas e a

(71) *Ob. cit.*, pág. 268.

(72) *Ob. cit.*, pág. 50 e segs.

(73) *Ob. cit.*, pág. 151.

(74) *Ob. cit.*, pág. 268.

(75) *Ob. cit.*, pág. 150.

(76) *Ob. cit.*, pág. 253 e sego

(77) *Ob. cit.*, pág. 255.

interpretação 'integradora' não são tarefas acessórias de criação do Direito por parte do juiz, mas coincidem com o carácter reprodutivo geral da interpretação, o qual não é pensável sem um quadro, uma representação de princípios, que possibilita a integração daquilo que é díspar num sistema»⁽⁷⁸⁾. Daqui decorre aliás que «não existe uma 'aplicação' do Direito, tomada no sentido tradicional»⁽⁷⁹⁾. Toda a interpretação representa uma articulação entre *lex scripta* e *jus non scriptum*, que conforma em primeira mão a verdadeira norma positiva (*law in action*)⁽⁸⁰⁾.

ESSER não foi o primeiro a notar que toda a interpretação requer intervenção espiritual activa e que o seu resultado, o texto entendido em determinado sentido, corporiza algo de novo face ao ponto de partida, o texto «tal como se encontra na lei». Deve-se perguntar, porém, se ESSER não subvalora em excesso o significado do texto e com ele a participação do legislador na *law in action*, ao sublinhar repetidamente que o que é na realidade Direito vigente é determinado em primeira mão pela jurisprudência (ou seja, na terminologia de ESSER: a actividade decisória dos tribunais). A questão está em saber como é que esta se prende com o texto legal. Indaga-o no sentido de achar a solução do caso em conformidade com o estatuído pelo Direito, ou utiliza-o com o fito de guarnecer com uma fundamentação «satisfatória» uma solução já encontrada por outros meios? No seu escrito *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung* (81), que influenciou grandemente a discussão, crê ESSER poder asseverar que, em regra, a actividade jurisprudencial procede de acordo com o segundo modo, e considera, de modo aberto e claro, tal procedimento como legítimo. Tal ser-Ihe-ia possível, uma vez que a doutrina dominante da interpretação, que remonta a SAVIGNY, oferece diversos critérios de interpretação - o literal, o sistemático, o histórico, o teleológico - sem poder, no entanto, dizer a qual se atribui a prevalência nos casos em que conduzam a resultados contraditórios entre si. O juiz poderia assim atribuir a prevalência ao critério que possibilite uma interpretação que se revele ajustada a legitimar a decisão do caso por ele previa-

⁽⁷⁸⁾ Ob. eit., pág. 259.

⁽⁷⁹⁾ Ob. eit., pág. 261.

⁽⁸⁰⁾ Ob. cit., pág. 287.

⁽⁸¹⁾ 2.ª ed., 1972.

mente achada como «justa». «É evidente que o problema da 'compreensão' dos textos legislativos não se coloca aqui em primeiro plano e seguramente que não se depara ou é resolvido na forma canónica de 'métodos de interpretação', tais como o gramatical, o sistemático, o histórico ou qualquer outro»⁽⁸²⁾. ESSER distingue entre o *achamento* da decisão, com o que se chegaria a uma decisão materialmente adequada do caso concreto e a *fundamentação* da decisão, realizada as mais das vezes ulteriormente, que serve à demonstração da compatibilidade da decisão encontrada por outras vias com o Direito legislado, e onde o juiz utiliza o «método» que aqui se demonstrar adequado a esse fim. «A prática não arranca dos 'métodos' doutrinários do achamento do Direito, mas serve-se deles somente para fundamentar *lege artis* a decisão mais ajustada, de acordo com o seu entendimento do Direito e dos factos»⁽⁸³⁾. À fundamentação incumbe assim em boa verdade, segundo ESSER, uma função de controlo, quando o juiz abandona uma solução que a princípio anteviu, sempre que esta se não revele afinal como susceptível de fundamentação. Este é, todavia, raramente o caso, vista a multiplicidade de possibilidades de interpretação e preenchimento de lacunas de que dispõe o juiz. Em primeiro lugar, de acordo com ESSER, o juiz chegaria não à apoditicidade da sua fundamentação, mas «ao que é, no caso litigioso, a decisão ajustada e também (!) susceptível de legitimação, enquanto conforme à lei»⁽⁸⁴⁾.

Pode ser que muitos juízes procedam do modo delineado por ESSER. Se assim for, não está ainda excluído que tal procedimento seja correcto, mesmo no sentido da nossa cultura jurídica. Decisiva a este propósito é a questão de se saber por que vias - quais as que se oferecem, de modo a que sejam controláveis - encontra o juiz a decisão que considera justa, quando o trilho da lei só é tomado em consideração numa segunda linha. No tratamento desta questão refere-se ESSER, como já tinha feito em *Grundsatz und Norm*, aos princípios jurídicos não positivados e a pautas de valoração extralegais. Fala de uma «incursão em valorações pré-sistemáticas», de «preferências intersubjectivamente

⁽⁸²⁾ Ob. eit., pág. 8.

⁽⁸³⁾ Ob. eit., pág. 7.

⁽⁸⁴⁾ Ob. e loco cits.

reconhecidas», «consensos sobre valores», «quadros e modelos de regulação pré-jurídicos», «atitudes extra-jurídicas de expectativa e convicção» (85). O que determina a compreensão do juiz, com a qual aborda a solução do caso, são tais «incursões», mas também as «pautas e argumentos materiais que o próprio juiz obtém no processo, a partir da problemática do conflito e que incorpora na senda de uma informação retrospectiva do seu entendimento e de um entendimento mais abrangente da norma» (86), guiando-a na escolha das normas e na sua compreensão. «Juízos de valor pré-jurídicos ou, de qualquer modo, pré-positivos» condicionam também o trabalho dogmático; «nenhuma operação intelectual, mesmo elementar, do trabalho jurídico pode ser compreendida, se bem analisarmos, sem um tal juízo de valor, em sentido amplo» (87). Tais juízos de valor não são, evidentemente, irrevogáveis; têm de se sustentar no decurso da actividade e face à elaboração da decisão tomada como justa, e assim «susceptível de consenso». Mas ESSER não chega a indicar uma via de comprovação da correcção de decisões achadas, nestes termos, independentemente da lei; insiste-se no juízo de valor pessoal do juiz decisor (88).

A questão da solução justa de um conflito no caso concreto é também para FIKENTSCHER a questão central do labor dos juristas. Da sua obra monumental (89), que representa uma espécie de teoria do conhecimento jurídico de carácter universal, relativa às mais variadas culturas e círculos jurídicos, uma metodologia comparada, assente numa base vastíssima, pouco pode ser aqui respigado. FIKENTSCHER sublinha enfaticamente que a justiça apresenta duas componentes; denomina-as de «justiça equitativa» e «justiça material». Enquanto que a «justiça equitativa» exige tratamento idêntico para o que deve ser identicamente valorado, a mesma pauta para todos os casos similares, na «justiça material» trata-se da adequação da norma decisória à situação

de facto em questão. «Valoração material e valoração equitativa determinam em primeira mão a decisão justa» (90). Para satisfazer à exigência de justiça equitativa, deverá toda a decisão estar ordenada a uma norma, que possibilite um tratamento paritário. Tal acontece, na opinião de FIKENTSCHER, apenas quando a situação de facto concreta pode ser subsumida, em sentido lógico, à previsão normativa. Enquanto que a norma descreve com precisão a situação de facto a que é aplicável, estabelece assim, determina o que deve ser considerado juridicamente como «igual», e impõe para cada situação de facto dessa espécie idêntica consequência jurídica. FIKENTSCHER inclina-se assim, em contraposição a ARTHUR KAUFMANN e ESSER, para o modelo subsuntivo (91). Mas tem consciência, todavia, de que a maior parte das regras que existem na lei não são conformadas de tal modo que permitam a sua aplicação mediante uma mera subsunção, requerendo antes, para além disso, concretização, que não se restringe às vias de inferência lógica, e assim, prossegue FIKENTSCHER, a norma à qual o juiz subsume o facto não seria na maior parte dos casos a regra patente na lei, mas uma norma que o próprio juiz constrói, se bem que sempre com base na regra legal, na perspectiva do caso a decidir. Essa norma, a verdadeira norma de decisão, denomina-a FIKENTSCHER de «norma do caso». É através dela que se procede à ordenação da situação de facto carecida de resolução; seria também «a proposição jurídica em sentido técnico» (92).

Como obtém o juiz, na perspectiva de FIKENTSCHER, a norma do caso, de que carece para a decisão? Ao contrário de ESSER, inclina-se pouco para uma «incursão» em valores pré-positivos ou para um procedimento intuitivo, antes postula um procedimento racionalmente controlável e gradual. Tal procedimento consiste, sumariamente dito, em que o juiz concretize e especifique as directrizes e os critérios de valoração que lhe são previamente dados na lei, mas também no Direito jurisprudencial, tendo em vista a situação de facto a julgar, que precise e complemente, ponto por ponto, a situação de facto, tomando em

(85) *Ob. cit.*, pág. 162 e segs.

(86) *Ob. cit.*, pág. 144.

(87) *Ob. cit.*, pág. 168.

(88) Nisto residem as debilidades da sua concepção. Neste sentido, FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts*, val. IV, pág. 181; KOCH/RÜSSMAN, *Juristische Begründungslehre*, pág. 175 e segs.

(89) FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts*, 5 val., 1975-1977.

(90) *Ob. cit.*, val. IV, pág. 190.

(91) *Ob. cit.*, pág. 181.

(92) *Ob. cit.*, pág. 202.

consideração os pontos de vista jurídicos que ache (porventura) adequados, e tal na justa medida e até ao ponto em que «nada mais se ofereça» para uma decisão justa do caso. FIKENTSCHER denomina este processo de aproximação e esclarecimento recíprocos entre norma e situação de facto de «processo hermenêutico», e o ponto em que é rompido, como «ponto de viragem hermenêutico». Este é alcançado quando «passa a não ser possível uma maior densificação sob as pautas da justiça material e equitativa, nem a continuação da especificação da norma, nem tão pouco uma maior subdivisão dos conceitos pertinentes à situação de facto» (93). A densificação achada no termo desse processo «fornecia a norma do caso relativamente à situação de facto a decidir e permite deste modo a sua valoração» (94).

Qual o papel que incumbe à lei, na opinião de FIKENTSCHER, em todo este processo? Só em raros casos, como porventura quando se trata de um prazo estabelecido numericamente ou de um limite de idade, está desde logo a norma legal condensada de modo a que, sem mais, a ela se possa subsumir; aí coincidem a norma legal e a norma do caso. O juiz está aqui estritamente vinculado à regra. Em todos os outros casos, a lei não é directamente aplicável, «mas estabelece as balizas e fornece as referências para o modo como a norma do caso deve ser obtida» (95). Face ao texto legal, distingue FIKENTSCHER entre um «limite de sentido literal» e um «limite de sentido normativo». Por «limite de sentido literal» dever-se-á entender «o sentido linguístico de um texto jurídico», «mediante o qual pode ser, pelo menos de modo imperfeito, transmitido um entendimento de enunciados juridicamente relevantes» (96). Adentro dos quadros do sentido literal, tem o juiz plena liberdade de produzir normas do caso; tal ocorre na linha do que a opinião comum denomina de «interpretação» (97). Onde «o teor literal da lei é passível de diversas interpretações, vale como 'lei' toda a gama de possibilidades de interpretação adentro dos limites do sentido literal». Isto poderia ser entendido no sentido de que FIKENTSCHER pudesse pretender

(93) *Ob. eit.*, pág. 198.

(94) *Ob. cito*, pág. 199.

(95) *Ob. eit.*, pág. 289.

(96) *Ob. eit.*, pág. 293.

(97) *Ob. eit.*, pág. 294.

dizer que *toda e qualquer* interpretação, desde que a coberto do sentido literal, seria admissível em igual grau, ao que se opõe o facto de que noutro passo afirma que a força vinculativa da lei consiste em que «o juiz, no processo de produção da norma do caso, se atém ao escopo legislativo, à valoração ínsita na lei, ao sistema de normas e aos esquemas de pensamento - e isto em relação com um dado momento histórico» (98). O que determina os quadros dessa vinculação é o teor literal da lei. Consequentemente, só satisfazendo essas exigências adicionais é que uma interpretação que se venha a colocar nos quadros do sentido literal «pode valer como lei» e ser vinculativa. A este propósito, defende FIKENTSCHER uma interpretação à partida histórica e teleológica e ao mesmo tempo orientada ao sistema legal. O «limite de sentido da norma» indica o limite até ao qual a norma do caso procurada pode ser recoberta, quando não pelo teor literal, então pelo sentido e escopo da lei, ou, dito de outro modo, quando é possível a analogia. Sempre que o juiz pretenda transcender o limite do sentido literal, aquando da conformação da norma do caso, «terá de admitir que abandona o teor literal da lei e que passa a apoiar-se nos métodos de busca da norma do caso que são transcedentes à lei» (99).

Como, no entanto, a norma do caso assim encontrada não participa da força vinculativa da lei, terá nestes casos, segundo FIKENTSCHER, de ser a própria norma do caso que vincula. «No momento em que se abandona o sentido literal, começa a vinculação a precedentes e o estrito procedimento casuístico». «A metodologia aqui defendida», diz FIKENTSCHER, «confere um peso decisivo à asserção de que adentro dos limites do sentido literal é a vinculação à lei que rege e deve reger, e fora desses limites, a vinculação a precedentes» (100). Nestes termos, o juiz está vinculado de uma dupla maneira: relativamente à construção da norma do caso, à lei; relativamente à decisão do caso concreto, à norma do caso previamente construída. «Vinculação» não significa aqui, evidentemente, uma e a mesma coisa. A vinculação à lei entende-a FIKENTSCHER num sentido mais amplo, como

(98) *Ob. eit.*, pág. 337.

(99) *Ob. cito*, pág. 295.

(100) *Ob. eit.*, pág. 296.

uma «indicação valorativamente adequada de como os casos devem ser decididos» (101); a vinculação à norma do caso, em contrapartida, como a possibilidade de subsunção do caso em questão à norma do caso previamente construída.

O Direito objectivo é constituído, segundo FIKENTSCHER, pelo somatório das normas do caso, pois que essas são as normas em conformidade com as quais na realidade se decide. Os preceitos legislativos, «a terem de ser prolongados adicionalmente como normas do caso» - e estes constituem, segundo FIKENTSCHER, a maioria - são meros «apoios de ratificação» para a conformação de tais normas, a par de outros, como porventura o Direito judicial existente (102). A lei e o Direito resultante de desenvolvimento judicial não são assim «Direito vigente», representando «ao contrário, e tão-só, as fontes (textuais) do Direito, a partir das quais se poderá então operar a desenvolução do Direito objectivo (as normas do caso)»⁽¹⁰³⁾. Tais formulações têm de suscitar reflexão. A «norma» vê ainda ser-lhe atribuída, na perspectiva de FIKENTSCHER, a função de garante da «justiça equitativa», mediante a sua aplicação a uma imensidão de «casos» que se adequam aos seus requisitos. A «norma do caso» surge de tal modo especializada, que se deve perguntar se ainda preencherá essa função. É o próprio FIKENTSCHER que observa: «Uma vez que cada caso é em si distinto de qualquer outro, as normas do caso são impelidas para o domínio dos factos, para o âmbito da situação fáctica a subsumir»⁽¹⁰⁴⁾. Se se tratar, por exemplo, de saber se determinado comportamento deve ser em determinada situação caracterizado como «negligente», ter-se-á então de acolher na situação factual típica da norma do caso tantas singularidades da situação em causa, todas as que possam ter significado para a emissão do juízo, não se podendo nunca saber se tal ou tal singularidade se poderá ainda vir a manifestar como relevante, quando um caso novo divirja precisamente nesse ponto, e assim deva porventura ser ajuizado de modo diferente, tendo deste modo a situação factual típica de englobar uma tanto quanto

(101) Nestes termos, no *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1985, pág. 175.

(102) *Oh. cit.*, pág. 220.

(103) *Oh. cit.*, pág. 323.

(104) *Oh. cit.*, pág. 382.

possível completa descrição da situação fáctica. Então deixará verdadeiramente de ser problemática a subsunção dessa precisa situação fáctica à situação factual típica da norma do caso, exactamente conformada à sua imagem, mas dificilmente surgiriam outros casos que pudesse ser subsumidos precisamente a *essa* norma do caso.

Preferimos, por isso, em conformidade com a posição largamente dominante, entender como norma de decisão, da qual haja de decorrer a consequência jurídica, a norma legal, ou seja, por exemplo, o § 280.º do BGB em conexão com o n.º 1 do § 276.º. É certo que a maioria das normas legais apresenta, em maior ou menor escala, um «sensor» que serve ao encaminhamento daquilo que é descrito por FIKENTSCHER como processo de «aproximação». O resultado deste processo é o concluir-se que a situação factual a julgar (ainda) se encontra (*ou já* se não encontra) adentro do «campo de detecção» da norma (o seu âmbito legal de aplicação). Se o elemento de previsão da norma estiver suficientemente definido, tal ocorrerá por meio de subsunção lógica; a não ser assim, mediante a concretização, comparação de casos, ordenação a um tipo, ou 'esclarecimento' da valoração legal ou do princípio subjacente, tendo em vista permanentemente o caso em questão.

5. Tópica e procedimento argumentativo

É missão dos tribunais decidir de modo «justo» os conflitos trazidos perante si e, se a «aplicação» das leis, por via do procedimento de subsunção, não oferecer garantias de uma tal decisão, é natural que se busque um processo que permita a solução de problemas jurídicos a partir dos «dados materiais» desses mesmos problemas, mesmo sem apoio numa norma legal. Esse processo apresentar-se-á como um «tratamento circular», que aborde o problema a partir dos mais diversos ângulos e que traga à colação todos os pontos de vista - tanto os obtidos a partir da lei como os de natureza extrajurídica - que possam ter algum relevo para a solução ordenada à justiça, com o objectivo de estabelecer um consenso entre os intervenientes. Como modelo histórico de um tal procedimento, recomendou VIEHWEG a tópica à Jurisprudência, no seu escrito dado pela primeira vez à estampa em

1953 (105). Nesta conformidade, considera como mistificatória a Jurisprudência do século XIX, que procurou inferir de modo lógico-dedutivo decisões de proposições jurídicas construídas por via conceptual, conceitos esses inferidos de alguns conceitos de grau superior (axiomas) e ordenados em sistema. A Jurisprudência só conseguiria cumprir a sua verdadeira missão, ou seja, o responder à questão de se saber o que é justo em cada caso, aqui e agora, se procedesse topicamente.

Mas o que é que entende VIEHWEG por «tópica»? Na linha de ARISTÓTELES e dos retores, sobretudo CÍCERO, define-a como «um processo especial de tratamento de problemas», que se caracteriza pelo emprego de certos pontos de vista, questões e argumentos gerais, considerados pertinentes - os «tópicos», precisamente. Os tópicos são «pontos de vista utilizáveis em múltiplas instâncias, com validade geral, que servem para a ponderação dos prós e dos contras das opiniões e podem conduzir-nos ao que é verdadeiro». Empregam-se para pôr em marcha a discussão de um problema e abordá-lo, por assim dizer, de vários lados, bem como para descobrir o contexto inteligível, sempre anterior ao problema, em que este tem lugar. Mas enquanto o pensamento dedutivo-sistemático procura apreender este contexto inteligível como um sistema omnicompreensivo, como uma rede de deduções lógicas, o pensamento tópico não abandona o terreno definido pelo próprio problema, insiste sempre no problema, e regressa sempre ao problema. Os nexos dedutivos «tópicos» só podem ser portanto «de pequeno ou de pequeníssimo alcance»; o pensamento tópico não leva a um sistema (total), mas «a uma pluralidade de sistemas, sem demonstrar a sua compatibilidade a partir de um sistema total». Tem, poder-se-ia dizer, o seu «centro» sempre no problema concreto, não num contexto problemático ou material mais amplo, que simplesmente aflorasse no problema concreto.

Mais em pormenor, VIEHWEG distingue na tópica dois níveis. No primeiro nível, o mais rudimentar, lança-se mão de «pontos de vista mais ou menos casuais, escolhidos arbitrariamente» e

(105) VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, 5.ª ed., 1974 (1.ª ed., 1953). Na sua linha, STRUCK, *Topische Jurisprudenz*, 1971, onde se encontra um catálogo de tópicos jurídicos - sem que se possa detectar qualquer critério de opção.

que são aplicados ao problema. Assim se procede quase sempre na vida quotidiana. No segundo nível, os pontos de vista são objecto de pesquisa, e depois coligidos em «catálogos de tópicos» que se afiguram «adequados» a certos tipos de problemas. Também aqui, porém, se põe de parte toda e qualquer tentativa de estabelecer entre eles uma relação determinada. A organização de tais catálogos é arbitrária, por exemplo alfabética, e o número de tópicos possíveis praticamente ilimitado. É indiferente que «se apresentem sob a forma de conceitos ou de proposições»; essencial é apenas a sua função de «servirem para o tratamento do problema». Os tópicos cobram o seu sentido «sempre a partir do problema», a cuja elucidação se destinam, e têm de ser entendidos como «possibilidades de orientação ou cânones do pensamento».

Ora, acrescenta VIEHWEG, não existem apenas «os tópicos universalmente aplicáveis de que tratam ARISTÓTELES, CÍCERO e os seus seguidores, mas também outros, que estão comprovados para uma determinada disciplina». *Tópicos jurídicos* serão pois argumentos utilizados na solução de problemas jurídicos, e que podem contar neste domínio com a concordância geral, o «consensus ornum». Poderão surgir de novo sob uma forma muito diversa. No Direito civil romano assumiam a forma de decisões de casos, que eram abstraídas do caso decidido de tal modo que «podiam facilmente ser reformuladas numa regra». Também a Jurisprudência do *mos italicus*, da baixa Idade Média, procedia «topicamente». No Direito civil moderno, introduziu JEHRING, com a categoria do interesse, um «tópico» que «não cessou de ganhar importância». A análise do conceito de interesse permitiu encontrar «um grande número de novos argumentos jurídicos», argumentos que «não deixaram de em grande parte alcançar reconhecimento generalizado». Como tópicos jurídicos qualifica também VIEHWEG conceitos como «declaração de vontade», «parte essencial», bem como os princípios jurídicos materiais, razões justificativas de regimes legais positivos como a «tutela da boa-fé» e as causas de imputação de danos. Como se trata manifestamente de coisas diversas, não se consegue depreender com exactidão o que é que VIEHWEG entende por tópico jurídico. Aparentemente, considera como «tópico» *toda e qualquer* ideia ou ponto de vista que possa desempenhar algum papel nas análises jurídicas, sejam estas de que espécie forem. Perante a possibilidade

de empregos tão variados, não é de surpreender que cada um dos autores que usam o termo «tópico», hoje caído em moda, lhe associe uma representação pessoal, o que tem de ser levado em conta na apreciação das opiniões expandidas.

O livro de VIEHWEG suscitou um interesse pouco habitual. Não pode, efectivamente, negar-se que os juristas argumentam, por várias vias, «topicamente», por exemplo nas audiências de discussão e julgamento. Os argumentos ou «tópicos» que utilizam têm, porém, pesos distintos. Não são pura e simplesmente invocados e alinhados entre si, mas possuem um valor posicional específico e cobram significado sempre em certo e determinado contexto. Mesmo quando se argumenta de modo muito próximo a um argumentar «topicamente», no sentido de que determinados «tópicos» são utilizados na discussão, postos à prova, seja no sentido da sua rejeição ou do seu acolhimento, a obrigação de fundamentação da sentença toma necessário um processo intelectual ordenado, em que cada argumento obtenha o seu lugar respetivo, processo que conduza a uma determinada inferência silogística. Por meio de uma mera recolha de pontos de vista relevantes no plano jurídico, um catálogo de «tópicos», não se alcança tal resultado. O apelo à tópica seria de reduzida valia se não pudesse oferecer mais que isso⁽¹⁰⁶⁾.

Também WILHELM KRIELE é de opinião que nem a aplicação da lei, no sentido de mera subsunção, nem os «métodos» tradicionais da interpretação são suficientes para alcançar sempre a decisão «justa» e simultaneamente conforme ao Direito vigente. Cada decisão tem, ao invés, de poder ser justificada como jurídico-racional, e isso, antes do mais, por via do discurso. Sempre que o jurista se orienta primacialmente ao Direito positivo, fá-lo porque «pressupõe tacitamente um nexo intrínseco entre o Direito

⁽¹⁰⁶⁾ De modo crítico, relativamente ao método tópico: DIEDE-RIECHSEN, *NJW* 66, pág.697; ZIPPELIUS, *NJW*67, 2229; FR. MÜLLER, *Juristische Methodik*, 3.^a ed. pág.97 e segs.; WEINBERGER, *Rechtslogik*, 2.^a ed., 1989, pág. 400; PAWŁOWSKI, *Methodenlehre*, n.º 93; DREIER, *Recht-Moral-Ideologie*, 1981, pág. 116 e segs.; ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, pág. 39 e segs. Acertadamente observa SCHLÜCHTER, *Mittlerfunktion der Priijudizien*, 1986, pág. 11, que não é possível dizer-se porque é que é precisamente este ponto de vista e não porventura (também) aquelloutro que garante o resultado correcto.

positivo e a sua aptidão de justificação racional» (107). O «significado prático» deste nexo pressuposto consiste em que «de um modo geral o texto só pode ser correctamente interpretado quando a ele se faz subjazer a intenção de rationalidade e imparcialidade» (108). Nesta perspectiva, a fidelidade à lei e a aspiração à justiça na concretização judicial do Direito não se excluem entre si, antes se condicionam reciprocamente (108a). O texto legal assim racionalmente interpretado vincula o juiz, dispensa ulteriores abordagens do problema. Continua a subsistir sempre uma série de questões, que a lei não soluciona e, face a estas questões, necessita a decisão uma justificação, mediante fundamentos que a «razão prática» reconhece como tais. É desses fundamentos que KRIELE sobretudo trata na sua *Teoria da Obtenção do Direito* (*Theorie der Rechtsgewinnung*).

Poderá ser agora de alguma utilidade para a compreensão das posições de KRIELE remeter para o seu pano de fundo jussfilosófico, que o autor veio a explanar num livro posterior (109). KRIELE polemiza contra a estrita separação do Direito e da ética, operada pela teoria positivista do Direito do séc. XIX, e que vai ao arrepio da tradição geral da filosofia jurídica ocidental até ao ocaso do Direito natural. Tal teoria «cinde o Direito dos seus fundamentos de justificação e distancia-se ela própria do esclarecimento ético» (110). Na ética, como no Direito, trata-se em última instância de justificação, nomeadamente de justificação de ações e decisões concretas. A ética reflectiria sobre os «padrões de conduta que previnem no povo», sobre os «princípios que lhe são subjacentes e sobre as condições concretas da sua realização» (111). A filosofia do Direito seria, entre outras coisas, «ética aplicada a problemas jurídicos». Deste modo opera KRIELE, em primeiro lugar para a discussão jurídico-política, uma ligação

⁽¹⁰⁷⁾ KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2.ª 00., 1976, pág. 167.

⁽¹⁰⁸⁾ *Ibid.*, pág. 169.

^(108a) Isto explanou-o KRIELE mais em pormenor nos *Estudos comemorativos do 600.º aniversário da Faculdade de Direito da Universidade de Colónia*, 1988, pág. 707 e segs.

⁽¹⁰⁹⁾ KRIELE, *Recht und praktische Vernunft*, 1979 (Direito e Razão prática).

⁽¹¹⁰⁾ *Ibid.*, pág. 15.

⁽¹¹¹⁾ *Ibid.*, pág. 10.

a recentes tendências da filosofia, que têm como ponto de partida que também sobre questões relativas ao que racionalmente se *deve* fazer se pode alcançar um consenso mediante argumentos racionais. Tal ocorreria na forma de um discurso sob determinadas condições, perspectivadas como «ideais». «A teoria do discurso relembraria o pensamento socrático de que em questões práticas se pode alcançar 'idealmente' um consenso, mediante argumento e contra-argumento, sempre que cada interveniente participe no discurso de modo objectivo, sincero, inteligente e cooperante e que o discurso possa ser desenvolvido permanentemente sem coacção à decisão em determinado sentido» (112). O discurso relativo a questões práticas da política e do Direito desenvolve-se há milénios e continuará a desenvolver-se. O seu pressuposto seria o da existência de uma possibilidade subjacente de um consenso e, na verdade, «não apenas de um consenso fictício, mas de um consenso fundamentado», em condições ideais - mesmo que não necessariamente em condições reais (113). O discurso jurídico seria um caso especial de discurso ético, com a particularidade, porém, de que aí o Direito vigente que se oferece ao jurista deve ser visto como vinculativo, o que neste contexto significa: goza da presunção de ser racional, e assim, justo. Aqui teremos de nos recordar de que, segundo KRIELE, as leis têm de ser interpretadas e complementadas à luz do que é reconhecido como eticamente justo, pois que ao legislador, ao menos no Estado democrático, deve estar subjacente a intenção de racionalidade e de justiça.

Retornemos à teoria da obtenção do Direito (*Theorie des Rechtsgewinnung*) de KRIELE e torna-se de ora em diante claro que para ele se trata, primeiro que tudo, da justificação ética tanto do Direito positivo, da sua pretensão de validade, em globo, como da decisão singular. É desta que primordialmente se ocupa o juiz. Se ele procura na lei a solução para um determinado caso, será conduzido de modo determinante a um resultado que pode considerar neste sentido como justificado. Interpreta a lei, tendo em vista um tal resultado: «o ponto de vista ordenador é o de que a interpretação do texto só pode ser correcta quando resolve

(112) *Ibid.*, pág. 30.

(113) *Ibid.*, pág. 33.

correctamente - quer dizer, de um modo susceptível de justificação - os problemas concretos» (114). Uma decisão encontra-se, porém, justificada e, nestes termos, também a do legislador, como em última instância também a do juiz, quando confere prevalência àquele interesse que é «inequivocamente fundamental» no concerto dos interesses (gerais) em jogo (115). Para identificar tal interesse, necessita da prognose dos efeitos presumíveis da decisão e da sua influência sobre outros interesses. É o que KRIELE esclarece, em primeiro lugar a propósito da discussão da política legislativa, acabando por explicar que a discussão da política legislativa e a argumentação jurídica em sentido estrito seriam idênticas na sua estrutura (116). A este propósito aduz o exemplo da controvérsia judiciária, que autor e réu sustentam perante o tribunal. O autor invoca uma norma que lhe é favorável e procura torná-la plausível para o tribunal, como a sua «sugestão de norma». O réu contesta esta sugestão de norma, invocando, por exemplo, que essa norma poderia valer enquanto norma geral, mas que num caso como o presente teria de considerar-se que se estava perante uma excepção. «Quer dizer, ele discute onde é que a norma por ele contestada terá de ceder perante a norma excepcional por ele sugerida e quais os interesses a que ela causaria dano e em todo o caso qual é o interesse mais fundamental» (117). O juiz, por seu lado, inicia as suas ponderações com a formulação de uma «conjectura de norma», que o deveria conduzir a um resultado que reconhece como justo. Compara então essa conjectura de norma com as proposições jurídicas do Direito positivo, uma vez que «o jurista tem de facto, tal como a autoridade legiferante, de ponderar os problemas de uma controvérsia, quais as consequências que a estatuição ou não estatuição das conjecturas de normas como norma reguladora acarretariam, mas tem a esse propósito de respeitar o conjunto das opções da autoridade legiferante» (118). À restrição que daí advém acresce o que KRIELE considera a justeza presumida e, nestes termos também,

(114) *Theorie der Rechtsgewinnung*, pág. 215.

(115) *Ibid.*, pág. 179; cf., também pág. 217.

(116) *Ibid.*, pág. 195 e segs.

(117) *Ibid.*, pág. 199; cf., também, *Recht und praktische Vernunft*, pág. 68.

(118) *Ob. cit.*, pág. 204.

a vinculatividade dos precedentes. Aqui, deve todavia deixar-se em aberto a possibilidade de prova da sua falta de justezas.

Também é insustentável, segundo a concepção subjacente a este livro, a estrita separação do Direito e da ética, que era característica do positivismo. «Dever ser» e «ser permitido», pretensão e vinculatividade, responsabilidade e imputação são em última instância categorias éticas, mesmo quando cobram uma significação específica em contextos jurídicos. Na ética, tal como no Direito, trata-se em última instância do agir «correcto». Mas uma vez que as decisões jurídicas se prendem com a <<justiça>> e requerem assim uma *medida igual*, o que não se oferece de imediato, carecem tais decisões de legitimação mediante um ordenamento jurídico existente. Este não é um código acabado, que tenha disponível para cada questão jurídica uma resposta, mas carece de uma interpretação sensata e de desenvolvimento, precisamente também na «aplicação» pelos tribunais; e nomeadamente também à luz de princípios ético-jurídicos e de justiça. É vedado no entanto aos tribunais, salvas raras excepções, um lançar mão directo e imediato a um resultado por eles visto como «justo». Considero de escassos préstimos o princípio de KRIELE da prevalência do que seja em cada caso o interesse «mais fundamental». Decerto que o interesse de cada um na vida e na maior parte das vezes também no seu bem-estar físico é «mais fundamental» que qualquer interesse de ordem patrimonial. Mas já é duvidoso que seja «mais fundamental» o seu interesse na independência económica ou na segurança social. KRIELE concede no seu escrito mais recente (119) que as «relações de fundamentalidade» são complexas e que assentariam em «relações recíprocas de condicionamento». Não é em muitos casos de esperar um consenso sobre esse ponto; em compensação, são muito diferentes as necessidades e as apetências das pessoas. Circunstâncias pessoais de vida, idade, profissão e muitas outras coisas são aqui de relevância. O juiz não pode contar com os resultados de um diálogo conduzido em circunstâncias «ideais». Nem sequer o legislador. No que diz respeito ao argumento sobre consequências, o juiz poderá em muito menor grau que o legislador abranger as consequências de mais longo alcance da sua decisão, bem como das suas

(119) *Recht und praktische Vernunft*, pág. 58.

possibilidades no plano dos factos ou decorrentes do Direito processual. Tem por isso que deixar ao legislador a responsabilidade pelas consequências - por exemplo, pelas consequências no plano económico da abertura de um processo de falência - e só pode introduzi-las nas suas considerações (120) em casos excepcionais - quando por exemplo venha a concluir por um desenvolvimento do Direito «que transcendia a lei». Só quanto às decisões do Tribunal Constitucional Federal, que incorrem directamente em domínios políticos ou económicos, é que as coisas se passarão de modo distinto; aqui requer-se que se atenda às consequências (no quadro daquilo que seja ao tribunal possível). Retomaremos este ponto noutro lugar.

KRIELE (no posfácio à 2.ª edição da sua *Theorie der Rechtsgewinnung*) censura-me a mim e a outros autores, p. ex., FRIEDRICH MÜLLER, por pretendermos, segundo ele, «recalcar na medida do possível a responsabilidade decisória do jurista, mediante um refinamento do cânones metodológicos» e desembaraçá-lo da sua responsabilidade ética (respeitante à decisão e às suas consequências) (121). No entanto, nem MÜLLER nem eu afirmamos que o juiz possa inferir a decisão da lei mediante a simples observância das regras da interpretação e mediante raciocínios logicamente coagentes, ao modo de uma mera operação de cálculo. O que nós queremos dizer é que o jurista, em regra, não alcança a decisão que busca e que pretende que seja justa mediante um aproveitamento, sempre controvertido, de princípios últimos e altamente genéricos, mas mediante um procedimento passo a passo, em que procura assegurar o sentido correcto das regras legais em questão - que também segundo KRIELE devem ser entendidas por forma a que aflore nelas a intenção de justiça - e

(120) Neste sentido, com fundamentação abundante, vai também PAWLOWSKI, *Methodenlehre*, n.o 75 e segs. Para um atendimento às consequências muito limitado - só no plano da vinculação à lei -, KOCH/RÜSSMANN, *Juristische Begründungslehre*, pág. 227 e segs. Cf. ainda, ACHTERBERG (*Theorie und Dogmatik des öffentlichen Rechts*, 1980, pág. 195): a consideração das consequências sociais só é possível ao juiz «apenas intra, possivelmente também prater, mas nunca contra legem». Em relação à minha própria posição, *infra*, Parte 11, capo IV, 4c.

(121) *Oh. cit.*, págs. 312, 314 e segs.

as ideias jurídicas nelas contidas, por modo a pensá-las continuamente à luz do caso a decidir. As denominadas «regras de interpretação» mais não assinalam que determinados passos ou estádios do processo do pensamento, que aliás não podem ser descurados, sob pena de se vir a não levar em conta algo porventura essencial. Tal procedimento passo a passo permite uma comprovação racional, mesmo quando aí são necessários com frequência os juízos de valor. O que se sustenta é que, deste modo, pode ser mais facilmente alcançado o *quantum* possível de justiça da decisão do caso, tanto mais que assim a «justiça equitativa» (no sentido de FIKENTSCHER) é aí contemplada. Onde a lei não dê outro amparo ao juiz no achamento de uma decisão, que deva ser reconhecida em rigor como «materialmente justa», ele terá ainda a possibilidade de um desenvolvimento do Direito «para além da lei», que deverá decerto fundamentar materialmente. Com tudo isto advém para o juiz uma grande medida de responsabilidade pela sua decisão, que nenhuma metodologia lhe pode ou quer retirar. Mas também se lhe não podem colocar exigências excessivas.

Também HAVERKATE (122) se debruça sobre a justificação ética das decisões. Fala, com apelo a ESSER, do «fim do método jurídico como meio de certificação intelectual na produção jurídico-científica e judicial de proposições jurídicas». O que se refere é, por um lado, o processo dedutivo de inferência, seja a partir de conceitos jurídicos gerais ou - «com um crescente arrimo às ideias de positivação» - da lei. Esta «metodologia tradicional» não conseguiria «explicar o fenómeno da mudança de conteúdo no Direito». É para isso que acorreria o «sincretismo dos métodos, a possibilidade de escolher livremente qualquer dos critérios de interpretação que se oferecem e declarar um desses critérios como vinculativo precisamente no caso subjacente» (123). Deste modo teria de «fracassar a tentativa de, com apoio de uma metodologia formal, empregar os diferentes tópicos de uma arte da interpretação judicial em consonância com o posicionamento substancial do caso singular». Nesta medida, não significaria o termo do

(122) GOTZ HAVERKATE, *Gewissheitsverluste im juristischen Denken*, 1977, pág. 163.

(123) *Ibid.*, pág. 149.

método jurídico na sua função de «certificação intelectual» o fim de todo e qualquer método (24). O método tradicional teria tido, na medida em que se tornou prático de um modo geral, somente uma função negativa; teria excluído «uma justificação aberta da decisão decorrente das considerações relevantes para o achamento da decisão» e assim impedido «que aflorem na fundamentação da decisão os critérios rectores de justiça». Em boa verdade, trata-se, em vez de uma dedução lógico-formal da decisão, da sua «justificação material». Com o que surge, no entanto, o problema de como «se coaduna com a sua vinculação à lei a intenção do intérprete ligada à justeza de conteúdo» (125). O jurista tem em primeiro lugar de ter ambas em conta, pois que busca «identificar a racionalidade material da lei, desenvolvê-la e esgotá-la». Onde tal não seja suficiente, será colocado então perante «a capacidade de justificação do Direito, a sua *veritas*». O Direito e o seu manejamento é remetido ao problema dos critérios do que é «justo» - e assim aos princípios solucionadores da filosofia prática, enquanto ciência de base do «agir correcto» (26). Mas uma vez que o jurista, que está obrigado a proferir decisões, não poderá esperar pelos progressos da discussão filosófica, será então necessário formular pelo menos algumas «condições da possibilidade de verdade no Direito»; tal possibilidade vê-a HAVERKATE consubstanciada no Estado constitucional.

A ideia que se tornou familiar aos juristas, antes do mais devido a VIEHWEG, de que a solução de um problema jurídico decorreria não de um processo consistindo em deduções lógicas, mas por meio de uma problematização global de argumentos pertinentes, conduziu a uma crescente familiarização com os pressupostos e as regras da argumentação jurídica (127). Aí trata-se

(124) *Ibid.*, pág. 169.

(125) *Ibid.*, pág. 164.

(126) *Ob. cit.*, pág. 220.

(127) Menciono aqui os seguintes trabalhos: ROBERT AEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, 1978; CH. CLEMENS, *Strukturen juristischer Argumentation*, 1977; GROSCHNER, *Dialogik und Jurisprudenz*, 1982; FRITJOT HAFT, *Juristische Rethorik*, 1978; PERELMAN, *Logik und Argumentation*, 1979 (cf. *infra*, nota 218); A. PODLECH (ed.), *Rechnen und Entscheiden*, 1977; SCHREINER, *Die Intersubjektivität von Wertungen*, 1980; G. STRUCK, *Zur Theorie der juristischen Argumentation*, 1977; CHR. WESTERMANN, *Argumentationen und Begründungen*

tanto da estrutura lógica da argumentação, especialmente da possibilidade duma fundamentação de juízos de valor, de regras de argumentação, como também da utilização de argumentos jurídicos específicos, seja no quadro da interpretação da lei, da valoração dos precedentes ou da dogmática. Uma vez que em grande medida se trata de temas idênticos, que também são tratados na metodologia jurídica, levanta-se a questão do que é que constitui a diferença entre uma metodologia e uma teoria da argumentação. «Argumentar» significa fornecer fundamentos, que permitem a uma afirmação apresentar-se como justificada, pertinente ou pelo menos discutível. Os fundamentos, para atingirem esse fim, têm de ser conformados de tal modo que convençam os participantes na discussão, cuja existência se pressupõe, e que permitem suplantar os contra-argumentos por eles aduzidos. Quem idealizar uma teoria da argumentação jurídica pensa, antes do mais, na discussão de questões jurídicas perante os tribunais, na sala de audiências ou na literatura juscientífica. É evidente que o achamento do veredito judicial, bem como a imposição de uma opinião na doutrina, se efectiva em regra por via de um discurso. Isto dá a entender que de facto as fundamentações jurídicas se consubstanciam em formas e cadeias de argumentação. Em contrapartida, uma «metodologia» é concebida mais exactamente para o processo de uma pesquisa juscientífica, de um parecer ou mesmo da fundamentação de um julgamento. Aqui não se trata apenas do argumento «mais forte», mas de um processo ordenado de pensamento, que possa afiançar que pontos de vista essenciais não foram deixados fora de consideração. Mas como afinal de contas são os mesmos pontos de vista a que aquele que argumenta e aquele que procede «metodicamente» recorrem, enquanto inevitáveis passos de um processo de pensamento, trata-se assim, na medida em que o que está em causa é algo mais do que as regras formais de uma discussão, largamente de aspectos distintos da mesma coisa.

Isto é claro na «teoria da argumentação jurídica» de ROBERT ALEXY. Ele sublinha que o discurso jurídico é um «caso particular

in der Ethik und Rechtslehre, 1977; mais amplamente, *Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz*, RTh Beiheft 1, 1979. De entre estes escritos, pode considerar-se que o de ALEXY é representativo de todos os restantes.

do discurso prático geral»⁽¹²⁸⁾. O que o discurso jurídico e o discurso prático geral têm de comum é que em ambos se impõe, com a afirmação de um determinado enunciado entendido como normativo, uma pretensão à justeza desse enunciado. O discurso jurídico constituiria todavia um caso especial, «pois que a argumentação jurídica tem lugar sob uma série de condições limitativas». Estas condições seriam: «a vinculação à lei, a consideração que se exige pelos precedentes, a chancela da dogmática resultante da ciência jurídica institucionalmente cultivada», bem como, exceptuando o discurso juscientífico, «as restrições decorrentes das regras dos códigos de processo»⁽¹²⁹⁾. E sendo assim, também é mais restrita a pretensão de justeza que suscitam as asserções jurídicas face às do «discurso prático geral». «Não se pretende dizer, de modo puro e simples, que o enunciado normativo que se afirma, que se propõe ou que se expressa num acto de julgar é racional, mas que só pode ser racionalmente fundamentado nos quadros da ordem jurídica vigente»⁽¹³⁰⁾. Consequentemente, suscita ALEXY a questão: «Mas o que é, nos quadros da ordem jurídica vigente, fundamentação racional?»⁽¹³¹⁾. Para responder a esta questão, debruça-se sobre as questões que de há muito constituem o objecto da metodologia jurídica: a doutrina da proposição jurídica e do silogismo de determinação da consequência jurídica, das diferentes espécies - ALEXY fala de «formas de argumento» - de interpretação da lei, do modo de operar da dogmática jurídica e da aplicação dos seus produtos, da utilização dos precedentes. ALEXY não comunga, face à diferentes formas de interpretação, do scepticismo absoluto de ESSER, KRIELE e HAVERKATE. Em boa verdade, também a teoria do discurso não poderá oferecer qualquer hierarquização rígida ou seriação, mas poderá indicar «qual o modo como devem ser utilizadas na plenitude do seu sentido as diferentes formas de argumentação»⁽¹³²⁾. Em última instância, são os «fundamentos racionais» que deverão decidir qual o peso que se deve atribuir em cada caso a cada «forma de argumento»

(128) ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, 1978, pág. 32 e segs.

(129) *Ibid.*, pág. 34.

(130) *Ibid.*, pág. 264.

(131) *Ibid.*, pág. 272.

(132) *Ob. cit.*, pág. 304.

particular. Tais fundamentos teriam a sua proveniência principalmente da discussão «prática geral», ou seja, ético-social. Por fim, diz (133) que os chamados cânones, ou seja as modalidades de interpretação, não constituem, na verdade, garantia de que «o único resultado correcto seja alcançado com uma segurança razoavelmente grande», mas que são no entanto «mais do que meros instrumentos de uma legitimação em segunda via de uma decisão achada e fundamentada de um outro modo. São fórmulas a que a argumentação jurídica tem de recorrer quando pretende satisfazer a pretensão de justeza que nela se suscita e que, diferentemente do discurso prático geral, se prende muito particularmente com a vinculação à lei». A isto só poderemos dar o nosso assentimento.

A convicção de que ALEXY comunga em conjunto com a tópica é só a de que, relativamente a problemas jurídicos controvertidos, se trata de determinar quem é que tem os melhores argumentos e que o meio mais adequado para o determinar é um discurso estruturado de acordo com regras racionais (formais). Reconhece no entanto claramente as insuficiências da tópica e enumera-as uma a uma (134). A sua principal insuficiência vê-a ele na «incapacidade de captar o significado da lei, da dogmática e do precedente», bem como em que «entre as diferentes premissas a que se recorre nas fundamentações jurídicas não é feita uma diferenciação suficiente». Uma teoria da argumentação jurídica, segundo diz, teria de deixar-se aferir pela bitola de «se e em que medida pode evitar estas insuficiências». ALEXY não se coíbe de afirmar que no discurso jurídico se trata da «*justeza de enunciados normativos*». Distingue-se assim claramente dos autores que tomam como referência a retórica, como PERELMAN e VIEHWEG, segundo os quais só se pode tratar de encontrar argumentos «aceitáveis» para os interlocutores, surgindo a «aptidão de consenso» no lugar da «justeza».

As explanações de ALEXY merecem particular atenção a propósito de se saber se e em que medida as proposições da dogmática jurídica podem e devem ter aplicação enquanto argumentos nas discussões jurídicas (o que se quer dizer exactamente é: nas discussões sobre a decisão correcta de casos). A sua resposta é:

(133) *Ob. cit.*, pág. 306 e segs.

(134) *Ob. cit.*, pág. 39 e segs.

«a argumentação dogmática é racional enquanto não tenha perdido a vinculação à argumentação prática geral» (135). Aí reside uma rejeição de atitude anti-sistemática de VIEHWEG e, naturalmente, também da valoração incondicionalmente negativa da denominada Jurisprudência dos conceitos. É evidente que a respeito da questão da aplicabilidade das proposições dogmáticas na discussão jurídica se trata apenas de um aspecto parcelar, que não esgota a questão do valor cognoscitivo da ciência jurídica (dogmática).

6. Vinculação à lei e modelo subsuntivo

Os autores até agora referidos compartilham sem exceção da ideia de que o processo de uma dedução da maior parte das decisões a partir da lei por meio de uma subsunção lógica (da situação de facto sob a previsão de uma norma legal) ou é geralmente inadequado ou então só lhe reconhecem um significado mínimo. O ponto fulcral pelo menos do achamento do Direito, mas também da justificação da decisão, reside para eles em outras ponderações do juiz, que se prendem sempre com juízos de valor. Nisto, FIKENTSCHER também não constitui exceção. De facto, ele decide-se expressamente pelo modelo de subsunção, mas a subsunção é para ele apenas o último passo de um processo em cujo termo é o próprio juiz que na maior parte dos casos conforma pela primeira vez a norma à qual então irá subsumir. É indiscutível que, nestes termos, a mais recente metodologia reconhece aos tribunais uma grande participação na conformação e desenvolvimento do Direito no seu processo de aplicação, a *law in action*, o que é condicente com a constatação de qualquer um de que, por exemplo, para se informar sobre o Direito das Obrigações actual não bastaria contar só com o Código Civil. Por vezes dá-se a impressão de que o princípio da vinculação do juiz à lei foi abandonado na prática na metodologia moderna. Assim, lemos em HASSEMER (135a) que mesmo quando o juiz se *queira* ater estritamente à lei, ele não o *pode* fazer. Logo que a lei

(135) *Ob. cit.*, pág. 334.

(135.) Na colectânea KAUFMANN/HASSEMER, *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, 5.ª ed., 1989, pág. 223.

seja emanada, a sua aplicação passa a estar «na disposição da actuação jurisdicional»^(135b). Na verdade, também para ela continua a «consistir o postulado de vinculação à lei numa exigência normativa em relação à actuação jurisdicional»^(135c). No entanto, para HASSEMER é precisamente apenas uma exigência, cuja satisfação não é, segundo ele, possível. Fica para ele assente a vinculação, pelo menos factual, dos tribunais ao Direito judicial e à dogmática jurídica. Mas se formos ao ponto de dizer que é só a jurisprudência dos tribunais que vem a determinar o que é hoje aquilo que é Direito, o que tem de valer como conteúdo das leis, então a vinculação constitucional dos tribunais às leis surge pura e simplesmente como uma ficção. E assim não só se deixaria de observar uma das determinações fundamentais da nossa orgânica jurídico-constitucional, a do Estado de Direito democrático, como também a lei deixaria de preencher a sua função, a de garantia de unicidade de pautas reguladoras - muitos pensam em sua substituição numa vinculação a precedentes - e sofreria sérios danos a segurança jurídica. Quem tal não pretenda, mas por outro lado acredite que não serão suficientes outras ponderações que não as fundadas por meio de silogismos logicamente concludentes para conformar a medida adequada de controlo, e assim de comprobabilidade das decisões no âmbito da ciência jurídica e da ética prática, que é aqui possível e suficiente, há-de tentar ater-se, na medida do possível, ao «clássico» modelo de subsunção. Assim, KOCH e RÜSSMANN na sua *luristische Begründungslehre* (Teoria da Fundamentação Jurídica)⁽¹³⁶⁾, estruturada com base nos conhecimentos da lógica moderna e da semântica.

Não se trata em KOCH e RÜSSMANN da questão - que porventura está para ESSER no primeiro plano da sua reflexão - de como o juiz obtém na realidade a decisão que sente como «justa», mas da questão «do que é que poderiam ser bons fundamentos para as resoluções jurídicas»⁽¹³⁷⁾. Partem assim da ideia de que a fundamentação tem em primeira linha a função de comprovar que a resolução está em conformidade com a lei. A isto serviria por excelência o «modelo dedutivo de fundamentação»,

^(135b) *Ob. cit.*, pág. 224.

^(135c) *Ob. cit.*, pág. 230.

⁽¹³⁶⁾ KOCH/RÜSSMANN, *luristische Begründungslehre*, 1982.

⁽¹³⁷⁾ *Ibid.*, pág. 1.

quer dizer, a aplicação de uma norma legal nos termos da subsunção lógica. Se este modelo existe ainda nos seus limites, onde o próprio legislador deixou ao aplicador a opção entre diferentes possibilidades, então permitiria até esses limites, em todo o caso, a manutenção, na medida do possível, da vinculação à lei⁽¹³⁸⁾. Esta reclamaría, como primeira premissa do esquema dedutivo, a possibilidade de escolher uma norma legal, e tomaria ainda necessário para isso «abstrair *primacialmente*, na fundamentação da interpretação semântica ou pragmática da norma legal, do conteúdo da lei e dos objectivos do legislador». Dito de outro modo: «o jurista não deve *emprestar* aos termos legais um qualquer significado, mas deve *achar* o conteúdo semântico da lei em ligação com a lei e com o legislador»⁽¹³⁹⁾. Estas frases significam uma rejeição de todos aqueles que consideram legítimo tomar a escolha do «método» de interpretação convocado para a fundamentação dependente de qual seja o que conduza ao resultado tido em cada caso como justo. KOCH e RÜSSMANN salientam como outras vantagens do modelo dedutivo de fundamentação: asseguraria o igual tratamento de todos os casos que preenchem as condições, necessariamente formuladas de modo geral, da norma, e garantiria a segurança jurídica na medida do possível. Por último, permitiria examinar a concisão de uma cadeia dedutiva do modo mais seguro possível e com isso exercer uma crítica fundamentada. Em relação à tópica isto significa⁽¹⁴⁰⁾: «uma fundamentação da resolução que representa uma amalgama de pontos de vista é dificilmente acessível à crítica». Nesta medida, é inegável um retomo à - por muitos já considerada morta - metodologia «clássica», tal como porventura ainda ENGISCH, entre os autores mais recentes, a representa⁽¹⁴¹⁾.

O «modelo dedutivo de fundamentação» é agora consideravelmente aperfeiçoado por KOCH e RÜSSMANN. Uma vez que isso ocorre com o auxílio da lógica moderna (formal), aqui não se pode senão remeter para ela. A vantagem de uma formalização lógica desse tipo reside, tal como sublinham, sobretudo em que com a sua ajuda é mais fácil controlar a ausência de lacunas

⁽¹³⁸⁾ *Ibid.* pág. 112.

⁽¹³⁹⁾ *Ob. cit.*, pág. 7.

⁽¹⁴⁰⁾ *Ob. cit.*, pág. 115.

⁽¹⁴¹⁾ ENGISCH. *Einführung in das juristische Denken*, 7.ª ed., 1977; sobretudo os capítulos II e III.

das cadeias de dedução necessárias. Na subsunção trata-se, segundo eles, sobretudo de superar o hiato linguístico entre a previsão legal, na maior parte das vezes descrita em termos muito gerais, e o recorte mais forte da situação de facto, que sublinha os traços específicos da situação de facto a julgar⁽¹⁴²⁾. Devem aí ser incorporadas premissas na cadeia dedutiva, que são em parte o resultado de uma interpretação da norma legal e em parte consequências lógicas decorrentes das premissas avançadas. Suponhamos que, segundo a previsão legal, se tratava de saber se o agente era portador de uma arma. Segundo a descrição da situação de facto, ele trazia consigo uma faca. Aqui não se mostra difícil encerrar o «hiato» mediante os enunciados, que dificilmente serão postos em dúvida, de que uma faca é uma «arma» (no sentido deste preceito). Depois disto, a subsunção não oferece qualquer dificuldade. Porém, se ele não tivesse tido consigo uma faca mas, digamos, uma tesoura das unhas, então duvidar-se-á se isto é uma «arma» (no sentido deste preceito). Para responder a esta questão tem o termo «arma» (sempre no sentido deste preceito) de ser caracterizado mais em pormenor mediante a indicação das características que para ele deste advêm. Isto ocorre por meio da interpretação. O resultado da interpretação forma a premissa maior de um silogismo, cuja premissa menor é a constatação de que a tesoura das unhas (de que o agente era portador) apresentava (ou não apresentava) estas características. A conclusão é depois formada pelo enunciado de que o agente era (ou não era) portador de uma arma, do que decorre por sua vez que a situação de facto descrita se identifica (ou não se identifica) com a previsão legal. Um tal engrenar de inferências, cujas premissas são por um lado o texto da lei e por outro a determinação conceptual mais em pormenor, obtida com a sua interpretação, e a descrição da situação de facto, caracteriza de facto o «modelo dedutivo de fundamentação» e torna este tão atractivo precisamente pela impressão de ser uma sequência de pensamento rigorosa, conforme à lógica.

(142) KOCH/RÜSSMANN, *oh. cit.*, págs. 15 e segs., 24 e segs. Cf. igualmente KOCH, in: *Rechtsdogmatik und praktische Vernunft. Festschr. für Wieacker*, 1990, pág. 69 e segs. A descrição da situação de facto na sentença ocorre, diz ele, «uma linguagem mais concreta do que aquela que é usada na formulação legislativa da norma». A superação deste hiato linguístico possibilita e equiparação desta situação de facto com a que é pensada na lei.

KOCH e RÜSSMANN são de opinião de que a subsunção com o auxílio da interpretação é também possível quando a lei emprega «conceitos vagos» ou descrições de tipos⁽¹⁴³⁾. Não posso, contudo, estar de acordo com isto. Conceitos «vagos» como «insignificante», «irrelevante», «preponderante» têm uma amplitude «oscilante», no seio da qual não se pode dizer com a máxima dasseguranças se este caso ainda cai sob ela ou não. Deixar-se-ia subsumir a ela se o pudéssemos conformar em grandezas quantitativas ou temporais fixas. Mas foi isto precisamente que o legislador não fez; queria deixar uma certa margem de livre apreciação. Decerto que se podem formar proposições como a de que: uma ultrapassagem de prazo de mais de uma semana não é em todo o caso irrelevante, e se se verifica uma tal ultrapassagem é possível subsumir. Mas tais juízos são perigosos; poderia bem ser outra a situação. O temor em aceitar que se não pode subsumir aos «conceitos vagos» funda-se na opinião de que então só seria possível uma resolução irracional, uma pura decisão. Mas isto não é assim, segundo a opinião aqui defendida. Na maioria dos casos não se oferecerá todavia qualquer dúvida, porque são casos típicos, exemplares. Em outros casos, ajuda a comparação com casos dessa espécie ou com casos já resolvidos. Se resultar que entre os casos comparados não existe qualquer diferença relevante para a apreciação, é pertinente uma analogia; mas se resultarem tais diferenças, deve-se rejeitá-la. Apenas uma minoria em vias de desaparecimento dos casos está tão rigidamente «na fronteira» que só resta a pura decisão; então há que tomá-la. O mesmo vale para as descrições de tipos e para as pautas carecidas de preenchimento, como por exemplo o cuidado a requerer (aqui e agora). De modo nenhum começa aqui em todos os casos logo o âmbito da pura decisão; no lugar da subsunção entra somente uma coordenação assente na comparação e na ponderação valorativa. Também nestes casos o procedimento é «dedutivo», na medida em que é uma norma legal que constitui o ponto de partida, é dela que se extrai a consequência jurídica; só os passos intermédios necessários são de natureza diversa da que exige o modelo de subsunção. Também aqui se não renuncia à fundamentação;

(143) *Oh. cit.*, pág. 67 e segs.

só que esta não é aqui «concludente», do mesmo modo que o sugere o esquema subsuntivo.

Uma vez que KOCH e RÜSSMANN reconhecem à interpretação uma importante função no seio do esquema dedutivo de fundamentação, que por seu lado assegura a observância da vinculação do juiz à lei e do princípio do igual tratamento, não podem assim abandoná-la - qual «escolha de método» - à discricionariedade do intérprete⁽¹⁴⁴⁾. O juiz tem, segundo eles, de se ater a determinadas regras de interpretação. Colocam um peso especial na interpretação linguística («semântica»). A interpretação sistemática ficaria absorvida nela, porquanto consistiria apenas em observar o contexto legal do preceito a interpretar. Logo a seguir ao sentido literal, é determinante a intenção reguladora do legislador (histórico). Em contrapartida, KOCH e RÜSSMANN são cépticos face a uma *ratio legis* a distinguir dela, a uma interpretação «teleológico-objectiva». A hierarquia das metas da interpretação resulta segundo eles de reflexões de teoria do Estado, não de reflexões hermenêuticas ou filosóficas. Tem prevalência a interpretação semântica; um sentido literal inequívoco não pode ser corrigido mediante a consideração das outras metas da interpretação. Nesta medida, está o juiz, segundo KOCH e RÜSSMANN, vinculado ao sentido literal, com reserva de um eventualmente admissível desenvolvimento do Direito. Mas se aquele tiver uma pluralidade de significados, acolhem-se em segunda linha as representações de objectivos do legislador. Só quando uma resolução não pode, nessa conformidade, ser encontrada, é que «se há-de complementar a interpretação semântica da lei à luz dos «fins racionais»⁽¹⁴⁵⁾. É claro, segundo isto, que KOCH e RÜSSMANN, diferentemente de alguns dos autores até aqui mencionados, atribuem ao postulado da vinculação à lei (por razões de teoria do Estado e de Direito Constitucional) prevalência mesmo face à justiça do caso. Observam expressamente, face a KRIELE, que a escolha de uma ou outra possibilidade de interpretação, atendendo à racionalidade do resultado a atingir com ela, seria logo estancada pelo facto de «a intersubjectividade da avaliação dos resultados frequentemente não se vir a

(144) Assim, expressamente, *ob. cit.*, pág. 163 e segs.

(145) *Ob. cit.*, pág. 182.

verificar»⁽¹⁴⁶⁾. O empenho numa solução justa seria apenas de reconhecer «adentro do quadro da vinculação à lei»⁽¹⁴⁷⁾.

KOCH e RÜSSMANN não põem apesar disso em causa a admissibilidade limitada e a grande importância prática do desenvolvimento judicial do Direito. A questão da admissibilidade seria por seu turno uma questão de Direito Constitucional. Deveria ser diferentemente respondida para os diversos sectores do Direito. Assim, a jurisprudência dos tribunais não poderia de modo nenhum ampliar por si os direitos estaduais de intervenção face aos cidadãos⁽¹⁴⁸⁾. Um desenvolvimento judicial do Direito seria antes admissível em sectores jurídico-privados. Rejeitam o conceito de lacuna como um critério da admissibilidade. Um desenvolvimento judicial do Direito (admissível) seria de fundamentar antes do mais no facto de, por seu intermédio, «aquilo que foi querido pelo legislador ser posto em vigor contra aquilo que foi dito pelo legislador»⁽¹⁴⁹⁾. Neste contexto, empenharam-se em pôr as formas de argumentação da analogia e da redução teleológica na forma lógica a elas adequada.

KOCH e RÜSSMANN reconhecem por fim que existem - sobretudo em relação às normas de avaliação e aos princípios - margens de livre apreciação que «não podem ser superadas mediante o recurso àquilo que foi querido pelo legislador»⁽¹⁵⁰⁾. Aqui teria o decisor de prestar contas «de uma opção que poderia ter acontecido de outro modo, tendo em vista as alternativas disponíveis». Se «tem de prestar contas», então tem aqui também de indicar ainda fundamentos para a sua resolução, mesmo que estes possam não ser «concludentes», mas precisamente fundamentos relativamente aos quais ele é livremente responsável. Só se pode tratar aqui de fundamentos morais de justificação. São de opinião, com PERELMAN e outros filósofos morais mais recentes, de que uma resolução só pode ser considerada como «justa» se todas as pessoas por ela afectadas puderem concordar com ela, tendo um conhecimento e apreciação correctos das consequências a esperar dela (para si próprios, mas também para a vida em sociedade

(146) *Ob. cit.*, pág. 183.

(147) *Ob. cit.*, pág. 176.

(148) *Ob. cit.*, pág. 256.

(149) *Ob. cit.*, pág. 257 e segs.

(150) *Ob. cit.*, pág. 346 e segs.

das pessoas em geral). Teria portanto de ser demonstrado quais são os interesses afectados pelas alternativas normativas à escolha e esses interesses teriam por sua vez, avaliados de acordo com a sua importância, de ser desenvolvidos em «princípios de distribuição e regras de preferência». «Pretender realizar isto *ab ovo* de cada vez em relação a cada resolução é em si utópico, ou seja, prende-se com a consequência de uma contínua incapacidade de decisão quando nos limitamos à selecção daquelas alternativas que se movem no quadro do programa normativo legislativo»⁽¹⁵¹⁾. O juiz teria portanto de começar por se ater a «resultados prévios» tal como eles pudessem estar contidos em precedentes e propostas da dogmática. Se isto também faltasse, não poderíamos apesar disso exonerá-lo da obrigação de pôr em acção reflexões pessoais, simplesmente não poderíamos exigir que «a reflexão levada a cabo com meios e conhecimentos limitados e sob pressão da decisão assegurasse o grau de justiça que pode ter a reflexão das consequências científicamente preparada e controlada»⁽¹⁵²⁾.

KOCH e RÜSSMANN empenharam-se em comprometer tanto quanto possível o juiz em relação à indicação de fundamentos comprováveis. Não lhe deixam margem alguma para o apelo ao sentimento jurídico, à equidade, ou a ideias gerais vagas. Exigem a maior medida de racionalidade possível também para a constatação das situações de facto, em especial tanto quanto estas se apoiem simplesmente em juízos de probabilidade⁽¹⁵³⁾. A fronteira entre as resoluções a fundamentar «de modo logicamente concludente», de acordo com o modelo de subsunção, e as resoluções pelas quais o juiz ainda é livremente responsável, as resoluções a fundamentar com argumentos éticos, empurram-na a favor das primeiras tanto quanto possível - na nossa opinião, mais do que é possível. Depois dos ataques ao modelo subsuntivo, que em parte tão longe foram levados, e mesmo ao procedimento metodológico em geral, era de esperar uma tal oscilação pendular. Alguma coisa é assim reposta em ordem. Uma vez que KOCH e RÜSSMANN estão completamente concentrados na fundamentação das sentenças judiciais, o seu tema não é a actividade

da ciência do Direito dirigida à obtenção de conhecimentos jurídicos gerais nem as suas componentes sistemáticas. Não é também com certeza por acaso que não atribuem ao critério sistemático um valor posicional específico entre os critérios da interpretação, deixando-o ser absorvido pelo elemento linguístico.

Isto é diferente em PAWLOWSKI⁽¹⁵⁴⁾. Para ele trata-se de como a ciência do Direito chega a juízos normativamente correctos, e bem entendido, com o auxílio do Direito vigente e no quadro dele, das leis adequadamente interpretadas. Considera, na verdade, o modelo subsuntivo como imprescindível na fundamentação de sentenças⁽¹⁵⁵⁾, mas em contrapartida seria apenas de poucos préstimos para a consecução de resoluções correctas⁽¹⁵⁶⁾. Seria portanto «compreensível e objectivamente necessário pôr à disposição do jurista julgador, conjuntamente com esse, outros métodos que orientassem a sua perspectiva para contextos mais amplos».

Analogamente a FIKENTSCHER, se bem que sem utilizar as expressões por este cunhadas, distingue PAWLOWSKI duas componentes da justiça, a saber, a «justiça equitativa» e a «justiça material». As ordens jurídicas ocidentais, lemos em PAWLOWSKI⁽¹⁵⁷⁾, «partem de há muito, com arrimo ao Direito romano e sob a influência da filosofia do Direito grega, de que o Direito e a justiça são caracterizados pela 'regularidade' (quer dizer, pelo igual tratamento do que é idêntico) ou seja, que Direito e justiça estão ligados a resoluções 'normativas' (nos termos da lei, repetíveis) e nessa medida não dependem também do consenso directo das partes». A igualdade surge mediante um acto de abstracção. O que deve ser considerado igual ou desigual tem portanto de ser estabelecido com a ajuda de resoluções prévias (estatuições, leis). «A ciência do Direito revela-se neste aspecto como ciência pelo facto de como se produz da melhor maneira possível igualdade, ou seja, não em primeira linha pelo que é igual»⁽¹⁵⁸⁾.

⁽¹⁵¹⁾ *Ob. cit.*, pág. 373.

⁽¹⁵²⁾ *Ob. cit.*, pág. 375.

⁽¹⁵³⁾ *Ob. cit.*, pág. 271 e segs., sobre os juízos de probabilidade,

pág. 287 e segs.

⁽¹⁵⁴⁾ *R.-M. PAWLOWSKI, Methodenlehre für Juristen*, 1981. A seguir,

citam-se os números de margem de página.

⁽¹⁵⁵⁾ *Ibid.*, n.º 394.

⁽¹⁵⁶⁾ *Ibid.*, n.º 393.

⁽¹⁵⁷⁾ *Ibid.*, n.º 341.

⁽¹⁵⁸⁾ *Ibid.*, n.º 345.

Uma vez encontradas as resoluções prévias necessárias - e tendo o seu conteúdo sido determinado mais em pormenor ou ulteriormente desenvolvido, tanto quanto o necessário, pela ciência do Direito -, o modelo subsuntivo expressa então «que a resolução achada em cada caso dá conta do princípio da regularidade», tendo sido pois tratado igualmente aquilo que é igual⁽¹⁵⁹⁾. No entanto, «a normatividade do Direito é apenas o primeiro, que não o único, pressuposto da justiça (material)»⁽¹⁶⁰⁾. O segundo é que as resoluções prévias encontradas em precedentes ou em leis são «correctas», no sentido «de que as notas características da hipótese legal nelas contidas conduzem a distinções (à determinação de desigualdade), que se apresentam como 'plausíveis' (objectivamente defensáveis), atendendo à problemática nelas regulada e às consequências jurídicas ordenadas»⁽¹⁶¹⁾. Alude-se com isto claramente ao que FIKENTSCHER denomina de «justiça material». As leis do Estado, inclusive, diz PAWLOWSKI⁽¹⁶²⁾, só podem começar por ser reconhecidas e entendidas como partes integrantes do Direito vigente quando «se puder indicar porquê e em que medida é 'correcta' (racional, objectivamente adequada) a conexão entre hipótese legal e ordenação de regulação».

Se a missão das leis consiste sobretudo em assegurar o igual tratamento do que é igual, mediante o estabelecimento do que deve ser tratado igualmente e do que deve ser tratado distintamente, então surge uma outra função das leis aparentemente em contradição com esta, função que PAWLOWSKI denomina como a sua «função de direcção». Muitas das leis actuais servem precisamente para alterar o Direito até aí existente, para criar Direito novo. Situações de facto idênticas podem, nesta conformidade, ter de ser tratadas diferentemente de hoje para amanhã. Segundo PAWLOWSKI, esta espécie de diferente tratamento justifica-se quando as relações determinantes para a nova regulação se alteram, de modo que a regulação de até então deixa de ser materialmente adequada. Apesar da «identidade exterior» não se trata já de «situação de facto idêntica»⁽¹⁶³⁾. Uma alteração das relações

(159) *Ibid.*, n.º 394.

(160) *Ob. cit.*, n.º 344.

(161) *Ob. cit.*, n.º 359.

(162) *Ob. cit.*, n.º 369.

(163) *Ob. cit.*, n.º 375.

gerais do Direito ou da vida poderia ademais conduzir a que uma regulação legal inalterada obtivesse um significado completamente distinto e deveria portanto ser interpretada de modo diverso do de até então⁽¹⁶⁴⁾. Com a modificação, ou com interpretação diferente, de uma lei em particular poder-se-ia chegar a contradições no seio da ordem jurídica. «Pois que não está garantido, uma vez que o legislador, os tribunais ou outras instâncias decisórias atendem sempre na promulgação a 'novas resoluções (prévias)' que a sua resolução tem importância - e em que perspectiva a tem - para outras situações de facto». «Cada» nova resolução (prévia) «dá portanto oportunidade para comprovar a compatibilidade recíproca das resoluções (prévias) agora existentes»⁽¹⁶⁵⁾. Mas isto só se conseguiria com ajuda de reflexões sistemáticas. «Pois que só se pode determinar o que é essencialmente igual ou desigual com a ajuda de um sistema de resoluções prévias em si consistentes»⁽¹⁶⁶⁾. Se estas não forem coerentes, não está garantido o igual tratamento do que é igual. Em caso de não concordância, seria de observar a prevalência do Direito novo face ao de até então. «Quando uma lei nova não está em consonância com o sistema jurídico existente, então há que - pelo menos em regra - modificar (reorganizar) o sistema, mas não invalidar a lei»⁽¹⁶⁷⁾. Não diz PAWLOWSKI se a «reorganização» do sistema conduz então a uma interpretação modificada das decisões prévias que já não estão em consonância com o novo Direito ou de que modo deve ser então restabelecida a concordância.

Havemos de voltar ao conceito de sistema de PAWLOWSKI. Debrucemo-nos agora sobre a sua teoria da lei - e, com isso, também da vinculação à lei -, a que é atribuída uma importância considerável no âmbito da sua metodologia. PAWLOWSKI distingue três diferentes missões ou funções das leis - denomina-as de «função normativa», «função de aperfeiçoamento» e «função de planificação». A «função normativa» das leis é idêntica à garantia do preceito de igual tratamento, precisamente pelo seu carácter de «normas».

(164) *Ob. cit.*, n.º 383.

(165) *Ob. cit.*, n.º 0400.

(166) *Ob. cit.*, n.º 402.

(167) *Ob. cit.*, n.º 404.

No âmbito da função normativa, distingue PAWLOWSKI três espécies de vinculação dos tribunais à lei: a «técnica», a «dogmática» e a «jurídica». A vinculação «técnica» decorre simplesmente da oportunidade: é de esperar que *todos* os tribunais se aterão às normas estadualmente estatuídas e, para além delas, também às fundamentações que lhes foram dadas pelo legislador, de tal modo que com isto se assegura de modo mais genuíno o igual tratamento. Esta vinculação «técnica» não é ainda, porém, uma vinculação jurídica, no sentido de uma obrigação. Na vinculação «dogmática», trata-se da construção dogmática escolhida pela lei. Também ela não é ainda, se bem entendo PAWLOWSKI, uma vinculação «jurídica», mas, igualmente, uma questão de oportunidade: quando e enquanto não esteja disponível uma melhor construção, e esta seja reconhecida, é conveniente ater-se àquela pela qual a lei optou, porque isto farão também provavelmente os outros tribunais, e assim, uma vez mais, se assegura de modo mais genuíno o igual tratamento. Seria correcto recorrer à teoria (à proposta de sistematização) que tem o maior apoio na lei ou nas explanações adicionais para isso existentes das instâncias oficiais, não porque a lei vincule «juridicamente» nesta perspectiva, ou porque se tenha de interpretar uma lei «subjectivamente», mas porque tal «se apresenta como o melhor meio de unificação do Direito»⁽¹⁶⁸⁾. Com isto, a lei do Estado revelar-se-ia simultaneamente «como um meio de conhecimento jurídico»⁽¹⁶⁹⁾. Como tal poderia também, contudo, ser ultrapassada pelo avanço do conhecimento jurídico⁽¹⁷⁰⁾.

A segunda função, não de todas, mas de muitas das leis, é a já mencionada função de direcção ou de aperfeiçoamento. Em relação a esta função surge de novo a questão do «conteúdo correcto», e ao mesmo tempo a segunda componente da justiça, a adequação objectiva das normas. Trata-se sobretudo da função de direcção das leis do Estado quando «um progresso no conhecimento extra ou metajurídico ou o desenvolvimento das relações sociais dá lugar a «'novas' leis»⁽¹⁷¹⁾. A lei do Estado é então «um instrumento com a ajuda do qual ligamos o conhecimento do Direito ao conhecimento extra ou metajurídico». Daí resulta

⁽¹⁶⁸⁾ *Ob. cito*, n.º 535.

⁽¹⁶⁹⁾ *Ob. eit.*, n.º 537.

⁽¹⁷⁰⁾ *Ob. eit.*, n.º 540.

⁽¹⁷¹⁾ *Ob. eit.*, n.º 586.

que (agora também) *vincula juridicamente* os juízes - e atendendo ao conhecimento jurídico vigente, também os teóricos do Direito⁽¹⁷²⁾, pois que as resoluções que não se ativessem a estas leis do Estado não só contrariariam o princípio do tratamento igual, mas também «renunciam a determinar, de acordo com o estádio do conhecimento actual, as decisões prévias necessárias para qualquer Direito, e assim, com base num segundo fundamento, material, frustram a justiça». O juiz estaria juridicamente vinculado às leis com as quais o Estado exerce a sua função de aperfeiçoamento e de direcção «porque só assim se conseguem encontrar julgamentos justos, quer dizer, julgamentos que correspondem ao princípio do tratamento igual e encontrar a distinção entre igualdade e desigualdade essenciais, atendendo a todos os conhecimentos que hoje não são acessíveis»⁽¹⁷³⁾. No entanto, isto pressuporia que «o nosso procedimento legislativo está organizado de tal modo que dele se pode dizer com razão que com a ajuda das leis estaduais o Direito é «aperfeiçoado», que «surge como meio apropriado para adequar o nosso Direito ao progresso do conhecimento extra e metajurídico»⁽¹⁷⁴⁾. Mas é este o caso⁽¹⁷⁵⁾.

Todavia, não é, por sua vez, ilimitada a vinculação jurídica, a afirmar nesta sequência, às leis que servem para o aperfeiçoamento do Direito. Na verdade, o juiz não está autorizado a afastar-se de uma tal lei pelo facto de que o conhecimento extrajurídico que lhe é subjacente se lhe ter revelado como errado. Ele tem de deixar ao legislador o novo ajustamento, pois que este tem, «considerando o aperfeiçoamento do Direito», possibilidades de conhecimento reflectidas face às suas próprias. Outra coisa se passa, porém, quando a lei se revela errada com base no conhecimento jurídico («em sentido estrito»), eventualmente porque é possível comprovar que «não trata igualmente o que é essencialmente igual segundo as decisões prévias existentes (vigentes)»⁽¹⁷⁶⁾. Aqui levanta-se todavia a questão de como se coaduna isto com a prevalência do Direito novo, que PAWLOWSKI anteriormente

⁽¹⁷²⁾ *Ob. eit.*, n.º 592.

⁽¹⁷³⁾ *Ob. eit.*, n.º 604.

⁽¹⁷⁴⁾ *Ob. eit.*, n.º 605.

⁽¹⁷⁵⁾ *Ob. eit.*, n.º 621 e segs.

⁽¹⁷⁶⁾ *Ob. eit.*, n.º 607.

afirmou, face às decisões prévias existentes. Coisa diferente, para o que PAWLOWSKI chama aqui a atenção, é o ser uma lei inválida, quer dizer, que não vincula, quando viola o Direito *prevalecente*, por exemplo, o Direito Constitucional. A vinculação jurídica, diz ainda PAWLOWSKI, poderia ser também influenciada pelo decurso do tempo. Uma lei que ao tempo da sua promulgação servisse para o aperfeiçoamento do Direito poderia depois perder esta função, e com isso a sua vinculação jurídica quando os conhecimentos extrajurídicos outrora «novos», que lhe são sub-jacentes, «se tornaram indiscutível (evidente) parte integrante do Direito vigente e consequentemente património comum» (177). Que fundamento, porém, deveriam ter ainda os juristas para lhe recusar seguidores? A questão de até onde chega a vinculação jurídica é por isso tanto mais difícil de responder quanto, como admite PAWLOWSKI (178), «não está estabelecido nem de antemão, nem de uma vez por todas, numa lei em concreto, quais dos seus conteúdos são de imputar então à função de direcção ou aperfeiçoamento e quais tão-só à função normativa ou de igual tratamento».

Quanto à última função, a «função de planificação», trata-se da organização da vida em sociedade, de normas de competência, da limitação do poder estadual, da actuação em conformidade com a lei dos agentes da Administração, da constituição dos tribunais, e, por último, de normas que estabelecem o *status* (as «capacidades» jurídicas) do indivíduo — vendo bem a maior parte das normas de Direito público e algumas de Direito privado, e sobretudo também do Direito Penal. Relativamente a estas normas existe, segundo PAWLOWSKI, «uma vinculação estrita à descrição formal da hipótese normativa da lei» (179). Neste domínio deveriam preservar-se, por razões político-estaduais e políticas-constitucionais, todas as resoluções essenciais do legislador. Por isso, valeria aqui um «positivismo estrito», que conduz a uma «vinculação formal»; este «positivismo estrito» excluiria «precisamente o recurso ao conhecimento jurídico hoje disponível» (180). Se isto

(177) *Ob. eit.*, n.º 0609.

(178) *Ob. cito*, n.º 0608.

(179) *Ob. cito*, n.º 0650.

(180) *Ob. eit.*, n.º 672.

deve significar que neste domínio são de aceitar mesmo diferenças essenciais, tal só pode ser motivo de espanto (181). A isto contrapor-se-ia ainda aqui também o imperativo do art.º 3.º da Lei Fundamental, como Direito de grau superior. PAWLOWSKI vai tão longe que considera como excluídas neste sector não só a analogia, mas também mesmo uma interpretação restritiva ou extensiva (182). Com isto restaria, bem entendido, apenas uma interpretação literal estrita; é para mim duvidoso se é isto que PAWLOWSKI pensa. Apesar desta objecção, considero como grandemente merecedora de consideração a ideia de fazer distinções, de acordo com as diversas funções da lei, a respeito da extensão da vinculação e da faculdade dos tribunais para o desenvolvimento do Direito.

Do sentido e da amplitude da vinculação judicial à lei ocuparam-se, na perspectiva do Direito Constitucional, vários autores (183). Estão de acordo em que não entendem a vinculação no sentido estrito, que estaria vedado aos tribunais um desenvolvimento do Direito, pura e simplesmente, mas exigem que estes «acatem o primado de criação da norma pelo legislador», «que tornem válida no achamento de uma resolução justa a função da lei jurídico-constitucionalmente prevista, com os meios da argumentação e fundamentação jurídicas». Com isso, sublinham a vinculação do juiz à lei numa medida mais forte do que acontece hoje as mais das vezes. No restante, remetemos aqui para as nossas explanações sobre interpretação da Constituição (infra, capo IV, 4c).

(181) Mesmo no Direito Penal é admissível a analogia *a favor do agente*.

(182) *ob. cit.*, n.º 744. Não está decerto em consonância com isto que PAWLOWSKI fale, no n.º 693, da necessidade de na «aplicação de preceitos de Direito público com vista à regulação do sector estadual não nos quedarmos em argumentos formais (positivistas), mas determinar, ampliar ou restringir o conteúdo destas leis com ajuda de argumentos substantivos». Que nos preceitos a que se alude no n.º 393 se trata de preceitos com «carácter de planificação» é sublinhado pelo facto de PAWLOWSKI remeter no n.º 744 para o n.º 691 e segs.

(183) BADURA, «Grenzen und Möglichkeiten des Richterrechts», in: *Schriftenreihe des deutschen Sozialgerichtsverbandes*, vol. X, 1973, KREY, *Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht*, 1977; JZ 78, págs. 361, 428, 465; WANK, *Grenzen riehterlieher Rechtsfortbildung*, 1978.

7. Sobre a questão do sistema

O contributo inquestionável da Jurisprudência dos conceitos foi a elaboração de um sistema conceptual-abstracto, que era construído de acordo com o princípio da subordinação de conceitos cada vez mais especiais aos de extensão muito ampla (âmbito de aplicação), mas de cada vez mais escasso conteúdo, e que devia permitir atribuir a cada conceito não apenas o seu «lugar» no seio do sistema no seu conjunto, mas também subsumir situações de facto concretas às previsões normativas da lei e, assim, determinar a situação jurídica^(183a). Este sistema encontra a sua sedimentação na ordenação externa das nossas leis e em numerosas divisões conceptuais (como a de Direito público e privado, direitos «absolutos» e «relativos», eficácia *inter partes* e *inter omnes*, nulidade e mera anulabilidade de um negócio jurídico, e muitas outras). Serve por isso aos juristas hoje ainda em larga escala como orientação - mesmo quando não é já «adequado» em muitos pontos. Em contrapartida, já ninguém espera hoje *deste* sistema um contributo para a solução de problemas jurídicos em aberto, mas, quando muito, um mais fácil achamento das normas legais que sejam em cada caso decisivas. A sua importância nesta perspectiva não deveria ser menosprezada; no entanto, não justifica por si só os empenhos da Jurisprudência no sentido de ganhar perspectivas sistemáticas. Apesar disso, tais empenhos são prosseguidos; a questão do sentido de tais empenhos recoloca-se portanto.

Um dos primeiros a confrontar-se criticamente com a ideia de sistema na ciência do Direito é ENGISCH⁽¹⁸⁴⁾. Demonstra, em primeiro lugar, que e qual a razão por que não é possível na Jurisprudência um sistema rigorosamente «axiomático» do tipo da matemática ou de uma ciência de cálculo. Um sistema desse género exige em primeiro lugar um número fechado de conceitos fundamentais ou «axiomas», logicamente compatíveis entre si, «últimos» em cada caso, quer dizer, não susceptíveis de inferência ulterior. ENGISCH explica que se quisesse tentar reconduzir

^(183a) A este respeito, cf. infra, Parte II, capo VI, n.º 1b.

⁽¹⁸⁴⁾ In *Studium Generale*, vol. 10 (1957), pág. 173 e segs. Reimpresso in: *Studium Generale* 1984, pág. 181.

o conjunto dos conceitos pertinentes a um determinado Direito a alguns poucos conceitos fundamentais, que poderiam funcionar como «axiomas», ou se chegaria a conceitos puramente formais, como demonstra o «quadro de categorias» de STAMMLER, que não possibilitam nenhum enunciado sobre o conteúdo de qualquer proposição jurídica, ou então aos «elementos empíricos de representação últimos», que «são tão numerosos como os aspectos que nos oferece o mundo natural e social» e que não formam portanto nenhum grupo fechado em si. Por outro lado, todavia, haveria na Jurisprudência, na passagem de um conceito mais geral a um mais especial «tanta matéria para dominar que o modo de pensamento puramente dedutivo cede perante os actos de conhecimento para tal necessários». Por último, os princípios jurídicos, a partir dos quais aparentemente se deduz, «seriam intersectados e limitados mediante outros princípios jurídicos, de tal modo que já não é possível uma simples dedução, mas devem ocorrer soluções que concluem sobre qual o princípio que precede o outro em hierarquia».

Embora ENGISCH chegue com isto à conclusão de que «o ideal do método dedutivo-axiomático não pode ser realizado na Jurisprudência», não vê nisso, com razão, qualquer fundamento para abandonar a própria ideia de sistema. Onde quer que tenhamos de tratar como uma «verdadeira ordem jurídica» e com a sua imposição espiritual, aí será imprescindível a ideia de sistema. Mesmo uma ordem jurídica que «tacteie de caso para caso e de regulação particular para regulação particular» desenvolver-se-ia «de acordo com princípios imanentes que formam no seu conjunto um sistema». Aquilo que ENGISCH tem em mente é assim um sistema de princípios jurídicos directivos relacionados uns com os outros de modo coerente, que lança mão de determinados conceitos e de pontos de vista classificatórios, sem poder exigir para eles qualquer validade geral ou plenitude. De modo algum poderia o sistema «ser lançado como uma rede» sobre o Direito - tem antes, podemos nós acrescentar, a ciência de o desenvolver continuamente a partir do conjunto do Direito, das suas conexões de sentido imanentes, e tornar esse todo transparente e compreensível enquanto uma conexão de sentido. A unidade interna de um ordem jurídica positiva, como ENGISCH expôs adequadamente.

mente no ano de 1935⁽¹⁸⁵⁾, não só é o resultado da actividade sistematizadora da ciência jurídica, como, por outro lado, é pre-determinada «pelas relações normativas e teleológicas previamente dadas dentro da ordem jurídica que, como produto do espírito humano, não é nenhum caos informe». Nem é realizada por completo em qualquer momento, por forma a ser facilmente captada - existem sempre incongruências, resíduos não elaborados ou mesmo hiatos intencionais da cadeia - nem é, ao invés, meramente postulada pela ciência ou requerida em maior ou menor grau pela ordem existente. Diz ENGISCH: «Aquilo que a ordem jurídica implicitamente encerra é explicitamente desenvolvido pelo conhecimento do Direito». Tanto quanto a ordem jurídica apresente sintonia nas suas ideias de base e nas decisões valorativas determinantes, o que é requerido pela noção de Direito, tem a ciência jurídica que tornar evidente esta sintonia e retirar daí as consequências - tem, neste sentido, de proceder sistematicamente⁽¹⁸⁶⁾.

Apesar da sua clara inclinação para o *case-law* e para o «pensamento problemático», também ESSER não quer renunciar a toda a formação do sistema na Jurisprudência. Com isto distingue-se muito claramente da posição de VIEHWEG, da pretensão de exclusividade da tópica. Distingue o «sistema fechado», que seria representado pela ideia de codificação, e o «sistema aberto», que se constituiria em última análise também num Direito casuístico, pois que este não poderia subsistir «a longo prazo sem um nexo de dedução conceptual e valorativo», que tornasse as resoluções particulares racionalmente comprováveis e o seu conjunto um «sistema»⁽¹⁸⁷⁾. ESSER vê aqui claramente uma lei histórica em acção: em todas as culturas jurídicas, diz⁽¹⁸⁸⁾, repete-se «um processo circular de descoberta de problemas, formação de princípios e consolidação do sistema». Os princípios jurídicos e não os conceitos abstractos são assim os factores genuínos de formação do sistema. São reconhecidos, como vimos, segundo ESSER, sobretudo no caso problemático; são soluções de problemas generalizadas. A hoje, a muitos títulos, notada aproxi-

⁽¹⁸⁵⁾ *Die Einheit der Rechtsordnung*, pág. 83.

⁽¹⁸⁶⁾ A este respeito, PAWLOWSKI, in: *AcP* 175, 189, 217 e segs.

⁽¹⁸⁷⁾ *Grundsatz und Norm...*, págs. 44, 239.

⁽¹⁸⁸⁾ *Ibid.*, pág. 7.

mação dos modos de pensamento de *case-law* e do Direito codificado encontraria assim a sua explicação no facto de que aquele está actualmente numa fase de formação e consolidação de princípios, portanto na fase inicial de sistematização, e este, em contrapartida, numa fase de desbloqueamento do sistema e de um renovado interesse pelo pensamento problemático.

Ao «pensamento problemático» cabe, segundo ESSER, a importância de um recomeço fecundo; ao pensamento segundo nexos sistemáticos e à «construção jurídica» que corresponde a este pensamento, a importância de um controlo racional da solução do caso concreto. «Por construção», diz⁽¹⁸⁹⁾, «entendo aqui a inserção do juízo de valor em um sistema, e com ela o controlo de cada decisão pela sua recondução aos critérios que no sistema global em questão a fundamentam racionalmente, isto é, de modo comprovável». Ora estes critérios seriam intelectualmente apreendidos em conceitos. O conceito ofereceria um «quadro racional de valoração», no âmbito do qual a actividade de julgar se poderia continuar a desenvolver⁽¹⁹⁰⁾. É evidente que ESSER não tem em vista conceitos exaustivamente definidos, aos quais se pudesse simplesmente subsumir; mas sim «conceitos-quadro», que tornam necessário um preenchimento adicional pela jurisprudência. Resta obviamente perguntar se se trata aqui ainda de «conceitos» em sentido genuíno ou de que espécie é a estrutura destes «conceitos».

Também COING sublinha a importância do trabalho sistemático na ciência do Direito⁽¹⁹¹⁾. Todo o sistema condensaria «o estádio de conhecimento alcançado no tratamento de problemas concretos: os princípios reconhecidos na sua relação recíproca, bem como as estruturas materiais reconhecidas que se deparam no caso, no objecto da regulação. Desse modo, não só se torna mais fácil uma visão de conjunto e o trabalho prático como se torna também origem de novos conhecimentos sobre conexões existentes, que só o sistema põe a claro, e ao mesmo tempo base de ulterior desenvolvimento do Direito. Uma ciência que trabalhasse apenas sobre o problema particular não estaria em situação de descobrir nexos mais amplos de problemas, de avançar até

⁽¹⁸⁹⁾ *Wertung, Konstruktion und Argument im Zivilurteil*, pág. 15.

⁽¹⁹⁰⁾ *Ibid.*, pág. 14.

⁽¹⁹¹⁾ COING, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 4.ª ed. pág. 353.

outros princípios; não reconheceria no Direito comparado o parentesco funcional entre institutos e regras positivas distintamente moldados. Eis porque o trabalho sistemático permanece como uma tarefa contínua: só que se tem de ter consciência de que nenhum sistema pode dominar dedutivamente a totalidade dos problemas; o sistema tem de permanecer *aberto*. É apenas uma condensação provisória». Que o sistema jurídico-científico tem que permanecer «aberto», nunca tornado definitivo e, portanto, não podendo nunca ter à disposição uma resposta para todas as questões, é nesta conformidade asseverado tanto por ENGISCH, como por ESSEN e por COING. Mas isso não responde à questão de saber com que elementos pode um tal sistema ser construído. É que se os elementos forem, por seu lado, conceitos semelhantes aos do sistema conceptual-dedutivo, então um tal sistema propende uma vez mais de facto, para uma ampla rigidificação e - idealmente - para a unidade. É na realidade o mesmo sistema que ora facilita a «visão de conjunto e o trabalho prático» ora se torna «origem de novos conhecimentos sobre conexões existentes»?

CANARIS demonstrou, num escrito especificamente dedicado a este problema⁽¹⁹²⁾, que de facto se têm de distinguir diferentes conceitos de sistema. Comum a todos eles é apenas a ideia de unidade (no sentido de um ou vários pontos de referência centrais) e de ordem (no sentido de uma conexão sem hiatos, da compatibilidade lógica de todos os enunciados). Não é apropriado para a ciência do Direito, segundo CANARIS, o sistema axiomático-dedutivo, no sentido da lógica⁽¹⁹³⁾, pois que um tal sistema requer a ausência de contradição e a integralidade dos axiomas subjacentes - dois requisitos que não são susceptíveis

(192) CANARIS, *Systemdenken UM Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2.ª ed., 1983*. HÓNN segue-o a ele e a ENGISCH no seu estudo *Kompensation gestörter Vertragsparität*, 1982, pág. 61 e segs. Qualifica-o expressamente como um contributo para o «sistema interno» do Direito contratual (vigente).

(193) *Oh. cit.*, pág. 25 e segs. Contra, EIKE von SAVIGNY, in: JAHR e MAIHÜFER, *Rechtstheorie*, pág. 315. Demonstra todavia que só é possível uma axiomatização de complexos de enunciados estritamente delimitados.

* Existe tradução em língua portuguesa, de António Menezes Cordeiro, sob o título *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, ed. da Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989 (N. do T.).

de serem satisfeitos, pelo menos tendo em conta os princípios de valoração que estão por detrás das normas. Tão-pouco é adequado o sistema lógico da Jurisprudência dos conceitos, precisamente porque a unidade de sentido intrínseca ao Direito, que se pode apreender no sistema, é, «de acordo com a sua deducionabilidade da ideia de justiça, não de caráiz lógico, mas adequado à valoração, ou seja, de caráiz axiológico»⁽¹⁹⁴⁾. Inapropriados para a apreensão desta «unidade de sentido» são também, para usar a terminologia de HECK, um sistema externo construído somente com objectivos de exposição ou para a facilitação da visão de conjunto, um «sistema de resolução de conflitos», mais uma vez no sentido de HECK, um sistema de conceitos básicos puramente formais, como, por exemplo, o de STAMMLER, um sistema apenas de conexões de problemas e um sistema das relações da vida, embora estas tenham uma influência considerável, pelo menos no «sistema externo» do Direito. O que resta é um sistema enquanto «ordem axiológica ou teleológica» de pontos de vista directivos. Ao contrário de um sistema de conceitos jurídicos gerais, um tal sistema é um sistema de princípios jurídicos em que o «princípio», ao invés do «conceito», deve ser entendido como uma pauta «aberta», carecida de concretização - e só plenamente apreensível nas suas concretizações. Enquanto que o conceito (jurídico) contém a valoração só de modo indirecto, como que «em cifra», «o princípio torna a valoração explícita» e é por isso «mais apropriado para reflectir a unidade de valoração do Direito»⁽¹⁹⁵⁾. Com isso, obviamente, a construção conceptual não se torna supérflua. É imprescindível para a preparação da subsunção «e portanto deveria ser agregado aos princípios jurídicos um sistema correspondente de conceitos jurídicos». Só que não se poderia esquecer que estes são de natureza teleológica e que portanto em caso de dúvida é sempre necessário remontar à valoração neles contida, isto é, ao princípio.

A diferença entre um sistema de princípios jurídicos e um tal sistema de conceitos é esclarecida por CANARIS da seguinte maneira⁽¹⁹⁶⁾: os princípios «não regem sem excepções e podem

(194) *Oh. cit.*, pág. 22.

(195) *Oh. cit.*, pág. 50.

(196) *Oh. cit.*, pág. 52 e segs.

entre si entrar em oposição ou contradição; não apresentam uma pretensão de exclusividade - quer dizer, não poderiam ser formulados segundo um esquema do género 'só quando... então'; desenvolvem o seu genuíno conteúdo de sentido apenas mediante um jogo concertado de recíproca integração e restrição; e carecem para a sua efectivação de concretização através de princípios e valorações particulares de conteúdo material autónomo». Não são «normas e portanto não são susceptíveis de aplicação imediata»; necessita-se antes para tanto de um contínuo pôr em acção de «novas valorações autónomas»⁽¹⁹⁷⁾. Logo daí resulta a «abertura» de um sistema formado a partir de princípios jurídicos. Acresce ainda a mutabilidade histórica da ordem jurídica, incluindo as valorações em que se escora. Os princípios jurídicos gerais não podem ter o seu fundamento de validade apenas na ordem estatuída, mas para além dela eles assentam também «na Ideia de Direito, cujas concretizações históricas eles representam em larga escala, bem como na natureza das coisas»⁽¹⁹⁸⁾. E nessa medida também não se pode concebê-los como «a-históricos e por isso estáticos»; ao invés, os princípios reconduíveis à ideia de Direito ou à «natureza das coisas» alcançam «a sua configuração concreta em todas as regras somente mediante a referência a uma determinada situação histórica e na indagação da consciência jurídica geral em cada momento»⁽¹⁹⁹⁾. Nas delimitações a que com isso se alude a descoberta das conexões sistemáticas dos princípios e subprincípios amplia, porém, o conhecimento do Direito e serve ao mesmo tempo para a interpretação das normas e para o preenchimento de lacunas, garantindo simultaneamente a «uni-dade valorativa e a deducionabilidade no desenvolvimento do Direito»⁽²⁰⁰⁾. Enquanto «súmula das valorações fundamentais em que se escora uma ordem jurídica», o sistema conduz «à representação da justiça material, tal como esta se realizou em cada uma das ordens juspositivas»⁽²⁰¹⁾.

CANARIS distingue entre a «abertura» de um sistema e o seu «carácter móvel», no sentido de WILBURG^(201a). Este con-

⁽¹⁹⁷⁾ *Ob. cit.*, pág. 57.

⁽¹⁹⁸⁾ *Ob. cit.*, pág. 70.

⁽¹⁹⁹⁾ *Ob. cit.*, pág. 71.

⁽²⁰⁰⁾ *Ob. cit.*, pág. 97 e segs.

⁽²⁰¹⁾ *Ob. cit.*, pág. 107.

^(201a) *Ob. cit.*, pág. 74 e segs.

siste em que os distintos elementos de uma regulamentação unitária são dados de cada vez com diferente força, em circunstâncias em que um pode faltar em absoluto, sem que, com isso, a pertença da regulamentação a esse complexo tenha de deixar de existir. Enquanto que a «abertura» do sistema é inherente à sua própria essência, o «carácter móvel» do sistema constituiria antes uma excepção^(201b). Poderia, contudo, ter importância para a descrição de um tipo. Havemos de voltar a este ponto^(201c).

Também PAWLOWSKI distingue entre um sistema formado a partir de normas e um sistema formado a partir de princípios. O primeiro é, segundo ele, «uma exposição sintética de normas (ou princípios jurídicos), que deve demonstrar a sua compatibilidade (consistência) recíproca - e isto quer dizer, uma exposição da realização do princípio do tratamento igual»⁽²⁰²⁾. Com a ajuda deste sistema deve ser possível inferir resoluções de normas reconhecidas, graças a uma simples dedução⁽²⁰³⁾. Contudo, este sistema necessita de comprovação contínua, por causa da prevalência de pré-resoluções novas face às anteriores; só a «nova sistematização» adequada a cada uma das situações pode fornecer um critério para a resolução. O sistema só pode ser, por isso, um sistema «aberto» e apenas um sistema parcelar (por causa da quantidade das normas ou pela disparidade dos sectores parcelares?). Levanta-se portanto a questão da compatibilidade dos sistemas parcelares e ao mesmo tempo de um «sistema global», que só pode ser formado a partir de «ideias jurídicas gerais», «princípios» ou «valores» e não poderia fornecer critérios para a resolução de casos concretos, mas apenas *topoi*⁽²⁰⁴⁾. PAWLOWSKI denomina este sistema, em contraposição à terminologia utilizada neste livro e por CANARIS, de «externo», pelo facto de só conter pontos de vista ordenadores, e de sistema «interno» aquele que é formado a partir de normas, quer dizer, conceptualmente - pois que deve possibilitar inferências por via de silogismo. Assim chega à asserção: «o sistema 'externo' oferece pontos de vista de ordenação para a exposição do material jurídico existente, a

^(201b) *Ob. cit.*, pág. 78.

^(201c) No capo 6, 2d e 3a.

⁽²⁰²⁾ PAWLOWSKI, *Methodenlehre...*, o.º 143.

⁽²⁰³⁾ *Ibid.*, o.º 418.

⁽²⁰⁴⁾ *Ibid.*, o.º 449.

partir do qual se deve desenvolver a resolução. O sistema 'interno', que deve em cada caso ser reelaborado segundo a orientação ao princípio da conformidade à lei e de igual tratamento, fornece os critérios para a resolução»⁽²⁰⁵⁾. Ao contrário do sistema «interno», o sistema «externo» deveria «pelo menos hoje ser pensado e descrito como um sistema fechado»⁽²⁰⁶⁾ - o que todavia é, na nossa opinião, insustentável, pois que, na medida em que as «ideias jurídicas gerais» são, enquanto princípios do «Direito justo», concretizações da ideia de Direito, são-no apenas no aperfeiçoamento mais em pormenor deste Direito positivo, e, *nessa medida*, também susceptíveis de desenvolvimento, não acabadas e também não fixadas, mediante uma hierarquia rígida, nas suas relações recíprocas⁽²⁰⁷⁾.

Verdeiramente céptico quanto à possibilidade de compreender o Direito como sistema em si unitariamente estruturado mostra-se FRANZ JOSEPH PEINE no seu escrito *Das Recht als System* (O Direito como sistema)^(207a). Em primeiro lugar, distingue entre sistemas unirelacionais e birelacionais. Os sistemas unirelacionais surgem, segundo ele, desde logo mediante o isolamento de elementos do mesmo género de um conjunto de elementos diversos. Na minha opinião, dever-se-ia aqui falar apenas de uma série, e não logo de um sistema. Os sistemas birelacionais contêm também um enunciado sobre o modo como cada um dos elementos do sistema se relaciona com os outros e se ordenam de acordo com esse enunciado^(207b). Para o ordenamento jurídico só estaria em questão o sistema birelacional. Como elementos do sistema procurado considera PEINE os valores jurídicos e as normas que eles determinam. Existiriam valores de escalão superior e inferior; logo, por isso mesmo, seria possível e necessário pô-los em interrelação. No restante, fala PEINE já não de valores jurídicos, mas dos fins das normas jurídicas. O Direito seria então um sistema quando os fins prosseguidos pelas suas normas estivessem ordenados de tal modo que, abstraindo dos fins supe-

⁽²⁰⁵⁾ *Oh. cit.*, n.º 449 (*in fine*).

⁽²⁰⁶⁾ *Oh. cit.*, n.º 455.

⁽²⁰⁷⁾ A este respeito, cf. o meu escrito *Richtiges Recht*, pág. 180 e segs.; cf. também CANARIS, *oh. cit.*, pág. 63 e segs.

^(207a) PEINE, *Das Recht als System*, 1983.

^(207b) *Oh. cit.*, pág. 41.

riores, cada fim pudesse ser inferido de um outro ou quando cada membro da pirâmide representasse em relação aos infraordenados um fim e em relação aos supraordenados - de novo abstraindo dos fins superiores - um meio^(207c). PEINE demonstra com base no exemplo dos direitos fundamentais que tal não é o caso. O Direito como conjunto de todas as normas vigentes não seria, portanto, um sistema. Pensáveis seriam apenas sistemas parcelares.

Diferentemente de PEINE, ECKHOFF e SUNDBY^(207d) compreendem os ordenamentos jurídicos como sistemas, a saber, como um «todo interrelacionado, como um dispositivo relacional de posições»^(207e). Eles vêm, porém, o sistema não apenas como um conjunto de normas, mas também como um conjunto de actividades, tais como a actividade legislativa e jurisdicional^(207f). Como sistemas jurídicos consideram, para além dos ordenamentos jurídicos nacionais, o Direito internacional e o Direito de organizações internacionais, como, por exemplo, o da Comunidade europeia. Contrariamente a KELSEN, rejeitam a aplicabilidade da coacção física como nota caracterizadora de um ordenamento jurídico, pois que, nesses termos, o Direito internacional e o Direito das organizações internacionais seriam excluídos^(207g). Como menos feliz considero eu a circunstância de que ECKHOFF e SUNDBY empregam o termo «norma» não apenas para regras gerais, mas também para mandados individuais, tais como se encontram em sentenças judiciais, actos administrativos e, na sua opinião, mesmo em contratos^(207h). No quadro das normas, constituem, segundo eles, um grupo especial as «directrizes». Estas podem «ser usadas de modo auxiliar para o esclarecimento do conteúdo de regras e, para além disso, fornecer critérios decisórios em questões relativamente às quais as regras não contêm qualquer resposta»⁽²⁰⁷ⁱ⁾. A esta categoria pertencem sobretudo as normas legais e as normas não escritas relativas à interpretação

^(207c) *Oh. cit.*, pág. 113.

^(207d) TÜRSTEIN ECKHÜFF e NILS KRISTIAN SUNDBY, *Rechtsysteme*, 1988.

^(207e) *Oh. cit.*, págs. 173, 174.

^(207f) *Oh. cit.*, págs. 14, 183.

^(207g) *Oh. cit.*, pág. 180.

^(207h) *Oh. cit.*, págs. 44, 71.

⁽²⁰⁷ⁱ⁾ *Oh. cit.*, pág. 90.

das leis e dos negócios jurídicos. Requerem regularmente uma ponderação de diversas circunstâncias, não permitem, portanto, uma simples subsunção. Entre os diversos critérios de interpretação não subsistiria qualquer hierarquização rígida; frequentemente, seria aqui decisiva a valoração do juiz^(207k). Não abordam a questão de como é que se pode alcançar uma objectivação pelo menos approximativa da sentença, quando não é possível uma decisão segura. No seu conjunto, é escasso o resultado deste escrito para a metodologia.

Voltemo-nos mais uma vez para o ponto de partida desta parte histórico-crítica. Vimos que o jovem SAVIGNY caracterizou a ciência jurídica como sendo ao mesmo tempo «plenamente histórica e plenamente filosófica», onde ele equiparava o elemento «filosófico» ao elemento «sistématico». Esta equiparação só é compreensível a partir do pressuposto de que reina no Direito «positivo», historicamente realizado, uma «racionalidade intrínseca», que institui nele a unidade e conexão e que pode ser descoberto pela ciência do Direito, desde que esta proceda sistematicamente. SAVIGNY nunca fundamentou explicitamente este seu pressuposto; considera isso antes, com razão, uma tarefa da filosofia. Mas o sistema por ele explanado era para ele a confirmação de que o material a extraír do Direito positivo, quando se apresentasse como susceptível de sistematização, tinha de ser em si portador de uma tal unidade. PUCHTA tinha a mesma convicção; mas ele tinha-a sobretudo por entender o «sistema» como lógico-formal e conceptual-abstracto, tomando com isso o caminho em direcção à «Jurisprudência dos conceitos». Este caminho revelou-se por isso funesto, pois que um sistema conceptual formado apenas segundo critérios lógico-formais divorcia-se das relações valorativas que estão por detrás das normas e falha com isso, necessariamente, a conexão de sentido própria do Direito, que não é de natureza lógico-formal, mas teleológica. O sistema conceptual não proporciona, portanto, aquilo que SAVIGNY tinha em mente quando falava do elemento filosófico da ciência do Direito.

^(207k) *Oh. cit.*, pág. 98.

Mas também um sistema filosófico, do género da filosofia do Direito de HEGEL, já não é hoje defensável⁽²⁰⁸⁾. Na verdade, este sistema não isola as referências valorativas, pois que o «conceito» hegeliano é ele próprio valorativamente acentuado e o desenvolvimento dos momentos do conceito no sistema não é mais do que a concretização progressiva de um valor fundamental (da liberdade realizada no convívio inter-humano). Mas a história passou por cima da pretensão de carácter absoluto deste sistema - como da de todos os seguidores; já não nos é lícito acreditar que é hoje 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. Sendo assim, então para a ciência do Direito como também para a filosofia «prática» (quer dizer, a ética e a filosofia do Direito), a única espécie de sistema ainda possível é o sistema «aberto» e, até um certo grau, «móvel» em si, que nunca está completo e pode ser continuamente posto em questão, que toma clara a «racionalidade intrínseca», os valores directivos e os princípios do Direito. A busca de um tal sistema e a orientação dada por ele em questões fundamentais é uma parte constitutiva irrenunciável do labor jurídico.

8. Sobre a discussão jusfilosófica relativa à justiça

Na discussão metodológica actual desempenha, como vimos, um papel central a questão de como pode o juiz aceder a uma resolução «justa»; evoquemos somente ESSER, FIKENTSCHER, PAWLOWSKI e KRIELE. Mas o que é uma resolução «justa»? Sobre isso muito poucos se expressam. A questão é de se, sobre o significado do termo «justiça» podem em absoluto ser feitos enunciados que possam aspirar a ser conhecimentos adequados. Esta questão é negada por aqueles que acreditam poder acabar com todos os enunciados dessa espécie, enquanto mera «metafísica» - quer dizer: sobretudo pelos representantes do conceito

⁽²⁰⁸⁾ A este respeito, cf. também o meu escrito *Richtiges Recht*, pág. 182 e segs.

positivista de ciência. Vêem nos enunciados que pretendem afirmar algo sobre o conteúdo da justiça mera «fórmulas vazias»⁽²⁰⁹⁾; previnem contra o emprego na literatura científica de um tal conceito, entendido vagamente, diferentemente de pessoa para pessoa, a saber, de acordo com o seu interesse específico, particular. Como sintoma do positivismo jurídico, ele desapareceu então cada vez mais da literatura jurídica. Isso parece-nos ser tanto mais digno de nota quanto, em paralelo com a discussão metodológica, na qual a «justiça do caso» desempenha um papel tão significativo, pôs de novo em acção uma discussão jusfilosófica sobre a «justiça». Queremos por isso, em jeito de conclusão, lançar sobre ela uma breve vista de olhos. Em parte é conduzida pelos mesmos autores, e em parte também sem ligação com a discussão metodológica, se bem que com o mesmo pano de fundo.

O belga CHAIM PERELMAN, filósofo do Direito e da Moral, ocupa nesta discussão uma posição-chave. VIEHWEG publicou e prefaciou no ano de 1965 dois ensaios de PERELMAN em tradução alemã, sob o título *Über die Gerechtigkeit*, dos quais o primeiro foi publicado pela primeira vez em 1945 e o segundo em 1965. Enquanto que o primeiro se coloca ainda totalmente sob o signo do ceticismo face à possibilidade de chegar a conhecimentos no âmbito da ética, o segundo procura demonstrar que esses conhecimentos são possíveis, e como o são, sendo ambas as vezes examinado o conceito de «justiça» como objecto de tais conhecimentos.

⁽²⁰⁹⁾ Assim, KELSEN, no seu ensaio *Das Problem der Gerechtigkeit*,* em anexo à *Reine Rechtslehre***, 1960, pág. 357 e segs. Criticamente a este respeito, entre outros, TAMMELO, *Theorie der Gerechtigkeit*, pág. 24. A crítica que KELSEN suscita de que os enunciados sobre a justiça são destituídos de conteúdo assenta na expectativa infundada de que eles deveriam ser uma fonte para resoluções justas em qualquer litígio. Mas não é esta a sua missão.

* Existe tradução em língua portuguesa, de JOÃO BATISTA MACHADO, *A Justiça e o Direito Natural*, Coimbra, 1979.

** Existe tradução em língua portuguesa, de JOÃO BATISTA MACHADO, *Teoria Pura do Direito*, Coimbra, 1976.

No início do primeiro ensaio, PERELMAN justapõe seis formulações correntes que, sob a forma de tópicos, devem dar indicações sobre o que seja «justo». É este o seu teor:

1. A cada um o mesmo.
2. A cada um segundo os seus méritos.
3. A cada um segundo as suas obras.
4. A cada um segundo as suas necessidades.
5. A cada um segundo a sua posição.
6. A cada um segundo o que lhe é devido por lei.

Demonstra em seguida que a maior parte destas formulações se contradiz e que cada uma delas está sujeita a reservas. Como saída apresenta-se a possibilidade de destacar o que é logicamente comum às diversas formulações, pois que sobre isto pode esperar-se a mais genuína das concordâncias. Decerto que o resultado só pode ser um conceito de justiça cujo preenchimento de conteúdo tem de ser deixado em aberto. O que é comum a todas as formulações mencionadas seria a ideia de «que ser justo significa um igual tratamento para todos os seres que são, sob determinada perspectiva, iguais, que apresentam a mesma índole»⁽²¹⁰⁾. A este respeito permanece em aberto em que perspectiva se devem identificar aqueles que devem ser tratados identicamente. Expresso doutro modo: «a justiça formal ou abstracta deixa-se assim definir como um princípio de acção, segundo o qual os seres da mesma categoria ontológica devem ser tratados do mesmo modo»⁽²¹¹⁾. Esta definição é «formal» porque «não determina categorias essenciais para a aplicação da justiça». Estas categorias não poderiam contudo ser determinadas sem uma certa escala de valores⁽²¹²⁾, e esta seria, por sua vez, dependente da «visão pessoal do mundo» de cada um. Para PERELMAN não é ainda inquestionável, nesta altura, que os valores não são acessíveis ao conhecimento, mas apenas à crença pessoal. Num sistema normativo estaria estabelecido um «valor o mais geral possível», do qual se pudessem inferir normas, imperativos. «Uma vez que a afirmação deste valor não

⁽²¹⁰⁾ PERELMAN, *Über die Gerechtigkeit*, pág. 27.

⁽²¹¹⁾ *Ibid.*, pág. 28.

⁽²¹²⁾ *Ibid.*, pág. 41.

resulta nem de uma necessidade lógica, nem de uma universalidade conforme à experiência, o valor não é nem geral nem necessário. É logicamente, e de acordo com a experiência, arbitrário»⁽²¹³⁾. «Todo o sistema de justiça representa apenas o desdobramento de um ou vários valores, cujo carácter arbitrário decorre da sua própria natureza». Uma vez que todo o valor é «arbitrário», «não existe nenhuma justiça absoluta, perfeita, fundada na razão». «A justiça, enquanto manifestação no agir, tem de se contentar com um desenvolvimento formalmente isento de defeitos de um ou vários valores, que não são determinados nem pela razão, nem por um sentimento de justiça». Se se transpuser isto na Jurisprudência, a conclusão só pode ser de que só existem resoluções «justas» enquanto elas se representarem como a aplicação não defeituosa das normas do Direito positivo e dos valores que estão por detrás delas; não faz sentido questionar em si a justiça destas normas e das valorações que lhe subjazem.

Este resultado não deixou PERELMAN, como ele próprio diz, descansado. Continuou sempre a perguntar: «podem os valores e normas, cujos pressupostos são uma realização da justiça, ser objecto de um exame racional, ou são tão-somente expressão das nossas apetências e interesses? Como é que se fundamentam os valores e as normas e como é que se pode apreender conceptualmente a ideia de razão prática?»⁽²¹⁴⁾. Procura responder a estas questões de um modo novo no segundo ensaio. O princípio formal da justiça, lemos agora⁽²¹⁵⁾, conduziria na verdade, na medida em que requer a uniformidade, à previsibilidade e à segurança. Possibilitaria «o funcionamento coerente e estável de uma ordem jurídica». Mas isto não seria suficiente para satisfazer a nossa necessidade de justiça. «É necessário que a ordem de tal maneira realizada seja ela própria justa».

PERELMAN insiste, na verdade, agora também em que os valores que fundamentam um sistema jurídico «nem resultam da experiência, nem podem ser deduzidos de princípios incontroversos»⁽²¹⁶⁾. Mas não seria ainda necessário tirar daí a conclusão

⁽²¹³⁾ *Ibid.*, pág. 74.

⁽²¹⁴⁾ *Ibid.*, pág. 85.

⁽²¹⁵⁾ *Ob. cit.*, pág. 107.

⁽²¹⁶⁾ *Ob. cit.*, pág. 134.

de «que os valores e normas fundamentais que guiam a nossa actuação são alheios a qualquer racionalidade, que não podem ser criticados nem justificados, que toda a reflexão a eles atinente é apenas a expressão dos nossos interesses e desejos». Esta conclusão será decerto óbvia «para aqueles para quem toda a prova é baseada no cálculo ou na experiência e todo o pensamento a fundamentar racionalmente de um modo convincente é uma forma de dedução ou de indução». No entanto, antes de «se subscrever as teses do positivismo sobre os valores» dever-se-ia deitar mãos à obra, no sentido de elaborar uma lógica dos juízos de valor, na qual se tivesse como ponto de partida o modo «como as pessoas raciocinam sobre valores»⁽²¹⁷⁾. Isto deveria acontecer sob a forma de uma teoria da argumentação. A este respeito apresentou PERELMAN uma série de trabalhos⁽²¹⁸⁾. Entre os juristas, de cujos contributos para a discussão metodológica tomámos conhecimento, seguem o mesmo percurso, sobretudo, VIEHWEG, KRIELE e ALEXY.

Mas de onde é que os participantes num discurso sobre os valores e as normas, cuja justificação está em causa, retiram os seus argumentos? A isto responde PERELMAN⁽²¹⁹⁾: «É assim que para cada sociedade e para cada espírito existem acções, agentes, crenças e valores, os quais num determinado momento são aprovados sem reserva e deixam de ser discutidos, não sendo portanto preciso justificá-los. Estas acções, estes agentes, estas crenças e estes valores fornecem casos de precedente, modelos, convicções e normas, que permitem a elaboração de critérios para fins de crítica e de justificação de modos de comportamento, de tendências e propostas». Uma vez que estes casos de precedente e modelos se referem a um determinado círculo e podem modificar-se com o tempo e o espaço, a crítica e a justificação não se apresentam, decerto, como intemporais e genericamente válidas. De seguida, distingue PERELMAN entre o «politicamente justo»

⁽²¹⁷⁾ *Ob. cit.*, pág. 135.

⁽²¹⁸⁾ PERELMAN-L. üLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, 1958, 2. a ed., 1970; CH. PERELMAN, *Logique Juridique*, 1976; *Das Reich der Rethorik*, 1980; *Logik und Argumentation*, 1979; mas em pormenor a este respeito, ALEXY, *ob. cit.*, pág. 197 e segs.; e também DREIER, *Recht-Moral-Ideologie*, 1981, pág. 27 e segs.

⁽²¹⁹⁾ *Über die Gerechtigkeit*, pág. 141.

e o «filosoficamente justo». As leis e regulações «politicamente justas» não são por isso arbitrárias, pois que correspondem às crenças, desejos e valores da comunidade política. «Quando o poder de coerção de que dispõe uma autoridade legítima é exercido em conformidade com os desejos da comunidade, as resoluções são politicamente justas» (220). Se, no entanto, se equiparasse o que é, neste sentido, «politicamente justo» ao «filosoficamente justo», renunciar-se-ia «a procurar um critério racional que permitisse criticar estas crenças, desideratos e valores». Por outras palavras, continuar-se-ia a não ir além do positivismo. Os legisladores têm a missão, em correspondência com os desejos da comunidade de que são representantes, de elaborar leis justas, os juízes de as aplicar «no espírito da equidade»; a missão do filósofo é a de ser «porta-voz da razão e o defensor de valores universais, válidos para toda a humanidade» (221). Só pode portanto reconhecer aquelas regras que, por exemplo no sentido de KANT, são apropriadas «para se tomarem leis de uma legislação universal» (222). O filósofo procura, pela via de uma argumentação racional, que é indubitavelmente «não coerciva» (223), convencer um imaginado «auditório universal» de sábios. Tem decerto consciência dos seus próprios limites; «e como conhece os seus limites, o filósofo sabe que os seus intentos não podem produzir nenhuma obra definitiva e perfeita» (224).

Continuemos com PERELMAN. Não indica também no segundo ensaio quaisquer critérios materiais para a justiça; exorta apenas a discutir racionalmente sobre ela e considera em todo o caso como possível que o diálogo filosófico actue como uma espécie de aproximação progressiva ao conhecimento de valores universalmente válidos. Em contrapartida, remete os juristas para

(220) *Ob. cit.*, pág. 146.

(221) *Ob. cit.*, pág. 149.

(222) *Ob. cit.*, pág. 153 e segs.

(223) *Ob. cit.*, pág. 162.

(224) *Ob. cit.*, pág. 162 e segs. O «auditório universal» de PERELMAN é, como WEINBERGER acertadamente observa (*Studien zur Normenlogik und Rechtsinformatik*, 1974, pág. 314), uma «ideia regulativa», não um auditório real, e como tal não é susceptível de ser realmente aproveitado como um «critério de teste», nem como critério para a «capacidade de consenso».

as representações valorativas da comunidade em causa. O Direito positivo que lhes corresponde realizaria o que ele denomina de «politicamente justo». Bom, mas este só é «justo» quando e na medida em que realize, pelo menos de modo aproximado, o «filosoficamente justo» - correspondente ao estádio de conhecimento de cada época. Em relação a este, porém, PERELMAN remete os juristas para o diálogo filosófico, o qual não tem resultado. O mérito de PERELMAN é o de ter legitimado de novo a discussão do conceito de «justiça» como propósito científicamente sério.

Um conhecimento adequado de valores últimos e, portanto, também da justiça, por via de um discurso racional considera-o ARTHUR KAUFMANN como possível (224a). Num decurso conduzido de modo imparcial, em que cada participante está disponível para ponderar os argumentos do outro, desempenharão um papel - tal é a sua opinião - momentos subjectivos, decorrentes da personalidade de cada participante, e momentos objectivos, respeitantes à coisa referida. «Os momentos subjectivos, quando contrapostos uns aos outros, enfraquecem-se mutuamente ou anulam-se mesmo; ao invés, os momentos objectivos apontam todos ao ponto de unidade do ente e comprovam-se como fundamentados» (224b). Não se trata de uma mera acumulação de diferentes opiniões, mas «da ordenação de conhecimentos diversos, procedentes de sujeitos distintos e independentes entre si, do mesmo ente». Neste sentido, poder-se-ia dizer que «a convergência é não só um meio para o conhecimento do concreto, mas também critério da verdade» (224c). Pode-se pôr em dúvida se aquilo que deste modo se obtém é, em todos os casos, a verdade. Desde logo, a selecção dos participantes no discurso não pode deixar de ter influência no resultado. Deste procedimento não se poderá esperar mais do que uma muito considerável aproximação à verdade. O próprio KAUFMANN concede a ENGISCH num outro passo (224d) que permanece um certo «relativismo axiológico»; só

(224a) ARTHUR KAUFMANN, *Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit*, 1990.

(224b) *Ob. cit.*, pág. 37.

(224c) *Ibidem*.

(224d) *Ob. cit.*, pág. 21.

que isso não nos exonera da tarefa de manter essa relatividade tão diminuta quanto possível.

Verdadeiramente céptico mostra-se KARL ENGISCH face à tentativa de chegar a enunciados «adequados» sobre valores válidos em geral e ao mesmo tempo também sobre o conteúdo da justiça⁽²²⁵⁾. Distingue, analogamente a PERELMAN, a justiça formal enquanto tratamento igual do que é (essencialmente) igual e o seu «preenchimento material». Diferentemente de PERELMAN, sublinha ao mesmo tempo, no entanto, o «reverso» do preceito de igual tratamento, a saber, o tratamento desigual do que é diferente, e comprehende portanto a igualdade desde o início também como proporcionalidade - como *suum cuique* - e como princípio de equivalência. Consequentemente, a ideia de justiça «formal» não é já para ele, porém, tal como expressamente afirma, vazia de conteúdo, mas exprime algo de normativamente muito importante. Obriga-nos, sendo ponderada «enquanto princípio do tratamento igual ou enquanto divisa *suum cuique* ou enquanto princípio de equivalência, a tratar por igual 'essencialmente igual' e a tratar diferentemente o que é 'essencialmente' diferente, e, nessa conformidade, a prestar cuidadosamente contas de se e sob que pontos de vista requer algo um tratamento igualou diferente. Impõe deixar fora de consideração, se se quer um tratamento tanto quanto possível igual, apenas diferenças insignificantes, e ainda, porém, ambicionar *ou*, pelo menos (em último caso), não deixar de ter em atenção no quadro da justiça equitativa um equilíbrio adequado entre prestação e contraprestação, extensão do dano e indemnização, culpa e expiação, etc.»⁽²²⁶⁾. Isto não é pouco, como se vê. Um grande número de acções (estatuições de normas, resoluções) ficam com isso, em todo o caso, excluídas e tal não é pelo facto de que o «preenchimento» requerido pudesse ocorrer de modo completamente arbitrário ou discricionário. Não considero por isso correcto designar o conceito Je justiça assim entendido apenas como um conceito «formal» - designação que faz sugerir a suposição de que seria destituído Je qualquer conteúdo de sentido normativo. Não o é. Mesmo que dele se não possa simplesmente inferir qualquer resolução concreta, é decerto mais que um mero quadro vazio, a saber,

um princípio que na realidade começa por indicar a orientação geral, que necessita, mas também é capaz de concretização (ulterior determinação, densificação).

O scepticismo de ENGISCH está relacionado com a possibilidade, também face ao preenchimento adicional requerido do conceito de justiça (pretensamente apenas) formal, de produzir enunciados que possam suscitar a pretensão de serem correctos. Muito a propósito, ele chama a atenção para o facto de que «momentos insertos no conceito de justiça, como 'essencialmente' igualou 'essencialmente' diferente, equilíbrio 'adequado'» apontam para a necessidade de recorrer a outros pontos de vista valorativos, apenas mediante os quais a justiça começaria por se tornar praticável. Confessa-se por isso partidário do relativismo axiológico⁽²²⁷⁾. A fundamentação é a mesma da do primeiro ensaio de PERELMAN: mas uma vez que não se trata de juízos sobre situações de facto reais, afasta-se qualquer demonstração experimental; uma demonstração dedutiva do tipo da matemática não conduziria ao objectivo, uma vez que se pressupõem axiomas últimos de cuja possibilidade de fundamentação se trata aqui precisamente⁽²²⁸⁾. ENGISCH confronta-se aqui, na verdade, com um conjunto de críticos do relativismo axiológico, mas não vai no sentido da tese de PERELMAN e dos representantes da «teoria da argumentação» de que no âmbito da razão prática são apropriados e suficientes outros modos de fundamentação para além da comprovação mediante a experiência e a dedução. As suas explanações acabam, ao invés, numa resignação visível. Mesmo a remissão para esses princípios morais fundamentais «aos quais nós genérica ou muito preponderadamente nos queremos ater para o nosso Direito actual» não valeria contra o relativismo axiológico, pois que em relação à convicção de todos ou da maioria continua a tratar-se apenas de um facto, que enquanto tal não permitiria ainda justificar qualquer juízo de valor. Em boa verdade, poder-se-ia «bem dizer ainda, com alguma cautela, que a função que cabe ao Direito em todas as épocas de fundamentar e manter uma sociedade pacífica duradoura entre os membros da comunidade jurídica, os grupos sociais, mas também por fim

(225) ENGISCH, *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit*, 1971.

(226) *Ibid.*, pág. 178.

(227) *Ob. cit.*, pág. 246 e segs.

(228) *Ob. cit.*, pág. 262.

entre os povos e os Estados torna recto um Direito que precisamente preencha esta função» (229). Que deve existir uma comunidade pacífica entre as pessoas continuaria por certo a ser em si um juízo de valor, ao qual caberia apenas uma validade relativa - mesmo que factualmente a tivesse de certo para a maioria. Em suma: «não existe evasão do círculo infernal do relativismo axiológico; no final ter-nos-emos que contentar com o mundo tal como é, que não nos fornece, pelos vistos, pautas de valor, ordens hierárquicas e regras de preferência inequivocamente claras» (230).

Também REINHOLD ZIPPELIUS se atém ao relativismo axiológico. Vê como «fonte última e última instância», até à qual o nosso exame ético poderia avançar, a convicção ética individual em relação à justiça, portanto, o sentimento jurídico. Mesmo as «representações de justiça dominantes» em cada momento, para as quais o juiz remete, reflectiriam a relatividade do sentimento jurídico individual, mas não permitiriam por isso qualquer enunciado sobre o que é justo «em si» (231).

Uma discussão absolutamente fundamental do problema do conhecimento no âmbito da ética encontramo-la em HANS RYFFEL (232). Para ele, trata-se da obtenção de uma perspectiva que conduza para além da contraposição entre um ponto de vista «absolutista» e outro rigidamente relativista. Por um lado, seria impossível conhecer o que é «justo em absoluto, de conteúdo pleno», pois que algo assim «teria de antecipar toda a experiência moral futura, que ainda não fizemos, e o "curso do mundo" no seu conjunto». Teria também de incluir «todas as possibilidades futuras de comportamento que pudesse elevar-se do conjunto do comportamento», e teriam a esse respeito de «ser antecipadas todas as situações em concreto possíveis», tudo coisas impossíveis para nós (233). Por outro lado, teria o relativista consequente de aceitar que todas as tomadas de posição últimas seriam igualmente legítimas, uma vez que não é possível afastar qual-

(229) *Ob. cit.*, pág. 282 e segs.

(230) *Ob. cit.* pág. 293.

(231) ZIPPELIUS, *Rechtsphilosophie*, 2.ª ed., 1989, págs. 80, 152.

(232) RYFFEL, *Grundprobleme der Rechts- und Staatsphilosophie*, 1969.

(233) *Ibid.*, pág. 338.

quer delas em face da razão. Isto, na medida em que cada um procuraria estabelecer o seu ponto de vista como o único «certo», conduziria à violência. O relativista «moderado» pressuporia por isso tacitamente um certo consenso mínimo e procuraria o compromisso em caso de conflito. Mas isto só o poderia fazer quando estivesse disposto a deixar discutir consigo sobre a «correcção» da sua própria posição, como da de outrém, quando ele deixasse valer a posição do outro como «possivelmente correcta». Esta suposição, porém, a fim de que tenha sentido qualquer discussão sobre a justeza (relativa) da posição própria e da alheia, pressuporia que existe um recto (absoluto), o qual na verdade não podemos conhecer nunca plenamente, mas de que nos é, todavia, possível pelo menos aproximar-nos, naquilo que consideramos como recto. «É ao recto pressuposto por todas as posições relativas que estão também orientadas as discussões das posições» (234). Na verdade, o «recto absoluto» pressuposto por todos é, na opinião de RYFFEL, de tal natureza que «se subtrai permanentemente às nossas tentativas de o formular» (235). Qualquer «Doção de recto que estabeleçamos para um comportamento humano real» pode, em contrapartida, ser permanentemente posta em questão, como algo provisório; pressupõe porém «o recto em absoluto, não o recto transponível nas potencialidades do comportamento que é devido».

O resultado destas reflexões só pode ser que enunciados sobre o que é rectamente devido, ou seja, também o que é justo, não podem nunca ser feitos com a pretensão a uma «justeza absoluta», mas antes com a pretensão de serem «mais rectos», quer dizer, de se aproximarem mais que outros do «recto em absoluto». Esta pretensão tem todavia de ser justificada *ou*, quando tal não é possível, abandonada com fundamentos ponderados. Concordo com RYFFEL em que os «critérios do recto» por ele demonstrados de seguida representam tais fundamentos. Obtém-nos através de uma consideração histórico-filosófica e antropológica (236). Trata-se aí não de máximas de comportamento, mesmo que de conteúdo o mais genérico possível, mas de um determinado modo de autocompreensão da pessoa humana, que se estabeleceu cada

(234) *Ob. cit.*, pág. 288.

(235) *Ob. cit.*, pág. 293.

(236) *Ob. cit.*, pág. 299 e segs.

vez mais nos dois últimos séculos - desde ROUSSEAU e KANT. É por ela que hoje devem ser medidas todas as ordens existentes e todos os projectos de ordem, sem que dela se possa, no entanto, inferir por seu lado uma ordem recta (em absoluto). Todavia, é da responsabilidade de toda e qualquer pessoa contribuir para a realização, configuração e apoio de uma ordem que deva ser considerada como recta.

Consideravelmente mais longe quanto à possibilidade de produzir enunciados correctos sobre o conteúdo da justiça ou do que é «justo» vai o jusfilósofo ILMAR TAMMELO (237). Esboça uma série de «critérios de justiça» que, diferentemente dos de RYFFEL, deviam ser as normas superiores de uma qualquer ordem de justiça pensável. Como material a partir do qual terá obtido estes princípios, ele menciona (238) «as opiniões que acharam sedimentação no uso linguístico corrente e nas opiniões doutrinárias dominantes», e, além disso, «os princípios tradicionais do Direito natural, sobretudo aqueles que hoje também podem ser considerados como comprovados». Mas a fundamentação só poderia ser achada num procedimento argumentativo, que tem lugar sob a forma de um diálogo e que pressupõe um «forum da razão», no sentido de PERELMAN (239). Na verdade, um tal forum deveria ser visto apenas como um tipo ideal «que só se realiza de modo aproximado em situações de argumentação efectivas em casos excepcionais». Ter-se-ia antes de ter em atenção «quando é que devem ser obtidas valorações plausíveis». Só poderiam pertencer como parte ao «forum da razão» aqueles que «são capazes de dominar espiritualmente o processo de fundamentação» de modo não parcial, não preconcebido, experiente. O resultado necessitaria do seu assentimento para poder valer como assegurado. As valorações não se deixam num tal processo *comprovar* como fundamentadas, mas deixam-se «na sequência do processo *manifestar* como fundamentadas» (240). É estranho que TAMMELO apresente o seu catálogo de princípios de justiça sem o ter submetido a um tal processo; por conseguinte, não podemos ver nele mais do que proposições para um processo que ele quer accionar com a sua publicitação.

(237) I. TAMMELO, *Theorie der Gerechtigkeit*, 1977.

(238) *Oh. cit.*, pág. 82.

(239) *Oh. cit.*, pág. 105 e segs.

(240) *Oh. cit.*, pág. 113.

Se observarmos um pouco mais de perto os princípios de TAMMELO e os argumentos por ele aduzidos para a sua fundamentação, então encontraremos entre eles alguns como o da personalidade jurídica de qualquer pessoa humana ou *pacta sunt servanda*, que certamente qualquer um aprovará. Encontram-se, contudo, também outros, relativamente aos quais só dificilmente se consegue saber o que é que o autor tem em mente. O «imperativo jurídico supremo» deve querer dizer: «deve ser garantida tutela contra todo o abuso do poder» (241). Pensa-se aqui em primeiro lugar nos casos de exercício abusivo do poder, na limitação e no controlo seja do poder político seja do poder económico do Estado, das associações ou dos indivíduos. Mas para a fundamentação sabe-se apenas que «é em toda a parte concebida como uma missão predominante do Direito a tutela da vida humana e de outros bens tidos como imprescindíveis». Tal tutela é porém manifestamente garantida contra *qualquer* violação da vida, da saúde, da propriedade e da esfera individual, sem que esteja necessariamente em jogo um exercício do poder. TAMMELO aduz então como exemplos de «abusos do poder» coisas tão heterogéneas como «poluição do ambiente, exercício abusivo do poder paternal, difamação, greve selvagem». Demonstram que ele quer compreender por «abuso do poder» *qualquer* comportamento *desaprovado* pelo Direito. Mas então o conteúdo enunciativo deste imperativo é mínimo. No contrato de permuta e na indemnização por danos TAMMELO exige (242) quer uma contraprestação quer uma reparação que «seja em cada caso ajustada às necessidades do tráfego». O que seja isto em relação às necessidades do tráfego e como se comportam elas face aos interesses das partes, não é dito.

Já falámos do princípio de KRIELE, da prevalência do que seja em cada caso o «interesse mais fundamental». Também HELMUT COING fala, como acabou acima (sob o n.º 2) de ser indicado, de «princípios de justiça», e mesmo de um «Direito natural» por eles formado. Neles manifestam-se, na sua opinião, «conteúdos de valor supratemporais» (243), claramente referidos a «situações típicas e reiteradas da existência humana», que reclamam

(241) *Oh. cit.*, pág. 90.

(242) *Oh. cit.*, pág. 94.

(243) COING, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 4.ª ed. pág. 203.

uma regulação a eles conforme. Uma vez que só através da experiência é que conhecemos estas situações, os «princípios de justiça» foram desenvolvidos a partir de uma intuição de valor apriorística e a partir da experiência e podem também ser rectificados através de novas experiências⁽²⁴⁴⁾. Não formam um sistema fechado, não representam quaisquer «axiomas», dos quais se pudesse deduzir. Uma vez que estes estão sujeitos a diversas modificações, delimitam-se reciprocamente e são ainda delimitados pela natureza das coisas e as relações concretas. «Poder-se-ia dizer mais genuinamente que são pontos de vista a que nenhuma regulação justa pode deixar de atender»⁽²⁴⁵⁾.

Face ao argumento de que para além do procedimento lógico-dedutivo e da confirmação de uma hipótese através da observação e da experimentação não é possível qualquer conhecimento, ou seja, face ao conceito positivista de ciência, COING aponta com razão para o «facto» das ciências do espírito. O seu «negócio» é a compreensão de expressões humanas. «O que é aqui decisivo não é a simples observação, mas a interpretação do observado enquanto expressão de vida humana plena de sentido»⁽²⁴⁶⁾. Isto é válido para o historiador; isto é válido também para o jurista. Aí, uma hipótese seria por regra apoiada numa série de argumentos materiais, que teriam sido obtidos a partir de dados conhecidos ou de pontos de vista metodológicos seguros; então seriam também discutidos contra-argumentos e «avaliados no seu peso contra os pontos de vista corroborantes»⁽²⁴⁷⁾. COING remete aqui para o processo argumentativo da tópica e da «nova retórica». Cita o «auditório universal» de PERELMAN, sem fazer sua a consequência de que se tenha de esperar pelos resultados da discussão perante um tal forum - mais ou menos fictício. Também os juízos éticos poderiam ser comprovados pelo modo de uma «argumentação justificante», ser submetidos a um controlo racional. Também quando um juízo ético se realize a princípio de «modo puramente intuitivo», isto é, seja determinado pela

⁽²⁴⁴⁾ *Ibid.*, pág. 209.

⁽²⁴⁵⁾ *Ibid.*, pág. 231.

⁽²⁴⁶⁾ *Oh. cit.*, pág. 96.

⁽²⁴⁷⁾ *Oh. cit.*, pág. 101.

intuição, poderia assim, «incluir-se na esfera da racionalidade», ser reconhecido como um juízo da «razão prática»⁽²⁴⁸⁾.

No que respeita ao conteúdo dos «princípios da justiça», COING começo por seguir a divisão tradicional em *justitia comutativa* e *justitia distributiva*. São mencionados o princípio da equivalência no contrato sinalagmático e na indemnização por danos, mas também a confiança contratual, a boa-fé, o *neminem laedere*, o princípio da igualdade na sociedade, a sua modificação pela natureza das coisas. Como terceiro aspecto fundamental acrescenta COING a ideia da limitação do poder; fala de uma *justitia protectiva*⁽²⁴⁹⁾. O seu mote é o seguinte: «todo o poder de pessoas sobre pessoas tem que ser limitado». Mais em pormenor, requer que nenhum poder deva ir para além daquilo que corresponde à natureza das coisas, quer dizer, do que é requerido pelo fim específico para cujo serviço na vida social a relação de poder em causa está determinada. A nenhuma posição de poder seria lícito privar outrem dos seus direitos fundamentais. Também o titular do poder estaria vinculado pela boa-fé na relação com aqueles que estão submetidos ao seu poder. Todo o poder tem de ser controlado, pois que «face à situação de poder existente não é suficiente a limitação do poder por si só, quando não existe qualquer instância que examine se os limites estabelecidos são observados»⁽²⁵⁰⁾. Por fim, pertencem também aos princípios da justiça as regras supremas do procedimento judicial, como a independência dos juízes e o princípio do contraditório. É sobretudo neles e nos princípios da *justitia protectiva* que se manifestam as ideias de base do nosso Estado de Direito actual. Sobre ele diz-se: «a necessidade do Estado de Direito assenta na circunstância de que em nenhuma forma de Estado pode, segundo a experiência histórica, o momento da autoridade ser eliminado. O Estado de Direito é a tentativa de pôr tanto quanto possível em consonância, mediante limitação, a autoridade estadual existente, que não pode de qualquer modo ser dissolvida, com a exigência da justiça de respeitar todas as pessoas... a cons-

⁽²⁴⁸⁾ *Oh. cit.*, pág. 115.

⁽²⁴⁹⁾ *Oh. cit.*, pág. 220 e segs.

⁽²⁵⁰⁾ *Oh. cit.*, pág. 222.

trução do Estado de Direito segue os princípios da *justitia protectiva*» (251).

A doutrina de COING sobre o conteúdo da justiça tem o seu fundamento próximo de uma valoração fundamental que se poderia transcrever assim: deve dominar entre as pessoas o Direito e não a força física nua e crua e o arbítrio, sobretudo por causa das experiências históricas - experiências das ameaças pelas quais o domínio de Direito foi e é interrompido e dos meios que foram desenvolvidos para afrontar essas ameaças. Consideramos legítimo obter conhecimentos a partir das experiências históricas, mesmo sem que para isso se careça necessariamente do discurso perante um forum ideal. A acentuação expressa do carácter fragmentário dos princípios e da possibilidade de que eles, na sequência de novas experiências, tenham de ser rectificados, deveria evitar um entorpecimento dogmático em que se pode começar por pensar a propósito da expressão «Direito natural» (252). Não são normas aptas à aplicação directa, sob as quais apenas fosse preciso subsumir, mas na verdade princípios ético-jurídicos, quer dizer, ideias directivas do Direito justo, cuja transposição em normas aplicáveis e resoluções é missão do legislador e dos tribunais. O seu alcance e a sua delimitação recíproca revelam-se apenas no processo duradouro da sua concretização; entram continuamente neste processo, segundo a mudança das situações, novos pontos de vista, novas valorações.

Também HEINRICH HENKEL caracteriza a ideia de justiça como «princípio aberto com um conteúdo injuntivo normativo» (253). Começa por tomá-la em ambos os significados principais que lhe teriam «desde sempre» sido atribuídos: como requisito do *suum cuique* e como princípio do igual tratamento do que é (essencialmente) igual. Em ambos os significados ela não permite por si só qualquer solução de problemas jurídicos concretos, qualquer resolução de um caso concreto. O que é devido a cada um como «seu» permanece assim em aberto, tal como a questão de quais as situações de facto que são «essencialmente»

(251) *Oh. cit.*, pág. 245 e segs.

(252) O próprio COING só se serve da expressão «Direito natural» com uma clara reserva; cf. *oh. cit.*, pág. 195 e segs.

(253) HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 2.ª ed., 1977, pág. 391 e segs.

idênticas e quais as que são «essencialmente» distintas, e qual o tratamento que é em cada caso o apropriado. Aqui são sempre necessárias resoluções adicionais. Não se trata, porém, de meras «fórmulas vazias». Não se poderia verter nelas qualquer conteúdo, ao nosso arbítrio. Exigiriam, ao invés, «um tratamento segundo regras e segundo um critério material». Conteriam, com isso, «injunções pelo lado negativo, ideias directivas que excluem determinadas soluções que estejam em contradição com a justiça» (254). Da maior importância prática é, na minha opinião, precisamente esta «função negativa», uma vez que, segundo a experiência, é muito mais fácil reconhecer que uma determinada resolução seria aqui injusta do que qual seria a única justa. O juiz deveria evitar em todas as circunstâncias resoluções que viessem a ser identificadas como «injustas».

De ambos os significados fundamentais da ideia de justiça resultam ideias directivas «também numa perspectiva positiva», sempre que «se passa das categorias mais gerais das relações sociais às particulares, emergindo gradualmente de modo cada vez mais especial os conteúdos das fórmulas da justiça, de acordo com as missões de regulação determinadas, de tal modo que as injunções só possam em última instância ser estabelecidas com uma certa plenitude de conteúdo face ao problema jurídico concreto, sem todavia estabelecerem por si só a resolução» (255). HENKEL começa por desenvolver o conteúdo de sentido apenas inicialmente esboçado em ambas as fórmulas fundamentais, atendendo aos modelos sociais fundamentais da supra e infra-ordenação e da equiparação, e dentro destas segundo as mais diversas direções. A esse propósito saltam à vista relações da justiça distributiva e equitativa. Aceita também as ideias de COING de uma *justitia protectiva* (256). Tudo junto, resulta daí um conjunto de pontos de vista, que em parte se entrecruzam, que na literatura metodológica se repetem como fins jurídicos, valorações supralegais ou como *topoi*. HENKEL pretende com isso evidenciar a sua referência de sentido à ideia de justiça. «Ao mesmo tempo, porém, tornam-se aí evidentes também os limites do princípio

(254) *Oh. cit.*, pág. 401.

(255) *Oh. cit.*, pág. 403.

(256) *Oh. cit.*, pág. 408 e segs.

da justiça. É aqui que se torna sensível em que medida estas instruções orientadoras carecem de complementação mediante outros pontos de vista, que não estão já contidos no princípio da justiça»⁽²⁵⁷⁾. Por último, constata HENKEL⁽²⁵⁸⁾: «O princípio da justiça não representa nenhuma norma, com base na qual se pudessem achar resoluções para o problema jurídico concreto ou para o caso jurídico concreto, nem também uma norma a partir da qual pudesse ser inferido um sistema jurídico ideal de carácter jusnaturalístico». Mas também não põe de modo algum à nossa disposição apenas «um puro princípio formal, meras 'fórmulas vazias', que pudessem ser preenchidas com qualquer conteúdo à nossa vontade». Fornece antes um «conteúdo injuntivo material». Da conjugação deste conteúdo injuntivo com outros factores de determinação resultam soluções de problemas, nas quais «o que é sempre genericamente válido está fundido com o que é relativamente condicionado».

Tratou-se da discussão sobre a justiça na medida em que ela tenha que ver com a discussão metodológica⁽²⁵⁹⁾ e não já da sua exposição. O meu contributo pessoal para a discussão sobre a justiça encontra-o o leitor no meu livro *Richtiges Recht*⁽²⁶⁰⁾ e num ensaio, «Gerechtigkeit als Leitbild der Justiz»⁽²⁶¹⁾.

II - PARTE SISTEMÁTICA

“

(257) *Ob. cit.*, pág. 406.

(258) *Ob. cit.*, pág. 416 e segs.

(259) É isso que está ausente da *Teoria da Justiça* de JOHN RAWLS (tradução alemã, 1975), na qual, por isso, não entro.

(260) *Richtiges Recht, Grundzüge einer Rechtsethik*, 1979, pág. 37 e segs.

(261) Em *Forum Heute*, vol. I, pág. 190 (selecção de contribuições de Meyers Enzyklopädischem Lexikon, 1975).

INTRODUÇÃO

CARACTERIZAÇÃO GERAL DA JURISPRUDÊNCIA

1. Os modos de manifestação do Direito e as ciências correspondentes

Do Direito ocupa-se hoje uma série de disciplinas diferentes: a filosofia do Direito, a teoria do Direito, a sociologia do Direito, a história do Direito e a Jurisprudência («dogmática jurídica»), para referir somente as mais importantes. Todas elas contemplam o Direito sob um diferente aspecto, e assim, de modo distinto. Tal não seria possível se o Direito não fosse na realidade um fenómeno complexo, que se manifesta em distintos planos do ser, em diferentes contextos. Tal como a língua, a literatura, a arte, mas também o Estado e a civilização tecnológica, pertence ao amplo domínio das realizações humanas; é uma parte integrante do mundo que diz respeito ao homem e só a ele; neste sentido, não pertence à «natureza». O Direito apresenta, além disso, uma relação estreita com a existência social do homem; é, de acordo com a opinião geral, um conjunto de regras, em conformidade às quais os homens ordenam entre si a conduta, a qual pode ser avaliada de acordo com essas regras. É condição de todas as formas mais desenvolvidas de sociabilidade, na medida em que possibilita a prevenção de conflitos ou o seu arbitramento pacífico. Estes objectivos são conseguidos sobretudo pela instituição de vias jurisdicionais e pelas possibilidades de execução. Estas pressupõem, por sua vez, uma certa constituição da sociedade, a sua organização como uma comunidade de Direito. A orgânica do Direito e a organização social condicionam-se reciprocamente. O Direito surge-nos como um fenómeno social, quando nos questionamos sobre o seu papel no contexto dos processos sociais, sobre as condições do seu surgimento e vigência na sociedade, da sua

eficácia, sobre o seu «poder» ou «impotência». Sob esta perspectiva, é objecto da sociologia do Direito.

Basta o facto de nos referirmos por vezes às faltas de eficácia e mesmo, em muitas situações, à «impotência» do Direito, para demonstrar inequivocamente que o Direito se nos apresenta sob um aspecto diverso do de uma regra de conduta facticamente observada pela maioria. Na noção de Direito, como a palavra já linguisticamente sugere, vai coenvolvida a ideia de uma pauta, pela qual *devemos* orientar a nossa conduta, a ideia de injuntividade ou vinculatividade. A injuntividade ou vinculatividade de uma regra não é o mesmo que a sua eficácia. Quando o «Direito» tem de ceder perante o «não Direito», e sabemos infelizmente quão frequentemente tal sucede, não se despoja o Direito, com a perda da eficácia, da sua *pretensão de validade*. A própria expressão «regra de conduta» é ambivalente. Pode significar somente um *modo de conduta* «reiterado», quer dizer, que se apresenta uniformemente na constelação dos casos, ou então, uma *norma* no sentido de uma *pauta* vinculante, de uma *exigência* de conduta que se apresenta com a pretensão de injuntividade⁽¹⁾. Ambas as significações podem ser condensadas no conceito de «regra de Direito». No primeiro caso, atribuímos-lhe uma certa eficácia no plano dos factos; no segundo caso, o *sentido* de uma norma, e assim, a pretensão de injuntividade ou vinculatividade. Nesta perspectiva, a de um sentido normativo, a regra de Direito apresenta-se à Jurisprudência como «norma». A Jurisprudência ocupa-se do Direito basicamente como um fenómeno pertinente à esfera normativa. ..

O Direito apresenta-se-nos sob um outro aspecto, quando o consideramos como um fenómeno histórico. E é-o porque precisamente pertence ao mundo criado pelo homem, ao seu mundo próprio. «O homem é um ser histórico», quer dizer: o seu passado - o seu passado pessoal, o da comunidade social a que pertence, o da cultura em que participa - é uma parte integrante do seu ser actual; e como tal tem um poder multímodo sobre o homem e, quando este dele se desliga, tal acontece em conflito

⁽¹⁾ HART, *The Concept of Law*, 1961, [trad. port.: O *Conceito de Direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1986 (N. do T)], pág. 68 e segs., fala do «internal» e «external aspect of rules». Contra a confusão de conceitos, acertadamente R. LAUTMAN, *Wert und Norm*, 2.ª ed., 1971, pág. 59 e segs.

com esse mesmo passado. O passado não é simplesmente algo que já passou, e assim um evento pretérito. O «mundo histórico» que o homem cria à sua volta e no qual vive a sua própria vida é tão contínuo como variável; mantém-se através do decurso dos tempos, da sucessão de gerações e apresenta-se continuamente como algo de novo. Também o Direito apresenta «a estrutura temporal da historicidade»⁽²⁾; mantém-se durante mais ou menos tempo e encontra-se num processo contínuo de adaptação às variações do tempo histórico, quer dizer, do tempo que tem a marca do homem. Quem quiser compreender o Direito do presente no seu estádio actual tem também que ter em vista o seu devir histórico, bem como a sua abertura face ao futuro. A persistência do passado no Direito historicamente deveniente é o tema da história do Direito.

Se a sociologia do Direito, a Jurisprudência e a história do Direito consideram de per si o Direito sob uma perspectiva diferente, tal não significa uma justaposição desprovida de nexos de relação. A toda a norma jurídica pertence, como pano de fundo indispensável para a sua compreensão, a realidade social em resposta à qual foi concebida, a realidade jurídica aquando do seu surgimento, e a realidade social actual face à qual deve operar. O jurista tem que atender aos factos sociais a que se refere uma norma e tomá-los em conta quando a interpreta. Isto é tão óbvio que só aqui se refere porque se tornou moda o censurar à Jurisprudência o seu «ensimesmamento auto-suficiente», como se o que constitui o objecto da regulação jurídica para ela não existisse. Do outro lado, não pode o sociólogo deixar de ter em conta que as regras do Direito, ao invés dos meros usos, manifestam uma pretensão de validade normativa, e assim devem ser entendidas e, precisamente por isso, actuam de modo específico⁽³⁾. Finalmente, o historiador do Direito, se quiser compreender as culturas jurídicas do passado, terá certamente de se despojar da parcialidade das ideias e conceitos jurídicos da sua época, mas só abre o caminho de acesso à sua matéria mediante a sua vivência

⁽²⁾ GERHART HUSSERL, *Recht und Zeit*, pág. 22. Sobre a historicidade do Direito, cf., com maior pormenor, A. KAUFMANN, *Rechts-theorie*, pág. 81 e segs.

⁽³⁾ SCHELSKY alude a este ponto, in *IbRSozRth*, vol. 3, pág. 604 - rejeitando a pretensão de exclusividade da sociologia do Direito.

do Direito ancorada no presente (4). Se bem que as fronteiras das referidas disciplinas jurídicas sejam permeáveis entre si, subsiste, todavia, o facto de que as suas interrogações são distintas e que cada uma delas desenvolveu e aplica os seus métodos próprios para responder às questões que a si própria cada uma delas se coloca. O historiador do Direito só se pode servir dos métodos das ciências históricas, o sociólogo dos da sociologia e o jurista, na medida em que proceda como tal e não como historiador ou sociólogo do Direito, de métodos jurisprudenciais (5).

Acrescem a estas três ciências sobre o Direito até agora consideradas, a filosofia do Direito e a teoria do Direito. Se o Direito apresenta uma pretensão de validade normativa, não pode deixar de ser levada em conta, a questão, quer da sua fundamentação, que dos limites dessa pretensão de validade. A esta questão não pode a Jurisprudência dar resposta, porque como adiante se procurará mostrar, tem o seu lugar sempre no contexto de uma ordem jurídica existente e da sua Constituição. É uma questão da filosofia, mais precisamente da ética. Ligada a esta está a questão relativa ao «sentido» do Direito em si, ao «sentido» dos actos jurídicos, a questão do «modo de ser» do Direito (a sua «validade»), e finalmente a questão acerca de um princípio dador de sentido, chame-se-lhe «justiça» ou simplesmente «ideia de Direito». Pode ser-se de opinião de que a resposta concludente a estas questões transcende a capacidade cognoscitiva humana; no entanto, enquanto *questões*, não podem deixar de ser consideradas. A filosofia do Direito ocupa-se delas há mais de dois milénios e meio - às vezes "sob o nome de «Direito natural» - ; o seu modo de discorrer e argumentar só pode ser o filosófico. Só numa época muito recente se começou a falar de teoria do Direito. O que haja de ser entendido mais precisamente por «teoria do Direito», especialmente a sua delimitação face à filosofia do Direito, é um ponto actualmente muito controvertido. Na opinião de ARTHUR KAUFMANN, não existe «qualquer diferença, quanto à essência, entre a filosofia do Direito e a teoria do

(4) A este propósito, WIEACKER, «Notizen zur rechtshistorischen Hermeneutik» in: *Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, Philosophisch-historische Klasse*, 1963, pág. 3 e segs.

(5) Sobre este ponto, NAUCKE, *Über die juristische Relevanz der Sozialwissenschaften*, 1972.

Direito» (6). GÜNTER JAHR (7) vê na teoria do Direito uma «metateoria da dogmática jurídica» e, deste modo, uma parte da teoria geral da ciência; o seu objecto é essencialmente o método da dogmática jurídica. Se, como se diz na introdução ao volume colectivo publicado por ARTHUR KAUFMANN sob o título *Teoria do Direito*, o pensamento justorético é pensamento metadogmático (8) e é «em si crítica da dogmática jurídica», tal deixa margem a variadas interpretações. Anteriormente falava-se de uma «teoria geral do Direito» e entendia-se por tal uma doutrina acerca da estrutura lógica da norma jurídica, acerca de certos conceitos fundamentais formais que podem encontrar-se em todos os ordenamentos jurídicos desenvolvidos (como, por exemplo, «lícito» e «ilícito», dever ser, ter a faculdade, poder, comando, proibição, permissão, sujeito jurídico e objecto de direitos) e sobre as relações lógicas destes conceitos fundamentais entre si e os modos de pensamento da Jurisprudência, sendo assim, no essencial, um traço de união entre a lógica e a Jurisprudência. Procurava-se neste campo chegar a conhecimentos respeitantes ao Direito universalmente válidos e não somente válidos face a um determinado ordenamento jurídico «positivo», e, em rigor, essencialmente mediante uma perspectiva normativa e que não suportassem o lastro prévio de pressupostos ontológicos ou metafísicos. Exemplos de tais «teorias gerais do Direito» são a oferecida por BIERLING e a «teoria pura do Direito» de KELSEN. Hoje em dia, o quadro alargou-se consideravelmente, com a inclusão das aquisições das ciências sociais, bem como de conhecimentos linguístico-teóricos e hermenêuticos. Relativamente próxima da concepção tradicional permanece ainda a postura de HASSEMER (9), de que a teoria do Direito pode ser cultivada como «teoria do Direito, como ciência, livre de interesses práticos e da orientação a resultados práticos», ou seja, por exemplo, como «teoria da estrutura da norma», ou também como «teoria ou metateoria da legislação e decisão jurídica, como doutrina acerca dos métodos e da

(6) KAUFMANNHASSEMER, *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, S.ª ed., 1989, pág. 10.

(7) G. JAHR e W. MAIHÜFER (eds.), *Rechtstheorie*, pág. 311.

(8) *Rechtstheorie*, edição a cargo de A. KAUFMANN, 1971, pág. 3.

(9) HASSEMER, no mesmo volume, «Introdução», pág. 27.

interpretação, ou como teoria destas doutrinas». A lógica jurídica deve aqui ser referida como disciplina particular⁽¹⁰⁾. É um domínio parcelar, quer da lógica quer da teoria do Direito e está também em relação estreita com a metodologia. ELLSCHEID⁽¹¹⁾ sustenta que como «objecto formal da teoria do Direito» se poderia considerar «a estrutura dos actos reais» que são dirigidos «à constituição do Direito em sentido normativo». Todavia, ele próprio põe em dúvida se «com o esboço assim traçado do objecto da teoria do Direito» haveria espaço suficiente para abranger todos os fenómenos relevantes. KUNZ⁽¹²⁾ entende a teoria do Direito como uma teoria do conhecimento do Direito - entendendo por tal uma teoria que «integra o conhecimento do próprio Direito histórico-socialmente constituído num quadro de referência histórico e social geral». Aqui surge precisamente a questão dos pressupostos gnoseológicos deste quadro de referência - com o que a teoria do Direito, assim entendida, se prende de novo com uma problemática filosófica geral (gnoseológica). KRAWIETZ⁽¹³⁾ defende que a teoria do Direito teria especialmente de esclarecer a função social do Direito positivo. Esta consiste hoje em «como conseguir, com determinados meios, fins exactamente delimitados». Deste modo, reaproxima a teoria do Direito da sociologia do Direito. Como sectores parcelares da teoria do Direito podemos considerar a teoria da legislação⁽¹⁴⁾ e uma «ciência da actividade jurisprudencial», tida como necessária por ACHTERBERG⁽¹⁵⁾, como paralela daquela outra, e a que atribui a função de pesquisa do «enquadramento metajurídico da Jurisprudência». Nesse «enquadramento» engloba tanto as exigências postas à Jurisprudência pela hermenêutica,

(10) Representativa neste domínio é a lógica jurídica de ULRICH KLUG, 4.ª ed., 1982. No âmbito da metodologia, KOCH e RÜSSMANN fazem dela um uso bastante intensivo. Importante ainda WEINBERGER, *Rechtslogik*, 2.ª ed., 1989; *Logische Analyse in der Jurisprudenz*, 1979.

(11) *Ibidem*, pág. 13.

(12) *Ibidem*, pág. 19 e segs., e pág. 23.

(13) KRAWIETZ, *Das positive Recht und seine Funktion*, 1967.

(14) NOLL, *Gesetzgebungslehre*, 1973; RÓDIG (ed.), *Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung*, 1976.

(15) ACHTERBERG, *Theorie und Dogmatik des Öffentlichen Rechts*, 1980, pág. 178 e segs.

pela serniótica e pela lógica, como igualmente os seus pressupostos e efeitos sociais. É sem dúvida WERNER MAIHOFER quem atribui um mais amplo campo temático à teoria do Direito⁽¹⁶⁾. Vê nela algo de semelhante a uma ciência universal do Direito, ou seja, uma «ciência normativa social, abrangendo em todos os seus aspectos e perspectivas (!) o âmbito de objecto e conhecimento do Direito, na sua temática e metodologia, e dirigida à científicidade do conhecer teorético e do actuar prático, ciência que, de acordo com o seu objecto, tem que ser cultivada a partir de uma específica ligação entre ciência da consciência e ciência da realidade»⁽¹⁷⁾. Se é possível preencher na realidade um quadro tão alargado é algo que me suscita muitas dúvidas. Continua a ser questionável o que é que deva ser entendido por «teoria do Direito».

A Jurisprudência ocupa, entre as ciências jurídicas mencionadas, uma posição privilegiada, que está ligada com as suas tarefas no âmbito da actividade jurídica prática (sobre este ponto, cf. *infra* 5). Enquanto que as outras ciências se ocupam «do» Direito em geral, ou também em princípio de todos ordenamentos jurídicos surgidos ao longo da História, a Jurisprudência tem em vista sempre um ordenamento jurídico *determinado*, ao qual os seus enunciados - vamos abstrair por um momento do Direito comparado - , referem o seu sentido imediato. De modo indirecto, podem expressar algo que verse sobre problemas jurídicos que não são somente de *este* ordenamento jurídico. A possibilidade e utilidade das indagações juscomparatísticas assentam em que as soluções de *um* ordenamento positivo são, com frequência, respostas a problemas jurídicos *gerais*, que assumem posicionamento idêntico ou comparável na totalidade ou na maioria dos ordenamentos jurídicos. O confinar-se, como princípio, ao quadro previamente dado de um determinado Direito «positivo» também não significa que a Jurisprudência não seja capaz de adoptar uma postura crítica frente às normas, soluções de problemas ou decisões desse Direito⁽¹⁸⁾. As pautas de tal crítica não as vai certamente buscar a uma teoria já estabelecida, presumivelmente de grau superior, mas procede à sua elaboração mediante a confron-

(16) Em *JbRSozRth*, vol. 2, pág. 51 e segs.

(17) *Ibidem*, pág. 75 (tese 6).

(18) É o que afirma, todavia, W. PAUL, in: A. KAUFMANN, *Rechtstheorie*, pág. 64 e segs.

tação permanente com as ideias jurídicas e os princípios de valoração que se lhe deparam no Direito positivo. A Jurisprudência considera o Direito positivo, e mesmo que tal seja apenas no sentido de uma «hipótese de trabalho»⁽¹⁹⁾, como uma tentativa de transformar as pautas nos uma coexistência pacífica e de solução justa de conflitos em normas e decisões «ponderadas»; e, ao entrever essas pautas nos princípios rectores do próprio Direito vigente, alcança já um certo distanciamento das regras e decisões particulares e assim, a possibilidade de crítica. De facto, a literatura jurídica está repleta de tal crítica «imanente», e não só em relação às decisões judiciais particulares, como também à regulação legislativa.

Uma crítica da lei, obtida a partir dos postulados de justiça do Direito vigente, desemboca não raramente em propostas concretas com vista à reforma da lei⁽²⁰⁾. Deste modo, a Jurisprudência insinua-se no campo da política do Direito. Neste terreno, não são de todo em todo suficientes os métodos jurisprudenciais. Aqui a Jurisprudência tem que deixar muitas vezes a primeira palavra a outras ciências; a saber, de acordo com a matéria de que se trate: à investigação social empírica, à medicina, à biologia, à psicologia ou a determinadas técnicas, pois que somente estas ciências poderão afirmar com suficiente segurança como operará a regulação proposta nos diversos domínios da realidade social, que alternativas na realidade existem objectivamente, quais os meios disponíveis, quais as vantagens e desvantagens que é legítimo esperar. O jurista que queira trabalhar em termos de política do Direito terá que obter os dados necessários e o material de experiência das ciências que em cada caso sejam competentes. Por outro lado, todavia, também é a política do Direito um campo

(19) SCHILD observa acertadamente (in: *Geschichte und System, Festschrift für Erich Heintel*, pág. 165) que o cientista do Direito tem que pressupor em primeiro lugar que o legislador quer o «racional» (o <>justo>), mas logo de seguida «ir mais além destes pressupostos», isto é, «tem que expressar este ordenamento justo nas próprias leis dadas», o que se poderia qualificar de «compreensão actuante de valores». É compreensível que a este propósito venha também a chocar-se com discrepâncias, que lhe suscitam críticas e propostas de melhoramento. Cf. também a este propósito, RYFFEL, *Grundprobleme der Rechts- und Staatsphilosophie*, pág. 48.

(20) Tais propostas encontram-se patentes antes do mais nas actas do Congresso dos Juristas Alemães (*Verhandlungen des Deutschen Juristentages*).

legítimo de trabalho da Jurisprudência, cuja cooperação é também neste campo indispensável. É que não só a crítica por ela empreendida às normas vigentes oferece ocasião para propostas de melhoramento, ao indicar onde residem os defeitos, e aponta a direcção na qual essas propostas devem ser buscadas, mas também, e sobretudo, é necessária a sua colaboração para transformar em normas capazes de aplicação as ideias obtidas acerca dos fins a alcançar. Essas ideias têm de poder ser incluídas no quadro do ordenamento jurídico global e estar em consonância com a Constituição, assim como com os princípios de valoração a ela subjacentes, ou, se se preferir, com o modelo social da Constituição. Missão do jurista é antes do mais preocupar-se com a salvaguarda dos princípios do Estado de Direito, bem como com o evitar contradições de valoração indesejáveis ou que conduzam a «efeitos subsequentes» gravosos em outros domínios jurídicos. Essa tarefa transcende em muito a de uma mera ajuda de formulação. Este ponto virá ainda a ser retomado (*infra* 5).

Deste modo, surge claramente uma vez mais a delimitação, já assinalada à Jurisprudência, sempre que argumente jurídico-politicamente, delimitação balizada pela sua orientação aos princípios fundamentais do ordenamento jurídico vigente - inclusivamente, quando este é considerado susceptível de evolução, submetido à mudança histórica e, neste sentido, «aberto» ao futuro. A Jurisprudência não pode transcender este limite, para que se não transmude, como sempre acaba por acontecer, numa teoria da sociedade, seja a sua fundamentação jusnaturalística, histórica ou sociofilosófica, mas se quiser justamente continuar a ser Jurisprudência. Não deve pretender negar este limite - com receio de ser considerada «científica» ou, simplesmente, «contrária ao progresso» - , mas admiti-lo na sua própria autocompreensão. Uma, por assim dizer, «teoria crítica», que toma em consideração o Direito vigente somente sob um aspecto - de qualquer modo, unilateral - de constatação de «relações de dominação», não tem para si como necessário o indagar do conteúdo de justiça das regulações e decisões particulares, pois que para ela o resultado negativo é de antemão dado como seguro. A Jurisprudência propõe-se a si mesma este esforço. Para a Jurisprudência, trata-se não só de 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.

2. A Jurisprudência como ciéncia normativa.

A linguagem dos enunciados normativos

Em seguida vai tratar-se da metodologia da Jurisprudência. Caracterizámos a Jurisprudência como a ciéncia sobre o Direito que dele se ocupa antes de tudo sob o seu aspecto normativo e, assim, que se ocupa do «sentido» das normas. Trata-se nela da validade normativa e do conteúdo de sentido das normas do Direito positivo, incluindo as máximas de decisão contidas nas sentenças judiciais. Se a Jurisprudência se comprehende a si própria como «ciéncia normativa», tal não pretende significar que ela mesma dê normas, que ponha em vigor normas jurídicas. Antes, que se comprehende a si própria em princípio como um sistema de enunciados *sobre* o Direito vigente. Certamente que haveremos de ver que os seus enunciados não deixam de ter influéncia sobre o conteúdo daquilo a que se referem, ou seja, das normas jurídicas. E assim distingue-se das hoje denominadas, as mais das vezes, ciéncias científicas, que partem da independéncia do objecto de conhecimento face ao sujeito cognoscente e atém-se sempre a este ponto de partida. Mas vamos abstrair por um momento desta questão e perguntemos o que quer dizer que a Jurisprudência produz enunciados sobre o «Direito vigente».

Validade normativa significa a pretensão de conformação ou vinculatividade de uma exigéncia de conduta ou de uma pauta pela qual a conduta humana haja de ser medida. Tem de distinguir-se da vigéncia fáctica de uma norma, que deve entender-se como sendo a sua eficácia ou possibilidade de conseguir impor-se. MAX WEBER⁽²¹⁾ atribui a esta distinção o maior alcance e nela baseou, não em pequena escala, a distinção entre modo de abordagem jurídico e sociológico. Se o jurista pergunta se uma lei «é válida», não tem em vista se a lei é sempre observada ou o é na maioria dos casos, mas se a pretensão de validade que

⁽²¹⁾ MAX WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, § 1.

enquanto norma lhe é conatural se encontra justificada, de acordo com os preceitos constitucionais relativos à produção legislativa de normas. Para decidir tal questão, pergunta se certos actos que têm como sentido o conferir validade a uma norma foram realizados pelas pessoas para tal legitimadas por normas de escalão superior, segundo o procedimento nessas normas previsto e se o conteúdo da norma assimposta está de acordo com as exigências a esse respeito colocadas pelas normas de escalão superior. Para comprovar a sua validade, compara a norma com outras normas. A esta espécie de normas pertencem não só as normas constitucionais sobre competéncia legislativa e o processo que a esse propósito deve observar-se, mas também todas as normas que limitam a liberdade do legislador no que toca à conformação do conteúdo das suas normas, já que estas normas, os direitos fundamentais, «vinculam» também o legislador como «Direito imediatamente aplicável», segundo a disposição expressa da nossa Lei Fundamental (art.º 1, n.º 3). Decerto que o jurista não pode, com métodos jurídicos, levar a sua indagação para além da validade normativa da Constituição. Tal constitui, como já foi observado, um problema de filosofia do Direito⁽²²⁾. A questão suscita-se inevitavelmente em conexão com a questão acerca da possibilidade e cognoscibilidade do «Direito legislado injusto»⁽²³⁾. Na vigéncia de uma Lei Fundamental que, como a nossa, elevou à dignidade de princípios constitucionais princípios jurídicos fundamentais de índole mais geral, esta questão situa-se certamente por regra no contexto da comprovação da constitucionalidade das leis e é assim uma questão de interpretação da Constituição. A vinculação do legislador ordinário aos princípios do Estado de Direito e aos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição confere, como é fácil de ver, à actividade

⁽²²⁾ Como introdução a esta problemática: G. HUSSERL, *Rechtskraft und Rechtsgeltung*, 1925; o meu escrito, *Das Problem der Rechtsgeltung*, 1929, reimpressão com posfácio, 1967; HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 2.ª ed., 1977, pág. 543 e segs.; *Festsehrift für Mareie*, 1974, pág. 63; WELZEL, *Die Frage naeh der Rechtsgeltung*, 1966; ENGISCH, *Auf der Suehe naeh der Gerechtigkeit*, 1971, pág. 56 e segs.

⁽²³⁾ Sobre este ponto, HENKEL, *ob. cit.*, pág. 563 e segs.; ENGISCH, *Einführung in dasjuristisehe Denken*, 7.ª ed., pág. 170 e segs.

decisória judicial, mas ao mesmo tempo também à Jurisprudência, uma importância considerável em relação ao legislador.

Os enunciados sobre a validade (ou invalidade), bem como sobre o conteúdo (conteúdo de sentido) das normas jurídicas não são enunciados sobre «factos» perceptíveis, acessíveis à observação e susceptíveis de corroboração experimental. Naturalmente que para a elaboração de uma lei são também necessários certos eventos palpáveis: têm que reunir-se os membros da assembleia legislativa e declarar a sua aprovação ou rejeição; têm que contar-se os votos e estabelecer-se a maioria. Mas tudo isto é somente o aspecto externo de um evento cuja relevância jurídica resulta apenas de se *tem o sentido* (para aqueles que nele participaram e para aqueles a quem se dirige) de ser um acto de legislação. Só quando o observador tenha captado o sentido deste evento, o que apenas é possível com base numa experiência jurídica já existente, poderá colocar a questão ulterior, com que se inicia a maioria das vezes a actividade do jurista: a de se este acto e o seu conteúdo (a lei aprovada) satisfazem todas as condições estabelecidas na Constituição, para que uma lei seja válida. A resposta (afirmativa ou negativa) a esta questão não é o resultado de uma observação fáctica, mas o de uma comprovação normativa, na qual o evento compreendido no sentido intencionado (o sentido do acto) há-de ser avaliado em consonância com o sentido das normas competentes para o efeito e que, por sua vez, são pressupostas como válidas, e, nesta conformidade, julgado. Não é nada de diferente o que ocorre com a questão acerca da validade de um contrato. Também aqui existem certos eventos perceptíveis, nomeadamente manifestações verbais ou escritas das partes, que podem ser objecto de prova no processo. Mas aquilo que nestes eventos pode ser juridicamente relevante é, antes de tudo, o sentido intencionado pelas partes: as partes expressam que com isto se «vinculam» ao que foi acordado, que querem fazê-lo valer. A questão de se as declarações têm esse sentido é para o jurista uma questão de interpretação de tais declarações. Se a resposta é afirmativa e determinou assim, mediante a «interpretação», o que é que as partes mais em pormenor vieram a acordar, então o jurista também confronta logo o contrato com a lei, indagando se os pressupostos legalmente exigidos para a conclusão válida de um contrato (por exemplo, capacidade negocial, requisitos de forma) são observados e se o conteúdo não

infringe as exigências legais. Trata-se de novo, por um lado, do sentido interpretado do evento; por outro lado, do sentido de determinadas normas que lhe são aplicáveis; e, finalmente, se o evento assim considerado é conforme à norma. E assim, mesmo quando os eventos do mundo exterior levam a colocar uma questão jurídica, trata-se sempre em definitivo do seu sentido jurídico.

As questões relativas ao «sentido» não podem ser respondidas nem mediante observação experimental, nem mediante medição ou quantificação. A Jurisprudência não trata de algo que seja quantificável. Quem veja a marca distintiva da ciência no facto de esta procurar elaborar os seus objectos de tal modo que estes sejam mensuráveis e, assim, que os resultados da ciência sejam matematizáveis⁽²⁴⁾, tem que excluir de antemão a Jurisprudência do âmbito das ciências, mas também do mesmo modo outras ciências, que não procedem, ou não o fazem exclusivamente, ao jeito das ciências naturais. Mas com isto a pouco se chega. Todo o autor de qualquer escrito jurídico afirma que este contém enunciados «pertinentes» sobre o Direito vigente. Se são ou não possíveis enunciados do tipo referido é questão que não é resolvida com o dizer-se que se trata claramente de enunciados de índole muito diversa daqueles que proferem as ciências naturais.

Neste contexto, pode chamar-se a atenção para uma distinção linguística para a qual ENGISCH apontou^(24a). Enunciados sobre factos perceptíveis podem ser «verdadeiros» ou «errados» (não verdadeiros), enunciados sobre a validade de uma norma denominam-los como «correctos» ou «incorrectos». Ambos os modos de expressão significam aparentemente o mesmo; todavia, o segundo exprime um grau de certeza mais débil. A ciência jurídica satisfaz-se em regra com a «correcção» dos seus enunciados, sem, com isso, renunciar à pretensão de científicidade. Subsiste um resíduo último de incerteza, mas que na prática pode ser negligenciado.

Quem comungar da crença de que só podem ser ciências empíricas as ciências cujo objecto é quantificável e assim, mensurável e susceptível de identificação numérica, terá também que excluir

⁽²⁴⁾ Nestes termos, ÜTTMAR BALLWEG, *Rechtswissenschaft und Jurisprudenz*, 1970, pág. 46 e segs. e pág. 51.

^(24a) ENGISCH, «Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken», in: *Beiträge zur Rechtstheorie*, 1984, pág. 287.

em ampla medida as ciências sociais do campo das ciências, pois que nelas se não trata somente da explicação causal de factos ou da sua apreensão mediante regras de probabilidade estatisticamente obtidas. Quem tal afirme cava desnecessariamente um abismo entre a Jurisprudência e as ciências sociais. As ciências sociais ocupam-se em primeira linha de actos humanos e não podem abstrair do sentido destes - intencionado ou comumente esperado. As motivações desempenham aí um importante papel. Mesmo que se queira considerar a motivação como um simples problema de «causalidade», o que constituiria decerto um reducionismo, dificilmente serão os processos sociais susceptíveis de ser «explicados» somente por este modo. Em todo o processo inelutável, aparente ou real, entra sempre também em jogo, tanto na vida do indivíduo como na existência social, um elemento de contingência, de poder ser de outro modo, algo não calculável. Os processos sociais não têm o seu curso a maior parte das vezes em vias de sentido único - comprováveis de modo experimental -, mas estão em interacção com muitos outros. Para poder apreender a complexidade dos sistemas sociais utiliza NIKLAS LUHMANN um «método funcional», que distingue expressamente do método científico-causal (25). LUHMANN pretende comparar diferentes modos de comportamento interactivo ou modelos sociais de conduta sob o ponto de vista da sua contribuição para a «redução da complexidade social» e assim, em última análise, o seu alcance relativamente ao indivíduo. Esta é com certeza apenas *uma* possível postura metodológica, ao lado de outras, mas mostra também que os problemas de metodologia são mais complexos no âmbito das ciências sociais do que muitos talvez pensem. Na verdade, trata-se nas ciências sociais do «fáctico», da questão sobre o que ocorre ou ocorrerá. Mas no fáctico que elas indagam plasmam-se relações de sentido de teor diverso, e, de entre estas, também relações normativas. Por isso, não se alcançam aqui quaisquer resultados, só com o medir e o numerar, bem como mediante explicações causais. De todo o modo, as relações de sentido interessam particularmente ao investigador social, em primeira linha,

(25) Nos seus ensaios sobre «Função e Causalidade» e «Método funcional e Teoria Sistémica», no livro *Soziologische Aujklirung*, vol. 1,3.ª ed., 1972, págs. 9 e segs. e 31 e segs.

só na medida em que motivam a conduta social, na medida em que contribuem para a articulação de sistemas de relação social. A Jurisprudência recorta as relações normativas de sentido do Direito enquanto tal e converte-as expressamente no tema da sua indagação.

A possibilidade de distinguir modos de abordagem tendentes à apreensão de conexões entre factos ou dirigidos ao sentido normativo encontra expressão tanto na linguagem pré-científica como na linguagem científica. Esclarecemos já a distinção entre validade «factual» e «normativa» e a correlativa ambivalência do termo «regra». O significado de «dever ser» e «justificação» não pode ser traduzido na linguagem que se refere ao domínio dos factos (26). Tais expressões têm o carácter de termos-chave, mediante os quais se constitui uma esfera de sentido particular. Isto vale igualmente, por exemplo, para o «direito subjectivo», para a titularidade. Se na linguagem que se refere ao domínio dos factos se define direito subjectivo, seja como «poder de vontade», como «relação de poder juridicamente regulada» ou como «interesse juridicamente protegido»,

(26) Com razão observa PODLECH (*Archöff R* 95, 195) que «não se pode falar do âmbito do dever ser em sentido amplo numa linguagem puramente descritiva». O que é fundamentado por HARE (*Die Sprache der Moral*, pág. 123). «Os termos de valor», diz, «têm uma determinada função na linguagem, a saber, a de recomendar; e assim, não podem de todo em todo ser definidos mediante outros termos que não tenham esta função». A mesma ideia é desenvolvida por FRANKENA (*Analytische Ethik*, pág. 117 e segs.). Os juízos de valor diferenciam-se das afirmações sobre factos, na medida em que expressam uma atitude a favor ou contra, uma recomendação ou indicação. Se se pudesse definir um conceito que se considera como normativo somente mediante notas descritivas, então poder-se-ia necessariamente inferir juízos de valor mediante um conjunto de afirmações sobre factos. Mas de premissas que contêm unicamente enunciados sobre factos só se poderiam deduzir afirmações sobre factos. O específico sentido de um juízo de valor vir-se-ia assim a perder. Por isso, FRANKENA duvida, com razão, que no âmbito dos juízos valorativos «se possa dispensar um vocabulário específico, para aquilo que os nossos conceitos éticos até agora têm servido - a saber (pelo menos) para adoptar uma postura positiva ou negativa em relação a algo, recomendar, prescrever ou valorar alguma coisa, etc.». R. LAUTMANN (*Wert und Norm*, 2.ª ed., 1971, pág. 104) sublinha, no esclarecimento de expressões como «valor» e «norma», preponderantemente baseado na análise da linguagem, que o elemento normativo que lhes é característico deveria «ser designado mediante um termo da linguagem normativa». Como designações adequadas (para «norma») menciona as de «preceito» ou «dever ser». Tais termos não são por ele analisados, pressupondo antes que são suficientemente conhecidos no seu significado normativo.

está-se desse modo a assinalar o seu efeito na esfera social. O sentido normativo, que designa o que, de Direito, «cabe» a cada pessoa, o que, nesse sentido, é o «seu», não é deste modo, no entanto, evocado. Que alguém está «vinculado» por um contrato, que se «deva» ater ao que nele é estipulado, não significa exactamente que nele tenha que esperar «sanções» por parte do ordenamento jurídico para o caso do não cumprimento. «Vinculado», em sentido normativo está-o também, mesmo quando não sejam de esperar tais sanções. Em compensação, nada há a objectar quando o sociólogo opera, no seu âmbito de análise, com um conceito de contrato que tem em vista que à eventualidade da ruptura do contrato se segue uma sanção. Descreve então a vigência fáctica, ou, pelo menos, alguns dos seus elementos, mas não a validade normativa. O jurista tem que distinguir uma da outra.

Um exemplo eloquente de como a mesma palavra pode significar coisas diferentes, conforme seja usada em conexão com um enunciado sobre o normativo ou sobre o fáctico, é o uso das palavras «legitimidade» e «legitimização» no escrito de LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*. Em sentido normativo, o significado de «legitimização» é idêntico ao de <<justificação» - uma expressão que não é susceptível de ser traduzida no domínio do fáctico. LUHMANN começa por definir a «legitimidade» (em sentido sociológico) como «uma disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda indeterminado, dentro de certos limites de tolerância»⁽²⁷⁾, ou seja, mediante notas puramente factuais. Com «aceitação» das decisões pretende dizer-se que «os destinatários, qualquer que seja a razão porque o são, aceitam a decisão como premissa da sua própria conduta e estruturam em conformidade as suas expectativas»⁽²⁸⁾. Atente-se nas palavras «qualquer que seja a razão»; para o conceito de «legitimização» de LUHMANN não releva o facto de se os destinatários aceitam a decisão porque a consideram <<justificada» ou, pelo menos, porque consideram que existe a competência da entidade decisória para tomar aquela decisão e, assim, consideram <<justificada» a exigência de

(27) N. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, pág. 28. [(Existe tradução em língua portuguesa, *Legitimização pelo procedimento*, trad. de Maria da Conceição Côrte-Real, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980 (N. do T.)].

(28) *Ob. cit.*, pág. 33.

obediência, ou por quaisquer outros motivos. Para LUHMANN, «legitimização» significa somente provocar tal disposição para a aceitação de decisões; e «legitimização pelo procedimento» o acréscimo de tal disposição, dado que os «destinatários» participam no procedimento e desempenham aí um papel. Aqui há ressonâncias idênticas à «astúcia da razão» de HEGEL, quando LUHMANN escreve⁽²⁹⁾: «Presumivelmente, é esta a teoria do comportamento na sua íntima determinação: a de que com o envolvimento no desempenho de um papel se capta a personalidade, se estrutura e se pode motivá-la para a aceitação de decisões». Que através da participação num procedimento se acresce a disposição de aceitar, devido ao procedimento, a decisão respectiva é uma constatação empírica e, como tal, evidentemente correcta. Qualificar este facto como «legitimização pelo procedimento» pode parecer impensável, se não se compreender a expressão «legitimização» rigorosamente no sentido definido por LUHMANN, como um conceito axiologicamente neutro⁽³⁰⁾, que designa um evento da esfera social e que, em contrapartida, está afastado do seu significado normativo - como <<justificação».

Porém, LUHMANN confunde o significado por que opta com o normativo, quando escreve⁽³¹⁾ que a «legitimização pelo procedimento» ocupou o lugar «das antigas fundamentações jusnaturalistas»⁽³²⁾ e que é legítimo «compensar a perda do Direito natural com o Direito processual». O Direito natural foi uma resposta à questão relativa à pretensão de validade do Direito positivo ou a uma justificação directa de determinadas exigências de conduta a partir da «natureza humana» ou da «razão». Trata-se aqui portanto de legitimização em sentido normativo, ou seja, de uma questão totalmente distinta daquela a que LUHMANN pretende responder com o seu conceito de legitimização pelo procedimento. Mas a questão de se uma decisão - do legislador, do juiz ou de um órgão administrativo - está justificada no sentido do «Direito natural» ou, pelo menos, do Direito «positivo», não é idêntica à questão relativa a se os destinatários estão dispostos a aceitá-la ou não.

(29) *Ob. cit.*, pág. 87.

(30) Do «conceito axiologicamente neutro de legitimidade», ao qual se arrimam as suas investigações, fala LUHMANN a pág. 156.

(31) *Ob. cit.*, pág. 30.

(32) *Ob. cit.*, pág. 148.

O facto de LUHMANN equiparar sem mais o significado socio-lógico que atribui ao termo «legitimação» com o significado que tal termo tem no uso linguístico normativo poderia não ser casual, mas estar fundamentado nas premissas epistemológicas de LUHMANN. HABERMAS⁽³³⁾ chamou a atenção para o facto de que LUHMANN «tem que rejeitar, como questão destituída de sentido, a exigência de uma fundamentação discursiva de pretensões de validade». A teoria sistémica de LUHMANN que «ilude de modo subjectivístico as questões sobre a verdade» não pode «tematizar de modo adequado a diferença entre ser e dever ser, entre verdade e rectidão». LUHMANN ignoraria «as exigências e possibilidades de fundamentação que podem tornar-se efectivas nos discursos práticos»⁽³⁴⁾. De facto, LUHMANN desenvolve um conceito socio-lógico de verdade, segundo o qual o conteúdo de verdade de um enunciado tem de ser aferido pela contribuição de que é portador «para a constituição social de um mundo ordenado e dotado de sentido»⁽³⁵⁾. LUHMANN trata questões de «rectidão» como se fossem de eficiência (no sentido de «redução de complexidade» que considera como objectivo último). Não tem em conta que o procedimento só é susceptível de legitimar a decisão (no sentido da acepção originária, isto é, do significado normativo da expressão) obtida por seu intermédio, quando o próprio procedimento assenta em princípios «rectos» de actuação, quer dizer quando satisfaz as exigências que colocamos a uma conduta «justa». A questão relativa aos princípios «rectos» de conduta - ou, dizendo de outro modo: relativa à fundamentação da pretensão de validade de determinadas regras de conduta - tem LUHMANN de as rejeitar como, para utilizarmos a formulação de HABERMAS, «destituídas de sentido», pois que não reconhece validade a outro critério que não seja o da eficácia social.

A observação de que um mesmo termo possa significar algo completamente distinto, conforme o contexto em que é usado expresse uma realidade normativa ou factual, vai de par com a

⁽³³⁾ No livro *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie*, de J. HABERMAS e N. LUHMANN, pág. 221.

⁽³⁴⁾ *Ob. cit.*, pág. 239.

⁽³⁵⁾ *Ibidem*, pág. 85 e segs Acerca do conceito de verdade de LUHMANN e da sua relação com o entendimento de LUHMANN do «efeito legitimador» do procedimento, cf. também ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, pág. 202 e segs.

ideia de que a linguagem dos enunciados normativos - quer dizer, dos enunciados sobre o mundo das normas - tem de considerar-se, apoiando-nos aqui pontualmente na filosofia do último WITTGENSTEIN⁽³⁶⁾, como um «jogo de linguagem» particular. O significado de uma palavra, diz-nos WITTGENSTEIN, não se lhe cola como uma propriedade estável, mas resulta em cada caso do seu uso em um determinado <<jogo-de-linguagem>>. Para interpretar correctamente uma definição demonstrativa, devo saber de antemão «que papel deve desempenhar realmente a palavra na linguagem»⁽³⁷⁾. O papel dos termos num jogo-de-linguagem não é assim apreensível com o mero recurso a uma definição⁽³⁸⁾. E especialmente não se pode apreender o significado de um termo no contexto de *um* jogo-de-linguagem mediante a remissão para o seu significado num jogo-de-linguagem *distinto*. Em todo o caso, pode dizer-se que o papel de uma palavra «corresponde» ao de uma outra - ou da própria - palavra noutro jogo-de-linguagem. Assim pode dizer-se, por exemplo, que a validade em sentido normativo exprime a efectividade da norma em sentido sociológico, mas não se podem interdefinir ambos os termos. Não se pode definir o dever ser - a vinculação do devedor à prestação e o poder de exigir do credor - mediante expressões do domínio do fáctico, como expectativa (de uma sanção) ou poder (mediante imposição), mesmo quando ambas as dimensões aparecem interligadas, uma vez que uma e outra não querem dizer a mesma coisa. Temos de ter assim em conta, de modo muito preciso, em que sentido é que se usa um termo, para que não se «saia» de modo inconsciente de um jogo de linguagem, o que significa sempre uma confusão de conceitos.

Mas se as expressões normativas não podem ser definidas com o serem remetidas para características ou conceitos de um outro «jogo de linguagem», como pode aceder-se ao seu significado? No sentido de WITTGENSTEIN, dever-se-ia responder deste modo: somente na medida em que se participe no «jogo de linguagem». Isto liga-se à questão de como se entra realmente num

⁽³⁶⁾ É para mim claro que WITTGENSTEIN liga à expressão mais conotações. Cf. a este respeito, PANNENBERG, *Wissenschaftstheorie und Theologie*, 1974, pág. 211 e segs.

⁽³⁷⁾ *Philosophische Untersuchungen*, Parte I. n.º 30.

⁽³⁸⁾ *Ob. e loco cits.*, n.º 182.

tal «jogo de linguagem. Não se pode decerto «mostrar» o normativo de uma maneira palpável, como um objecto perceptível pelos sentidos. No entanto, é indubitável que uma criança comprehende que deve fazer ou não pode fazer algo, quando tal lhe é indicado. O passo seguinte poderia ser o facto de que a criança constata que não é só a ela que se fazem exigências, mas também a outros. Muito cedo, porém, ela vem a desenvolver também um certo poder de distinção relativo a se tais exigências são «justificadas» ou não. Sente-se «injustamente» tratada quando se lhe exige algo que ultrapassa as suas forças, que não se exige a outros da sua idade, assim como se se lhe não concede aquilo que julga, devidamente ou não, ser de seu «direito». Provavelmente são estas «vivências-chave» que possibilitam a todo o indivíduo, desde tenra idade, o acesso à esfera normativa. Daqui a uma adequada comprehensão das expressões normativas da linguagem corrente e geral intercorre naturalmente um longo caminho. O homem (em formação) depara com o que tem relevância jurídica no quadro da sua experiência quotidiana e aprende a conhecer o seu significado jurídico, mesmo que de tal se não dê conta⁽³⁹⁾. Os termos que exprimem o normativo cobram na linguagem da Jurisprudência um significado muito mais preciso do que o que têm na linguagem corrente geral. Este significado não resulta todavia, em primeira linha, de uma definição, mas do seu papel, da sua função na cadeia de sentido da esfera normativa do Direito, do seu uso estabelecido no «jogo de linguagem» e da sua referência de sentido a outros termos, complementares ou opostos entre si, da mesma esfera de sentido.

A expressão «jogo de linguagem» não pode ser incorrectamente comprehendida, como se se aludisse com ela simplesmente a um jogo com a linguagem, a um «fazer malabarismos» com palavras. Um jogo de linguagem, tal como aqui deve ser entendido, é o modo especial como - adentro de uma determinada linguagem - se fala de determinado sector de coisas ou âmbito de experiência. Tais sectores são, por exemplo, a natureza inanimada e a natureza viva, a técnica, a arte, ou mesmo o Direito. Numa linguagem, fala-se sempre sobre algo. A comprehensão por

⁽³⁹⁾ G. HUSSERL, «Erfahrung des Rechts», in: *Recht und Zeit*, págs. 68, 73 e segs.

intermédio da linguagem é comprehensão de uma coisa que é «trazida à linguagem» (40). A coisa de que se fala na linguagem normativa da Jurisprudência é a «coisa Direito» (41). À pergunta sobre o que seja esta «coisa Direito» deve responder-se, na minha opinião (42), do seguinte modo: é o «Direito vigente», no seu sentido normativo, precisamente enquanto «Direito». Isto inclui a referência de sentido à noção de Direito, à ideia de Direito ou, como diz HRUSCHKA (43), ao «princípio Direito». Pois é dele que trata em última instância o que busca o Direito, o que luta pelo «seu direito», o juiz que aspira não só a uma solução «legal», mas igualmente, se possível, a uma decisão tanto quanto possível «justa» (44), bem como as partes no processo, que esperam precisamente do juiz uma tal decisão. Não que o Direito positivo seja sempre em toda a sua extensão um ordenamento «justo» e que a decisão judicial seja também sempre «justa» —, mas que estes tenham de ser sempre aferidos em sintonia com este requisito, mesmo que não seja nunca satisfeita de modo pleno, demonstrando-se assim a referência de sentido do Direito «positivo» em toda a plenitude de sentido no âmbito de uma linguagem normativa (45).

Com isto encontrámos o ponto de partida para ulteriores reflexões. A Jurisprudência tem que empreendê-las sempre com referência ao Direito vigente, que procura compreender no seu sentido normativo, e isto quer dizer simultaneamente como *uma* (entre

(40) GADAMER, *Wahrheit und Methode*, 5.ª ed., 1986, pág. 384.

(41) HRUSCHKA, *Das Verstehen von Rechtstexten*, pág. 29 e segs., pág. 52 e segs.

(42) De modo diferente, HRUSCHKA, *oh. cit.*; para ele o Direito positivo, como Direito «vigente», não é «coisa Direito», mas já uma interpretação (lingüística) desta «coisa Direito», que como tal está para além da linguagem, é suprapositiva, subjaz ao «Direito positivo» como condição da sua possibilidade (em sentido hermenêutico).

(43) *Oh. cit.*, pág. 68 e segs.

(44) Cf. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl*, págs. 14, 21, 41, 210.

(45) Constitui mérito do trabalho de HRUSCHKA o ter tratado a «coisa Direito» como *a priori* hermenêutico, ou seja, como condição da possibilidade de comprehensão de textos jurídicos - mesmo que eu não possa subscrever a especificação que faz de tal «coisa», especialmente a sua doutrina acerca do «fenómeno jurídico».

muitas possíveis) conformação da noção de Direito. O Direito vigente «oferece-se-lhe» em normas jurídicas (na sua maioria, na actualidade, escritas) que envolvem a pretensão de validade e em decisões jurídicas, ou, mais precisamente, nas máximas de decisão que nelas se contêm. Isto que lhe é «dado» é o que ela pretende «compreender», juntamente com as referências de sentido ali incluídas, ou seja: pretende reconhecer e enunciar o que Isto quer dizer, para além do que diz o sentido literal imediatamente compreensível. Veremos que também a este respeito se transforma necessariamente.

3. A Jurisprudência como ciência «compreensiva»

a) Compreender mediante o interpretar

Como resulta do que até aqui foi dito, na Jurisprudência trata-se, para além da compreensão de expressões linguísticas, do sentido normativo que a elas corresponde. É de expressões ligmísticas que se trata, tanto nas leis como nas decisões dos tribunais e nos actos administrativos, e, em regra, também nos contratos. A compreensão de expressões linguísticas ocorre, ou de modo irreflexivo, mediante o acesso imediato ao sentido da expressão, ou então de modo reflexivo, mediante o interpretar (46). A este respeito é sempre pressuposta a mediação da percepção sensitiva (do fonema ou dos signos escritos). Também o «acesso imediato» ao sentido de um discurso, como ocorre antes do mais na conversação do dia-a-dia, tem a «estrutura circular» de todo o compreender, o que será discutido já de seguida. E «irreflexivo», porque para quem ouve e comprehende não é problemático o sentido do discurso, não se lhe torna presente a possibilidade de diferentes interpretações. Se for este o caso, o sentido levado em conta, ou então o sentido havido como «pertinente», converte-se em objecto de reflexão e, com isso, de «interpretação». «Interpretar» é uma actividade de mediação pela qual o intérprete comprehende

(46) De modo diferente, naturalmente, GADAMER "Wahrheit und Methode, 5.ª ed., 1986, pág. 312. Para ele, compreender e «sempre interpretação».

o sentido de um texto, que se lhe tinha deparado como problemático (47). Em que é que consiste esta actividade de mediação?

intérprete tem presente os diferentes significados possíveis de um termo ou de uma sequência de palavras e pergunta-se sobre qual é aqui o significado «correcto». Para tal, interroga o contexto textual e o seu próprio conhecimento do objecto de que no texto se trata, examina a situação que deu origem ao texto ou ao seu discurso, assim como outras circunstâncias «hermeneuticamente relevantes», que possam ser consideradas como indícios relativamente ao significado procurado. A conclusão a que chega não é uma conclusão logicamente vinculante, mas uma opção, devidamente fundamentada, entre diferentes possibilidades de interpretação. «Interpretar» um texto quer dizer, portanto, decidir-se por uma entre muitas possíveis interpretações, com base em considerações que fazem aparecer tal interpretação como a «correcta».

A Jurisprudência é precisamente por isso uma ciência - abstraia-se, por um momento, da objecção dos partidários de um conceito «científicista» de ciência -, porque problematiza por princípio textos jurídicos, quer dizer, questiona-os em relação com as diferentes possibilidades de interpretação. Os textos jurídicos são problematizáveis deste modo porque estão redigidos em linguagem corrente, ou então numa linguagem especializada a elespropriada, cujas expressões - com ressalva de números, nomes próprios e determinados termos técnicos - apresentam uma margem de variabilidade de significação (48) que torna possível inúmeros cambiantes de significação. É precisamente na profusão de tais cambiantes que se estriba a riqueza expressiva da linguagem e a sua susceptibilidade de adequação a cada situação. Seria deste modo um erro aceitar-se que os textos jurídicos só carecem de interpretação quando surgem como particularmente

(47) HRUSCHKA (*oh. cit.*, pág. 6) sustenta que a interpretação não é um processo cognitivo, mas um acto linguístico, e como tal o «lado externo» de um processo cognitivo, a sua articulação e objectivização. É certo que a compreensão se articula em um enunciado, mas não vejo porque não deva poder designar-se o processo cognitivo que lhe é subjacente como sendo em si «interpretação».

(48) HART (*The Concept of Law*, pág. 121 e segs.) fala por esta razão da «textura aberta» (*open texture*) do Direito.

«obscuros», «pouco claros» ou «contraditórios»; pelo contrário, em princípio *todos* os textos jurídicos são susceptíveis e carecem de interpretação (49). Esta sua necessidade de interpretação não é um «defeito» que pudesse remediar-se em definitivo mediante uma redacção tão precisa quanto possível, mas continuará a subsistir enquanto todas as leis, sentenças jurídicas, resoluções e os próprios contratos não vierem a ser redigidos exclusivamente numa linguagem codificada, simbolizada.

Que não só as leis e os contratos, mas também as sentenças judiciais carecem de interpretação é algo que damos facilmente de barato. DREIER (50) sustenta que uma vez que uma grande parte do Direito facticamente vigente se encontra hoje nas decisões dos tribunais e que a Jurisprudência tem (entre outras) a tarefa de «descrever» o Direito empiricamente vigente numa comunidade jurídica, poderá então a Jurisprudência lançar mão, no cumprimento dessa tarefa, do método «empírico-analítico». Se isto equivale a dizer que a Jurisprudência se pode contentar em tomar simplesmente como «dadas» as directrizes das decisões e juntá-las em qualquer ordem externa, sem necessitar para tal de métodos interpretativos, então tal não deixa de constituir um erro. As «directrizes» das decisões não são normas vinculativas. Devem ser entendidas somente com base no pano de fundo das conexões de fundamentação patentes nas decisões e da situação de facto, para medir o seu alcance. Querer «prognosticar» a partir delas o comportamento futuro dos tribunais não é procedente, antes do mais porque não raramente são corrigidas ou modificadas por decisão subsequente. E isto resulta de que os tribunais só podem, de certo modo, ir tacteando de caso para caso e que cada caso pode mostrar um aspecto novo. A mera reprodução de decisões - por exemplo, num comentário prático - não é ainda Jurisprudência; toda a elaboração jurídica de decisões começa, porém, com a sua interpretação; subsequentemente, a Jurisprudência ordena-as em novas conexões jurídicas de sentido.

Quanto à questão de saber quando é que uma interpretação pode ser considerada como «pertinente», isso depende do escopo segundo o qual um texto deve ser interpretado. Na vida quoti-

(49) Sobre este ponto, MAYER-MALY, in: *Salzburger Studien zur Philosophie*, vol. 9, pág. 127.

(50) DREIER, in: *Rth*, vol. 2, págs. 37, 43.

diana, trata-se de constatar a opinião do autor de um discurso, de uma carta ou de uma qualquer anotação, ou de compreender (melhor, mais precisamente, de modo mais abrangente) aquilo de que se trata no texto, com a ajuda do texto. Este é, por exemplo, o caso das explicações orais ou escritas sobre objectos técnicos, e instruções de uso, de livros técnicos ou de noticiários da imprensa. A opinião do autor interessa aqui apenas na medida em que pode contribuir para a compreensão da coisa. Ao contrário, ela constitui a meta da interpretação, por exemplo, nos testemunhos literários, nas manifestações que expressam uma tomada de posição pessoal que o intérprete quisesse vivenciar, na descrição de experiências pessoais. Conforme seja o escopo da interpretação, serão umas ou outras as circunstâncias «hermeneuticamente relevantes». Se se trata da opinião do autor, há que ter em conta, entre outras coisas, o motivo da declaração, a situação que se deparava ao locutor, a sua relação com o receptor da carta, o seu modo peculiar de expressão, por exemplo, a sua propensão a ocultar a sua opinião, a exagerar ou a lançar mão de determinados termos. Se se trata, ao invés, da coisa exposta, podem ser de utilidade informações ulteriores requeridas a respeito dela, bem como a compreensão entretanto já alcançada ao longo do processo. A linha directriz segundo a qual devam ser interpretados os textos jurídicos é uma questão fundamental da metodologia e que há-de vir a ser discutida pomerorizadamente noutra sede. Constitui, como se verá, uma distinção significativa, sempre que nesses textos se trate de leis, decisões judiciais ou negócios jurídicos.

b) A "estrutura circular. do compreender e a importância da «pré-compreensão»)

A interpretação de um texto - qualquer que seja a sua natureza - não só tem que ver com o sentido de cada uma das palavras, mas com o de uma sequência de palavras e frases que expressam um contínuo nexo de ideias (51). Por certo que o sen-

(51) Cf. BETTI, *Allgemeine Auslegungslehre*, pág. 140: trata-se da «totalidade do discurso no seu valor semântico».

tido contínuo resulta somente da compreensão de cada uma das palavras e frases, conquanto, em regra, o significado de cada palavra não esteja fixado na linguagem geral de tal modo que possa vir a ser usado sempre exactamente na mesma acepção. Ao invés, o significado da maioria das palavras revela uma maior ou menor amplitude de variação; qual seja o significado que aqui foi levado em conta ou que aqui se haja de entender resulta, não em pequeno grau, do posicionamento da palavra na frase e, ainda mais, da conexão total de sentido adentro da qual ela surja, em tal lugar do discurso ou do texto. Daí resulta uma especificidade do processo do compreender que é conhecida sob a denominação de «círculo hermenêutico» (52). Por tal, dizendo de modo simplificado, pretende expressar-se o seguinte: uma vez que o significado das palavras em cada caso só pode inferir-se da conexão de sentido do texto e este, por sua vez, em última análise, apenas do significado - que aqui seja pertinente - das palavras que o formam e da combinação de palavras, então terá o intérprete - e, em geral, todo aquele que queira compreender um texto coerente ou um discurso - de, em relação a cada palavra, tomar em perspectiva previamente o sentido da frase por ele esperado e o sentido do texto no seu conjunto; e a partir daí, sempre que surjam dúvidas, retroceder ao significado da palavra primeiramente aceite e, conforme o caso, rectificar este ou a sua ulterior compreensão do texto, tanto quanto seja preciso, de modo a resultar uma concordância sem falhas. Para isso, terá que lançar mão, como controlo e auxiliares interpretativos, das mencionadas «circunstâncias hermeneuticamente relevantes».

A imagem do «círculo» não será adequada senão na medida em que não se trata de que o movimento circular do compreender retorne pura e simplesmente ao seu ponto de partida - então tratar-se-ia de uma tautologia - , mas de que eleva a um novo estádio a compreensão do texto. Se o significado de uma palavra aceite em primeira mão pelo intérprete não se adequa ao nexo do sentido do texto, tal como este se vem a revelar ao intérprete no decurso do processo interpretativo, então o intérprete terá que

(52) HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, § 32; GADAMER, *Wahrheit und Methode*, 3.^a ed., pág. 250 e segs.; BETTI, *ob. cit.*, págs. 219 e segs., 613 e segs.

rectificar a sua Suposição inicial; se os possíveis (aqui imagináveis) significados da palavra revelam uma conexão de sentido diversa daquela que inicialmente o intérprete tinha conjecturado, este rectifica então a sua conjectura. O processo de olhar para a frente e para trás pode ter que repetir-se inúmeras vezes, mormente quando se tenha apenas contemplado uma parte do texto global - por exemplo, uma só frase ou parágrafo. Mesmo no caso em que se confirme plenamente a conjectura inicial de sentido, o intérprete já não estará situado no mesmo ponto, já que a sua mera suposição ou ideia se converte, de ora em diante, em certeza. A conjectura de sentido (53) tem o carácter de uma hipótese, que vem a ser confirmada mediante uma interpretação conseguida (54).

O processo do compreender tem o seu curso, deste modo, não apenas em *uma* direcção, «linearmente», como uma demonstração matemática ou uma cadeia lógica de conclusões, mas em passos alternados, que têm por objectivo o esclarecimento recíproco de um mediante o outro (e, por este meio, uma abordagem com o objectivo de uma ampla segurança). Este modo de pensamento, que é estranho às ciências «exactas» e que é descurado pela maioria dos lógicos, é na Jurisprudência de um grande alcance. Não só se manifesta a propósito da interpretação de textos, de acordo com a conexão de significado (cap. IV, 2b) e da *ratio legis* - que é pelo menos em parte indagada com a ajuda do texto - , mas também no processo de aplicação da norma a uma determinada situação factícia (cap. III, 1). ENGISCH (55) fala neste contexto, de um «*ir e vir de perspectiva*» (entre o elemento de previsão da norma e a situação factícia). E manifesta-se com

(53) O «pré-conceito», no sentido de PANNENBERG (*Wissenschaftstheorie und Theologie*, pág. 195, 201).

(54) HASSEMER, *Tatbestand und Typus*, pág. 107, compara, por isso, o processo do compreender não com um círculo, mas com uma espiral. Do mesmo modo, WEINBERGER, *Nonn und Institution*, 1988, pág. 179, fala de um «proceder em forma de espiral da análise do significado». Cf. também A. KAUFMANN, in: *Festschr. f. Gallas*, 1973, pág. 20. ACHTERBERG (*Theorie und Dogmatik des Offentlichen Rechts*, 1980, pág. 181) fala acertadamente da «dialectica hermenêutica». Sublinha que se apresenta ao juiz, de cada vez, como «permanentemente renovada».

(55) ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, pág. 15.

especial nitidez, a propósito da concretização de pautas de valoração carecidas de preenchimento em relação a casos «típicos» e a grupos de casos (cap. 111, 3d). O pensamento «linear», ao invés, afirma-se no «silogismo da determinação dos efeitos jurídicos» (cap. 11, 5a) e na subsunção, sempre que esta seja suficiente (cap. 11, 5b).

No início do processo do compreender existe, por regra, uma conjectura de sentido, mesmo que por vezes ainda vaga, que acorre a inserir-se numa primeira perspectiva, ainda fugidia. O intérprete está munido de uma «pré-compreensão»^(55a), com que acede ao texto. Esta pré-compreensão refere-se à coisa de que o texto trata e à linguagem em que se fala dela. Sem uma tal pré-compreensão, tanto num como noutro aspecto, seria difícil, ou de todo impossível, formar-se uma «conjectura de sentido». O intérprete necessita da sua para se entrinhar no processo do compreender. Pode surgir como insuficiente no decurso deste processo e então terá de ser rectificada por ele de modo adequado. Quanto mais longa e pormenorizadamente alguém se ocupa de uma coisa, quanto mais profundamente nela tenha penetrado, tanto mais rica será a sua pré-compreensão, tanto mais cedo se formará nele uma adequada conjectura de sentido e tanto mais rapidamente se concluirá o processo do compreender. Quem não tem qualquer ideia da matemática encontrar-se-á frente a um manual de matemática de início algo confundido. Também a quem nunca se ocupou de questões jurídicas será difícil a compreensão de um texto legal ou de uma fundamentação de sentença. O jurista que interpreta uma lei, ou um contrato, enfrenta a sua tarefa com todo o seu saber acerca dos problemas jurídicos, conexões de problemas, formas de pensamento e, assim, possibilidades condicionadas de solução do Direito vigente, assim como, e não em último lugar, o seu saber acerca da linguagem que costumam utilizar o legislador e - no caso de um contrato - o particular versado em matérias jurídicas. A sua «pré-compreensão» é o resultado de um longo processo de aprendizagem⁽⁵⁶⁾, em que se incluem tanto os conhecimentos adquiridos na sua formação ou posteriormente com

(55a) A este respeito, cf. GIZBERT-STUDNICKI, ARSP 73, pág.476.

(56) ESSER, *VorsverstIndnis und Methodenwahl*, pág. 10.

as últimas experiências profissionais e extra-profissionais, mormente as que respeitam a factos e contextos sociais. A importância desta pré-compreensão, como condição prévia de um compreender adequado, não pode em boa verdade ser sobreavaliada.

Pode dar azo a mal-entendidos o facto de hermeneutas de primeira linha, como GADAMER, denominarem também de pré-juízo - exactamente na linha da terminologia de HEIDEGGER - a pré-compreensão e a conjectura concreta de sentido por ela possibilitada (relativamente a um determinado texto). Pois que assim se impõe, segundo o nosso uso de linguagem, e de modo quase inconsciente, a ideia de que com tal se trata de um juízo «falso», que constitui um obstáculo ao recto entendimento. «Pré-juízo», diz GADAMER, «não quer dizer, de modo algum, juízo falso, mas no seu conceito vai coenvolvido o facto de que possa ser valorado positiva ou negativamente» (57). GADAMER atribui ao pré-juízo um significado decisivo como condição hermenêutica de todo o compreender (58). GADAMER entende o compreender de um texto em analogia com a compreensão na conversação. O texto traz algo à linguagem⁽⁵⁹⁾; só fala àquele que já compreende tão amplamente a sua linguagem e a coisa de que ele fala, que tem o acesso franqueado àquilo que o texto diz.

A base comum que estabelece a ligação do texto com o intérprete e que permite a este o acesso àquilo que o texto diz é para GADAMER a linguagem e, para além dela, a cadeia de tradição em que ambos se inserem. O alto significado que GADAMER atribui à cadeia de tradição e à «história da realização», nela incluída, de um processo histórico, de um contributo histórico para o processo do compreender, explica-se pelo facto de que para ele se trata, antes do mais, da compreensão de textos transmitidos, de testemunhos linguísticos, ou quaisquer outros do passado. Passando à Jurisprudência, a «cadeia de tradição» é mormente aquela em que se encontram as normas actualmente vigentes e as formas do pensamento jurídico comumente reconhecidas mediante o trabalho precedente de muitas gerações de juristas: graças ao qual alcançaram a sua configuração actual ou de que

(57) GADAMER, *ob. cit.*, pág. 275.

(58) *Ibidem*, pág. 270 e segs.

(59) *Ibidem*, pág. 391.

a actual Jurisprudência se desembaraçou (60). De facto, esta cadeia de tradição, na qual se incluem não apenas as leis, mas também e sobretudo as decisões judiciais e os conhecimentos (ou erros) dogmáticos, constitui o pano de fundo de toda a interpretação jurídica - quer proceda «historicamente», quer sistemática ou teleologicamente. Ela é sobretudo imprescindível no que respeita à compreensão das decisões dos tribunais.

A pré-compreensão de que o jurista carece não se refere só à «coisa Direito», à linguagem, em que dela se fala, e à cadeia de tradição em que se inserem sempre os textos jurídicos, as decisões judiciais e os argumentos habituais, mas também a contextos sociais, às situações de interesses e às estruturas das relações da vida a que se referem as normas jurídicas (61). Estas não só contêm uma regulação que aspira a validade jurídica, como também disciplinam determinadas relações sociais, processos e modos de comportamento relativamente aos quais a circunstância de serem regulados pelo Direito revela por si *um* dos aspectos sob o qual se manifestam. O jurista que não chegue a vislumbrar nada dos outros aspectos, tão-pouco chegará a compreender a sua disciplina jurídica. Um contrato de arrendamento para habitação, por exemplo, tem para o arrendatário, em primeira linha, o aspecto de lhe satisfazer a necessidade de alojamento. Para o senhorio, está em primeiro plano o aspecto de que o espaço habitacional, que ele próprio não pode ou não quer aproveitar de modo directo e que provavelmente (a expensas suas) tomou adstrito a tal fim de fruição, tem, deste modo, um proveito imediato. A estes aspectos mais «privados» das partes do contrato, dos seus «posicionamentos de interesses» acrescem aspectos gerais, sociopolíticos e de economia geral: no que respeita à necessidade de habitação trata-se, para largos estratos da população, de uma das necessidades elementares, na satisfação da qual, nas melhores condições possíveis, se consubstancia um interesse público; o que reclama normas disciplinadoras que, por um lado, ofereçam ao

(60) Também uma tal referência negativa pode ser do maior alcance para a compreensão. Assim, na doutrina actual sobre a «pretensão» continua a manifestar-se a (por ela superada) doutrina da *actio*, e no conceito «finalista» de acção o conceito «causal» (como contraposição).

(61) O «domínio da norma», no sentido de FRIEDRICH MÜLLER.

arrendatário protecção contra a usura ou a precariedade da relação arrendatária e, por outro lado, tomem de igual modo em conta o interesse do senhorio no investimento de capital em habitação e o compensem de modo satisfatório. O actual direito de arrendamento para habitação só se toma comprehensível para quem o comprehenda como a tentativa de dar satisfação, na medida do possível, a estes diferentes aspectos numa regulação «equilibrada» que tenha em conta as relações do mercado habitacional. Para chegar a este entendimento necessita-se também de uma certa «pré-compreensão» relativa a estes aspectos e às relações fácticas que lhe são subjacentes. Nem sempre são tão facilmente identificáveis as relações fácticas relevantes para uma regulação como no presente exemplo. O jurista carece frequentemente da necessária pré-compreensão face a tais matérias, das quais porventura só raramente terá de ocupar-se. Mas exige-se dele que, verificada a situação, se apetreche com os conhecimentos prévios necessários. Que também aqui se manifestam certas deficiências de formação é facto fora de dúvida.

Segundo ESSER, a «pré-compreensão» possibilita ao juiz não só uma determinada conjectura de sentido face ao seu entendimento da norma e da solução a encontrar, como também o juiz constrói para si próprio uma «convicção de justeza» com base nas suas pré-compreensões alcançadas graças a uma prolongada experiência profissional e por meio de uma «actuação eficaz sobre as possibilidades de evidência na valoração pré-dogmática», e isto antes mesmo de começar com a «obrigatória» interpretação da lei ou com considerações dogmáticas» (62). Estas servem-lhe unicamente para um ulterior « controlo de concordância» (63), que se propõe como meta a comprovação da compatibilidade da solução já encontrada com o sistema do Direito positivo. Uma vez que ESSER é de opinião que os métodos de interpretação são livremente comutáveis entre si (ou melhor: seriam considerados pelos tribunais como susceptíveis de livre comutação entre si), é natural que o juiz eleja em cada caso os métodos de interpretação que lhe permitam qualificar como conforme à lei a solução que ele

(62) ESSER, *Vorverstindnis und Methodenwahl*; cf., a este respeito, em especial o cap. VI.

(63) *Ibid.*, pág. 19.

considera justa. A pré-compreensão do juiz põe em marcha, segundo esta concepção, não só o processo do compreender, no termo do qual se acha a solução a encontrar, mas também dirige o processo, passando pela «escolha do método», no sentido do resultado já antecipado na «convicção de justeza».

Pode ser que muitos juízes procedam do modo descrito por ESSER. Mas não podemos considerar como legítimo o proceder assim nestes termos. Por detrás disto esconde-se, o que parece não ter sido notado por ESSER, uma boa dose de arrogância judicial - o juiz que assim proceda considera-se a si próprio, graças à sua «pré-compreensão», como mais perspicaz que a lei e que os resultados por ela coenvolvidos mediante a interpretação jurisprudencial. O que não é compatível com a, se tomada a sério, «vinculação à lei e ao Direito», que a nossa organização jurídica impõe ao juiz (64), pois que esta exige que o juiz oriente a sua solução em primeiro lugar às pautas do ordenamento jurídico e isto do mesmo modo, e precisamente também, quando valora (65). Para tal, tem que debruçar-se continuamente, mediante um processo de pré-compreensão, sobre o sentido intencionado, e que aqui é determinante, dessas pautas, processo que lhe requer a disponibilidade para questionar e rectificar o seu entendimento prévio, face ao sentido que se lhe vai revelando. Isto só deixará naturalmente de acontecer se ele, ainda antes de entrar neste processo, deixar que o seu entendimento prévio se consolide desde logo em uma «convicção de justeza». Certamente que isto pressupõe que a eleição do método não seja pura e simplesmente deixada ao seu livre alvedrio e que o ordenamento jurídico, se inquirido de modo adequado, lhe fornecerá, pelo menos

(64) A este respeito, RUPP, in *NJW* 73, 1769, e o meu ensaio sobre «A vinculação do juiz como problema hermenêutico» (*Die Bindung des Richters als hermeneutisches Problem*) no *Festschr. für Rudolf Huber*, 1973, pág. 291; cf. igualmente PICKER, in: *JZ* 88, pág. 3 e segs.

(65) Cf. a este respeito as explanações de P. BADURA sobre os «Limites e possibilidades do Direito judicial» (*Grenzen und Möglichkeiten des Richterrechts*), na *Schriftenreihe des Deutschen Sozialgerichtverbandes*, vol. X, 1973. A vinculação do juiz à lei significa, diz BADURA, «fazer valer a função da lei constitucionalmente prevista com os meios de argumentação e de fundamentação jurídicas, aguardo do achamento de uma solução justa».

para a generalidade dos casos, uma resposta «plausível» - no sentido de um conteúdo mínimo de justiça da decisão.

O termo «pré-compreensão» usa-se hoje frequentemente também em um sentido distinto do da hermenêutica (66). Pretende-se então referir não um entendimento, se bem que provisório, da coisa, que não proporciona senão uma orientação inicial, que põe em marcha o processo do compreender e que o continua a impulsionar, mas antes a parcialidade daquele que ajuíza com pré-juízos, que dimanam do seu meio social, da sua origem e formação e determinam ineludivelmente o seu acto de julgar (67). É tão certo que ninguém é imune a estes pré-juízos como também seria erróneo ver neles uma barreira absoluta e intransponível. Mas a sua superação não é de todo em todo possível senão mediante um processo permanente de auto-exame e a preocupação constante com a «questão em si mesma». Uma disponibilidade para tal é a primeira exigência que se tem de colocar tanto ao juiz como ao cientista do Direito. O pré-juízo, neste sentido negativo, como uma barreira ao conhecimento que se transpõe com a preocupação pela questão, não deve, todavia, ser confundido com a «pré-compreensão» no sentido da hermenêutica, como uma condição (positiva) da possibilidade de compreender a questão de que se trata.

c) Interpretação e aplicação das normas como processo dialéctico

As normas jurídicas são interpretadas para, por regra, serem «aplicadas» a casos concretos. Na interpretação das normas jurídicas, só aparentemente se trata de um processo em que a norma aplicável se coloca, à semelhança de um metro articulado, sobre a situação de facto a julgar e esta é por ele mensurada. Isto pressupõe, em primeiro lugar, que a norma aplicável estivesse já em si tão determinada que o seu verdadeiro conteúdo estivesse fora de questão. Se assim fosse, não careceria de interpretação.

(66) ESSER entende o conceito claramente no sentido da hermenêutica. Cf., a este propósito, a recensão de KÓTZ, in: *AcP* 172, pág. 175.

(67) Acertadamente, a este propósito, RYFFEL, *Rechtssoziologie*, 1974, pág. 350 e segs.

Em segundo lugar, isto pressuporia ainda que a situação fáctica a julgar estivesse já determinada em todos os seus elementos e que fosse também susceptível de se ajustar precisamente ao modelo dado na norma. Tão-pouco é isto o que acontece. A maior parte das situações fácticas são por demais complexas. A norma, que tem de se simplificar, porque quer abravar uma série de situações fácticas, apreende em cada situação fáctica particular apenas alguns aspectos ou elementos. E descura todos os outros. Mas isto conduz não raramente à questão de se alguns dos elementos descurados na norma são, no entanto, tão relevantes no caso concreto, que a sua consideração seja aqui ineludível, se não se quiser (a partir da noção de Direito) tratar o desigual como «igual» e assim resolver «injustamente». Se isto é assim, surge a pergunta de se a norma, «rectamente» entendida, não permitirá porventura uma restrição ou uma diferenciação que haja de possibilitar uma solução «justa» e de se não deva ser aqui convocada outra norma que só «à primeira vista» não parece aqui aplicável, se existe uma «lacuna» no edifício normativo que possa ser colmatada de acordo com as ideias básicas de uma regulação ou com um princípio jurídico geral. Estas considerações e outras semelhantes impõem-se constantemente ao jurista no decurso do processo de aplicação do Direito e dão azo a que a mera «aplicação» das normas se transforme nas suas mãos, em alguma medida, numa determinação do seu conteúdo e na sua complementação. Com isto, as normas e o edifício normativo recebem continuamente, no decurso da sua aplicação judicial, novos estratos: a interpretação ou complementação de uma norma por parte do Supremo Tribunal produz o efeito de servir como exemplo a outras decisões, às quais acrescem logo novas interpretações e complementações que, por sua vez, conduzem a máximas de decisões judiciais e muitas vezes a linhas rectoras reconhecidas de conduta em conformidade com a norma. No começo, está o texto da lei - só aparentemente claro e fácil de aplicar - e no final - se este existe - , entrelaçada em torno do texto, uma teia de interpretações, restrições e complementações, que regula a sua «aplicação» no caso singular e que transmudou amplamente o seu conteúdo, a pontos de em casos extremos quase o tornar irreconhecível. Com efeito, um estranho resultado daquele processo que o jurista se habituou a denominar simplesmente de «aplicação das normas»!

O resultado exposto deu azo a que GADAMER (68) pusesse em evidência o «significado exemplar da hermenêutica jurídica» para a hermenêutica geral. Ele vê-o na circunstância de que a «aplicação» é um momento inerente a todo o «compreender». No compreender, diz (69), tem lugar «sempre algo de semelhante a uma aplicação do texto, que haja de se compreender, à situação presente do intérprete». A aplicação é «um elemento tão integrante do processo hermenêutico como o compreender ou o interpretar». O conhecimento histórico só pode ter lugar se «em cada caso, o passado é visto na sua continuidade com o presente», e é isso, acrescenta GADAMER, que «o jurista faz precisamente na sua tarefa prático-normativa»⁽⁷⁰⁾. Aqui parece-me, no entanto, que é conveniente uma reflexão mais pormenorizada.

Para o historiador, trata-se de transpor o distanciamento que existe entre os testemunhos de uma época passada, por ele tomados em conta, e o seu presente. Tem que considerar de modo conjugado as vivências anteriores e a sua própria situação histórica, se quiser fazer falar esses testemunhos, de modo que eles «tenham a dizer» algo ao presente. Esta consideração conjugada da própria situação não é, todavia, uma «aplicação». O jurista terá decerto que ter também em conta, no caso de aplicar uma lei já algo envelhecida, se a situação para que esta foi criada ainda subsiste, ou se, porventura, «uma alteração da situação normativa» requer uma interpretação modificada. Mas este é apenas um dos muitos aspectos que emergem na interpretação dos textos legais em relação com a sua aplicabilidade ao caso concreto. O problema fundamental para quem aplica a norma não é a distância temporal, mas a distância entre a necessária generalidade da norma e a singularidade de cada «caso» concreto. Superá-la, ou melhor, mediá-la, é tarefa da «concretização» da norma, que GADAMER qualifica com razão como um «contributo produtivo de complementação do Direito»⁽⁷¹⁾. GADAMER descura, no entanto, a função regulativa da norma. O jurista questiona a «vinculatividade normativa do sentido a compreender»⁽⁷²⁾, pois que ele

(68) GADAMER, *ob. cit.*, pág. 330.

(69) *Ibid.*, pág. 313.

(70) *Ibid.*, pág. 314.

(71) *Ob. cit.*, pág. 335.

(72) A este propósito, APEL, in: *Hermeneutik und Ideologiekritik*, pág. 33.

vê - com razão - a norma como a bitola com que tem de mensurar o «caso». A questão é a de saber como é que isto é possível quando, com efeito, a bitola só alcança a sua determinação de conteúdo definitiva no processo da sua «aplicação». Ao historiador não se se coloca este problema, pois ele não pensa medir o presente com a bitola do passado.

Uma «bitola» exige ser aplicada do mesmo modo a todos os casos que hajam de ser medidos por ela. Isto não é possível se o seu conteúdo, como GADAMER expressamente pretende que seja o caso também para a interpretação jurídica, «tem que ser entendido de novo e de modo distinto em cada situação concreta» - quer dizer, para cada caso singular. É decerto verdade que nenhum caso é igual a outro em todos os seus aspectos. Não obstante, se houver de ser utilizada a «mesma» bitola, não pode, no entanto, qualquer variação da constelação do caso implicar por si uma nova e distinta interpretação da bitola, pois que, a ser assim, a ideia de «medida igual», um elemento de base da «justiça», seria pura ilusão. Torna-se necessário, pois, dar um certo desconto às teses de GADAMER⁽⁷³⁾. Antes do mais, há que observar que toda a concretização (conseguida) de um critério rector estabelece uma medida para o julgamento de outros casos semelhantes, em face dos pontos de vista valorativos. É aqui que reside, entre outras coisas, o grande alcance dos «precedentes».

A norma que acaba de ser estatuída está, decerto, «mais ou menos» determinada no seu conteúdo: aguarda a concretização no processo, que agora se estabelece, da sua aplicação. Mas a interpretação extraída da norma, com vista à sua aplicação, não acrescenta nada - no decurso do processo - à norma, tal como ela «se apresenta»; todavia, leva em conta as interpretações anteriores. Claro que estas não são nunca «vinculantes» para o juiz: ele pode, tem mesmo que abandonar uma interpretação já encontrada se esta se vier a revelar insustentável, ao retornar à própria norma, ao seu conteúdo significativo (que há-de ser entendido no contexto

⁽⁷³⁾ A respeito de GADAMER, GISBERT-STUDNICKI observa criticamente, in: *RTh* 18, pág. 354, que para se falar de interpretação, se teria de pressupor que existem sentidos que «são legítimos, e outros que não podem suscitar qualquer pretensão de legitimidade». Sem o conceito de sentido legítimo não poderia falar-se de interpretação, pois que então não haveria qualquer diferença entre entendimento e mau entendimento.

da lei) e às peculiaridades do caso presente (ou a uma situação completamente alterada). Não obstante, não são estes os casos normais - qualquer que seja a aparência, só são tomadas em conta as decisões dos *tribunais superiores* - , mas em boa verdade, constituem exceções; na grande generalidade dos casos, os tribunais seguem um precedente de um tribunal superior, não só para poupar tempo e trabalho, mas porque, caso contrário, se perderia a «medida igual» e a consequência seria a maior inssegurança jurídica. O facto de estes critérios rectores só no decurso do processo da sua aplicação alcançarem o grau de determinação de conteúdo que torna possível a sua aplicação igual a casos iguais só pode espantar aqueles que não conseguem desembaraçar-se da imagem do metro articulado, ou, dito de modo mais moderno, que considerem a aplicação das normas como integralmente programável. A par da interpretação invariada da norma (nos termos da interpretação que em algum momento lhe foi conferida pelos tribunais) existem de igual modo interpretações sempre novas, mediante as quais o seu conteúdo - com resultados paradigmáticos para decisões futuras - é ulteriormente concretizado, precisado, modificado. Ambas as coisas, a função de bitola da norma - que requer a sua aplicação uniforme - e a necessidade, que ocorre constantemente, de interpretação (ulterior), bem como, por fim, a «retroacção» da interpretação e da concretização, uma vez conseguidas, em relação a uma ulterior aplicação da norma, têm de ser tomadas em conta, se se quiser que o processo - «dialético», de acordo com a sua estrutura - de aplicação do Direito não venha a ser considerado unilateralmente, e nestes termos, de modo incorrecto.

4. O pensamento orientado a valores na Jurisprudência

Ao interpretar as leis (com vista à solução de «casos jurídicos»), não pode descurar-se que nelas não se trata de um qualquer tipo de enunciados, mas de preceitos que hajam de ser seguidos, de bitolas de julgamento prescritas, em suma: de normas. O legislador que estatui uma norma, ou, mais precisamente, que intenta regular um determinado sector da vida por meio de normas, deixa-se nesse plano guiar por certas intenções de regulação e por considerações de justiça ou de oportunidade, às quais subjazem

em última instância determinadas valorações. Estas valorações manifestam-se no facto de que a lei confere protecção absoluta a certos bens, deixa outros sem protecção ou protege-os em menor escala; de que quando existe conflito entre os interesses envolvidos na relação da vida a regular faz prevalecer um em detrimento de outro, ou considera cada um dentro de um certo âmbito, na imposição ou proibição de certos modos de conduta, na cominação de «sanções» contra os infractores, na restrição ou negação de direitos, na imputação de riscos. Nestes termos, «compreender» uma norma jurídica requer o desvendar da valoração nela imposta e o seu alcance. A sua aplicação requer o valorar do caso a julgar em conformidade a ela, *ou*, dito de outro modo, acolher de modo adequado a valoração contida na norma ao julgar o «caso». Diz, com razão, JOERGENSEN⁽⁷⁴⁾ que a peculiaridade da ciência do Direito e da jurisprudência dos tribunais é «terem de tratar quase exclusivamente com valorações».

Que ao «aplicar» uma norma se trata sempre de uma valoração é algo que certamente se não manifesta quando a previsão da norma está formulada em termos de conceitos fácticos isentos de valoração, aos quais possa ser «subsumida» a situação fáctica, mediante um procedimento lógico. Um tal procedimento postula o constatar-se que todas as notas distintivas que formam o conceito hão-de estar presentes na situação *sub judice*. Se esta constatação puder ser feita, então decorre daí que, em conformidade com as leis da lógica, a situação de facto cai dentro do conceito. Mas para se "chegar" a esta constatação necessita-se as mais das vezes de uma série de juízos intermédios ou auxiliares⁽⁷⁵⁾. A lei define, por exemplo, «coisas consumíveis» como «coisas móveis cujo uso regular consiste no consumo ou na alienação» (§ 42 do BGB). O que seja «uso regular» de uma coisa sabe-o o julgador pela sua experiência social. Requer-se-lhe, portanto, um juízo com base na experiência e um juízo desse tipo é já por si raramente «exacto». Noutros casos há que julgar uma conduta humana, por exemplo, se nela se expressa uma determinada vontade de efeitos jurídicos. Um tal juízo não é uma pura constatação de factos, reclama antes uma interpretação. Finalmente, existem previsões

⁽⁷⁴⁾ STIG JOERGENSEN, *Recht und Gesellschaft*, pág. 8.

⁽⁷⁵⁾ Com mais pormenor a este respeito, *infra*, capo IH.

legais que têm como característica a de desde logo exigirem um juízo de valor, como a «apreciação razoável do caso», na caracterização do erro do § 119 do BGB. Constitui, por isso, um equívoco acreditar que a aplicação em si destas normas, cujo elemento de previsão está conceptualmente configurado, se esgota no procedimento lógico da «subsumção». Antes de aí se poder chegar, tem já lugar um acto de julgar, que de modo algum está sempre isento de valoração.

Mas, de modo nenhum, se apresentam conceptualmente configurados todos os elementos da previsão normativa. Muitas vezes a lei, para a caracterização de uma situação de facto, lança mão, em vez de um conceito, de um «tipo», que não está fixado, como um conceito, exclusivamente por notas distintivas irrenunciáveis. Ou então, contém uma pauta de valoração «que carece de preenchimento» e que só na sua «aplicação» ao caso particular pode ser plenamente «concretizada». Em ambos os casos não se trata simplesmente de uma «aplicação» da norma, mas de realizar uma valoração que esteja de acordo com a norma ou o critério rector «tido em conta». Uma tal «correspondência», que não pode, portanto, significar equivalência, como na realização de uma subsumção, precisa, para ser convincente, de múltiplas mediações. Na Jurisprudência trata-se em especial daquelas mediações que não têm o caráter de conclusões «logicamente vinculantes», mas de passos de pensamento comprováveis e (dentro de certos limites) convincentes. Por isso, a Jurisprudência é tanto no domínio prático (o da «aplicação do Direito») como no domínio teórico (o da «dogmática»), um pensamento em grande medida «orientado a valores»⁽⁷⁶⁾. Que um tal pensamento é uma das distintas possibilidades do pensamento e em que é que consiste a sua especi-

⁽⁷⁶⁾ No seu livro *Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser* (1981), afirma (pág. 88) MONIKA FROMMEL que eu entendo por «pensamento orientado a valores» uma «valoração intuitiva», «na medida em que esta se encontra de acordo com as posições reconhecidas em geral e historicamente transmitidas». Afirmo, o que decorre já claramente do texto acima, que por tal não entendo de modo algum uma valoração meramente intuitiva, mas uma valoração mediatisada por certas reflexões, e deste modo racionalmente fundamentada, que pode estar de acordo com as valorações «historicamente transmitidas», mas que delas também se pode afastar.

ficidade não é algo de que muitos juristas tenham clara consciencia, pois equiparam o pensamento jurídico com a subsunção ou com as deduções lógicas e não consideram como susceptíveis de fundamentação racional os juízos de valor. Por este facto, torna-se necessário em seguida esclaracer o que foi dito até aqui.

a) O pensamento orientado a valores no âmbito da aplicação do Direito

A peculiaridade do pensamento «orientado a valores» é passível de ser clarificada com a distinção entre «conceito» e «tipo». Foi dito que o carácter valorativo de toda a «aplicação do Direito» passa a segundo plano quando a previsão da norma aplicável foi conformada por via conceptual, de modo que a situação de facto constatada necessita apenas de ser «subsumida» à previsão da norma. No entanto, isto é muito menos frequente do que a maioria dos juristas supõe e inclusivamente do que muitos partidários da «Jurisprudência de valoração» estão dispostos a admitir. Só se pode falar de um «conceito» em sentido estrito quando for possível defini-lo claramente, mediante a indicação exaustiva de todas as notas distintivas que o caracterizam. O sentido de uma tal definição é o de que «só quando e sempre que» todas as notas distintivas do conceito se apresentam em algum objecto poderá ser esse objecto subsumido ao conceito, quer dizer, pertence à classe de objectos por ele designados. A «premissa maior» do silogismo subsuntivo é "a definição do conceito, a «premissa menor» é a constatação - corroborada pela percepção - de que este objecto X apresenta todas as notas distintivas mencionadas na definição, e a conclusão é o enunciado de que X pertence à classe de objectos designados pelo conceito, ou que X é um «caso» do género que se designou mediante o conceito - para o jurista a situação factica X seria um «caso» da previsão normativa conceptualmente apreendida.

Não é raro que uma definição legal contenha um elemento (ou vários) que não permita uma mera subsunção. Tomemos o conceito «partes integrantes de uma coisa» (§ 93 do BGB). «Partes integrantes» de uma coisa são, segundo o § 93 do BGB, aquelas que não podem ser separadas entre si sem que uma ou outra seja «destruída ou alterada na sua substância». A doutrina substitui,

por via da interpretação, a característica dificilmente manejável de «alteração da substância» por «diminuição não despicienda da utilidade ou do valor»⁽⁷⁷⁾. «Não despicienda» não é um critério exacto, mas «fluido». O que no caso singular é «ainda» ou «já não» é despiciendo, é algo que não é passível de indagação por via da subsunção, mas reclama uma valoração, que só se pode orientar por aquilo que se atribui a «cada um», ou então, pelo que já foi decidido em casos semelhantes. Aí trata-se de meios auxiliares de decisão, não de um procedimento dedutivo logicamente rigoroso.

Às «partes integrantes» de um prédio pertencem ainda, segundo o § 94 do BGB, entre outras, as edificações nele realizadas, às «partes integrantes» da edificação (e, deste modo, do prédio), «as coisas utilizadas na sua construção». O que pertence à «construção do edifício» guia-se em primeiro lugar pelo fim específico do edifício (*v. g.*, casa de morada, fábrica, armazém), e, em segundo lugar, pelo que hoje se considera, nos termos da experiência usual, como pertinentes ao acabamento de um tal edifício. As instalações de aquecimento, por exemplo, pertencem à «construção de um edifício» que haja de servir de morada a pessoas⁽⁷⁸⁾. O mesmo se deve dizer, segundo as concepções actuais, por exemplo, das banheiras e lavatórios nas habitações⁽⁷⁹⁾, que se consideram como integrando o «equipamento normal» das casas. Os «Comentários» referem inúmeros exemplos, mas também não se dispensam de indicar que tal depende «das circunstâncias de cada caso particular»⁽⁸⁰⁾. Onde quer que se faça uma tal indicação resulta claro que não é suficiente uma consideração baseada unicamente nas notas distintivas particulares, apreendidas de modo geral - e assim, uma «subsunção» meramente lógica -, mas requer-se um juízo que leve em conta diferentes pontos de vista, combináveis de modo diverso. O juízo que aqui se requer não é certamente um juízo de valor, mas um juízo que é mediatisado

(77) Cf., a este propósito, OTTE, in: *JuS* 1970, pág. 154 e segs.

(78) Cf. *BGHZ* 53, 324.

(79) Assim, também, MÜNCH *Komm/Holch* 18, a respeito do § 94 do BGB.

(80) Cf. o «Comentário» de SOERGEL-MÜHL, anotação 20 ao § 94 do BGB.

por certas vivências sociais - por exemplo, pelo que é requerido para uso adequado ao fim do edifício, ou que, de acordo com a experiência usual, é entendido no presente como integrando o seu equipamento normal. Um juízo deste tipo não comporta o mesmo grau de certeza intersubjectiva que um juízo sobre factos, baseado numa percepção segura. Quando a evolução está «em curso» e a concepção usual é incerta existem, em vez de delimitações estáveis, «transições fluidas» e consequentemente uma margem de apreciação, nos quadros da qual é «plausível», como diz o jurista, um ou outro modo de julgar. Decerto que a Jurisprudência se esforça, por via da interpretação, em reduzir esta margem, mas ela não se desvanece nunca por completo. Pelo menos adentro desta margem, deixa de ser possível uma subsunção em sentido lógico estrito. Mesmo quando se consegue, por via da interpretação, esclarecer um conceito legal de modo a poder-se dispor de uma série de pontos de vista que facilitem a sua aplicação e sobretudo que permitam fundamentá-la, não são esses pontos de vista de tal tipo que permitem a partir daí uma mera subsunção (81).

Às vezes trata-se da indicação de um *tipo*, que descrevemos, esclarecemos e assim tornamos aplicável, mas que não podemos definir através da indicação de algumas notas já estabelecidas, que ocorrem em todos os casos e que são também suficientes. Esclareça-se o que foi dito, de novo com um exemplo, o do «detentor de um animal, no sentido do § 833 do BGB. Detentor de um animal, como se pode ler (82), é «quem utiliza o animal na sua economia doméstica, na sua empresa económica ou em geral no seu âmbito de senhorio, de modo não apenas transitório

(81) De outra opmno são KOCH/RÜSSMAN, *Juristische Begründungslehre*, pág. 67 e segs. Sustentam que os «conceitos vagos» são, por via da interpretação, passíveis de ser precisados, de tal modo que seja possível, por fim, o subsumir-se ao conceito interpretado, por via de um passo intermédio, ou seja, indirectamente. Tais cadeias de dedução lógica, como as apresentam a páginas 14 e segs., têm decerto algum préstimo; ao contrário deles, duvido no entanto que o último elemento da cadeia dedutiva seja sempre de molde a que ele se possa subsumir - e por seu intermédio, aos conceitos definidos pelos elementos intermédios. É isto que os exemplos aduzidos no texto tentam tomar claro.

(82) Em SOERGEL-ZEUNER, anotação 12 ao § 833 do BGB.

e no seu próprio interesse, e a cuja esfera de vida ou económica ele se subordina». Esta definição - se nela se quiser ver uma definição - remonta a um acórdão do Tribunal do Reich de 1905, em que se diz que o animal deve ser confiado a quem «o tenha incorporado na sua empresa económica ou na sua economia doméstica - entendida no sentido mais amplo - para deste modo o tornar adstrito aos seus fins» (83). O Tribunal do Reich atém-se aqui, em primeiro lugar, ao uso da linguagem da vida quotidiana, que considera, não obstante, dever ser restringido. Tratava-se, no caso a decidir, de saber se o proprietário de um cavalo, que o havia cedido a outrem, temporária e gratuitamente, para que este o utilizasse na sua empresa económica, tinha continuado a ser, neste intervalo de tempo, «detentor do animal». O Tribunal do Reich respondeu negativamente, porque o fundamento legislativo para a responsabilidade agravada do detentor do animal já não afecta o comodante durante o tempo do comodato. O Tribunal do Reich lançou assim mão de uma interpretação orientada pelo fundamento legal do preceito, a *ratio legis*. E estabeleceu que o detentor do animal devia ser responsável pelos danos causados pelo animal, «porque ele como empresário expõe, no seu interesse, as outras pessoas aos perigos decorrentes do animal e porque só ele, nesse entretanto, beneficia da utilidade do animal». Acertadamente, pôs em primeiro lugar o ponto de vista do interesse próprio do detentor do animal. Isto seria de afastar no período em que o animal se mantivesse separado da empresa económica do comodante e estivesse incorporado na do comodatário, com a consequência de que servia a este «como meio de exploração no seu exclusivo interesse». O comodante tão-pouco continuou a exercer, durante o prazo do comodato, o poder de facto sobre o cavalo de modo a que, por exemplo, lhe tivesse sido possível actuar com medidas de precaução contra o perigo constituído pelo animal. Estas considerações são, com certeza, correctas. A circunstância de que o cavalo foi aqui, durante algum tempo, separado da empresa económica de alguém e cedido a uma alheia deu claramente motivo para atribuir especial significado à incorporação na empresa económica do «detentor». Mas como muitos

(83) RGZ, 62, 79.

animais se não têm para fins económicos, mas por estimação, era óbvio equiparar a economia doméstica à empresa económica. A «empresa económica» e a «economia doméstica» mostram interesse na detenção do animal e ao mesmo tempo uma certa relação de senhorio, em virtude da qual o detentor pode actuar sobre o animal. Mas trata-se aqui, relativamente a todas as possíveis pretensões, de uma definição suficiente?

Se se tratasse, em relação à «empresa económica» ou «economia doméstica», de notas alternativas do conceito, então a qualidade de detentor do animal deveria ser afirmada «sempre que e só quando» estivesse presente uma destas duas notas distintivas. Que isto não pode ser assim demonstra-o o exemplo do peão que leva o seu cão consigo. Partindo da ideia fundamental da afectação, é, sem dúvida, «detentor do animal». Poderíamos agora propender a que em vez da afectação à economia doméstica ou à empresa económica fosse suficiente o senhorio de facto. Mas este pode também alguém exercê-lo por conta de outrem. A posse directa não é, assim, sempre requerida. Se alguém deixa o seu cão a um conhecido enquanto vai de viagem, para guarda e cuidado, é durante este tempo só «possuidor indirecto». Continua no entanto a ser detentor do animal porque o outro tem a custódia do animal no *seu* interesse e só até que *ele* esteja de novo em situação de retomar a sua guarda. Que, por outro lado, a «posse indirecta» não é suficiente para determinar a qualidade de detentor, demonstra-o o exemplo do cavalo emprestado. O comodante conserva, naturalmente, a posse indirecta e o seu interesse relativamente ao animal também não se extingue de modo algum em definitivo. Como comodante está em situação de reivindicar o cavalo a todo o tempo, ou depois de decorrido o prazo convencionado do empréstimo. Mas, durante o prazo do comodato, o seu interesse relativamente à utilização do cavalo cede ao do comodatário, a cujos fins, a cuja empresa económica, se encontra afecto durante este período. Isto foi suficiente para o Tribunal do Reich impor ao comodatário, e só a ele, durante este período, o risco inerente à detenção do animal. O interesse na detenção do animal pode revestir uma intensidade análoga tanto quanto ao possuidor directo como indirecto. Se alguém acolhe animais mediante remuneração e de modo profissional («hotel de cães»), então tenho por justificado considerar como possuidor tanto essa pessoa como aquele que tenha deixado o animal à guarda, uma vez que

nenhum dos interesses «prevalece» - nem o do depositante, porque o outro lhe guarda o animal, nem o do depositário, que procura a obtenção de um ganho mediante a guarda e cuidado do animal.

Nem a afectação do animal à economia doméstica ou à empresa económica, nem o poder de facto resultante da posse directa ou indirecta são assim imprescindíveis, quer dizer, notas conceptuais. Cada uma destas notas distintivas pode, no entanto, assumir relevo associada ao interesse na detenção do animal. Este interesse pode por sua vez existir em diversas pessoas com uma intensidade distinta; é, nestes termos, uma nota distintiva susceptível de «gradação». O interesse é decisivo em conexão com pelo menos um dos outros momentos. Se não se trata aqui de notas conceptuais distintivas, só se pode tratar de sinais, de indícios relativos às presenças da relação tida em conta pela lei, com a qual se conexiona a responsabilidade pelo risco resultante do perigo do animal. De que tipo seja esta relação é algo que é possível delimitar aproximadamente com apoio em tais indícios e por meio de exemplos concretos, mas não estabelecer em definitivo por meio de notas distintivas de natureza estritamente conceptual.

Uma nova situação de insegurança resulta da importância do factor tempo. Vimos que na pretensa definição se encontram as palavras «de modo não apenas transitória». Nos «Comentários» pode ler-se que a «privação transitória da posse, por exemplo por extravio, não afecta a qualidade de detentor do animal» (84). Mas quando deixa de ser a perda de posse meramente «transitória»? Aqui deve responder-se: quando não se puder já contar com o retorno do animal extraviado. Mas quando seja esse o caso é algo que só se pode, uma vez mais, comprovar de modo aproximado - com base em experiências correlativas. O furto, acrescenta-se, põe termo de imediato à qualidade de detentor do animal, porque aqui se trata de uma «privação duradoura da posse». No entanto, também se podem imaginar casos em que se possa contar com uma rápida descoberta do ladrão e com a recuperação do animal. Deve aqui ser de outra maneira? ZEUNER (85) propõe uma análise mais

(84) Nestes termos, MERTENS, no MÜNCH. KOMM., 21 ao §§ 833 do BGB.

(85) Assim, SOERGEL-ZEUNER, 12 ao § 833 do BGB.

subtil. O extravio do animal, na sua oplmao, representa um risco típico inerente ao animal; por isso, aquele que (até agora) esteve na sua detenção terá que responder também pelos danos que o animal causa após o extravio. Decerto que já não subsiste a «relação fáctica com o animal, típica da qualidade de detentor», mas o dano pode ainda ser reconduzido a um risco emergente ao tempo da anterior pertença fáctica do animal à esfera do detentor, e também assim o risco de extravio. No entanto, cabe perguntar por quanto tempo deve isto ser válido. Uma imputação de risco temporalmente ilimitada é dificilmente defensável.

Relativamente ao «detentor do animal», não se trata de um conceito susceptível de ser definido de modo concludente mediante a indicação das suas notas distintivas necessárias, mas de um tipo (86), e no fundo, como veremos, de um «tipo real normativo» (87). A pretensa definição do conceito é uma descrição de tipos considerada exemplar. Também se trata de tipos não fixados conceptualmente com precisão nos grupos de pessoas, como o de «comissário» (§ 831 do BGB) (88) e o de «possuidor em nome alheio» (§ 855 do BGB). Trata-se aqui, em ambos os casos, de pessoas que estão em uma determinada relação social com outra

(86) De importância fundamental, no que toca ao tipo e à sua utilização pela ciência do Direito: ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, 2.ª ed., pág. 237 e segs., 308 e segs.; HÄSSEMER, *Tatbestand und Typus*, 1968; LEENEN, *Typus und Rechtsfindung*, 1971; KAUFMANN, *Analogie und Natur der Sache*, 2.ª ed., 1982, pág. 47 e segs. (com mais indicações na nota 122). No sentido de uma rejeição completa, porém: KUHLEN, *Typuskonzeptionen in der Rechtstheorie*, 1977; e também KOCH/RÜSSMANN, *Juristische Begründungslehre*, 1982, pág. 82 e segs.; de modo positivo, ao invés, PAWLOWSKI, *Methodenlehre für Juristen*, 1981, anotação 145 e segs.

(87) A este propósito, cf. infra, capo VI, 2b.

(88) É o que claramente se manifesta quando, por exemplo, no Comentário de SOERGEL-ZEUNER, 7 ao § 831 do BGB se diz: «Se para a prova da inexistência de responsabilidade se estabelecerem critérios tão rígidos, aparece, pelo menos, como duvidoso que não se tenha ainda que ver com uma responsabilidade do comitente pela sua própria actuação ou se não se ultrapassou já a fronteira de um dever de responder por actos alheios».

pessoa, em virtude da qual esta tem que seguir (mais ou menos) as suas instruções, e a cuja esfera de organização - o § 855 do BGB refere de novo como exemplo a «economia doméstica» e o «estabelecimento comercial» - estão de algum modo vinculados, sem que num ou outro aspecto se possam indicar critérios precisos de delimitação. Mais adiante veremos (no capo 111, 4c) que, a par destes tipos «reais normativos», as relações jurídicas, em especial as de natureza obrigacional, desempenham como «tipos jurídico-estruturais» um importante papel no processo de aplicação do Direito.

Um conceito está fixado por meio da sua definição, de tal modo que haja de aplicar-se a um evento concreto ou situação de facto «só quando e sempre que» se possam nele encontrar o conjunto das notas características da definição. Esta proposição não vale para o tipo. As notas características indicadas na descrição do tipo não precisam, pelo menos algumas delas, de estar todas presentes; podem nomeadamente ocorrer em medida diversa. São com frequência passíveis de gradação e até certo ponto comutáveis entre si (89). Consideradas isoladamente, só têm o significado de sinais ou indícios. O que é decisivo é, em cada caso, a sua conexão na realidade concreta. Se uma determinada situação de facto se pode ou não ordenar ao tipo é algo que não pode, nestes termos, ser decidido consoante contenha ou não todas as notas características tidas como imprescindíveis. Trata-se antes de se saber se as notas características tidas como «típicas» estão presentes em tamanho grau e intensidade que a situação de facto «no seu todo» corresponda à imagem fenoménica do tipo. O tipo não se define, descreve-se. Não se pode subsumir à descrição do tipo; mas pode-se, com a sua ajuda, ajuizar se um fenómeno pode ou não integrar-se no tipo.

Se não se trata no tipo unicamente de uma súmula de notas características particulares, mas de uma junção num «quadro global»

(89) ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung...*, pág. 242; *Festschr. f. Karl Larenz*, pág. 129 e segs. (nota 17); KAUFMANN, *Rechtsphilosophie im Wandel*, pág. 310 e segs.; HARM PETER WESTERMANN, *Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaft*, 1970, pág. 103; LEENEN, *Typus und Rechtsfindung*, 1971, pág. 34 e segs.

dos traços distintivos particulares que o caracterizam, cabe perguntar em que é que assenta essa junção ou, dito de outro modo, qual é o momento que institui a unidade do tipo. Aqui será pois relevante que o «tipo real normativo», como o denominamos, alude, com efeito, a uma situação fáctica que ocorre sob vários modos na realidade social, mas que cobra a sua relevância jurídica porque uma determinada consequência jurídica lhe está «ajustada». O legislador conforma o tipo tendo em vista as consequências jurídicas que nele coenvolve, e nestes termos, a valoração que nele plasma. É mérito de LEENEN (90) o ter posto em evidência o papel do tipo, precisamente em relação com o pensamento orientado a valores. Nem o tipo real-normativo nem o tipo jurídico-estrutural podem ser pensados sem o ponto de vista valorativo rector, que impeliu o legislador a ligar a este tipo precisamente estas consequências jurídicas. Tornemos isto claro, mais uma vez, com o exemplo do «detentor do animal». A lei quer impor o risco de danos causados a alguém «por um animal» àquele que «detém» o animal no seu interesse próprio. Como vimos, aqui o «deter» o animal tanto pode significar o domínio imediato, que não seja meramente transitório, sobre o animal, como uma relação de domínio proporcionada por outrem (possuidor em nome de outrem ou mandatário do possuidor). O decisivo aqui é a intensidade do interesse na detenção do animal. E é-o, porque a ideia jurídica que subjaz à responsabilidade do detentor do animal é a de uma conexão do interesse próprio e do risco. É nessa conformidade que se determina quem deva ser considerado como «detentor do animal». Exemplos como «economia doméstica» ou «empresa económica», assim como todos os demais pontos de vista evidenciados pela casuística cobram aí o seu limitado valor enunciativo. Sem o ponto central de referência da *ratio legis* seriam mais ou menos casuais - meros *topoi*.

Se o legislador conforma um conceito para a caracterização de uma situação de facto, é-lhe necessário estabelecer esta situação de facto de modo tão preciso quanto possível, de tal forma que a sua ocorrência no caso singular possa ser constatada por via da subsunção, sem recorrer a pontos de vista valorativos. Decerto que o legislador elegerá neste caso as notas características do

(90) *Typus und Rechtsfindung*, págs. 42 e segs., 62 e segs.

conceito, de tal modo que o conceito conformado a partir das recubra a situação de facto que ele tomou em consideração. Mas as notas características do conceito serão escolhidas por ele de tal modo que, «ao aplicar o conceito, a questão relativa às notas características do conceito seja susceptível de subentrar no lugar da questão da valoração» (91). A subsunção ao conceito é, pelo menos no «caso ideal», um procedimento isento de valoração. Nestes termos, aquele que aplica a lei ficará liberto do incômodo da «ponderação» valorativa, o que torna a aplicação do Direito «segura». A desvantagem da fixação conceptual consiste em que, de modo frequente, as notas conceptuais, características ou não, abarcam todos os casos a ter em consideração com base na *ratio legis* ou, ao invés, abarcam também casos a que a *ratio legis* se não adequa. Algo diverso acontece quando a lei se contenta em descrever um tipo. O «pensamento tipológico», diz LEENEN (92), «cuida sempre da relação com o ponto de vista valorativo rector ao descrever os grupos de casos, pois todos os traços distintivos que se nos apresentam estão orientados a este valor como meio constitutivo da unidade do todo e só assim «têm significado». Por isso, a coordenação ao tipo exige, no caso singular, o ter em conta este ponto de vista valorativo rector, pois só ele decide em última instância se os «traços distintivos» ou as «notas características» aqui presentes justificam ou não, pelo seu grau de intensidade e a sua articulação, a coordenação. A coordenação ao tipo é, assim, ao invés da subsunção a um conceito, um processo de pensamento orientado a valores.

O legislador que empreende a regulação de um facto da vida tem em regra a opção de delimitar a situação fáctica tida em vista ou mediante a fixação de notas características delineadas de modo tão nítido quanto possível, e vistas como imprescindíveis e acabadas, por via conceptual, portanto, ou por meio da designação de um tipo, que ele pode esclarecer mediante a indicação dos traços distintivos tidos por paradigmáticos com exemplos (93). Pode ter

(91) LEENEN, *Typus und Rechtsfindung*, pág. 97.

(92) *Ibid.*, pág. 64.

(93) Em sentido distinto, claramente, HASSEMER, *Tatbestand und Typus*, 1968, pág. 109 e segs. Segundo ele, *todas* as previsões normativas estão necessariamente estruturadas de modo tipológico, em virtude da sua referência à realidade.

razões para uma ou outra das opções (94). Quando se decidiu por uma fixação conceptual, o intérprete não pode sem mais deixar de atender a essa circunstância. Restam-lhe, naturalmente, as possibilidades de uma interpretação teleológica (dentro dos limites do sentido literal possível e da coerência significativa da regulação) e, para além disso, as da analogia ou da redução teleológica. Se, em contrapartida, se tratar de um tipo, a sua maior margem de variação e abertura relativa possibilitam-lhe de antemão um procedimento «mais elástico». «Tipo» e «conceito» não são de resto contraposições rígidas, admitindo, ao invés, pontos de comunicação. Nestes termos, vimos que um conceito definido mediante notas características tidas como acabadas pode conter *uma* nota característica que, por seu turno, é «aberta», à maneira de um tipo. Lembremo-nos das «coisas incluídas na construção de um edifício». Trata-se aqui daquilo que num edifício de determinado tipo haja de ser considerado nos usos do tráfego como pertencendo «de modo típico» ao seu acabamento. Por outro lado, um tipo pode aproximar-se dum conceito mediante a fixação de notas características imprescindíveis (a par de outras que são apenas sintomáticas). A descrição de um tipo pode ser entendida como um estádio anterior à formação de um conceito e uma pretensa definição conceptual pode apresentar-se como descrição de um tipo. Os tribunais argumentam não raramente de modo tipológico, mas declararam a sua argumentação, justificada como coordenação a um tipo, como *subsunção* a um conceito, que como tal não é, de facto, aceitável. A falta de consciência do modo de argumentar tipológico reduz a fundamentação a uma fundamentação ilusória, mas que seria correcta se o tribunal tivesse argumentado abertamente de modo tipológico.

A necessidade de um pensamento «orientado a valores» surge com a máxima intensidade quando a lei recorre a uma pauta de valoração que carece de preenchimento valorativo, para delimitar uma hipótese legal ou também uma consequência jurídica. Tais pautas são, por exemplo, a «boa-fé», uma «justa causa», uma «relação adequada» (de prestação ou contraprestação), um «prazo

(94) Cf. LEENEN, *oh. cit.*, pág. 96 e segs.

razoável» ou «prudente arbítrio». Tais pautas não são, por assim dizer, pura e simplesmente destituídas de conteúdo; não são «fórmulas vazias pseudonormativas» que seriam compatíveis com todas ou quase todas as formas concretas de comportamento e regras de comportamento» (95). Ao invés, contêm sempre uma ideia jurídica específica que decerto se subtrai a toda a definição conceptual, mas que pode ser clarificada por meio de exemplos geralmente aceites. Estas pautas alcançam o seu preenchimento de conteúdo mediante a consciência jurídica geral dos membros da comunidade jurídica, que não só é cunhada pela tradição, mas que é compreendida como estando em permanente reconstituição. Os tribunais consideram-se de certo modo como «caixas de repercução» dessa consciência jurídica geral e, neste sentido, orientam-se predominantemente pelos exemplos de decisões tidas como inquestionáveis ou corroboradas por uma larga jurisprudência. Em cada uma destas, a ideia jurídica levada em consideração na pauta de regulação éposta em relação com um caso determinado e, deste modo, injectada de um conteúdo adicional, «concretizada» para este caso - o que significa, porém, para todos os casos similares. Toda a concretização alcançada contribui, servindo de exemplo, para uma nova concretização da pauta de regulação, sem que jamais este processo «chegue ao seu termo».

Na concretização de pautas de valoração carecidas de preenchimento valorativo tratar-se-á de um processo, em última instância, «irracional», ou é capaz o «pensamento orientado a valores» de oferecer também aqui uma ajuda essencial? Sustentamos a segunda hipótese; a comprovação nesse sentido aduzi-*Ia-emos* noutro lugar (no capo 111, em 3d). Veremos que também a este respeito o pensamento tipológico - nomeadamente a formação de grupos de casos e o tratamento dos elementos que para eles são típicos - desempenha um papel não despiciendo. Resta certamente ao julgador, em muitos casos, uma margem de livre apreciação, sobretudo aonde se trata de um «mais» ou «menos».

No que concerne às pautas carecidas de preenchimento valorativo, torna-se claro, com particular nitidez, que a sua «aplicação»

(95) Nestes termos, todavia, TOPITSCH, *Logik der Sozialwissenschaften*, 8.ª ed., 1972, pág. 28.

exige sempre a sua concretização, quer dizer, a determinação ulterior do seu conteúdo, e esta por seu lado retroage à «aplicação» da pauta em casos futuros semelhantes, pois que cada concretização (alcançada) serve de caso de comparação e torna-se assim ponto de partida para concretizações ulteriores. A pauta é «concretizada» no julgamento do caso em que o julgador a reconheça como «aplicável» ou «não aplicável». Neste processo de concretização mediante julgamento de casos, a pauta é enriquecida no seu conteúdo e assim desenvolvida. Aplicação do Direito e desenvolvimento do Direito caminham a par e passo. Nós tratamos este processo em conexão com a apreciação jurídica da situação de facto; podê-lo-íamos ter tratado também em conexão com o desenvolvimento (imanente à lei) do Direito. Prende-se tanto com um como com o outro contexto.

b) O pensamento orientado a valores no âmbito da dogmática jurídica

Se o pensamento orientado a valores é imprescindível no âmbito da denominada «aplicação do Direito», na medida em que aí não se trata de uma mera subsunção, mas de coordenação valorativa e de «concretização», já parece que as coisas não se passam assim no âmbito da teoria jurisprudencial que não está directamente referida à prática: o da chamada «dogmática jurídica». Segundo ESSER (96), trata-se nela de uma «doutrina elementar de conceitos e instituições, autonomizada num sistema próprio». O contributo esperado da dogmática seria o de «uma transformação de questões de valoração em questões de conhecimento ou de verdade». Na opinião de ESSER, a dogmática suscita ainda hoje a (injustificada) «pretensão de uma autoridade completamente auto-subsistente» das suas doutrinas e de «domínio de cada novo conflito social, sem que de cada vez exista um novo consenso, mas somente com base no acervo das normas e da técnica dogmá-

tica» (97). ESSER fala de «pensamento dogmático no sentido de um trabalho conceptual valorativamente neutro» (98); vê o papel da dogmática na circunstância de que converte «as questões de justiça, nos seus domínios específicos, em juridicamente operacionais». Isto significa «que os juízos de valor têm de ser realizados e comprovados em uma forma que a si própria se comprehende como «pensamento», no sentido de um conhecimento-de-objecto...». Um tal «processo de transmutação de considerações de justiça em questões de pensamento e tarefas de pensamento» seria a «verdadeira determinação intrínseca da dogmática» (99).

A imagem que ESSER aqui esboça da dogmática jurídica está visivelmente orientada às concepções que serviram de base ao trabalho dogmático dos finais do séc. XIX e ainda dos primeiros decénios deste século. Ou seja: a ideia da possibilidade de apreender todos os fenómenos jurídicos em conceitos, aos quais se possa subsumir; a ideia de um sistema conceptual mais ou menos concluso, que possibilite responder também às novas questões que venham a surgir por via de operações lógicas de pensamento, e a ideia de que o pensamento científico no âmbito da Jurisprudência não poderia ser mais do que conhecimento de objecto, valorativamente neutro, quer dizer, o conceito cientificista de ciência. O próprio ESSER contribui muito para que fosse cada vez mais reconhecida a inexactidão destas ideias. Se bem o entendemos, ele só considera possível um procedimento em dois planos: a verdadeira heurística do Direito deve ser levada a cabo por uma via pré-dogmática ou extra-dogmática (100); a par disso, a dogmática, no sentido tradicional, deve conservar uma aptidão delimitada. Esta vê-a ESSER na sua função «estabilizadora», que consiste em que «o entendimento dogmático só perfila, realiza e positiva a ideia jurídico-política, o ímpeto de justiça». Além disso, presta «um contributo decisivo à estabilidade jurisprudencial, quando os seus problemas de valoração são resolvidos em

(97) *Oh. cit.*, pág. 101.

(98) *Oh. cit.*, pág. 101.

(99) *Oh. cit.*, pág. 113.

(100) A este propósito, o seu escrito *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*.

problemas de pensamento e, como tais, podem ser melhor dominados, na linguagem que lhe é familiar, mediante uma melhor construção dogmática do conceito, mediante o descortinar, compreender e comungar da especificidade da regulação» (101). Além disso, a dogmática representaria «aquela instância de controlo que assegura a compatibilidade de soluções com quaisquer outras regulações previamente dadas». «Mediante a obrigação de incorporar as tentativas de solução em um determinado mundo de noções», será «levada a cabo uma prova de racionalidade que, se a tomarmos a sério, demonstra as repercussões de uma solução no sentido ulterior do sistema respectivo e compele, ou a construir alternativas, ou a confrontar-se com todas as consequências que agora surgem no sistema» (102). ESSER quer, por isso, preservar a dogmática no sentido de trabalho conceptual «valorativamente neutro», mas restringindo-a à função de transformar as soluções e valorações, achadas noutras lugares, bem como o sistema conceptual construído nesta linguagem, em linguagem do pensamento racional, no sentido do conhecimento-de-objecto, e assim torná-las mais praticáveis para a actividade jurisprudencial, bem como estabilizá-las.

Mas serão as respostas a problemas de valoração passíveis de se transformarem realmente em conceitos plenamente isentos de valoração e, deste modo, tornarem-se «operacionais»? O trabalho da dogmática jurídica (hodierna) está correctamente caracterizado como «trabalho conceptual valorativamente neutro»? Ou será porventura a dogmática, se não totalmente, pelo menos em grande medida, também ela, pensamento orientado a valores?

Uma primeira dúvida sobre se a dogmática jurídica não é mais do que trabalho conceptual valorativamente neutro resulta, desde logo, do facto de que na dogmática hodierna adquire importância crescente a descrição de tipos, em vez da formação de conceitos passíveis de subsunção. A isto acresce com frequência o peso decisivo de pontos de vista «teleológicos» para a interpretação de conteúdos de regulação legais. Certamente que a dogmática se não esgota na interpretação, mas também não é pensável

(101) *Ob. cit.*, pág. 103.

(102) *Ob. cit.*, pág. 104.

sem ela pois que os conceitos que a dogmática conforma e com os quais «opera» são, por certo, em grande parte, «cifras em código» em relação a determinados conteúdos de regulação, que, por seu lado, carecem de interpretação. Isto é válido para conceitos como «representação», obrigação solidária, «hipoteca», e também «sucessão por morte» e «legado». Na *conformação* de conceitos deste género são levados em conta, também, as relações de valoração subjacentes à regulação. Mas decerto que, e isto é algo que ESSER defende plenamente, a dogmática não integra *no conteúdo do conceito* a referência de valoração (*ou* referência de sentido), mas intenta defini-lo mediante aquelas notas características, cuja presença pode ser constatada sem uma nova valoração - ou seja, por mera subsunção. Questão diversa é se ela o consegue em todos os casos.

Uma grande parte dos conceitos com que o jurista trabalha é, de resto, de natureza puramente técnico-jurídica: trata-se de conceitos formados com base na lógica formal e que são «conceitos classificatórios». Estes proporcionam simplesmente clareza e facilidade na aplicação do Direito, uma vez que tornam possível uma subsunção. Aqui incluem-se conceitos tais como letra, cheque, ordem de pagamento, inscrição provisória, reserva, graduação, registo, cancelamento (no registo predial) e muitos mais. Estes conceitos estão já, frequentemente, definidos na lei ou é fácil retirar dela a sua definição. Como são definições nominais, a sua formação tem lugar, ou mediante uma estatuição do legislador, ou por convenção. Precisamente porque são definições nominais, que «se desprendem» de referências valorativas, não são de esperar conhecimentos com a sua ajuda. Estes conceitos nunca oferecem mais do que aquilo que já lá se havia vertido por via da definição. De acordo com as regras da lógica formal, podem aduzir-se numa relação de supra e infra-ordenação (conceitos de género, de espécie), ou em uma relação de mútua exclusão (*ou* isto, *ou* aquilo), ou numa relação de similitude, que não deve decerto ter-se em pouca conta, já que a observância das regras lógicas é uma condição fundamental de todo o pensamento, mas não enriquece o conteúdo do nosso conhecimento. Uma dogmática que se satisfizesse com a conformação de tais conceitos e com a explanação das relações lógicas poderia contribuir para a solução dos problemas jurídicos tanto como nada. Não obstante, é disto que se ocupa a maioria dos trabalhos «dogmáticos».

A questão de se, na dogmática jurídica actual, o pensamento orientado a valores não ocupa também um amplo espaço só pode ser respondida se se analisarem os modos de pensamento expressados nos trabalhos dogmáticos mais recentes. Isto deverá ocorrer no último capítulo (em 2 e 3), pelo que aqui só poderá ser avançada uma resposta provisória. Em primeiro lugar, o pensamento orientado a valores no campo da dogmática opera quando se procede tipologicamente, não quando se procede conceptualmente. Aqui cabe também a elaboração de casos típicos e dos pontos de vista valorativos correspondentes a cada um destes tipos, por via do «pôr em dia» de uma jurisprudência que intenta a concretização de uma pauta carecida de preenchimento valorativo, ou a que subjaz um princípio jurídico de que porventura não se tenha ainda adquirido consciência plena⁽¹⁰³⁾. Mas aqui cabe sobretudo a indagação de princípios «sustentadores», bem como a medição do seu alcance, o conhecimento da sua actuação combinada, o seu significado para o entendimento de uma regulação, da sua delimitação ou complementação. Os «princípios jurídicos» não são senão pautas gerais de valoração ou preferências valorativas em relação à ideia do Direito, que todavia não chegaram a condensar-se em regras jurídicas imediatamente aplicáveis, mas que permitem apresentar «fundamentos justificativos» delas. Estes princípios subtraem-se, como todas as pautas «carecidas de concretização», a uma definição conceptual; o seu conteúdo de sentido pode esclarecer-se com exemplos. Contribui para a sua evidência, proporcionadora de um amplo consenso, a comprovação da sua sedimentação em "conteúdos regulativos de Direito positivo. Estão em parte declarados na Lei Fundamental e têm, por isso, dignidade constitucional.

Se examinarmos os recentes trabalhos dogmáticos sobre a doutrina do negócio jurídico⁽¹⁰⁴⁾, veremos que estes já não partem de um conceito de negócio jurídico, em grande medida vazio

(103) Também PAWLOWSKI, *Methodenlehre*, n.º 418, fala da obtenção de conhecimentos jurídicos pela via da «formação comparatística de tipos».

(104) Por exemplo, o de FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. II, *Das Rechtsgeschäft*, 1965; BYDLINSKI, *Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts*, 1967; CANARIS, *Die Vertrauenschaft im deutschen Privatrecht*, 1971.

de conteúdo, mas da sua função como meio de conformação jurídica autónomo-privada ou (nos termos de FLUME), de «tipos de actos». Entendem a conformação jurídica autónomo-privada como expressão de autodeterminação responsável, expressando-se aí a responsabilidade na vinculação em relação à outra parte. A par disso, reconhecem no «princípio da confiança» o significado de ser igualmente base de uma vinculação, nos quadros do tráfego jurídico-negocial. Partindo destas premissas, intentam compreender melhor a regulação legal como o resultado do jogo coordenado destes princípios, efectuar delimitações, colmatar lacunas e harmonizar entre si as soluções. Compreende-se que a este propósito se indaguem sobretudo as questões e tentativas de solução que afloram nas decisões dos tribunais e se submetam à discussão novas colocações de problemas. Isto transcende em muito um «trabalho conceptual valorativamente neutro».

Um outro exemplo consiste na discussão do conceito de propriedade, quando, por exemplo, é questionável a garantia constitucional da propriedade. Ninguém trabalhará já neste caso com a definição formal do conceito, que se retira do § 903 do BGB. Antes se retomará de novo o sentido da propriedade como garantia jurídica de um espaço «externo» de liberdade. O que seja «propriedade», no sentido do nosso ordenamento jurídico, resulta da totalidade dos preceitos respectivos, que se prendem à ideia de espaço pessoal de liberdade como seu veio de sentido, havendo concomitantemente de ser levado em conta o limite social, que resulta das exigências de convivência em uma comunidade jurídica. A concretização do conteúdo da propriedade e dos seus limites exige decerto também, por sua vez, mediações de múltiplo teor. Com razão observa BADURA (105), que a questão relativa ao âmbito da tutela constitucional da propriedade não pode ser respondida mediante a indicação das «notas características adequadas à subsunção», mas só com base em «múltiplos pontos de vista judiciais de valoração», de cujo esclarecimento se trata no trabalho dogmático (*sic!*). Nesta conformidade, BADURA qualifica de «propriedade», no sentido da Lei Fundamental, «toda a posição jurídica de valor patrimonial que serve de base ao modo pessoal de vida ou à actuação económica». Esta determinação do conceito

(105) In: *Archo. ffR*, vol. 98, págs. 53 e segs., 164, 173.

não se desprende da referência ao valor, mas permite reconhecer-lá claramente - na referência ao modo pessoal de vida» ou «actuação económica» (de uma pessoa). Um tal conceito «funcional» de propriedade, referido à função ético-jurídica e político-jurídica da propriedade, depara-se-nos também nas exposições recentes de direitos reais (106), em confronto com o qual o conceito formal de propriedade do BGB nos surge então como uma fórmula abreviada, que só em escassa medida nos permite conhecer o verdadeiro conteúdo de sentido. Esta fórmula abreviada continua a prestar os seus serviços à sistemática externa dos direitos reais - a contraposição da propriedade como um direito mais amplo de senhorio sobre uma coisa e todos os demais direitos reais como direitos «limitados» (e a propriedade como limitadora em todos os casos); não é apropriada como base de argumentação sobre o conteúdo e os limites da propriedade, por exemplo, de terrenos, riquezas do subsolo, coisas móveis, bens de investimento e de uso. Distinções deste tipo, que por um lado estão orientadas à realidade social e por outro lado à função da propriedade, serão obliteradas se se lançar mão unicamente de um conceito formal, apenas geral-abstracto, de propriedade. Mas é delas que essencialmente se trata se, por exemplo, se faz referência à extensão do «dever social» da propriedade ou ao seu conteúdo mínimo necessário - em si mesma, quer dizer, na sua função.

No que respeita à caracterização da dogmática como uma doutrina elementar autonomizada num sistema próprio e a sua pretensa aspiração a uma «autoridade plenamente auto-subsistente», há que ver que esta caracterização se adequa, uma vez mais, apenas ao sistema abstracto-conceptual da «Jurisprudência dos conceitos». Figuras dogmáticas como expectativa jurídica, a relação jurídica relativa aos preliminares de um contrato (como base de responsabilidade por «culpa *in contrahendo*»), o contrato com eficácia externa, a responsabilidade jurídica aparente, a repartição do ónus da prova segundo os sectores de risco, não são dedutíveis do sistema conceptual, mas foram desenvolvidos e aprofundados em relação ou com as necessidades do tráfego ou com certas exigências de justiça, as mais das vezes em resultado das valorações jurisprudenciais. O que é certo é que as ideias jurídicas que lhe são subjacentes sofreram, ao serem elaboradas em uma

(106) Por exemplo, em WÜLF-RAISER, *Sachenrecht*, § 51, I.

«doutrina», uma positivação e consolidação que passam a permitir à actividade jurisprudencial servir-se delas como máxima segura de decisão. Se se deve chamar «autoridade plenamente auto-subsistente» à circunstância de que se rejeitem as questões jurídicas que surjam de novo, porque se não podem solucionar somente com base no sistema conceptual, então as «figuras» mencionadas que, em última análise, não são mais que respostas a tais questões, demonstram o contrário. A «dogmática» não teve receio de modificar ou romper com o sistema conceptual para encontrar resposta a novas questões jurídicas.

É de resto problemático se o termo «dogmática» é ainda apropriado em relação a uma Jurisprudência teórica que está aberta a novas questões e que se comprehende a si mesma, não tanto como inferência lógica de premissas estáveis, mas como pensamento compreensivo e orientado a valores. Se por tal se entender um sistema fechado ao modo de axiomas estáveis e conclusões obtidas a partir deles por via lógico-dedutiva, certamente que o termo não é já apropriado em relação à ciência prática do Direito, tal como ela é hoje praticada. MEYER-CORDING tem razão (O?) quando pretende que a Jurisprudência actual não corresponde já à caricatura de uma dogmática que se encerra na sua concha exígua, que se aferra a dogmas já superados e que se faz derivar deles. São os próprios juristas que, na sua opinião, são culpados da manutenção desta caricatura, porque se ativeram ao termo «dogmática». Só que o termo «dogmática» não tem de ser entendido neste sentido. Pode designar também uma actividade que consiste na desenvolução de conceitos determinados pelo conteúdo, no preenchimento adicional de princípios e na recondução de normas e de complexos normativos a estes conceitos fundamentais e a princípios. Que a propósito das proposições assim encontradas se trata de «dogmas» fundamenta-se em que comungam da autoridade da lei, que não pode ser posta em causa no quadro da dogmática de um determinado Direito positivo. O termo «dogmática» significa a vinculação do processo de conhecimento àquilo que na lei é assumido e que, neste quadro, deixa de ser questionado (107a). Só na medida em que se desprenda

(107) MEYER-CÜRDING, *Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein?*, 1973.

(1070) Cf. SELB, no *Festschrift* do meu octogésimo aniversário, pág. 609 e segs.

desta vinculação, quer dizer, que coloque na sua mira estruturas materiais, que valem independentemente de um Direito positivo, é que o termo «dogmática» deixa de ser ajustado.

c) Acerca das teses de Niklas Luhmann sobre a dogmática jurídica

A questão de se a dogmática jurídica se esgota em tornar as questões de justiça <<juridicamente operacionais>>, pois que transforma pontos de vista valorativos em conceitos que são (aparentemente) valorativamente neutros, que por si, e desde logo, possibilitam uma subsunção realizada só com base em critérios lógicos, indagamo-la até agora com vista a se a dogmática actual procede de facto deste modo, exclusiva ou muito preponderantemente. Mas a questão tem que colocar-se também em relação à função que a dogmática jurídica desempenha hoje no processo de efectivação do Direito e, por conseguinte, no contexto social. NIKLAS LUHMANN investigou⁽¹⁰⁸⁾ a função da dogmática jurídica no contexto do sistema jurídico, entendido como um sistema parcelar da sociedade. As «teses sobre a dogmática»⁽¹⁰⁹⁾ que formula merecem tanto mais a nossa atenção, quanto se encontram isentas de qualquer ideia preconcebida, como infelizmente sucede hoje, não raramente, em muitas manifestações das bandas dos sociólogos.

LUHMANN afirma, em primeiro lugar, que para a «compreensão usual» do termo «dogmática» é característica uma «interdição de negação: a não negabilidade dos pontos de partida das cadeias de argumentação». Esses mantêm-se exteriores à crítica. O que não é chocante, pois «os sociólogos sabem que toda a comunicação humana pressupõe inegabilidades». LUHMANN não pergunta de que espécie são as «inegabilidades» da dogmática actual: se são conceitos, teoremas, supostas incompatibilidades lógicas, ou, como nós pensamos, decisões valorativas e princípios previamente dados na Constituição e na globalidade do ordenamento jurídico. Sociologicamente (em contraposição: de uma perspectiva científico-teorética?), diz, a questão só poderia formular-se deste modo: «em que estrato, em que grau de abstracção sedimentarão as inegabilidades, se se lhes confere a forma de dogmática?» Dá de barato que o grau de abstracção de uma «dogmática» é muito elevado, pois prossegue dizendo, sem res-

(108) No escrito *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, 1974.

(109) *Oh. cit.*, pág. 15 e segs.

ponder à questão colocada, que é evidente que «há que sanar menos as limitações de perspectiva da dogmática do que as, por seu intermédio proporcionadas, actividades de abstracção e liberdades de interpretação». A função positiva da dogmática, segundo diz, «poderia consistir em que, por via do modo do arranjo das interdições de negação, se eleva ao nível requerido a flexibilidade na interpretação de textos e experiências». Para o jurista actual, o sentido da dogmática não consiste «em fixar o que está simplesmente estabelecido, mas em possibilitar a distância crítica, em organizar estratos de reflexões, de motivos, de ponderações de proporção, meios pelos quais o material jurídico é controlado para além do que é imediatamente dado e é preparado para a sua utilização».

Detenhamo-nos aqui por um momento. De facto, uma das funções essenciais da dogmática jurídica é a de que, por seu intermédio, o material jurídico dado - em leis e decisões judiciais - é despido da sua imediatez e do seu ser um mero «dado», é posto num contexto geral e, olhado de novo a partir daqui, torna-se susceptível de interpretação numa medida mais ampla. LUHMANN sublinha, com razão, a flexibilidade no tratamento de textos e experiências particulares tornada possível por esta via - o que ele sempre quer entender como um «arranjo de interdições de negação». LUHMANN poderia ter acrescentado que sem certas «inegabilidades» não só seria impossível toda a comunicação humana, como também, e em especial, todo o ordenamento jurídico, que assenta precisamente no reconhecimento expresso ou tácito de certas «inegabilidades» - e assim também quando se trata da mais ampla liberalização de decisões pessoais de vida e de consciência. Mas a dogmática cria, adentro dos limites destas «inegabilidades» últimas, que ela respeita, uma distância frente à multiplicidade confluente de normas e decisões singulares, que permite levar em conta aquilo que se encontra inexpresso, corrigir imprecisões e continuar a ser flexível na «aplicação» a situações que se alteram continuamente.

LUHMANN prossegue, dizendo que a história, tanto da dogmática teológica como da jurídica, mostra claramente que a função da dogmática «não reside no agrilhoar do espírito, mas precisamente no inverso, no acrescer das liberdades no tratamento de experiências e textos». Isto só pode espantar aqueles que se aferram a uma caricatura da dogmática; confirmá-lo-á todo aquele que já alguma vez trabalhou dogmaticamente com seriedade. É sabido que os não juristas propendem muito mais a uma aplicação

«à letra» estrita e frequentemente com escasso sentido, dos preceitos, do que um jurista com formação dogmática. Por isso, ter-se-á de concordar com LUHMANN, quando diz que a aparelhagem conceptual dogmática possibilita «um distanciamento também e precisamente aí onde a sociedade espera sujeição». É ela que possibilita a «recolocação de dúvidas, o acréscimo de incertezas comportáveis». Decerto que, e isto tem que acrescentar-se, a dogmática jurídica não se viu a si própria sempre deste modo. Uma dogmática que viu a sua missão na criação de um sistema de conceitos fechado sobre si, ao qual devia poder ser ordenado todo o «caso» imaginável, por via da subsunção lógica, aspirava antes em primeiro lugar a um acréscimo de segurança, à eliminação das dúvidas possíveis, à certeza inquestionável - porque «logicamente» fundada. Durante largo tempo, permaneceu-lhe ocultado que dela decorria o efeito contrário, posto em relevo por LUHMANN. Só o colapso da «Jurisprudência dos conceitos» deixou livre o caminho a esta perspectiva.

Decerto que seria um enorme mal-entendido ver a função da dogmática *somente* no possibilitar de dúvidas, no acréscimo de incertezas «comportáveis». LUHMANN não propugna, de modo algum, um modo de pensamento que considere arbitrária a eleição do método, livremente comutáveis entre si os *topoi*, as normas como manipuláveis e as soluções judiciais de modo puramente «decisionístico». Ao invés, atém-se inteiramente à ideia de que a dogmática desempenha uma função de orientação no processo de realização do Direito. Neste contexto, é muito elucidativa a crítica que nos dois capítulos subsequentes⁽¹¹⁰⁾ LUHMANN dirige ao «argumentar a partir do resultado» e à exigência de fazer depender as decisões jurídicas das consequências reais nelas pressupostas. «Se se quiser lançar mão das consequências jurídicas como pontos de orientação ou até de justificação», diz (II), «tem que se dispor de antolhos que impeçam de ver todas as consequências, as consequências das consequências, os eventuais efeitos-limite das consequências agregadas de uma multiplicidade de decisões; para darmos um só exemplo, tem que ser lícito ignorar

⁽¹¹⁰⁾ *Oh. cit.*, pág. 31 e segs. Contra a orientação das decisões judiciais às consequências que delas sejam de esperar, também PAWLÜWSKI, *Methodenlehre*, n.º 75 e segs.

⁽¹¹¹⁾ *Oh. cit.*, pág. 35.

os efeitos agregados que decorrem do facto de posições jurídicas desvantajosas (por exemplo, no caso da responsabilidade dos produtores) serem financiados mediante aumentos de preços. A justificação através das consequências assenta, por conseguinte, na justificação preliminar de tais antolhos». Isto é certamente bastante exagerado - sem dúvida que se há-de exigir ao juiz que tome em consideração as consequências jurídicas socialmente relevantes que se apresentam com segurança, se é que o juiz não interpreta só a lei, mas desenvolve o Direito de modo «transcendente à lei»; todavia, é certo que as consequências requerem por seu lado uma valoração e que as pautas para esta valoração só podem, por sua vez, ser dessa natureza jurídica. A divisão entre «Direito e não Direito» não pode em última instância fazer depender-se, como sublinha LUHMANN, das suas próprias consequências. É igualmente certo que o juiz, por falta de suficientes possibilidades de informação, não pode descortinar de modo algum todas as consequências. Mas se isto é assim, então as pautas de valoração jurídica, previamente dadas no ordenamento jurídico, são imprescindíveis e a missão da dogmática é elaborar estas pautas de tal modo que possibilitem, mesmo nos casos duvidosos, uma decisão suficientemente apoiada - mas não toda e qualquer decisão arbitrária - por meio de argumentação. No modo de expressão próprio de LUHMANN, poder-se-ia dizer que a dogmática serve tanto ao acréscimo como à redução da «complexidade» das decisões possíveis.

O próprio LUHMANN chega a este resultado por uma outra via. O recurso a normas jurídicas, diz ele⁽¹¹²⁾, que são criadas para uma multiplicidade de casos e que lhe são aplicadas, é indispensável «como plataforma de regulação»; sem elas não pode falar-se de «Direito». Daí resulta o problema da aplicação dessas normas a «casos». Nenhum «caso» é idêntico a outro sob todos os aspectos. Os «casos» são, portanto, variáveis. Se agora - devido à primeira função da dogmática - também a interpretação das normas jurídicas é variável, então a relação entre norma e caso é uma relação entre duas variáveis; e, como diz LUHMANN «reciprocamente variável». Daí decorre para LUHMANN a segunda função da dogmática. Esta reside «em restringir a arbitrariedade das

⁽¹¹²⁾ *Oh. cit.*, pág. 17 e segs.

variações, que se tornam possíveis se se imagina uma relação como reciprocamente variável - ou seja, se não só os casos se devem acomodar às normas, como também a aplicação das normas se deve acomodar aos casos». Mediante a dogmatização do material jurídico - e isto quer dizer, em primeiro lugar, mediante a sua elaboração por classes de conceitos - conseguir-se-á «que não fique sem guia aquele ir e vir de perspectiva, frequentemente descrito, entre as normas e os factos e que este se saiba vinculado não só à situação a decidir mas também ao sistema jurídico e que não se lance em espiral para fora do ordenamento jurídico». Na medida em que a dogmática reflecte as razões de semelhança dos casos, consegue-se que as soluções «dependam de pontos de vista constantes». A dogmática jurídica define, nos quadros desta sua função, «as condições do juridicamente possível», o que não pode significar senão que ela restringe a capacidade de variação tanto das normas como dos casos, ao assinalar os limites adentro dos quais uma solução pode ainda considerar-se conforme ao Direito, ou «plausível», no dizer do jurista.

LUHMANN relaciona, por fim, o duplo processo de acréscimo e redução de «complexidade» por parte da dogmática jurídica com a ideia de justiça, como aquele pólo que indica a unidade da ordem jurídica como um todo e frente ao qual o sistema conceptual dogmático tem em conta a complexidade do Direito. A justiça refere-se às exigências gerais do Direito; a dogmática representa «o plano imanente ao sistema jurídico, no qual estas exigências se ~~reespecificam~~ e operacionalizam». Isto sucede através da evolução dos critérios que servem para diferenciar Direito e não Direito. Vistos formalmente, estes critérios consistiriam em «regras de diferenciação do igual e do desigual», para satisfazer as exigências da justiça. Mediante a elaboração de critérios deste tipo, a dogmática serviria a «diferenciação do sistema jurídico» e no fundo, «a ideia» de que o Direito «deve ser tratado de acordo com critérios especificamente jurídicos». Digamos isto com as nossas próprias palavras: a dogmática realiza a mediação permanente entre as exigências últimas dos valores fundamentais e princípios geralmente aceites, tanto como o conjunto das normas «dadas», como entre estas -, e deste modo, em última instância, também com os próprios princípios - e as suas «aplicações» em situações multímodas e variáveis.

Mas se esta é a função da dogmática, não se vê de todo em todo como é que poderia cumpri-la se ela não fosse, no seu núcleo essencial, nada de distinto de um pensamento «conceptual-classificatório». A «mediação» não é um processo que flui *num só sentido*, mas num duplo sentido. A «diferenciação» é também um processo que se orienta a dois pólos - um pólo de unidade e outro de pluralidade. Os conceitos classificatórios são invariáveis, pois que só podem aplicar-se sempre do mesmo modo. Precisamente, para cumprir a função actual da «dogmática jurídica» indicada por LUHMANN, a Jurisprudência necessita daqueles conceitos e formas de pensar que são variáveis dentro de certos limites e que por isso podem ser considerados flexíveis na aplicação, especialmente a situações imprevistas. É verdade que LUHMANN refere uma vez, se bem que só marginalmente, como «muito útil» (113) uma orientação a tipos, e mesmo em certo passo (114), a ideia de WILBURG de «um sistema móvel». No entanto, continua a falar do «estilo classificatório de abstracção» da dogmática e compartilha claramente da opinião de ESSER de que a dogmática jurídica é «trabalho conceptual valorativamente neutro». Se ela fosse só isto, há muito que teria renunciado ao seu papel. LUHMANN coloca a questão (115) «de se e como é em geral ainda possível, sob condições socioestruturais dadas, uma dogmática jurídica e uma diferenciação, por ela garantida, do sistema jurídico». Na medida em que isto dependa das condições socioestruturais, não arriscamos, do mesmo modo que LUHMANN não arrisca, um prognóstico. Na medida em que isto dependa dela própria, a nossa resposta seria: a dogmática jurídica afirmar-se-á a si própria e cumprirá a sua função quando e só quando conseguir, em medida crescente, desenvolver e aplicar formas de um pensamento orientado a valores - como o tipo jurídico, o conceito jurídico funcionalmente pensado, o sistema «móvel» e o «aberto» - e métodos de um pensamento que não só flui num sentido único, mas em sentido duplo - métodos de «concretização» e «tipificação», de «analogia» e de «redução teleológica» .

(113) *Oh. cit.*, págo 330

(114) *Oh. cito*, nota 68, pág. 84.

(115) *Oh. cito*, pág. 23.

5. A importância da Jurisprudência para a actividade jurídica prática

Que a Jurisprudência intenta cumprir sobretudo uma tarefa prática é algo que deveria ser pacífico. Em países de Direito codificado, esta tarefa decorre de que as leis não só carecem permanentemente de interpretação, mas necessitam também de «colmatar lacunas» e de se adequar a diferentes situações e, além disso, da crescente necessidade, cada vez mais complexa, de clareza e de sintonização das normas entre si; por último, decorre da exigência de evitar contradições valorativas, o que, por sua vez, decorre do princípio de «igual medida» ou seja da ideia de justiça. A Jurisprudência está empenhada, através de um tratamento adequado do material que lhe é dado nas leis e nas sentenças dos tribunais, em alcançar critérios precisos para a solução de questões jurídicas e a decisão de casos jurídicos e, bem entendido, nos quadros do Direito que em cada momento vigora e das suas valorações fundamentais. Se anteriormente dissemos que a Jurisprudência produz enunciados sobre o Direito vigente, há agora que acrescentar que para ela se trata principalmente daqueles enunciados de onde se retirem critérios de decisão que possam conduzir à solução de casos jurídicos. Quer assim prestar ajuda ao prático, nomeadamente ao juiz e ao funcionário administrativo, que têm de encontrar soluções em situações concretas que estejam em consonância com o ordenamento jurídico. A obrigação de decidir, em que o prático se encontra, não lhe permite retardar a sua decisão até que uma questão seja cabalmente discutida pela dogmática e tenha achado uma solução convincente. Tem que «arriscar» uma solução, mesmo que não seja capaz de a apoiar plenamente com fundamentos; nesta medida, a sua solução contém inevitavelmente uma parcela de «discrecionariedade». Mas ele deve fundamentar, tanto quanto lhe seja possível, a sua solução com argumentos jurídicos - assim lho exige a sua vinculação constitucional à «lei e ao Direito». O que, por outro lado, comporta que o juiz na interpretação e complementação das leis lance mão dos conhecimentos que a Jurisprudência lhe oferece e dos métodos jurisprudenciais reconhecidos⁽¹¹⁶⁾. Daqui resulta, por

⁽¹¹⁶⁾ Cf. o meu ensaio sobre «A vinculação do juiz à lei como problema hermenêutica» (*Die Bindung des Richters an das Gesetz als hermeneutisches Problem*), no *Festschr. für E. R. Huber*, 1973, pág. 291 e segs.

outro lado, para a Jurisprudência como ciência, a exigência de que fundamente e assegure os seus enunciados com métodos hermenêuticamente admissíveis de pensamento orientado a valores e que, por seu turno, se abstinha de juízos de valor e decisões não fundamentáveis. Ao jurista dogmático, que não está como o prático submetido a uma obrigação de decidir⁽¹¹⁷⁾, não só é legítimo admitir, como também eventualmente a isso se poderá encontrar obrigado, que o Direito vigente, no estado actual do conhecimento, não permite uma solução satisfatória, e fá-lo sempre que propõe uma alteração na regulamentação legal em virtude de uma deficiência não colmatável por outra via.

A relação entre a Jurisprudência «teórica» e a dogmática jurídica, por um lado, e a prática, especialmente a dos tribunais, por outro, é recíproca, de um modo particular. Por um lado, a dogmática põe à disposição da prática critérios de solução, que esta não raramente acolhe, muitas vezes modifica e muitas outras também entende de maneira errada. Por outro lado, também a jurisprudência dos tribunais fornece, por sua vez, à dogmática, em larga medida, o «material» a partir do qual ela procura obter novos critérios. A jurisprudência dos tribunais, pela sua própria natureza, prende-se em maior medida ao caso singular do que a dogmática e o seu esforço orienta-se muito mais por uma bitola tão elevada quanto possível de «justiça do caso». O jurista dogmático tem em vista, em muito maior escala, o geral, o típico dos casos. Não obstante, o juiz sabe também que as máximas, de acordo com as quais resolve *um* caso, têm que aspirar a ter validade para *todos* os casos similares. Nem sempre, porém, se põe de imediato em evidência a máxima de decisãoposta como fundamento da decisão, nem se torna nítido o seu significado e alcance para a solução. Frequentemente, é necessária uma análise minuciosa da fundamentação dada, ou a comparação de um maior número de decisões, para se saber quais as ponderações que tiveram um cunho decisivo, qual a via que seguiu a jurisprudência. Aqui irrompe o labor da dogmática. Com efeito, há-de pressupor-se, quase sempre tacitamente, que o tribunal, mesmo quando a sua

⁽¹¹⁷⁾ BALLWEG passa por alto esta diferença, ao caracterizar (*JbRSozRth*, vol. 2, pág. 45) o modo de pensar da Jurisprudência como pura e simplesmente marcado pela obrigação de decidir.

fundamentação é deficiente, quis expressar, no entanto, algo de justo, que a solução resultante é «racional» e (por isso também) susceptível de fundamentação segundo o Direito positivo. Esta pressuposição, que há que ter em vista como hipótese de trabalho, não se confirma sempre, mas as vezes que tal ocorre são suficientes para poder, de imediato, trabalhar com ela. Decerto que a dogmática também não se inibe de criticar acerbadamente a jurisprudência dos tribunais, por vezes, com desagradáveis acessos de presunção e petulância. Mas, no conjunto, existe a disposição de aprenderem uns com os outros, que é hoje, em ambos os lados, mais forte que outrora. De facto, o desenvolvimento e aprofundamento de toda uma série de conceitos jurídicos e máximas de decisão, que hoje pertencem ao «património adquirido» do Direito vigente, assentam na cooperação entre a jurisprudência e a dogmática jurídica.

Nestes termos, a jurisprudência dos tribunais aceitou muito rapidamente a doutrina de STAUB relativa ao «incumprimento positivo do crédito» e manteve-a até hoje. Também acolheu e desenvolveu a doutrina da culpa *in contrahendo*, que por sua vez foi mais amplamente elaborada pela dogmática com base, não em última linha, no tratamento da jurisprudência (118). A jurisprudência dos tribunais acolheu também a expectativa jurídica, os efeitos externos das obrigações, a nova doutrina do enriquecimento (propriedade da condição de prestação) (119), a redução teleológica do § 181 do BGB. Foi na jurisprudência que tiveram o seu ponto de partida o critério objectivo-tipificador da negligéncia no Direito civil ou a outorga aparente de poderes. Foram, entretanto, acolhidos e desenvolvidos pela dogmática. É importante que os nossos tribunais superiores, ao fundamentarem as suas sentenças, se confrontem com os resultados do trabalho dogmático, mesmo quando venham, por fim, a decidir de outro modo. Assim se chega continuamente a um diálogo recíproco.

O significado da Jurisprudência teórica para a prática do Direito não se esgota todavia no auxílio que presta à jurisprudência dos

(118) Que se tornou, por seu turno, ponto de partida de outras relações obrigacionais sem dever primário de prestação: cf. o meu *Lehrbuch des Schuldrechts* (Manual de Direito das Obrigações), vol. I § 9 II.

(119) Tiveram aqui especial influência os trabalhos de CAEMMERER; cf. os seus *Gesammelte Schriften*, 1968, vol. I, pág. 209 e segs.

tribunais. Uma das suas tarefas mais importantes consiste em descobrir problemas jurídicos que até agora não cobraram solução no Direito vigente e, deste modo, sugere uma mudança na jurisprudência dos tribunais ou ao nível da legislação. Os novos problemas jurídicos surgem porque novos factos sociais supervenientes reclamam uma regulação em conformidade com os pontos de vista da justiça distributiva, da protecção da parte socialmente mais débil ou da prevenção de perigos. Os problemas jurídicos que daí resultam nem sempre se manifestam de modo imediato, surgindo frequentemente durante largo tempo sob um ponto de vista que falseia a sua especificidade. Assim, as primeiras configurações da responsabilidade pelo risco foram encaradas durante largo tempo sob o ponto de vista valorativo de uma culpa presumida, até que se impôs a noção de que se trata de uma forma especial de imputação de certos riscos de dano. A jurisprudência dos tribunais procurou enfrentar os riscos acrescidos da civilização técnica, em primeiro lugar, mediante a imposição de novos «deveres de garantia da segurança do tráfego», mediante a limitação da possibilidade da «prova de inexistência de responsabilidade», nos termos do § 831 do BGB, mediante a alteração do ónus da prova no processo de indemnização por danos (distribuição do ónus da prova segundo os sectores de risco); por outro lado, mediante a extensão da responsabilidade contratual (deveres contratuais e pré-contratuais de esclarecimento e de protecção, efeitos externos das obrigações). Providências em larga escala que devem servir para garantir que o lesado seja indemnizado, como a introdução de um seguro obrigatório ou medidas especiais de garantia, carecem de uma regulamentação legislativa. Cada vez se vai tornando mais evidente que só com os meios tradicionais, o princípio da culpa e o princípio da compensação integral dos danos (<<princípio do tudo ou ·nada>>), não se alcançam soluções satisfatórias. Para a elaboração de novas soluções, torna-se necessária aqui, como por toda a parte, a colaboração da Jurisprudência.

A tarefa da Jurisprudência no que toca à preparação da legislação é tríplice: em primeiro lugar tem que tornar claros como problemas *jurídicos* os problemas que se apresentem, com todas as implicações que daí resultarem; em segundo lugar - em con-

jugação com outras ciências, sobretudo a sociologia empírica do Direito –, tem que elaborar propostas de solução que se ajustem ao Direito vigente e que possibilitem ao legislador alternativas (120); em terceiro lugar, tem que prestar ajuda à formulação. Na elaboração de propostas de solução, é sobretudo o Direito comparado que desempenha um papel cada vez mais importante. As reformas em sectores como os do Direito geral de indemnização por danos, a tutela do consumidor, a tutela geral da esfera da personalidade, sobretudo em relação àquelas matérias que tenham hoje de ser reguladas num quadro supranacional, como o Direito das sociedades comerciais, o Direito dos títulos de crédito, o Direito de autor, já não são hoje pensáveis sem uma investigação comparatística. Mesmo estando justificada a exigência de uma indagação das repercussões fácticas, a inclusão, nestes termos, da investigação social empírica, de investigações <<jurídico-fácticas>>, continua a ser imprescindível a colaboração da Jurisprudência. Esta não se considerou nunca a si mesma só como «ciência da actividade decisória judicial», antes se viu sempre como uma ciência a cuja missão pertence conferir expressão às exigências de política legislativa e elaborar novas propostas de legislação (121). Para este fim, os juristas empreenderam uma permanente indagação dos fenómenos jurídicos e utilizaram para tal métodos das ciências sociais, como sejam levantamentos estatísticos ou inquéritos a funcionários ou a agremiações. Para a transposição dos conhecimentos assim obtidos em propostas legislativas requer-se porém, mais uma vez, um conhecimento preciso do instrumentário jurídico.

É usual que o jurista distinga rigorosamente entre enunciados *de lege lata* e *de lege ferenda*. Esta distinção deve ser respeitada. Nem tudo o que possa ser desejável de uma perspectiva de política

(120) Isto ocorre, por exemplo, nos pareceres e relatórios das sessões anuais do Congresso dos Juristas Alemães.

(121) Por isso considero exagerado, com intuições polémicas, o título do ensaio de P. NOLL «Da ciência jurisprudencial à ciência da legislação» (*Von der Rechtsprechungswissenschaft zur Gesetzgebungswissenschaft*) (*no JbRSozRth*, vol. 11, pág. 524). A contraposição afirmada não existe nestes termos.

do Direito pode realizar-se no quadro das leis vigentes, por via dos meios de interpretação e desenvolvimento do Direito, garantidos metódicamente. Existem, para além disso, questões que são de um significado tão transcendente para os mais diversos sectores da vida que só o legislador, que pode formar a visão de conjunto necessária, tem vocação para a sua solução. O juiz não deveria retirar ao legislador as decisões que dele são exigidas. Só dentro de apertados limites é que é legítima a consideração de pontos de vista de política legislativa, seja no desenvolvimento interpretativo do Direito vigente ou, quando os seus pressupostos se verificam (122), relativamente a um desenvolvimento do Direito transcendente à lei. Sirva como exemplo, uma vez mais, a responsabilidade dos produtores. A jurisprudência dos tribunais tomou, a meu ver com razão, distâncias em relação a aceitar com base numa responsabilidade pelo risco do fabricante de um produto relativamente aos danos que o adquirente ou utilizador sofre em virtude de um defeito que ele não podia conhecer. Como a necessidade de uma tal responsabilidade se tornou clara, contentou-se ao princípio a jurisprudência dos tribunais em presumir uma responsabilidade do produtor (123). Só com a lei sobre a responsabilidade por produtos defeituosos, de 15.12.89, se construir uma responsabilidade do produtor independente de culpa, que, entre outras circunstâncias, cessa quando ele - o que tem de provar - não introduziu o produto no tráfego ou quando seja de supor que o produto não tinha ainda o defeito no momento em que o produtor o introduziu no tráfego. Aquilo que a jurisprudência dos tribunais iniciou conduziu-o a legislação ao seu termo.

A colaboração da ciência do Direito no desenvolvimento da jurisprudência dos tribunais não seria por si supérflua se esta, no futuro, passasse a ser em grande parte realizada por computadores em vez de pessoas. É que ao passo que as leis são redigidas em linguagem corrente, que carece de interpretação, na tradução para a linguagem do computador ter-se-ia de fornecer a este a

(122) Cf. *infra*, capo V, 4d.

(123) Pela primeira vez no acórdão *BGHZ* 51, 91.

respectiva interpretação. Mas uma vez que não se podem prever todas as configurações do caso, aonde a interpretação de uma disposição pudesse voltar de novo a ser duvidosa surgiria constantemente a necessidade de instruir de novo o computador (24). A tarefa da interpretação não haveria de desaparecer, mas seria, em todo o caso, deslocada para outro lugar. Tão-pouco seria possível, decerto, que o computador por si só fosse capaz de constatar «lacunas», estabelecer regras em falta - ou seja, aquelas que lhe não foram fornecidas. Mas mesmo que fosse possível, inclusivamente, redigir todas as leis, não na linguagem corrente, mas na linguagem simbólica exacta do computador, quer dizer, empregar só os conceitos nele definidos e assim tornar supérflua a interpretação, mesmo assim, a exposição pelas partes dos factos no processo, as declarações das testemunhas e de outros participantes no processo continuariam a ocorrer na linguagem corrente. Na transposição da linguagem corrente para a linguagem do computador do facto constatado pelo tribunal surgiria de novo o problema da interpretação, pois que o esmiuçar da situação fáctica haveria de conter variantes que não poderiam sem mais ter sido apreendidas de modo pleno mediante o instrumentário sígnico limitado do computador. É precisamente a amplitude de variações da situação fáctica, que se apresenta sempre plasmada de forma algo diversa, que torna necessário examinar continuamente a anterior interpretação de uma norma, corrigi-la e desenvolvê-la. Nesse caso, o emprego de computadores não haveria de alterar nada, ao nível do *plano inferior*, o da pura subsunção. Em todo o caso, 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 desempenham qualquer papel, o juiz que decide o caso concreto pode ser substituído pelo computador, previamente instruído para todos os casos. Mas junto ao âmbito desses fenómenos, que a si próprio se vai ampliando, haverá sempre

(²⁴) Acertadamente observa A. KAUFMANN (*Festschrift für K. Larenz*, 1973, pág. 371) que um computador de administração da justiça que «fosse de uma vez só programado per saecula saeculorum haveria» de «causar horror até ao positivista mais impávido».

um grande número de outros que reclamam um julgamento não só generalizador, mas também individualizante e tipificador. Desenvolver para estes pautas que possibilitem uma apreciação elástica, orientada a pontos de vista valorativos e princípios, que transcendem mas que ao mesmo tempo estão referidos ao caso ou ao tipo, continua a ser tarefa da Jurisprudência.

6. O contributo cognoscitivo da Jurisprudência

Que a Jurisprudência, ou mais precisamente, a sua expressão não referida de modo imediato ao caso, na chamada dogmática jurídica, é susceptível de proporcionar um contributo cognoscitivo é algo que é posto em causa, por um lado, por todos aqueles que só esperam tal contributo das ciências científicas, e por outro, também, pela maioria dos juristas existentes que vê a missão da Jurisprudência exclusivamente na sua utilidade para a prática. Os trabalhos «puramente teóricos» que não deixam entrever uma qualquer utilidade directa para a prática encontram hoje reserva, mesmo nas universidades, quando não uma decidida recusa. Nos termos de uma perspectiva amplamente difundida, só os trabalhos lógico-jurídicos, sociológico-jurídicos e histórico-jurídicos são adequados ao acréscimo do nosso conhecimento, mas não, ao invés, os jusdogmáticos. A tarefa da dogmática vê-se exclusivamente na sua influência sobre a prática jurídica. Esta perspectiva remonta, sobretudo, a HECK. A «ciência jurídica prática», diz ele, «que tradicionalmente denominamos de ciência jurídica 'dogmática'»>, explora «as vias em direcção a uma meta final única, a influência na vida», e não serve fins secundários, autónomos, por exemplo, «os puramente teóricos» (25). Decerto que algo de semelhante se poderia também dizer de vastos sectores das ciências da natureza e da medicina; aí, no entanto, só dificilmente se poderia pôr em causa que elas obtêm conhecimentos, mesmo sob um ponto de vista prático. Se isto continua a ser posto em causa em relação

(²⁵) PHILIPP HECK, *Das Problem der Rechtsgewinnung und andere Schriften, Studien und Texte zur Theorie und Methodologie des Rechts*, vol. 3, pág. 146 e segs.

à Jurisprudência, é porque se acredita que só se podem obter conhecimentos no âmbito do pensamento valorativamente neutro, e dos métodos de quantificação. É precisamente a ideia de que a Jurisprudência não é «trabalho conceptual valorativamente neutro», que não é «dogmática» num mau sentido (a saber: no sentido de uma dedução a partir de premissas maiores fixadas), mas que é, antes do mais, pensamento orientado a valores, que abre o curso ao reconhecimento de um contributo cognoscitivo da Jurisprudência. Se se pensa que esta não está em situação de produzir em relação ao seu objecto, o Direito positivo, enunciados que possam ser qualificados de «acertados» ou «desacertados», então não é mais do que um mero «acervo de opiniões»⁽¹²⁶⁾, a que certamente corresponderá uma função de compreensão, mas, de modo nenhum, uma de conhecimento. Pois que as «opiniões», ao invés dos «conhecimentos», não são nem verificáveis nem falsificáveis; são assim arbitrárias.

Pelo menos desde MAX WEBER parece ser, para a maior parte das pessoas, um dogma irrefutável que sobre os valores e aquilo que é valioso não é possível qualquer conhecimento científico⁽¹²⁷⁾. O reverso deste dogma é uma particular resignação face à possibilidade de obter conhecimento no vasto campo em que se trata do valor ou desvalor dos modos do comportamento humano, dos objectivos, dos fins das criações humanas (como a técnica), do uso «ajustado» dos meios e forças que estão à disposição do homem. Ninguém poderá hoje seriamente afirmar ainda que estas questões são de importância secundária para a humani-

(126) Nestes termos, O. BALLWEG, in *JbRSozRth*, vol. 2, pág. 45 e segs. KELMANN, in *RTh*, 1979, pág. 85 e segs., profere um sem-número de afirmações semelhantes, que se reconduzem sempre a que os enunciados juscientíficos não podem nunca aspirar à pretensão de correção (no sentido de um conhecimento acertado). O próprio KELLMAN considera possíveis os enunciados que possam aspirar a tal pretensão somente nos quadros estreitos de «um positivismo jurídico consequentemente elaborado e sustentado» (porventura sob a forma da «teoria pura do Direito» de KELSEN); com isto, a sua perspectiva é, a meu ver, excessivamente limitada.

(127) WEBER estaria, na opinião de LOOS (*Zur Wert- und Rechtslehre Max Webers*, pág. 49), claramente e com tal firmeza convencido de que «o âmbito de valores está subtraído à *ratio*» que «nunca reflectiu» sobre a necessidade de comprovar tal concepção.

dade. Não sem razão, observa GADAMER⁽¹²⁸⁾ que aqui - a saber - , no «cego decisionismo em relação aos fins últimos» - «o realismo metódico desemboca num irracionalismo cru». No entanto, vimos já anteriormente⁽¹²⁹⁾, que são dadas hoje as mais diversas respostas pelos filósofos do Direito e da moral à questão de se se podem produzir enunciados fundamentáveis sobre valores, como, por exemplo, o da justiça. A questão pode ser neste ponto deixada em pousio. Aqui trata-se da questão, de resposta mais simples, se nos quadros de um, mesmo que ainda apenas em esboço, *dado sistema de pautas valorativas*, podem ser produzidas asserções sobre o seu conteúdo, alcance e significado, que aspirem a «correcção», em relação com esse sistema. A tal questão temos que responder pela afirmativa.

Pode ser que não seja possível produzir asserções sobre «valores últimos», que sejam convincentes para todos, mas é já possível, como prova o «facto» da Jurisprudência, aclarar, tornar praticáveis e desenvolver ulteriormente, por via da sua interpretação e concretização com vista a casos «representativos», pautas de valoração que nos são dadas de qualquer modo - justamente em Direito positivo, em uma moral positiva. Que as interpretações e as consequências nelas fundadas não alcançam o grau de exactidão e rigor lógico das medições, cálculos e operações mentais puramente lógicas, não é por si razão para lhes recusar qualquer valor cognoscitivo. Decerto que os enunciados jurisprudenciais não podem muitas vezes ser plenamente verificáveis, seja porque frequentemente permanece uma certa margem de discricionariedade judicial, onde haverá que «sopesar» diferentes bens e valores, ou porque a coordenação com a esfera de sentido de um tipo ou de uma pauta permanece duvidosa no caso concreto. No entanto, muitos enunciados deixam pelo menos falsificar-se e tal não seria possível se se tratasse só de «opiniões»⁽¹³⁰⁾. Não se deve, de modo algum, equiparar «valores», no sentido de tomadas de posição puramente pessoais, como permanentemente

(128) *Wahrheit und Methode*, 3.ª ed., pág. 552. De modo análogo, RYFFEL, *Rechtssoziologie*, pág. 195.

(129) Na Parte I, capo V, 8. Sejam aqui evocados, em especial, PERELMAN, RYFFEL, COING e HENKEL.

(130) Sobre a falsificabilidade das teorias jurídicas, cf. *infra*, capo VI, 1d.

acontece, com «pensamento orientado a valores», cuja expulsão do âmbito da ciência não haveria de significar senão a declaração de bancarrota da razão humana face à maioria dos problemas da vida humana. A Jurisprudência não tem, de todo em todo, qualquer motivo para subscrever uma tal declaração de bancarrota. Ela criou - mesmo que isto não seja, em absoluto, claro aos olhos da maioria dos juristas - métodos de pensamento orientado a valores, que devem ser postos a par com aqueles outros, respeitantes às ciências basicamente «isentas de valores».

Uma segunda razão pela qual, não raramente, se nega o valor cognoscitivo à Jurisprudência é a, já evidenciada por KIRCHMANN⁽¹³¹⁾, fluidez do seu objecto, do Direito «positivo». Evoca-se, com prazer, o seu dito: «Bastam três palavras rectificadoras do legislador para bibliotecas inteiras se transformarem em papel de embrulho». Mas também aqui haveria que tomar precauções. Certamente que muitos problemas jurídicos estão condicionados pelo tempo e pela situação. Aparecem e de novo desaparecem, porque deixaram de existir os pressupostos sob os quais poderiam ter importância. Mas isto não é de modo algum válido para todos os problemas; muitos retomam, sob formas ligeiramente variadas. A jeito de exemplo: onde existam contratos surgem constantemente perguntas como as de *quem* pode celebrar contratos (questão da capacidade negocial), *como* ocorre a perfeição da declaração negocial (questão da forma, do «acesso» às declarações de vontade, do «consenso» e do «dissenso»), se as partes estão vinculadas ao contrato *em todas as circunstâncias* (questões dos pressupostos de validade, da influência de um erro ou da completa alteração das circunstâncias pressupostas, ou o cumprimento deficiente de um contrato) e outras mais. Ordens jurídicas diferentes poder-lhes-iam ter respondido de modo diverso em diferentes épocas; como problemas colocam-se de novo constantemente. O mesmo vale, por exemplo, para o problema do erro ou do «estado de necessidade supralegal» no Direito Penal. Uma certa época crê tê-lo resolvido, mas a solução foi alcançada de modo deficiente e, por isso, não se mantém. A simples observação permite, em boa verdade, a constatação de que aqui se trata de pro-

blemas relativos à «coisa Direito», ou ainda, de modo mais geral, que tal «coisa» existe⁽¹³²⁾.

O erro de KIRCHMANN e de todos os «positivistas» é o de que só consideram as regulações legais na sua pura positividade, como «postas», mas não como respostas possíveis a problemas jurídicos, isto é, problemas que constantemente surgem das possibilidades e compulsões das relações inter-humanas, sob a ideia directriz de uma ordenação «justa» dessas relações que, ao mesmo tempo, garanta a segurança. Com isto não se quer dizer que a Jurisprudência seja apenas uma ciência de *problemas jurídicos*, já que estes problemas não podem isolar-se das respostas que se lhes dá, de modo que, na total independência disto, pudesse ser objecto de uma ciência própria. Muitos destes problemas, porém, resultam antes de mais da resposta a um outro. É decisivo, no entanto, que a Jurisprudência, por detrás dos problemas e das respostas que a eles dá o Direito positivo, identifique as ideias jurídicas específicas (as *rationes legis*) e os princípios jurídicos rectores, e ainda determinadas estruturas materiais e as distinções que elas proporcionam, que fundamentam (no sentido de «justificar») estas respostas ou que reclamam novas respostas. Com a alteração de uma lei não desaparece por si o problema ao qual o legislador dá agora uma nova resposta e essa resposta só é compreensível, por seu lado, quando se comprehende o problema e as respostas que até agora lhe foram dadas. Assim, trata-se também na ciência do Direito de um continuado retomo a respostas que foram dadas sob uma outra situação legislativa. O dito de KIRCHMANN é, assim, pura e simplesmente errado.

Os enunciados da Jurisprudência referem-se de modo imediato ao Direito vigente aqui e agora. Mas este dá respostas a questões que não se colocam só a esta comunidade jurídica, mas, de modo semelhante, também a outras. Não são só problemas precisamente desta ordem jurídica mas, em maior ou menor grau, problemas jurídicos gerais. Por isso, o Direito comparado não só pode e quer proporcionar conhecimentos sobre ordenamentos jurídicos alheios, mas também obter conhecimentos sobre

(131) Em relação a KIRCHMANN, cf. *supra* na Parte I, capo IH, 2.

(132) A este propósito, HRUSCHKA, *Das Verstehen von Rechts-texten*, pág. 56 e segs.

possíveis soluções de problemas jurídicos e o seu diferente valor (133). Todo o tratamento sério de um problema jurídico, sobretudo se este ocorre não apenas no quadro e com os meios de pensamento de um único ordenamento jurídico positivo, é, por isso, bastante adequado a ampliar o nosso conhecimento sobre a «coisa Direito».

HECK tem decerto razão quanto ao facto de que a Jurisprudência não persegue, *a par* da sua missão prática - fomentar a aplicação e desenvolvimento do Direito vigente - e separada dela, um segundo objectivo, «puramente teórico». Todos os seus conhecimentos devem também, em última análise, reverter em benefício do desenvolvimento do Direito. Mas, por outro lado, o seu valor para a prática jurídica seria bastante escasso se não estivesse em situação de obter conhecimentos que sejam apropriados para proporcionar uma melhor compreensão do Direito vigente, dos problemas jurídicos em geral e das suas possibilidades de solução. E aqui não se trata simplesmente da sua estrutura formal - ainda que a esta se deva atender -, mas também do conteúdo material de justiça das normas, dos institutos jurídicos e das máximas de decisão que aflorem nas decisões judiciais. Na medida em que nos toma conscientes dos conteúdos de justiça, que revela princípios jurídicos rectores e que os concretiza em diversos contextos, desenvolvendo o «sistema interno», a Jurisprudência presta um contributo também para o melhor conhecimento dos princípios de um (qualquer) Direito justo (134). Nesta medida, não se tratará então somente de conhecimentos que sejam «ajustados» **precisamente** no quadro deste Direito positivo mas de conhecimento jurídico (conhecimento da «coisa Direito»), pura e simplesmente. Mas se este conhecimento é também em última

(133) ZWEIGERT e KOTZ (*Einführung in die Rechtsvergleichung*, pág. 14) consideram a obtenção do conhecimento como «função primeira da comparação jurídica».

(134) Os princípios, os «éticos-jurídicos» também, de um Direito positivo não são enquanto tais automaticamente princípios de um «Direito justo»; valem em razão e no contexto desse Direito positivo. Mas na medida em que remetem para um conteúdo de justiça, apontam para tais princípios, abrem-nos o acesso a eles, possibilitam-nos um conhecimento - mesmo que só possível de modo approximativo - do justo que está na mira do Direito. Com mais pormenor, a este respeito o meu escrito sobre Direito justo (*Richtiges Recht*), pág. 174 e segs.

instância tarefa da filosofia do Direito, não deixa todavia a Jurisprudência de prestar aqui uma contribuição não despicienda.

7. A metodologia como auto-reflexão hermenêutica da Jurisprudência

Resta-nos ainda dizer uma palavra, em jeito de conclusão a estas observações introdutórias, acerca da missão e do lugar que corresponde à metodologia da Jurisprudência em si. É uma parte da Jurisprudência, ligada tal como ela a um determinado Direito positivo, ou tem uma base independente dela? Veremos que ambas as coisas são verdadeiras até um certo ponto.

A metodologia de qualquer ciência é, antes do mais e em primeiro lugar, a reflexão desta ciência sobre o seu próprio proceder, sobre os modos de pensamento e meios de conhecimento de que lança mão. Toda a ciência desenvolve tais modos de pensamento, e, para além disso, determinados procedimentos para se certificar da sua matéria e para verificar os seus enunciados (135). A reflexão sobre este procedimento não ocorre em separado da sua aplicação, mas acompanha-a ou segue-a de imediato e está na mais estrita conexão com a ciência em causa. Isto é válido também para a metodologia da Jurisprudência. Que é, assim, sempre metodologia de uma determinada Jurisprudência: a de um Direito codificado ou a de um *case law*, ou antes, até um certo ponto, a de um determinado sistema jurídico. Que no caso da recepção de um sistema jurídico alheio e da sua dogmática, a metodologia do país de recepção pode seguir, no entanto, outras vias foi o que demonstrou KITAGAWA (136), tomando como exemplo a recepção do Direito europeu no Japão. Uma comparação dos círculos jurídicos mais importantes no presente compreende também uma comparação das metodologias que lhe

(135) Cf. VICTOR KRAFT, *Die Grundformen der wissenschaftlichen Methoden*, 2. a ed., Viena, 1973, pág. II: «Os métodos científicos... não servem à descoberta mas à fundamentação do conhecimento. Têm por missão garantir que um enunciado contém um conhecimento».

(136) KITAGAWA, *Rezeption und Fortbildung des europäischen Zivilrechts in Japan*, 1970, pág. 176 e segs.

são pertinentes⁽¹³⁷⁾. FIKENSTSCHER concebe de modo ainda mais amplo a missão de uma metodologia comparatística⁽¹³⁸⁾. Entende por «métodos» modos específicos de pensar o Direito e, com conformidade, de o actuar e toma como referência, para além dos actuais, também os pensamentos jurídicos de estádios anteriores e passados, como a cultura greco-romana. O ponto central da sua obra reside claramente no modo de pensamento e nos métodos respectivos dos círculos jurídicos anglo-americano e do europeu-continental (actual).

A reflexão sobre a própria maneira de proceder cria ao mesmo tempo, no entanto, um certo distanciamento. Significa uma mudança de direcção da perspectiva e portanto da colocação da questão. Agora já não se pergunta se esta ou aquela interpretação ou integração na esfera de sentido de uma pauta de valoração é acertada, mas o que é que acontece quando se interpreta uma lei, se concretiza uma pauta carecida de preenchimento e sobretudo quando e sob que condição pode ser considerada «acertada» uma tal interpretação ou coordenação. A metodologia descreve assim não só como se há-de proceder de facto, mas coloca também a questão do valor, do êxito possível de determinados métodos. Não se comporta, nestes termos, apenas de modo «descriptivo», mas também de modo «normativo»⁽¹³⁹⁾. A bitola que para este fim terá de empregar só pode ser naturalmente o fim cognoscitivo especial desta ciência⁽¹⁴⁰⁾.

O escopo cognoscitivo da Jurisprudência é a elaboração e exposição do Direito vigente (em sentido normativo) aqui e agora e, bem

(137) Posições a este respeito em DAVID-GRASSMAN, *Ein.führung in die großen Rechtssysteme der Gegenwart*, 1966, pág. 97 e segs., 316 e segs., 404 e segs.

(138) Na sua obra, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, 5 volumes, 1975-1977.

(139) Isto vale também em pleno para a metodologia de toda e qualquer ciência. R. LAUTMANN, *Wert und Norm*, 2.ª ed., pág. 112, nota 6, assinala que «nas discussões metodológicas surge com frequência a locução 'dever ser', incluindo as suas equivalências». As normas metodológicas prescrevem «o curso da investigação científica». Não o faz por certo no sentido das regras da lógica, mas mais propriamente no sentido de meras recomendações.

(140) Cf. também ALBERT, in: TÜPITSCH, *Logik der Sozialwissenschaften*, 8.ª ed., 1972, pág. 187.

entendido, não de um conteúdo de regulação simplesmente «dados», mas que haja de ser desenvolvido com cada vez maior precisão a partir de um material previamente dado (em leis e sentenças judiciais, actos administrativos e contratos). Para tal pressupõe, como já foi muitas vezes sublinhado, pelo menos no sentido de uma hipótese de trabalho, que a este material é inerente, até certo ponto, uma certa ordem interna, que pode globalmente ser entendida como uma tentativa de respostas concordantes entre si a problemas jurídicos enquanto tais. Sem esta pressuposição, só lhe restará a tarefa de colecionar e registar - uma tarefa com a qual em momento algum se sentiu satisfeita. Uma pressuposição adicional que geralmente é feita é a de que com o auxílio das normas correctamente entendidas no seu nexo de significação e mediante a comparação de decisões apropriadas, outros «casos jurídicos» podem ser resolvidos de modo a que lhes corresponda a exigência de justiça material nos limites daquilo que é, em cada caso, o possível. A meta do trabalho juscientífico é assim, por um lado, a descoberta de uma unidade interna, de uma contínua conexão de sentido das normas e, por outro lado, a sua concretização tendo em vista distintas constelações de casos. Os métodos que são adequados a aproximar a Jurisprudência deste seu escopo cognoscitivo e, com isso, da missão prática que lhe vai apontada, serão os que a metodologia haverá de sancionar, e deixará, pelo contrário, de o fazer em relação àqueles que para tal não sejam adequados.

Sempre que a ciência do Direito de um qualquer Direito positivo queira desenvolver a sua própria metodologia, trata-se sempre, em última análise, da mesma questão, a questão do modo adequado de conhecimento da «coisa Direito». Questão a que só pode responder uma ciência que tematize a peculiaridade, a específica capacidade de sentido dessa coisa mesma - ainda independentemente da sua concreta apresentação em um Direito «positivo» -, ou seja: a filosofia do Direito. Nestes termos, RYFFEL tem razão quando diz⁽¹⁴¹⁾ que a metodologia conduz, «quer o queira quer não», à filosofia. A «Parte Histórica» confirmou sem excepção a estreita conexão entre metodologia jurí-

(141) RYFFEL, *Grundprobleme der Rechts- und Staatsphilosophie*, pág. 59.

dica e filosofia do Direito. Para cada metodologia, mesmo que esta disso se não mostre consciente, poder-se-ia indicar uma filosofia do Direito a ela adequada. E também na discussão metodológica actual tomam-se notórias, sem exceção, como vimos, as posturas jusfilosóficas de base. Isto é válido, por exemplo, para a preferência quase unânime pela «justiça do caso», como para as diferentes tomadas de posição em relação à questão do sistema, mas sobretudo em relação ao problema do conhecimento. A relação entre metodologia e filosofia do Direito não pode no entanto ser vista como uma dependência unilateral da metodologia de determinados pressupostos jusfilosóficos. As perspectivas metodológicas, como, por exemplo, a de que todas as regras carecem necessariamente tanto de interpretação, como são «lacunosas» e em ampla medida «carecidas de concretização», põem desde logo em questão determinadas posições jusfilosóficas, por exemplo as de um «positivismo legalista» puro, ou de um pensamento JUS-naturalista estático^(141a).

Mas se determinados métodos são ou não apropriados para fomentar ou não o escopo cognoscitivo da Jurisprudência e as tarefas práticas que dela são inseparáveis, se existem métodos específicos de pensamento orientado a valores e, em caso afirmativo, quando é que se estabelecem com plenitude de sentido, tudo isto são questões que pertencem ao mais vasto campo da hermenêutica. Por «hermenêutica» entendo aqui a doutrina sobre as condições de possibilidade e os modos específicos do «compreender em sentido estrito», quer dizer, do compreender aquilo que é dotado de sentido enquanto tal, em contraposição ao «explicar» de objectos sem ter em conta as referências de sentido⁽¹⁴²⁾. Se na metodologia jurídica se trata dos modos específicos de compreender referências de sentido jurídico, a hermenêutica geral, no sentido apontado, constitui por sua vez a base da própria metodologia jurídica.

Na medida em que a metodologia da Jurisprudência se refira à hermenêutica geral, e a partir daí esteja em situação de empregar

^(141a) É o que BYDLINSKI explana com mais pormenor, na sua obra *juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 1982.

⁽¹⁴²⁾ A questão de uma «hermenêutica universal» no sentido de GADAMER, que abrange também o «explicar», pode ser aqui deixada em aberto. A este respeito, cf. também PANNENBERG, *Wissenschaftstheorie und Theologie*, págs. 139 e segs., 152 e segs., 223.

uma bitola crítica em relação aos métodos aplicados pela Jurisprudência, alcança um alto grau de independência em relação a esta e ao sistema jurídico a que pertence⁽¹⁴³⁾. Tem sobretudo a possibilidade de esclarecer a Jurisprudência sobre os erros em que esta cai em relação ao alcance de cada um dos seus métodos ou à estrutura lógica dos seus modos de argumentação. Pode, por exemplo, tomar claro que a aplicação do Direito não pode separar-se da interpretação e do desenvolvimento do Direito, que tal aplicação só em escassa medida se baseia na subsunção lógica e, em muito mais ampla medida, em juízos de índole totalmente distinta, que o pensamento orientado a valores é imprescindível na Jurisprudência e não pode equiparar-se a valores pessoais; pode ainda tomar claro quais as formas de pensar específicas - como o tipo, a pauta carecida de preenchimento, o conceito funcionalmente determinado - se serve um tal pensamento. Esta independência não vai certamente tão longe, ao ponto de poder prescindir, enquanto metodologia de uma Jurisprudência determinada, da organização jurídica que lhe é subjacente - seja já predominantemente Direito legislado, com vinculação dos tribunais à lei «e ao Direito», ou *case law*, ou porventura uma mescla de ambas. É que foi em atenção precisamente a essa organização jurídica que a Jurisprudência, apegada a uma ou outra das modalidades, desenvolveu determinados métodos de que não pode prescindir. Subsistem, no entanto, pontos em comum, como as indagações das últimas décadas, como por exemplo as de ESSER, mostraram, sobretudo em relação à heurística judicial do Direito - por exemplo, no âmbito das «cláusulas gerais» - , que só denotam determinadas estruturas a partir da coisa (a saber: a «coisa» heurística do Direito).

A metodologia da Jurisprudência pode, nesta conformidade, caracterizar-se como a sua auto-reflexão à luz da hermenêutica. Com «auto-reflexão» não se quer significar algo como análise psicológica dos processos de decisão jurídicos, por muito proveitosa que ela possa ser, mas a descoberta e julgamento hermenêutico dos métodos e formas de pensar aplicados, de modo mais ou

⁽¹⁴³⁾ Também HASSEMER fala da «relativa independência» da metodologia em relação a cada sistema jurídico particular, in: A. KAUFMANN, *Rechtstheorie*, pág. 30.

menos consciente, na Jurisprudência. Trata-se antes de que contributo é que determinado método é capaz ou não, de como se pode proceder metodicamente «de modo correcto», do que é que é metodicamente errado, pois que não é de facto apropriado para chegar a resultados isentos de objecção. Aqui, no entanto, devemos precaver-nos contra um erro muito corrente. A metodologia jurídica não é nem «lógica jurídica formal», nem «instrução sobre a técnica de solução de casos»⁽¹⁴⁴⁾. A metodologia não pode tratar de estabelecer regras rígidas, que só precisariam de se seguir para caminhar com segurança na aplicação das normas jurídicas. A interpretação, e tudo o que ela em si coenvolve, não é uma actividade que possa realizar-se somente de acordo com regras estabelecidas; carece sempre da fantasia criadora do intérprete. Se antes falámos de «circunstâncias hermeneuticamente relevantes», é agora de acrescentar que não é possível um catálogo exaustivo de todas as circunstâncias que possam ser hermeneuticamente relevantes. As indicações metodológicas permitem na sua aplicação uma margem de livre apreciação, do mesmo modo que a maioria das normas jurídicas. Tais indicações fornecem ajudas de orientação, possibilitam o controlo de um curso de ideias, sobretudo para que se não passem por alto pontos de vista essenciais, e obrigam o intérprete a prestar contas sobre o seu proceder. Mas quem pensa que as deve seguir como um escravo simplifica a questão em demasia. Não só para o trabalho jurídico quotidiano como para todos os trabalhos jurídicos importantes, é ajustada a observação de GADAMER de que «é decerto indispensável à ciência a higiene metódica, mas a mera aplicação de métodos habituais constitui em muito menor grau a essência de toda a pesquisa do que a descoberta de métodos novos - e, por detrás disto, a fantasia criadora do investigador»⁽¹⁴⁵⁾. Certamente que também a conclusão oposta seria falsa, ou seja: uma vez que as indicações metodológicas não são regras aplicáveis sempre da mesma maneira, como que de um modo mecânico, são supérfluas, são meras «fórmulas vazias». Isto significaria uma vez mais

(144) Nestes termos, também, FRIEDRICH MULLER, *Juristische Methodik*, 3.ª ed., 1989, pág. 20.

(145) GADAMER, *Wahrheit und Methode*, pág. 513 (posfácio).

renunciar à medida possível de racionalidade e abandonar tudo à mera arbitrariedade da opinião subjectiva⁽¹⁴⁶⁾.

Uma vez que a metodologia o é em relação à Jurisprudência de uma determinada ordem jurídica, que coloca determinadas exigências ao próprio proceder dos tribunais e que essas exigências, por sua vez, codeterminam o seu modo de argumentar e o seu estilo de fundamentação, terá também a metodologia de proceder a uma auto-reflexão⁽¹⁴⁷⁾. Uma dessas exigências mais relevantes é, no nosso sistema jurídico, a vinculação da jurisprudência dos tribunais à «lei e ao Direito», afirmada na Lei Fundamental (art.os 20.º, n.º 3 e 97.º, n.º 1). O que especificamente significa é, em boa verdade, controvertido, mas a metodologia, se quer garantir aos juízes um apoio para a decisão e fundamentação, terá de a levar em conta. Acabamos de ver no capítulo V da Parte I que essa questão assumiu um papel relevante na discussão metodológica actual. Igualmente ancorada no nosso sistema jurídico vigente está a imposição aos tribunais de um desenvolvimento (materialmente adequado) do Direito. Como é que ambas as exigências são satisfeitas na actividade judicial e se combinam uma com a outra é algo que a metodologia tem de demonstrar. Como deve a metodologia comportar-se, quando o ordenamento jurídico de cuja Jurisprudência se trata se não limita a indicar ao juiz que proceda «de acordo com a doutrina aceite» - e isto quer também dizer em conformidade com as regras reconhecidas da interpretação e do desenvolvimento do Direito - mas também ele mesmo oferece indicações pormenorizadas para a interpretação e integração de lacunas? É o caso, por exemplo, entre nós, em relação à interpretação dos negócios jurídicos, se bem que estes preceitos reclamem por sua vez, e em grande medida, interpretação e que tenham sofrido de facto uma interpretação, que de acordo com o seu sentido literal dificilmente seria de esperar. Há ainda que mencionar, por exemplo, a proibição de analogia em Direito Penal. O Direito inglês contém uma proibição de inter-

⁽¹⁴⁶⁾ Se a renúncia à medida possível de racionalidade, que aqui quer dizer justificação mediante motivos, é já inconveniente no âmbito dos juízos normativos - a este propósito, cf. FRANKENA, *Analytische Ethik*, pág. 127 e segs. -, no âmbito do julgar jurídico é insustentável.

⁽¹⁴⁷⁾ A este respeito, cf. FRIEDRICH MÜLLER, *Juristische Methodik und Politisches System*, 1976.

interpretação histórica da lei, baseada no Direito consuetudinário, quase incompreensível para o jurista continental. Em relação a tais preceitos há que dizer que, uma vez que eles próprios carecem de interpretação, raramente têm o efeito imaginado pelo legislador. De resto, a metodologia tem que aceitar essas indicações como marcos que vinculam os tribunais e outros órgãos do Estado. É livre de as criticar a partir de um ponto de vista hermenêutico. Aqui terá de ter em atenção que as regras metodológicas da interpretação e da concretização de normas jurídicas têm por um lado que cumprir, naturalmente, as condições hermenêuticas, e, por outro, estão, por sua vez, tal como as normas a interpretar, ao serviço de uma criação e desenvolvimento do Direito, conforme ao sentido e à substância, e, assim, devem ser vistas sempre sob este aspecto.

Têm também, por sua vez, as indicações metodológicas fundamentadas na hermenêutica e reconhecidas pela jurisprudência dos tribunais o estatuto de normas jurídicas? Esta pergunta tem de ser respondida pela negativa. Não têm, apesar de uma longa e incontrovertida prática dos tribunais, o carácter de Direito consuetudinário, pois que por detrás delas não existe qualquer convicção jurídica geral. A sua consolidação em normas jurídicas dificultaria, além disso, de modo desnecessário, a tarefa de regras reconhecidas como insustentáveis (como a de que «as disposições excepcionais são sempre de interpretar de modo restritivo»). Decerto que o não tomar em conta regras metodológicas (ou a diligência necessária na sua aplicação) pode conduzir a uma interpretação errónea e esta a uma solução incorrecta. Mas 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.

A metodologia da Jurisprudência utiliza uma linguagem normativa, pois que é a metaciência de uma ciência normativa. Com palavras como «norma jurídica», «consequências jurídicas», «verdade», quer expressar o que é que a Jurisprudência por elas entende. Os termos empregues para a designação de métodos jurisprudenciais - como, por exemplo, interpretação restritiva, extensiva, analogia, redução teleológica, concretização de uma pauta de valoração - têm, para além disso, um sentido hermenêutico específico. Encontraram acolhimento na «linguagem quotidiana» dos juristas na medida em que a Jurisprudência se tornou

consciente do método, o que, por exemplo, se pode seguir de perto na difusão da palavra «concretização» no uso linguístico dos tribunais nos últimos 40 anos (48). Os termos procedentes da hermenêutica geral - V.g., analogia - têm também um sentido específico no contexto da Jurisprudência e da metodologia jurídica. A metodologia da Jurisprudência não se esgota nem na hermenêutica nem na Jurisprudência, mas é uma mediação constante entre ambas e não é susceptível de se encaixar totalmente em qualquer delas. Por um lado, está «inclusa em cada um dos ordenamentos jurídicos e esclarece os seus preceitos metodicamente» (49). Mas só pode «esclarecer» na medida em que se eleva acima dos preceitos - e também dos de natureza metodológica - de cada ordenamento jurídico, e os examina à luz dos conhecimentos gerais da hermenêutica. Novos conhecimentos hermenêuticos - como, por exemplo, que o «interpretar» não é simplesmente receptivo, mas é sempre uma actividade produtiva - modificam tanto a autocompreensão da Jurisprudência, quanto também a hermenêutica pode obter novos conhecimentos dos métodos aplicados na Jurisprudência. A «mediação» tem que ser vista em ambos os sentidos. A metodologia pretende contribuir também para as tarefas práticas da Jurisprudência, mediante o afinamento da consciência metodológica. Mas a sua meta primeira é a obtenção de conhecimentos sobre a ciência do Direito. Nesta medida, é uma teoria da ciência do Direito, e, como tal, uma parte da teoria do Direito.

(48) Para este ponto contribuiu de modo essencial o escrito de ENGISCH sobre *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit* (A ideia de concretização no Direito e na ciência jurídica do nosso tempo), 1953, 2.ª ed., 1968.

(49) Nestes termos, HASSEMER, in: *Rechtstheorie*, pág. 29.

A DOUTRINA DA PROPOSIÇÃO JURÍDICA

1. A estrutura lógica da proposição jurídica

a) As partes integrantes da proposição jurídica (completa)

Toda a ordem jurídica contém regras que pretendem que aqueles a quem se dirigem se comportem de acordo com elas. Na medida em que estas regras representam ao mesmo tempo normas de decisão, aqueles a quem cabe a resolução jurídica de conflitos devem julgar em conformidade com elas. As normas jurídicas, na sua maioria, são tanto normas de conduta para os cidadãos, como normas de decisão para os tribunais e órgãos administrativos. É característico de uma «regra», no sentido aqui pensado, em primeiro lugar, a sua pretensão de validade, quer dizer, ser o sentido a ela correspondente uma exigência vinculante de comportamento ou ser uma pauta vinculante de julgamento - o seu carácter normativo; em segundo lugar, a sua pretensão de possuir validade, não só precisamente para um determinado caso, mas para todos os casos de «tal espécie», dentro do seu âmbito espacial e temporal de validade - o seu carácter geral. Uma regra jurídica pode estar expressada numa lei, pode resultar do denominado Direito consuetudinário ou de consequências implícitas do Direito vigente, ou de concretizações dos princípios jurídicos, tal como estas são constantemente efectuadas pelos tribunais. Para que resulte uma regra nova da concretização de um princípio jurídico, referida antes do mais ao caso, ou de uma pauta carecida de preenchimento, tal regra tem certamente que ser susceptível de generalização, no sentido de que seja aplicável a casos equiparáveis ou «análogos». É o que

acontece quando, e na medida em que, se liga a «traços» típicos do caso decidido em concreto.

A regra do Direito tem a forma linguística de uma proposição, a «proposição jurídica»⁽¹⁾. É dela que se vai tratar em seguida. A proposição jurídica deve distinguir-se, em virtude do sentido normativo que lhe é correspondente, de uma proposição enunciativa, que contém uma afirmação de factos ou uma constatação⁽²⁾. De igual modo, deve-se distingui-la daquelas proposições que contêm enunciados sobre Direito vigente, onde se fala de normas jurídicas. Esclareçamo-nos sobre o que têm em comum, assim como sobre as diferenças entre as proposições enunciativas e as proposições normativas, quer dizer, as proposições jurídicas.

Toda a proposição é uma estrutura linguística, na qual algo está conexionado com uma outra coisa. Uma proposição enunciativa contém, as mais das vezes, o enlace entre um objecto e uma propriedade ou modo de comportamento que se lhe atribui, que dele se afirma. Exemplos seriam, mais ou menos, proposições como: «este carro é vermelho» ou «este carro circula neste momento a tal ou tal velocidade por hora». Enunciados mais complicados como, por exemplo, «este carro está precisamente em vias de ultrapassar um camião» ou «x adormeceu durante a viagem ao volante do seu automóvel», poder-se-iam reconduzir todos à forma fundamental atrás mencionada. A todas as proposições enunciativas desta espécie é comum que o contexto ou o fenómeno nelas

(1) O termo «Rechtssatz» (= proposição jurídica) emprega-se aqui, portanto, com um significado idêntico ao de «Rechtsnorm» (= norma jurídica). Isto justifica-se precisamente porque a norma jurídica só pode ser expressa como proposição (ou nexo de proposições). KELSEN (*Teoria Pura*, 2.ª 00., pág. 73 e segs.) reserva o termo «proposição jurídica» (Rechtsatz) para as proposições da ciência do Direito. Estas contêm enunciados sobre o conteúdo ou a vigência das normas jurídicas; são proposições enunciativas que pelo seu conteúdo se referem a normas, mas não são, elas próprias, normas.

(2) Decerto que a norma jurídica enuncia também algo, pois que indica o que o destinatário deve fazer ou deixar fazer, ou como deve julgar. Mas esta função enunciativa está ao serviço da função normativa. A norma jurídica não afirma que algo seja assim ou de outro modo, mas prescreve, permite ou proíbe algo. Cf., em relação à problemática semelhante do imperativo, HARE, *Die Sprache der Moral*, págs. 35, 37 e segs.. Sobre as proposições normativas e enunciativas, WEINBERGER, *Rechtslogik*, 2.ª ed., págs. 53 e segs. e 225 e segs.

descrito ocorrem ou têm lugar no plano dos factos ou, se o enunciado se reveste de uma forma pretérita, que ocorreram ou tiveram lugar. Como corroboração pode acrescentar-se: é ou foi de facto assim. Uma vez que todo o enunciado suscita a pretensão que de facto assim é ou assim foi, submete-se ao critério de verdade, pode atribuir-se-lhe o predicado de «verdadeiro» ou «falso».

Tomemos uma proposição jurídica qualquer, por exemplo a proposição: «o locador deve conservar a coisa locada durante todo o tempo da locação em estado adequado ao uso conforme ao contrato» (§ 536 do BGB). Esta proposição não afirma que os locadores se comportaram sempre do modo indicado, ou que hão-de no futuro comportar-se assim. Prescreve antes, a todos aqueles que hajam de ser considerados como «locadores» no sentido desta disposição, uma determinada conduta em relação à coisa locada⁽³⁾. E assim não se poderá também perguntar se esta proposição jurídica é verdadeira ou falsa, mas somente se é válida, se constitui parte integrante do ordenamento jurídico vigente^(3a). Da proposição jurídica em si devemos distinguir o enunciado, pois que esta proposição é Direito vigente. Este enunciado pode ser, como qualquer enunciado, verdadeiro ou falso.

A proposição jurídica enlaça, como qualquer proposição, uma coisa com a outra. Associa à situação de facto circunscrita de modo geral, à «previsão normativa», uma consequência jurídica, também ela circunscrita de modo geral. O sentido desta associação é que, sempre que se verifique a situação de facto indicada na previsão normativa, entra em cena a consequência jurídica, quer dizer, vale para o caso concreto. No nosso exemplo, o momento da previsão normativa é indicado somente mediante a palavra «o locador». Como resultado do contexto da disposição, alude-se com isso a todo aquele que dá a outrem em locação uma certa coisa, quer dizer, que se obrigou a garantir o uso

(3) Direito e Moral, qualquer que possa ser de resto a sua relação, coincidem em que ambos se servem de uma linguagem «prescritiva», que é caracteristicamente diferente da linguagem em que se emitem afirmações sobre factos. Cf. a este propósito, HARE, *ob. cit.*, pág. 19 e segs.

(3a) Acertadamente, diz WEINBERGER, *ob. cit.*, pág. 259, que a função do conceito de validade em relação à norma jurídica é em ampla medida análoga ao papel do conceito de verdade em relação às proposições enunciativas.

temporal da coisa em troco de uma compensação: renda ou aluguer (§ 535 do BGB). A previsão do § 536 do BGB exige, nestes termos, um contrato de locação que cumpra os requisitos do ordenamento jurídico para este tipo de contrato, quer dizer, que seja um contrato de locação válido. A consequência jurídica ligada pela norma a este pressuposto de facto é o dever do locador, indicado mais em pormenor no texto legal, de garantir a conservação da coisa locada. A expressão «tem... de conservar»^(3b) é equivalente a «deve conservar» ou «está obrigado a conservar». As palavras «dever» ou «estar obrigado» são, como vimos anteriormente, termos-chave da linguagem normativa, que não podem ser definidos, sem perda do seu sentido específico, mediante termos com os quais falamos de eventos reais. A consequência jurídica situa-se sempre no âmbito normativo. Não é equivalente, por exemplo, ao resultado fático almejado pelo dador da norma, mas, visto a partir dele, só o meio mais ou menos adequado para o produzir. Enquanto que a consequência jurídica subsiste (o mesmo é dizer, vale) em cada caso como facto normativo (surgingimento de uma vinculação) em virtude da validade da proposição jurídica, o resultado fático almejado depende de outros múltiplos factores, e assim pode também faltar num caso concreto.

Se, a modo de exemplo, o legislador dispõe que aquele que introduz produtos danosos num curso de água tem de ressarcir os danos causados a quem deste modo tenha sido lesado, o que com isto o legislador propõe é, em primeiro lugar, que os assim lesados recebam de facto uma indemnização e, além disso, que em consequência do efeito intimidatório de uma indemnização por danos, porventura elevada, se dissuadam os potenciais contaminadores de águas de nelas introduzirem produtos danosos. Se e em que medida sobrevêm estes efeitos almejados pelo legislador depende, entre outras coisas, da solvência do obrigado em cada caso para o ressarcimento do dano e, enquanto se trate do efeito intimidatório de um tal dever de indemnização, é algo que depende de processos psicológicos dificilmente detectáveis.

^(3b) Acertadamente, diz WEINBERGER, *Norm und Institution*, 1988, pág. 61: «As proposições prescritivas exprimem deveres. Em vez de «Prescreve-se que pagues a tua dívida» (= deves pagar a tua dívida), pode-se dizer: «Tens o dever de pagar a tua dívida».

Não obstante, a consequência jurídica como tal sobrevém em todo o caso em que se dê uma realização do pressuposto de facto da norma. A «consequência jurídica» não consiste em que A, que introduziu produtos danosos num curso de água, venha a ressarcir de facto os danos que por causa dele B sofreu, nem tão-pouco no efeito totalmente incerto da previsão, mas única e exclusivamente em que A é obrigado a indemnizar B pelos danos. Esta consequência jurídica sobrevém porque está disposta numa proposição jurídica válida, sem que para isso tenha que ver com outros factores. A ligação de um evento fático, tal como está descrito na previsão normativa, a uma consequência jurídica que se situa no âmbito do juridicamente vigente e que, por isso, «entra em vigor» com a realização do pressuposto de facto, é o que é específico da proposição jurídica enquanto forma de expressão linguística de uma norma.

O sentido do enlace do pressuposto de facto com a consequência jurídica não é, como na proposição enunciativa, uma afirmação, mas uma ordenação de vigência. O dador da norma não diz: assim é de facto; mas diz: assim deve ser de Direito, assim deve valer. As suas palavras cairiam certamente «no vazio» se ele não estivesse legitimado, em virtude de normas precedentes, para propor ordenações de vigência desse tipo, que sejam «vinculantes» para outros e se não actuasse aqui no quadro da competência que lhe é conferida por uma norma precedente. Só que isto já não se prende com a questão da estrutura da proposição jurídica, mas com a questão da sua validade, coisa de que se não vai aqui tratar.

b) A proposição jurídica como proposição dispositiva. Crítica da teoria imperativista

As explanações até agora avançadas dão a entender a suposição de que as normas jurídicas pertencem sempre à categoria mais geral das proposições preceptivas ou imperativas. A forma linguística e a lógica das proposições imperativas foram investigadas por HARE⁽⁴⁾, que distingue imperativos individuais e

⁽⁴⁾ *Die Sprache der Moral*, trad. alemã, 1972 (ed. inglesa, 1952).

universais. Os últimos têm a forma de proposições de dever ser. Deles, segundo HARE explica, podem derivar-se, por meio das regras lógicas de raciocínio, imperativos individuais. Assim, do preceito jurídico universal de que (todos) os locadores hão-de conservar a coisa locada, durante o tempo de locação, em estado adequado ao uso, derivamos o preceito jurídico individual dirigido ao locador A de conservar a coisa dada por ele em locação a B e achar as providências concretas para tal. Que este preceito «vale» para ele, expressamo-lo também quando dizemos que a isso está obrigado.

Mas serão todas as normas jurídicas de tal modo que expressem ou um preceito ou uma proibição, que imponham a determinadas pessoas a obrigação de uma acção ou de uma omissão? Esta é a opinião da teoria imperativista, amplamente difundida na literatura da teoria do Direito (5). A teoria imperativista crê que todas as disposições jurídicas podem reduzir-se em última análise a proposições que prescrevem ou proíbem uma determinada conduta, ou seja, são imperativos, e quer reservar só para estas a designação de «proposições jurídicas».

O que é que ocorre, entretanto, com aquelas proposições jurídicas que dispõem que alguém, sob determinados pressupostos, adquire ou perde um direito? Pense-se nas disposições sobre a aquisição ou perda da propriedade, de um outro direito real ou de crédito. Podem reconduzir-se todos estes preceitos a comandos ou proibições? Na «Parte Histórica» fizemos alusão à concepção

(5) Que remonta a THON. *Rechtsnorm und subjektives Recht*, 1878, pág. 3; JHERING, *Der Zweck im Recht*, 3.ª ed., val. I, pág. 330; BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, val. 1, pág. 30. Outros representantes são: BINDER, *Philosophie des Rechts*, pág. 702 e segs.; NAWIASKY, *Allgemeine Rechtslehre*, pág. 8; ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, págs. 22 e segs., 200 e segs. (nota 6b). Entre os seus adversários contava-se ZITTELmann, *Irrtum und Rechtsgeschäft*, págs. 204, 222. Segundo ele, a proposição jurídica contém um enunciado sobre o arranjo encontrado pelo legislador. De modo semelhante, WERNER GOLDSCHMIDT, *Der Aufbau der juristischen Welt*, 1963, pág. 6, 21, 284 e segs. De modo crítico, HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 2.ª ed., pág. 43 e segs.; KLUG, *Logik und Logikkalkül*, 1962, pág. 155 e segs.; ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl*, pág. 34; HART, *The Concept of Law*, pág. 27 e segs.; BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriß*, pág. 197 e segs.

de WINDSCHEID (6) segundo a qual o conteúdo jurídico da propriedade reside unicamente na função de exclusão, quer dizer, na proibição, a todos dirigida, de perturbar o proprietário no seu senhorio exclusivo sobre a coisa. Mas esta concepção não corresponde ao sentido da propriedade. A exclusão de todos os demais de actuar sobre o objecto da propriedade é apenas o reverso de que a ordem jurídica atribui este objecto ao proprietário para a sua exclusiva disposição fáctica e jurídica. E, por esta via, uma vez que a este lhe é lícito actuar juridicamente para com a coisa de acordo com a sua vontade, usá-la para os seus fins, consumi-la ou aliená-la, o proprietário alcança um espaço individual de liberdade que lhe permite desenvolver-se como pessoa. Ambos os aspectos, o «conteúdo de atribuição» da propriedade e a sua função de exclusão, se condicionam reciprocamente; não é acertado apresentar um apenas como «reflexo» do outro e, desse modo, atribuir-lhe só uma importância subalternizada. Pelo contrário, a atribuição de uma coisa à esfera jurídica própria do proprietário e a proibição, a todos dirigida, de «perturbar» a propriedade - o que também se pode designar positivamente de preceito a todos dirigido de respeitar o proprietário na sua esfera própria - são por igual elementos necessários do conceito de propriedade. Isto significa que se não pode simplesmente reduzir um ao outro, para deste modo o fazer desaparecer. Uma proposição jurídica, segundo a qual A perde a propriedade de uma coisa determinada e B a adquire, não só tem como consequência que todos os outros estão agora obrigados a não perturbar a propriedade actual de B sobre a coisa, mas, antes do mais, que B está doravante titulado pelo Direito a fazer tudo aquilo que ao proprietário como tal lhe é permitido fazer com a coisa. A consequência jurídica reside no facto de que A perde a posição jurídica de proprietário e B nela subentra, com todas as consequências que decorrem desta mudança de titularidade da propriedade. Não é nada de diverso o que acontece com a aquisição de uma hipoteca, de um crédito ou de qualquer outro direito. Existem pois numerosas normas jurídicas cuja consequência jurídica imediata ou próxima consiste não tanto na imposição ou modificação de um dever quanto na aquisição ou perda de um direito.

(6) Cf. *supra*, pág. 38.

Se já é difícil para a teoria imperativista reduzir a imperativos as normas jurídicas que dispõem como consequência a aquisição ou perda de um direito, isso será ainda mais difícil se tivermos em vista as normas jurídicas que regulam a constituição de um poder de representação, a aquisição ou perda de um poder de representação voluntária, de um poder de disposição ou de legitimidade para a aceitação, pois que nem sempre corresponde necessariamente à constituição de um tal «poder jurídico» o surgimento de um dever. Decerto que o surgimento, por exemplo, de poderes de representação voluntária só é relevante na prática em conexão com um negócio jurídico que o representante celebra com um terceiro, adentro dos marcos dos seus poderes, em nome do representado. Por via deste negócio, se se tratar de um contrato jurídico-obrigacional, o representado ficará obrigado perante um terceiro ou aquele frente a este. Para poder manter-se de pé a teoria imperativista, poder-se-ia dizer em tais casos que o surgimento de um poder de representação voluntária (ou de um poder legal de representação, de um poder de disposição, etc.) não seria por si ainda uma «consequência jurídica», mas que se trata de um modo abreviado de expressar a presença de uma condição que, no caso de virem a acrescer novas condições (a saber: a conclusão de um negócio jurídico correspondente), pode ter como consequência jurídica uma vinculação. Nesse caso, a proposição que determina sob que pressupostos típicos se constitui um poder voluntário de representação não seria uma proposição jurídica completa, por falta de consequência jurídica, mas uma proposição jurídica incompleta, que serviria para determinar mais concretamente um dos elementos da previsão de outra proposição jurídica. Existem, sem dúvida alguma, como haveremos de ver, proposições jurídicas incompletas dessa espécie; a questão é só de se saber quais as proposições que se quer contar adentro delas. É, porventura, logicamente possível conceber como proposições jurídicas incompletas todas as proposições jurídicas que não expressam propriamente um preceito ou uma proibição, que servem unicamente para completar normas preceptivas ou proibitivas. Porém, isto não tornará mais transparente a elaboração das leis, nem mais fácil a sua compreensão e aplicação, mas, pelo contrário, dificultá-las-á.

Outro grupo de proposições jurídicas regula o estatuto jurídico de uma pessoa ou de uma associação de pessoas, como

por exemplo a aquisição de personalidade jurídica, de capacidade negocial de exercício, da nacionalidade ou do domicílio. A teoria imperativista só pode entender também estas proposições jurídicas como incompletas, pois que não contêm nenhum comando ou proibição como consequência jurídica. A proposição: «a personalidade jurídica singular adquire-se com o nascimento completo» não seria assim uma proposição jurídica completa, mas esclareceria apenas uma das muitas notas distintivas da previsão que se repete em todas as proposições jurídicas que impõem deveres a pessoas e, por essa via, vêm possivelmente a estabelecer direitos para outras pessoas. Se, pelo contrário, se considera o estatuto da personalidade jurídica, da capacidade negocial de exercício, da nacionalidade, como «consequência jurídica», então, trata-se na proposição mencionada (§ 1 do BGB), assim como nas proposições jurídicas que regulam a aquisição ou perda de um direito ou de um determinado «poder jurídico», de proposições jurídicas completas, mesmo que a consequência jurídica nelas ordenada só adquira o seu pleno significado pelo facto de actuar como pressuposto para a ocorrência de outras consequências jurídicas, em virtude de outras proposições jurídicas. Assim, por exemplo, a capacidade de gozo do adquirente é pressuposto de toda a aquisição de um direito; a capacidade negocial, o pressuposto de validade de toda a declaração de vontade; o poder de disposição sobre o direito em causa, o pressuposto de validade da disposição. «Consequências jurídicas» possíveis são, nestes termos, não só o surgimento ou extinção de um dever jurídico, mas também a aquisição, a variação de conteúdo, a transmissão ou perda de um direito subjectivo, a aquisição ou perda de um poder jurídico (como, por exemplo de um poder voluntário de representação ou de um poder de disposição), de uma legitimidade ou do estatuto jurídico de uma pessoa⁽⁷⁾. Em todos os casos trata-se de uma modificação no mundo juridicamente vigente.

(7) Num contributo para a estrutura formal dos direitos subjectivos (in: *Rth* 1979, pág. 71) sustenta JÜRGEN SCHMIDT que é substancialmente equivalente e se cifra apenas numa cambiante de formulação linguística o definir-se o direito subjectivo apenas mediante uma norma de proibição - é o que faz a teoria imperativista - ou mediante a combinação de uma norma de proibição e uma norma de permissão. Isto pode ser acertado, mas a ordem jurídica não contém apenas proposições

Nem toda a norma jurídica contém assim necessariamente um comando ou uma proibição, mas contém decerto uma ordenação de vigência. O sentido como proposição normativa é colocar em vigência consequências jurídicas. De acordo com a sua forma lógica, é uma proposição hipotética. O que quer dizer é: sempre que uma situação de facto concreta S realiza a previsão P, vigora para essa situação de facto a consequência jurídica C; mas concisamente: para cada caso P vigora C.

ADOLF REINACH (8) sublinhou correctamente a distinção das por ele denominadas «proposições dispositivas», que contêm uma ordenação de vigência, quer das proposições enunciativas quer dos imperativos. As disposições, explica, são algo distinto dos comandos. Um comando dirige-se a outras pessoas e exige delas uma determinada conduta. Ao invés, a disposição não inclui necessariamente no seu conteúdo a conduta de outra pessoa. A disposição parte antes, porém, geralmente, de que algo *deve ser*. Nela «estabelece-se algo como devendo ser». O comando almeja imediatamente ao acabamento, a disposição a que o disposto seja doravante aceite como regulativo que «vale» em sentido normativo. O efeito imediato do comando, a que este tende, isto é, o seu acatamento, reside no âmbito daquilo que de facto sucede; o efeito imediato a que tende a disposição, ou seja, a validade do disposto, situa-se no âmbito do normativo, dos factos e relações jurídicas. Estas constituem um particular plano do ser, no sentido de uma ontologia não naturalista, a saber, um sector da esfera do que NICOLAI HARTMANN denominou de espírito objectivado (9). A estatuição de normas é um acto constitutivo, mediante o qual factos e relações são conformados no plano do juridicamente vigente.

proibitivas e (porventura) proposições permissivas, mas coordenações de vigência dos mais diversos tipos, e assim a teoria imperativista - como também uma «teoria das normas de permissão» - é insuficiente para caracterizar a especificidade das proposições jurídicas (<<normas jurídicas>>) face a outras proposições (especialmente as proposições enunciativas).

(8) *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts*, nova ed., 1953, pág. 170 e segs. Sobre REINACH, cf. *supra*, na Parte I, capo IV, 4.

(9) Cf. a este respeito, HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 2. a ed., págs. 186 e segs., 550 e seg.; e também, COING, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 4.ª ed., pág. 298.

Com isto não se quer dizer que não possam existir também normas jurídicas que ao mesmo tempo expressem um comando ou uma proibição e que, nestes termos, se possam também conceber como imperativos gerais. Mas também neste caso intentam outorgar validade a consequências jurídicas. Assim, na norma jurídica que impõe ao locador o dever de conservar a coisa locada pode ver-se um imperativo, a saber: o comando dirigido a todos os locadores de se comportarem em conformidade. Independentemente de que se observe ou não este comando, independentemente, portanto, da sua eficácia como imperativo, a norma jurídica tem, todavia, como consequência, que em relação a todo e qualquer locador surge a obrigação mencionada. Esta consequência, que se situa só no plano do juridicamente vigente, têm-na porque não só é um imperativo, mas sobretudo porque é, em primeiro lugar, uma norma dispositiva que contém uma ordenação de vigência. A confusão entre normas dispositivas e imperativos está ainda amplamente difundida não só entre os juristas, como também entre os lógicos e os filósofos da moral. Reconhece-se, é certo, a diferença entre proposições enunciativas, que contêm uma afirmação, e proposições preceptivas ou imperativos. Ao ter reconhecido que as proposições jurídicas não são proposições enunciativas, porque não afirmam algo, mas ordenam algo, crê-se então poder ainda associá-las à classe das proposições preceptivas (imperativos). Na verdade, as proposições dispositivas constituem de per si uma classe de proposições adicional, sendo as proposições jurídicas o seu caso de aplicação mais importante, se é que não único (10).

2. Proposições jurídicas incompletas

Uma lei consiste, em regra, numa pluralidade de proposições, que, no entanto, não são todas proposições jurídicas completas. Algumas servem só para determinar mais em pormenor a previsão normativa, algum dos seus elementos ou a consequência jurídica de uma norma jurídica completa; outras restringem uma

(10) Cf. a este respeito o meu contributo para o *Festschrift für Engisch*, 1969, pág. 150.

proposição jurídica conformada de modo mais abrangente, ao excepcionar da sua aplicação um determinado grupo de casos, outras, por sua vez, remetem, tendo em vista um elemento da previsão normativa ou a consequência jurídica, para outra proposição jurídica. Todas as proposições deste género são frases gramaticalmente completas, mas são, enquanto proposições jurídicas, incompletas. O serem *proposições jurídicas*, se bem que incompletas, significa que comungam do sentido de validade da lei, que não são proposições enunciativas, mas partes de ordenações de vigência⁽¹¹⁾. Todavia, a sua força constitutiva, fundamentalmente de consequências jurídicas, recebem-na só em conexão com outras proposições jurídicas. Se, a jeito de exemplo, o § 90 do BGB estabelece: «coisas, no sentido desta lei, são apenas os objectos corpóreos», esta proposição quer dizer que sempre que a lei usa o termo «coisa» só se pode entender com ele «objectos corpóreos». Trata-se aqui, no entanto, não de um enunciado - por exemplo, de que os autores da lei se inclinaram neste sentido -, mas da indicação, vinculante para quem haja de aplicar a lei, de entender o termo «coisa» no sentido indicado. Esta indicação só cobra significado prático em conexão com as proposições jurídicas em que se emprega o termo «coisa». A proposição preenche unicamente uma função auxiliar para a compreensão, por ela prescrita, de outras proposições jurídicas, completas ou incompletas.

De entre as proposições jurídicas incompletas distinguimos as **aclaratórias**, as restritivas e as remissivas.

a) Proposições jurídicas aclaratórias

Entendemos por «proposições jurídicas aclaratórias» aquelas que, ou delimitam em pormenor um conceito ou tipo empregues em outras proposições jurídicas (proposições jurídicas delimitadoras), ou especificam ou completam o conteúdo de um termo utilizado no seu significado geral com respeito a distintas configurações do caso (proposições jurídicas complementadoras).

(11) Cf., BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, val. IV, pág. 222; SOMLÓ, *Juristische Grundlehre*, pág. 186.

Enquanto que as proposições jurídicas delimitadoras se referem, as mais das vezes, a elementos da previsão normativa, as proposições jurídicas complementadoras esclarecem, na maior parte dos casos, uma consequência jurídica. Exemplo de aclaração de um elemento da previsão normativa encontra-se no BGB nos §§ 90 e segs.; 276, n.º 1, período 1, 278, 279 (esclarecimento daquilo por que «há-de responder» um devedor, no sentido das previsões dos §§ 275, 280, 285, 323, 325, 326); 276, n.º 1, período 2 (delimitação do conceito de «negligência»); 932, n.º 2 (esclarecimento do conceito de «boa-fé»). Às proposições jurídicas complementadoras pertencem os §§ 249 e segs. do BGB. Estas têm o sentido de determinar mais em pormenor o conteúdo da consequência jurídica, resultante de outras proposições jurídicas, de uma «obrigação de indemnização». O § 462 do BGB estabelece: «Em razão de um defeito, pelo qual haja o vendedor de responder nos termos dos preceitos dos §§ 459 e 460, pode o comprador exigir a anulação da compra (redibição) ou a redução do preço (minoração)>>. A previsão desta proposição jurídica está determinada no essencial mediante a remissão para os preceitos citados; só em conexão com eles se trata de uma proposição jurídica completa. As consequências jurídicas «redibição» e «minoração» serão determinadas mais em pormenor pelas normas jurídicas complementadoras dos §§ 465 e segs.

As delimitações de tipos de contratos obrigacionais contidas na lei só têm de facto uma função aclaratória, inclusivamente quando aparecem com as roupagens de ordenações de consequências jurídicas, ou seja, de uma proposição jurídica completa. Se as concebermos como ordenações jurídicas completas, desconheceremos que os deveres contratuais típicos nelas mencionados não resultam só da norma que os refere, mas do conteúdo do contrato concreto em conexão com a proposição jurídica de que os contratos donde dimanem deveres são, por princípio, juridicamente vinculantes. A lei diz acertadamente no § 705 do BGB que, mediante o contrato de sociedade, os sócios se obrigam mutuamente a fomentar a obtenção de um fim comum, no modo determinado pelo contrato. Este dever não resulta portanto apenas do § 705 do BGB, mas do contrato de sociedade. Se no § 607 do BGB se diz: «Aquele a quem foi mutuado dinheiro ou outra coisa fungível está obrigado a devolver ao mutuante aquilo que recebeu em coisas do mesmo género, qualidade e quantidade»,

este dever resulta precisamente do assentimento de que aquilo que se recebeu foi dado e recebido como «mútuo». Não é nada de diverso o que ocorre com as obrigações do vendedor e do comprador referidas no § 433 do BGB, exceptuando a obrigação de recepção do comprador, pois justamente o sentido contratual típico das suas declarações é de que vendedor e comprador de uma coisa se obrigam por seu intermédio, nos termos indicados mais em pormenor na lei. Que estas obrigações sejam reconhecidas e sancionadas pela ordem jurídica é algo que resulta dos preceitos gerais sobre contratos, e não só do § 433 do BGB. O sentido, a função desta disposição reside no facto de que dá a conhecer o que é que a lei entende por «contrato de compra e venda», ao que logo quer ver aplicados os preceitos subsequentes sobre os efeitos jurídicos dos contratos de compra e venda. Trata-se, portanto, de uma proposição jurídica aclaratória e de uma descrição de tipos. O mesmo acontece com quase todas as demais disposições com as quais a lei inicia a regulação de um determinado tipo de contrato, como, por exemplo, de locação, de arrendamento, de prestação de serviços ou de empreitada. Delimita o respectivo tipo de contrato mediante a indicação das prestações contratuais típicas a que se obrigam as partes do contrato. A sua obrigação decorre do contrato, que é típico no sentido da lei justamente porque as partes contratantes se obrigaram deste modo. Por detrás da aparente ordenação de uma consequência jurídica da lei esconde-se uma definição ou descrição de tipos. A descrição do tipo legal não precisa de ser definitiva. Sobretudo no contrato de sociedade, no de arrendamento ou inclusive no de compra e venda, para apreender o tipo não só nos seus traços característicos fundamentais, mas também no conjunto das suas possíveis variações e no seu pleno conteúdo significativo, recorreu-se também aos preceitos legais subsequentes e à ideia reguladora neles expressada⁽¹²⁾.

b) Proposições jurídicas restritivas

Muitas vezes, a previsão de uma proposição jurídica está conformada na lei, à primeira vista, de modo tão amplo que, segundo

(12) Foi o que LEENEN, *Typus und Rechtsfindung*, pág. 162 e segs., pôs a claro. Com mais pormenor, a este respeito, cf. *infra*, capo M, 4 c (pág. 424 e segs.).

o seu sentido literal, abarca também situações de facto para as quais não deve valer. Então, esta proposição jurídica é por sua vez restringida por meio de uma segunda proposição jurídica. Tais proposições jurídicas restritivas podem reconduzir-se à seguinte forma: Se à previsão P (da norma previamente dada) se faz acrescer a nota distintiva especial N⁽¹³⁾, a consequência jurídica ordenada C não vigora para a previsão P. As proposições jurídicas restritivas contêm uma ordenação negativa de vigência («não vigora») que só se torna comprehensível em conjugação com uma ordenação positiva de vigência precedente. A razão para que o legislador proceda deste modo pode residir em que o acolhimento na previsão da ordenação positiva de vigência de todas as notas distintivas restritivas daria como resultado uma proposição pesada, deselegante ou até mesmo incompreensível; ou também, porque o legislador, como é o caso do BGB, quer regular a repartição do ónus da prova mediante o esquema de «regra» e «excepção».

Uma vez que o verdadeiro alcance de uma proposição jurídica só é cognoscível quando se tomam em conta as restrições contidas na lei, a proposição jurídica completa resulta somente da conexão da ordenação positiva de vigência com as ordenações negativas que, por sua vez, a restringem. À previsão de uma proposição jurídica pode pertencer, não só a presença, como a não presença de certos factos. No último caso, falamos de «notas distintivas negativas da previsão»⁽¹⁴⁾. O legislador é, em princípio, livre, tanto para incluir restrições, na forma de notas distintivas negativas, na previsão da própria norma que expressa a consequência jurídica, como para introduzi-las posteriormente, sob a forma de uma ordenação negativa de vigência. O § 398 do BGB diz que um crédito pode ser cedido a outrem pelo credor, mediante contrato. Esta proposição é restringida pelos §§ 399 e 400, segundo os quais não podem ceder-se créditos em certas circunstâncias. Em vez disso, o legislador poderia igualmente ter disposto no § 398 que um crédito poderia ser cedido se não se

(13) Esta nota distintiva pode ser também uma nota distintiva negativa; exemplos: os §§ 285 [não há mora sem culpa (N. do T.)] e 400 [exclusão da cessão nos créditos impenhoráveis (N. do T.)] do BOB.

(14) A este propósito, cf. JUTTA MINAS-von SAVIONY, *Negative Tatbestandsmerkmale, ein Beitrag zur Rechtssatz und Konkurrenzlehre*, 1972.

verificasse nenhuma das circunstâncias mencionadas nos §§ 399 e 400*. Se se intentasse formular o § 398 deste modo, haveria de reconhecer-se que a proposição assim resultante só dificilmente seria legível. Daria simplesmente mostras de um mau estilo a lei, se assim procedesse. Aos pressupostos da aquisição da propriedade de boa-fé, nos termos do § 932 do BGB, pertence também o facto de que a coisa não tenha sido extraviada ao proprietário, no sentido do § 935, parágrafo 1. Sem dúvida que a lei teria podido acolher este pressuposto, assim como a falta de boa-fé, na previsão do § 932**, sob a forma de nota distintiva negativa da previsão. Mas como esta nota distintiva da previsão é, por sua vez, restringida pelo número 2 do § 935 (e com isto é reposta a vigência da regra originária do § 932 para os casos mencionados neste número), haveria de resultar novamente uma formulação linguística pesada, dificilmente perceptível, se se quisesse expressar tudo isto numa única proposição. Por isso, a lei lança mão de uma dupla ordenação negativa de vigência, na qual a segunda restringe, por sua vez, a primeira.

Estes exemplos deveriam ter já mostrado suficientemente que as proposições jurídicas singulares não se acham isoladas umas das outras, mas que são muitas vezes proposições jurídicas incompletas, que só mediante a sua conexão produzem a proposição jurídica completa. Isto é absolutamente claro, quando na previsão ou na designação da consequência jurídica de uma proposição jurídica se remete para uma outra.

c) Proposições jurídicas remissivas

Tivemos já conhecimento de uma proposição jurídica, o § 462 do BGB, que na sua previsão remete para a previsão de uma outra. Prende-se com os §§ 459 e 460 do BGB, com vista a uma determinação mais precisa do que seja um defeito, em razão do

* § 399 (exclusão da cessão nos casos em que o crédito esteja, pela própria natureza da prestação, ligado à pessoa do credor ou por convenção das partes) (*N. do T.*); § 400 (exclusão da cessão nos créditos impenhoráveis) (*N. do T.*).

** § 932 (aquisição de boa-fé a um não titular) (*N. do T.*); § 935 (exclusão da aquisição em caso de coisa extraviada).

qual o comprador possa exigir a redibição da coisa ou a redução do preço. O § 249 do BGB remete, com as palavras «quem está obrigado a indemnizar», para todas as proposições jurídicas de onde decorra um dever de indemnizar nos termos de determinadas previsões; este parágrafo complementa com mais pormenor a consequência jurídica coordenada, e só vagamente delimitada, por essas normas jurídicas: a «obrigação de indemnização». Não raras vezes, a consequência jurídica de uma previsão é determinada mediante remissão para a de uma outra norma. Isto ocorre, as mais das vezes, por meio de fórmulas como «o mesmo vale».

Assim, o § 832, parágrafo 2, primeiro período, do BGB remete para a consequência jurídica do primeiro parágrafo, com as palavras: «a mesma obrigação impende sobre aquele que viole uma disposição legal que tenha por fim a protecção de outrem». O § 324, parágrafo 2, do BGB coordena para a previsão aí expressa a mesma consequência jurídica que está coordenada no parágrafo 1 do § 324, para o caso de uma impossibilidade de cumprimento por parte do credor. Muitas vezes, encontram-se também remissões globais. Assim, o § 467 do BGB remete, relativamente à redibição da coisa, para os preceitos do direito de resolução, que aduz em particular. O § 515 do BGB dispõe que os preceitos relativos à compra e venda têm aplicação correspelativa na troca; o § 581, parágrafo 2, do BGB dispõe que os preceitos relativos ao arrendamento do uso também têm aplicação correspelativa, com certas restrições, no arrendamento do uso e fruição. A aplicação «correspelativa» significa que os elementos singulares da previsão regulados mediante remissão e os da previsão a cuja consequência júnídica remete - ou seja, os elementos de um contrato de troca e de um contrato de compra e venda - devem pôr-se em relação uns com os outros, de modo a que aos elementos que devam ser considerados semelhantes se associe a mesma consequência júnídica, segundo a função de cada um e a sua posição na cadeia de sentido da previsão. Assim, por exemplo, num contrato de troca corresponde a cada uma das partes da permuta em relação com a coisa permutada posição idêntica à de um vendedor. Cada uma das partes da permuta responde assim, tal como o vendedor, pela evicção ou por defeitos da coisa. Em relação à coisa objecto da permuta, cada uma das partes tem para com ela a posição de um comprador, ou seja, antes do mais, a pretensão à entrega e outorga da propriedade. Em contrapartida, os preceitos respeitantes

tantes ao preço da compra não são aplicáveis, visto que este não é de todo objecto de acordo na troca. Isto acarreta certas dificuldades no que toca à realização de uma «minoração», questão que não é para ser aqui abordada⁽¹⁵⁾. Inclusivamente quando isto não é expressamente referido na lei, a aplicação da norma, para a qual se remete na norma remissiva, só pode ser «correspective». Há que evitar, portanto, equiparações e não podem excluir-se as diferenças que se apresentam a partir da coisa, isto é, das relações da vida a regular.

A remissão é um meio técnico-legislativo para evitar repetições incómodas. A lei pode conseguir o mesmo resultado que o alcançado através de uma remissão, mediante uma ficção.

d) Ficções legais como remissões⁽¹⁶⁾

A ficção jurídica consiste em equiparar voluntariamente algo que se sabe que é desigual⁽¹⁷⁾. Uma vez que a desigualdade efectiva daquilo que é equiparado é conhecida daquele que se serve da ficção, esta distingue-se de uma identificação incorrecta, erroneamente operada, ou da subsunção⁽¹⁸⁾. Deve distinguir-se a ficção como meio de técnica legislativa, como meio de fundamentação da sentença e o seu emprego na ciência.

(15) Cf. o meu *Lehrbuch des Schuldrechts*, voi. II, 1, 13.ª ed., § 46.

(16) Da quase inabarcável bibliografia sobre a ficção legal há que salientar: BERNHOFT, *Beiträge zur Erläuterung des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, fascículo 6, 1905; do mesmo autor, *Festschrift für Ernst Immanuel Bekker*, 1907, pág. 241 e segs.; BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, voi. I, pág. 101 e segs.; DEMELIUS, *Die Rechtsfiktion in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung*, 1958; ESSER, *Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen*, 1940; HANS ALBERT FISCHER, «Fiktionen und Bilder in der Rechtswissenschaft», *AcP* 117, pág. 134 e segs.; SOMLÓ, *Juristische Grundlehre*, pág. 524 e segs.; STAMMLER, *Theorie der Rechtswissenschaft*, 2.ª ed., pág. 199 e segs.; von THUR, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, voi. I, pág. 24; voi. 2, parte I, págs. 13 e 422 e segs.

(17) Cf. DEMELIUS, *ob. cit.*, págs. 39 e 76; FISCHER, *ob. cit.*, pág. 144.

(18) Nestes termos, acertadamente, BIERLING, *ob. cit.*, pág. 101.

As *ficções legais* têm normalmente como finalidade a aplicação da regra dada para uma previsão normativa típica (P1) a outra previsão normativa típica (P2). Desta forma, não são senão remissões encobertas⁽¹⁹⁾. Em vez de ordenar: as consequências jurídicas de P1 vigoram também para P2, a lei finge que P2 é um caso de P1. Como a lei não contém enunciados sobre factos mas ordenações de vigência, o legislador não afirma que P2 é na realidade igual a P1, ou que é um caso de P1, mas preceitua que para P2 valem as mesmas consequências jurídicas que para P1. Para conseguir este objectivo, dispõe que P2 deve ser considerado por quem aplica a lei «como se fosse um caso de P1. Em contrapartida, se P2 não deve ser considerado como se fosse um caso de P1, embora de facto o seja, então a lei quer excluir para P2 as consequências jurídicas de P1, de outro modo, sobreviriam - trata-se então de uma restrição encoberta.

No § 119, número 2, do **BGB** diz-se que vale também como erro «sobre o conteúdo da declaração (que a lei regulou no número 1) o erro sobre as qualidades da pessoa ou da coisa, que sejam essenciais no tráfego. A lei não quer com isto produzir enunciados acerca da relação em que está o erro sobre as qualidades, considerado psicológica ou fenomenologicamente, com o erro sobre o conteúdo. Decidir isto não seria tarefa nem estaria no poder de um legislador. A lei quer antes ordenar, mediante a equiparação do erro sobre as qualidades a um erro sobre o conteúdo nos casos indicados mais em concreto, que para estes casos vale a mesma regulação que para o erro sobre o conteúdo. O legislador pode ter distintas razões para não expressar abertamente a remissão e para vesti-la com a forma de uma ficção. Se se trata da complementação de uma lei anterior, a razão do emprego da ficção pode residir no empenho em manter a aparência de continuidade: na medida em que o legislador declara que o facto que tem agora de regular é de molde a cair sob a previsão de uma lei anterior, deixa esta aparentemente intocada. O receio de modificar abertamente uma lei existente ou o Direito consuetudinário poderá ter tido um certo papel, sobretudo nos tempos remotos da evolução do Direito. O emprego da ficção

(19) Cf. ESSER, *ob. cit.*, pág. 26 e segs.

pode ser, além disso, recomendável quando o próprio legislador tem dúvidas sobre se P 2 é um caso de pIOU não. Para cortar cerce, de uma vez por todas, uma tal dúvida, ordena a equipaçāo de ambas as previsões normativas, por via de ficção.

A ficção, em virtude do efeito sugestivo da formulação, comporta o perigo de ignorar a diferença efectiva que, por certo, existe entre **P 1 e P 2**, e, assim, a equiparação vem a alargar-se para além do que é substancialmente defensável⁽²⁰⁾. Além disso, a remissāo na veste de uma ficção só deve ser entendida de modo a que a norma, para a qual se remete, seja aplicável «correspectivamente». Von THUR observa⁽²¹⁾, com razão, que a equiparação jurídica «pode ir mais ou menos longe»; não precisa de ser necessariamente levada até ao fim em todos os planos. Se o legislador não reconheceu todas as consequências da equiparação que ordenou, pode, do escopo da lei, vir a resultar a necessidade de uma interpretação restritiva. Nos casos dos §§ 108, n.º 2 e 177 n.º 2, a autorização «vale» como recusada quando não é, depois de requerida, emitida num determinado prazo. O silêncio em relação ao que é requerido tem o mesmo efeito jurídico que a declaração de que a autorização tenha sido rejeitada, a saber: a de que a autorização não pode já ser concedida. Com isto deve criar-se na contraparte a consciência da situação em que se encontra. Não se trata de se aquele que pode autorizar quis ou não com o seu silêncio expressar a vontade de recusar a autorização; mesmo no caso em que uma tal vontade tenha faltado, a contraparte acha-se protegida. Não tem por isso cabimento uma anulação por erro, nos termos do n.º 1 do §§ 199 do BGB, porque aquele que tem competência para a autorização não quis com o seu silêncio emitir uma declaração com tal conteúdo. O escopo da lei veda a aplicação em termos idênticos de todas as disposições sobre as declarações de vontade à declaração negocial ficta. Seria aplicável, por exemplo, o § 123 do BGB, se a entidade competente para a autorização tivesse sido induzida ao silêncio por meio de dolo ou de coacção ilícita.

Por vezes, a lei serve-se de uma ficção onde poderia ter alcançado do mesmo modo os seus objectivos, mediante uma

⁽²⁰⁾ Cf. ESSER, *oh. cit.*, pág. 31 e segs.

⁽²¹⁾ *Oh. cit.*, vol. 2, Parte 2, pág. 13.

definição⁽²²⁾. Assim, o BGB, no § 92, parágrafo 1, dá primeiro uma definição do conceito «coisas consumíveis», que começa com as palavras: «são havidas como coisas consumíveis». Decerto que a lei poderia igualmente ter introduzido o número dois, em vez daquelas, com estas palavras: «são também coisas consumíveis, no sentido da lei», ou poderia ter reunido ambos os parágrafos numa única proposição. Não se vê qualquer razão para que as coisas mencionadas no parágrafo um devam considerar-se «coisas consumíveis» *per definitionem* e as mencionadas no parágrafo dois o sejam só em virtude de uma ficção. Quando o § 812, parágrafo 2, do BGB dispõe: «é havida também como prestação o reconhecimento da existência ou não existência de uma relação obrigacional realizado por via do contrato», também aqui não se entrevê nenhum fundamento para a forma de ficção; a lei poderia muito bem ter dito: «prestação, no sentido deste preceito, é também...». Não se trata senão de um esclarecimento do conceito jurídico «prestação», que se encontra na livre disposição do legislador.

Por tudo isto, a ficção legal é um meio de expressão que desempenha a função ora de uma remissāo, ora de uma restrição, ora de uma aclaração. O sentido e o alcance de uma remissāo ou restrição hão-de inferir-se em cada caso do contexto e do escopo da lei, e delimitar-se em conformidade com estes. Isto é válido também a respeito da ficção da «retroacção» de um facto⁽²³⁾.

Distinta da função legal há que considerar a *ficção como meio de fundamentação de uma sentença judicial*. A fundamentação, diferentemente da norma jurídica, manifesta a pretensão de correção, no sentido de um conhecimento adequado; não ordena, mas quer convencer⁽²⁴⁾. No contexto da fundamentação de uma sentença, a ficção significa que um elemento da previsão, do qual o juiz faz derivar uma consequência jurídica, é ficcionado, quer dizer, é dado por ele como presente na situação de facto, embora

⁽²²⁾ ESSER, *oh. cit.*, pág. 98 e segs., fala nestes casos de «ficções definitórias».

⁽²³⁾ Sobre este ponto, von THUR, *oh. cit.*, pág. 25 e segs.

⁽²⁴⁾ Note-se bem que aqui se fala da *fundamentação* da sentença. O juízo decisório é, enquanto tal, ordenação de vigência, na medida em que pode alcançar força de caso julgado; está assim submetido ainda a outros critérios de apreciação.

ele saiba, ou pelo menos isto devia ser-lhe claro, que na realidade assim não é. A jurisprudência dos tribunais operou durante muito tempo com declarações de vontade ficcionadas, por exemplo quando queria chegar a uma exclusão de responsabilidade. A ficção encobre aqui os fundamentos determinantes da decisão; reduz a fundamentação a uma fundamentação aparente.

3. A proposição jurídica como elemento de uma regulação

As explanações precedentes deixam já perceber que as proposições jurídicas contidas numa lei não estão simplesmente umas ao lado das outras, mas estão relacionadas entre si de diferente modo e só na sua recíproca delimitação e no seu jogo concertado produzem uma regulação. A ordem jurídica não consiste num acervo de proposições jurídicas, mas em regulações. Na regulação de uma determinada matéria, por exemplo, o Direito da compra e venda, da locação, dos actos ilícitos, o legislador não alinha simplesmente as diversas normas jurídicas umas ao lado das outras, mas conforma, ao invés, as previsões e associa-lhes certas consequências jurídicas, sob determinados pontos de vista rectores. Estes pontos de vista rectores só proporcionam a compreensão de cada proposição jurídica segundo o significado que em cada caso lhe cabe e no seu jogo concertado. Elaborar as referências de sentido que daí resultam é uma das tarefas principais da Jurisprudência. Cada proposição jurídica, inclusivamente uma proposição jurídica completa, é sempre considerada pela Jurisprudência como parte de uma regulação mais ampla.

Tomemos como exemplo uma proposição do Direito de compra e venda, o § 447, parágrafo 1, do BGB. Diz assim: «Se o vendedor, a pedido do comprador, envia a coisa vendida para um lugar distinto do lugar do cumprimento, o risco recai sobre o comprador, logo que o vendedor tenha entregue a coisa ao expedidor, ao portador ou a qualquer outra pessoa ou entidade indicados para a execução do envio». Se abstrairmos da problemática que se acoita por detrás da expressão «lugar do cumprimento», a previsão é compreensível desde logo, com base no texto legal. Mas o que é que se quer dizer com a transferência do risco para o comprador, ou seja, a consequência jurídica? Do § 446, que aqui se toma como referência, resulta que se trata do «risco da

perda ou deterioração fortuita da coisa» (da coisa comprada). Mas que significado tem para a relação jurídica que o vendedor suporte este risco até ao momento indicado na lei, e depois o venha a fazer o comprador? O *vendedor* suporta o risco, em sentido jurídico, se, no caso de o risco se verificar, perder total ou parcialmente o direito ao preço da coisa vendida. Então, do § 323, parágrafo 1, do BGB resulta que o vendedor perde, em regra, o direito ao preço da coisa vendida se a prestação que lhe incumbe - isto é, segundo o contrato, a entrega da coisa ao comprador e a criação da propriedade a seu favor (que há que distinguir da entrega) - se torna impossível, em resultado de uma circunstância que nem a ele nem ao comprador «seja imputável» no sentido da lei. Por conseguinte, a transferência do risco da perda fortuita para o comprador significa que o vendedor conserva em tal caso o direito ao preço da coisa vendida, se bem que o cumprimento lhe seja de ora em diante impossível, que o tenha perdido, nos termos do § 323 do BGB. No que toca ao caso de deterioração da coisa, o § 459 do BGB diz que o vendedor de uma coisa tem que responder perante o comprador em relação a que «aquela, no momento em que o risco se transfere para o comprador, não tenha defeitos», que afastem ou diminuam o seu valor ou utilidade. O comprador pode então anular a compra e venda ou exigir uma redução do preço (§ 462 do BGB). Nestes termos, a transferência para o comprador do risco de uma deterioração fortuita significa que o vendedor, em virtude de um tal defeito que surja somente após esse momento - por exemplo, a danificação da coisa durante o transporte - , não necessita de responder perante o comprador, ou seja, não tem de preocupar-se nem com a perda nem com a minoração do seu direito ao preço da coisa vendida. Do ponto de vista do comprador, a transferência do risco para ele significa que, desde esse momento, tem que pagar o preço total da coisa vendida, inclusivamente se a coisa perece no transporte, sofre uma desvalorização ou se deteriora. Que este é o sentido da regra do § 447 do BGB é algo que só se reconhece em conexão com as regras, por um lado, sobre contratos sinalagmáticos (§ 323 do BGB) e, por outro, sobre a prestação de garantia pelos defeitos da coisa na compra e venda (§§ 459 e segs. do BGB).

Se perguntarmos, além disso, porque é que a lei permite transferir para o comprador o risco da perda (total ou parcial) do

direito ao preço da coisa vendida (no caso de um perecimento fortuito ou deterioração da coisa) numa «venda por correspondência», precisamente no momento da entrega da mercadoria ao transportador ou ao encarregado do «estabelecimento de transporte» - em vez de à chegada e, assim, com a entrega da mercadoria ao comprador - , então as palavras «a pedido do comprador» são aqui importantes. O vendedor que, «a pedido do comprador», aceita enviar a este último a coisa, e nomeadamente para um lugar distinto do «lugar do cumprimento» - quer dizer, o lugar em que devia efectuá-lo, nos termos do contrato - faz com isso mais do que se a tal estivesse «estritamente» obrigado. Aceita uma prestação acessória suplementar, mas não quer com isso aceitar nenhum risco suplementar e tão-pouco deve aceitá-lo, segundo a valoração legal. Também a valoração legal que está por detrás da norma só se manifesta quando olharmos a norma, não isoladamente, mas em conexão com a regulação respectiva. A divisão usual das leis em parágrafos ou artigos aparentemente separados entre si não deveria obscurecer o facto de que neles se trata só de partes de um mecanismo de proposições mais amplo, que só poderão ser plenamente entendidas na sua conexão com outras proposições, que frequentemente aparecem na lei num lugar bastante mais afastado.

Que o alcance de dada proposição jurídica só pode ser entendido também em conexão com a regulação total a que pertence e, para além disso, frequentemente, em conexão com outras regulações e com "a relação em que estas se encontram entre si, é algo que se manifesta especialmente quando várias proposições jurídicas ou regulações concorrem entre si.

4. Confluência (concurso) de várias proposições jurídicas ou regulações

As previsões de várias proposições jurídicas podem coincidir em ampla medida ou parcialmente, de tal modo que a mesma situação de facto seja abarcada por elas. Fala-se então de uma confluência ou concurso de proposições jurídicas. Se ambas as proposições jurídicas ordenam exactamente as mesmas consequências jurídicas, como, por exemplo, as proposições jurídicas dos

dois números do § 823*, então o concurso não levanta problemas. Se A causa um dano à saúde de B, por meio de uma acção ou omissão negligentes, que, ao mesmo tempo, configura uma infracção à lei sobre medicamentos, está obrigado, segundo ambos os parágrafos do § 823 do BGB a ressarcir o dano. O direito de B ao ressarcimento do dano está duplamente escorado na lei. Se as consequências jurídicas de ambas as disposições são diferentes sem que, no entanto, se excluam reciprocamente, cabe perguntar se *ambas* as consequências jurídicas sobrevêm uma a par da outra e se a de uma proposição jurídica exclui as outras, de modo a que só tenha as consequências da primeira. Se as consequências jurídicas se excluem reciprocamente, só *uma* das proposições jurídicas é que pode conseguir aplicação. Pois que não teria sentido que a ordem jurídica quisesse prescrever ao mesmo tempo A e não A. Portanto, tem que se decidir em tais casos qual das proposições jurídicas prevalece sobre a outra. Se uma das normas jurídicas é anterior no tempo à outra, a mais antiga cede à mais recente, uma vez que deve aceitar que o legislador, ao estabelecer uma nova norma, quis abolir uma regra mais antiga em contrário. Mas, se as proposições jurídicas que entre si concorrem se acham na mesma lei, são necessários outros critérios para se decidir se há-de aplicar-se uma de par com a outra, ou se apenas uma, e qual delas então prevalece. Aqui existem muitas discrepâncias (25).

* Texto do § 823 do BGB:

(1) Quem com dolo ou mera culpa ofender ilicitamente a vida, a integridade física, a saúde, a liberdade, a propriedade ou um outro direito alheio, será obrigado a indemnizar o dano daí resultante.

(2) A mesma obrigação impede sobre aquele que violar uma lei que tenha por fim a protecção dos interesses de outrem. Se nos termos do conteúdo da lei for possível a sua violação independentemente de culpa, o dever de indemnizar só ocorre nos casos de culpa (*N. do T.*).

(25) Desde logo, a própria terminologia é confusa. Alguns, especialmente DIETZ, denominam de «concurso de normas» o caso em que uma norma afasta outra. É ao que corresponde o uso linguístico na doutrina jurídico-penal. Na doutrina juscivilista, a expressão «concurso de normas» é também empregue para designar *todos* os casos em que as previsões de várias proposições jurídicas dizem respeito à mesma situação de facto. Então distingue-se entre concurso de leis cumulativo, alternativo e excluente (ENNECCERUS-NIPPERDEY). No caso em que várias normas fundamentadoras de pretensões sejam aplicáveis à mesma situação de facto,

Partimos da Suposição de que nenhuma das vanas normas que concorre com as outras é, em princípio, de «nível hierárquico superior» a outra e que, portanto, se trata de normas do mesmo nível. De nível superior é, em especial, o Direito Constitucional em relação com a simples legislação ordinária. No intento de fornecer um critério, orientado segundo a lógica, em relação à questão de quando é que uma norma afasta outra do mesmo nível hierárquico, DIETZ acreditou poder reduzi-la a se as previsões de ambas as normas estão entre si numa relação lógica de especialidade ou não. Estão entre si numa relação lógica de especialidade se o âmbito de aplicação da norma especial se insere totalmente no da mais geral, quando, portanto, todos os casos da norma especial são também casos da norma mais geral. É o que acontece quando a previsão da norma especial contém todas as notas distintivas da norma mais geral e, além disso, pelo menos, uma nota distintiva adicional. Segundo DIETZ, nestes casos a norma especial afasta sempre, no seu âmbito de aplicação mais reduzido, a norma mais geral, o que não significa senão que a norma mais geral é restringida pela especial⁽²⁶⁾. No entanto,

fala-se de «concurso de pretensões» ou também de «concurso de normas de pretensão». Como expressão englobante de todos os casos de simultaneidade de várias proposições jurídicas é recomendável a expressão «concurso de normas». Da abundante bibliografia há que salientar: DIETZ, *Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt*, 1934; ENNECERUS-NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil*, § 60; GEORGIADES, *Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozeßrecht*, 1968; HRUSCHKA, «Pflichtenkollisionen und Pflichtenkonkurrenzen», in: *Festschrift für Karl Larenz*, 1983, pág. 257; LENT, *Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeßrecht*, 2 vols., 1912-1916; MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, §§ 54 e segs.; MEZGER, *Strafrecht (Lehrbuch)*, § 69; SCHLECHTRIEM, *Vertragsordnung und außervertragliche Haftung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Konkurrenz von Ansprüchen aus Vertrag und Delikt*, 1972; RUD. SCHMIDT, *Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht*, 1915. Cf. também ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 7.ª ed., pág. 162 e segs.

(26) MINAS-v. SAVIGNY, *Negative Tatbestandsmerkmale...*, inclui, por isso, todas as proposições jurídicas restritivas nas normas concorrentes (se bem que só nas «aparentemente concorrentes»). Habitualmente, não se fala de um problema de concurso quando a função de uma proposição jurídica reside claramente na restrição de uma outra (por exemplo, segundo o modo como vai redigida ou de acordo com a sua posição na lei), mas apenas quando tal é duvidoso.

dito assim de um modo tão geral, isso não é exacto⁽²⁷⁾. Com efeito, sempre que as consequências juídicas das proposições jurídicas concorrentes são entre si compatíveis, trata-se de saber se as consequências jurídicas da norma especial só complementam, nos termos da intenção reguladora da lei, a norma mais geral, a modificam, ou, ao invés, a devem substituir no seu âmbito de aplicação. Esta é uma questão de interpretação (teleológica e sistemática). Só quando as consequências jurídicas se excluem é que a relação lógica de especialidade conduz necessariamente ao afastamento da norma mais geral, já que no caso contrário a norma especial não teria qualquer âmbito de aplicação. É de uma relação de especialidade no sentido de uma norma restritiva que se trata, sem dúvida, na relação do parágrafo segundo com o parágrafo primeiro do § 565 do BGB. O parágrafo primeiro regula os prazos de denúncia das relações arrendatícias sobre «terrenos, locais ou navios inscritos no registo de navios» em geral. O parágrafo segundo regula, em derrogação a isto, os prazos de denúncia para as relações de arrendamento para «habitação». Segundo o escopo da lei (protecção do arrendamento para habitação), é claro que em relação ao arrendamento para habitação só devem valer os prazos do parágrafo segundo e não os do primeiro. Por isso, o parágrafo primeiro deve ler-se de tal modo que por detrás da palavra «local» se deva intercalar, de acordo com o sentido, «excepto locais para habitação». Com o que se expressa claramente a limitação da regra do parágrafo primeiro pela do segundo. Coisa distinta ocorre no caso do § 463 do BGB*. Todos os casos em que falte à coisa vendida uma qualidade garantida logo à data do contrato de compra e venda e ainda no momento de transferência do risco são também, por certo, casos do § 459, parágrafo 2**

(27) Cf. ENNECERUS-NIPPERDEY, *ob. cit.*, § 60, 11.

* Texto do § 463 do BGB (indemnização por não cumprimento): Se à coisa vendida faltar, à data da compra, uma qualidade garantida, poderá o comprador exigir, em vez da redibição ou redução, uma indemnização por não cumprimento. O mesmo vale quando o vendedor tenha dolosamente ocultado um defeito da coisa. (*N. do T.*).

** Texto do § 459 do BGB (responsabilidade por defeitos de coisa):

(1) O vendedor de uma coisa responde perante o comprador pela existência, à data em que o risco se transfere para o comprador, de defeitos que eliminem ou reduzam o valor ou utilidade da coisa para o seu uso corrente ou pressuposto pelo contrato. Não deve ser tida em conta uma redução insignificante do valor ou da utilidade.

(2) O vendedor responde também pela existência na coisa, à data da transferência do risco, das qualidades garantidas (*N. do T.*).

e, com isso, do § 462***. Mas a consequência jurídica do § 463 - indemnização por não cumprimento - não entra, no entanto, no lugar da do § 462, mas pode o comprador escolher entre ambas as consequências jurídicas. ENNECCERUS-NIPPERDEY falam aqui, por isso, de «concurso alternativo». O § 463 não afasta no seu âmbito de aplicação o § 462, mas complementa-o e modifica-o.

Rá que distinguir dos casos de especialidade aqueles em que coincidem só parcialmente as previsões de duas normas; quer dizer, alguns casos caem sob uma previsão, outros sob a outra, e outros sob ambas. De novo se coloca a questão de se, na medida em que uma situação de facto se adeque a ambas as previsões, subentram ambas as consequências jurídicas de par uma com a outra, ou se uma afasta a outra. Também aqui depende, mais uma vez, do sentido e escopo das regras em questão e das valorações que lhes estão por detrás. Pode ser que a lei tenha querido submeter, por motivos especiais, determinados eventos a uma regulação unitária que considerou como exclusiva para estes casos. Se, se quisesse então, mesmo assim, aplicar esta outra norma a uma parte desses eventos que caem também sob a previsão de uma outra norma, o escopo da regulação especial poderia, com isso, vir a frustrar-se para uma parte dos casos. Por isso, é de aceitar em tais casos o afastamento da outra norma⁽²⁸⁾. Se ao invés, uma

*** Texto do § 462 do BGB (redibição; minoração): Em razão de um defeito, pelo qual haja o vendedor de responder nos termos dos preceitos dos §§ 459 e 460, pode o comprador exigir a anulação da compra (redibição) ou a redução do preço (minoração). (N. do T).

(28) Nestes termos, também DIETZ, *ob. cit.*, pág. 62. Ele fala aqui, acertadamente, não de especialidade, mas de «subsidiariedade em consequência de uma regulação exaustiva». Como exemplo pode aqui servir a relação dos preceitos sobre garantias relativas aos defeitos da coisa na compra e venda (§§ 549 e segs. do BGB) com a anulação com base em erro resultante de erro sobre as qualidades (§ 119, parágrafo 2). Como se podem dar casos de uma qualidade em que um defeito da coisa, no sentido do § 459, não assenta na falta de uma qualidade, essencial no tráfego, da coisa, não existe relação de «especialidade» em sentido lógico. A aplicação simultânea do parágrafo 2, § 119 do BGB, de par com os preceitos relativos à responsabilidade por defeitos haveria, porém, de contrariar o escopo de alguns destes preceitos. Por isso, a doutrina dominante admite aqui - por via de uma interpretação teleológica da lei - o afastamento do parágrafo 2 do § 119. Cf., a este propósito, o meu *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. 11, 1, 13.a ed., pág. 73 e segs.

das duas normas não deve ser considerada como regulação exaustiva, então ambas as normas são aplicáveis de par uma com a outra, sempre que as suas previsões sejam coincidentes e as consequências jurídicas se não excluam mutuamente. Assim, a jeito de exemplo, uma perturbação da propriedade pode ser julgada tanto segundo o § 1004 do BGB, como segundo o § 832, parágrafo 1. As consequências jurídicas - pretensão de abstenção e pretensão de indemnização por danos - não se excluem, antes se complementam reciprocamente. Trata-se, na terminologia de ENNECCERUS-NIPPERDEY, de um «concurso cumulativo». É dela que se trata também nos casos do denominado «concurso de pretensões» e «concurso de normas de pretensão»⁽²⁹⁾.

Não são só proposições jurídicas singulares que podem entrecortar-se entre si no seu âmbito de aplicação, mas também complexos de regulação globais. Uma das questões de concurso mais discutidas em Direito civil é a de relação entre responsabilidade contratual e extracontratual. A lei contém para ambas normas numerosas e, em parte, muito diferenciadas, cujas previsões se podem entrecortar entre si de diversos modos. Decerto que nem toda a violação de um contrato é já também, enquanto tal, uma «acção ilícita», no sentido dos §§ 823 e segs. do BGB, de modo que a relação de «especialidade» não ocorre aqui. Não obstante, muitas violações de contratos, em especial as violações dos deveres de protecção contratual, realizam concomitantemente a previsão de uma acção ilícita. Poder-se-ia pensar que a lei regulou exaustivamente os casos de violação de contrato, tendo em vista justamente a relação especial existente, de modo a que, enquanto tal, a regulação jurídico-delitual fosse afastada pela regulação contratual. Esta não é, no entanto, a posição da doutrina largamente dominante. Parte ela antes de que ambos os complexos de regulação são aplicáveis, em princípio, um de par com o outro⁽³⁰⁾.

(29) Trata-se nesta distinção da questão de se, no caso de aplicabilidade simultânea de várias normas que fundamentam pretensões, surgem várias pretensões que estão dirigidas ao mesmo objectivo, mas que, por exemplo, podem ser cedidas ou reclamadas independentemente, ou se é só uma pretensão que surge, e que está fundada na lei de vários modos. A este propósito, cf. a bibliografia indicada por GEORGIADES e SCHLECHTRIEM, bem como o meu *Lehrbuch des Allgemeinen Teils*, 7.a ed., § 14, IV.

(30) Cf. DIETZ, *ob. cit.*, pág. 69 e segs.; GEORGIADES, *ob. cit.*, pág. 84 e segs.; SCHLECHTRIEM, *ob. cit.*, pág. 27 e segs.; ESSER, *Schuldrecht*, 4.a ed., § 112, V; o meu *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. II, 12.a ed., § 75, VI.

Como os preceitos sobre os delitos são, em determinados aspectos, mais favoráveis ao lesado que os jurídico-contratuais, quer também deixar-se ao lesado as vantagens que daí resultam, se, concomitantemente, se trata de uma violação do contrato. No entanto, há casos em que a aplicação do Direito sobre delitos de par com as normas jurídico-contratuais haveria de perturbar sensivelmente a regulação com estas intentada. Isto é válido em especial para os casos em que o Direito sobre delitos e o Direito relativo aos contratos colocam exigências distintas em relação ao grau de culpa suficiente para gerar responsabilidade ou conhecem diferentes prazos de prescrição. Se nos casos em que a lei exige excepcionalmente uma culpa qualificada para uma pretensão de indemnização por dano por causa de violação do contrato (§§ 521, 599, 690, 708 do BGB), viesse a ocorrer, existindo só negligência leve, a pretensão de indemnização do § 823 do BGB, isto haveria de conduzir a que a regulação do Direito contratual seria aqui em grande medida ilusória. Por este motivo, a doutrina dominante recusa nestes casos também a pretensão delitual, quer dizer, deixa que prevaleça neste ponto a regulação do Direito contratual. Isto só está, de resto, justificado, como sublinham⁽³¹⁾ ESSER e SCHLECHTRIEM, na medida em que a *ratio legis* da atenuação da responsabilidade jurídico-contratual exija, de facto, deixar à livre ponderação toda a pretensão de indemnização. Este é o caso, na opinião destes autores, apenas quando com a conduta do devedor foi precisamente lesado o interesse do credor na realização pontual da prestação contratual. Só então procede a atenuação da responsabilidade e isto também, decerto, no que toca à pretensão delitual. Em contrapartida, esta não deve proceder sempre que o interesse do credor na conservação dos seus outros bens jurídicos, quer dizer, num interesse de protecção, tenha sido violado. No caso de lesão de um interesse de protecção contratual, subsiste, portanto, a responsabilidade, qualquer que seja o grau de culpa.

No caso em que uma mesma conduta represente tanto uma violação do contrato como um delito, concorrem em simultâneo não só duas normas, mas dois complexos de regulação. Em prin-

⁽³¹⁾ ESSER, *oh. cit.*, § 112, V. 3; SCHLECHTRIEM, *oh. cit.*, págs. 333, 346 e segs.; 388 e segs., 418 e segs.

cípio, são aqui aplicáveis ambas as regulações, de par uma com a outra; trata-se de «concurso cumulativo de normas»⁽³²⁾. Ambas as regulações coincidem no facto de que, em princípio, ligam um dever de indemnização por danos a toda a conduta culposa. Nos casos em que a regulação jurídico-contratual exige uma culpa qualificada, isso significa que acolhe a *decisão negativa* do legislador de que na falta de uma tal culpa *não* deve surgir uma pretensão de indemnização por danos. Se, apesar disso, fosse aplicada também nestes casos a regulação jurídico-delitual, isso equivaleria a fazer cair esta decisão do legislador. Ambas as regulações incorreram, por isso, no que respeita a este caso, numa contradição, que a doutrina dominante soluciona a favor da regulação jurídico-contratual - que, segundo ESSER e SCHLECHTRIEM, fora antes interpretada restritivamente. Trata-se aí, de um ponto de vista metodológico, de uma redução teleológica do âmbito de aplicação das regras jurídico-delituais, a favor da decisão que o legislador tomou no Direito contratual. Em contrapartida, nos casos em que ESSER e SCHLECHTRIEM não querem aplicar a norma jurídico-contratual, que atenua o critério de responsabilidade - isto é, nos casos de violação do dever de protecção - , trata-se de uma redução teleológica da norma jurídico-contratual. Dado que nestes casos não existe uma contradição entre a regulação jurídico-contratual e a jurídico-delitual, e está fundamentada, segundo ambas, uma pretensão de indemnização por danos, ambas as regulações continuam a ser aplicáveis, de par uma com a outra.

5. O esquema lógico da aplicação da lei

As proposições jurídicas são, como dissemos, regras de conduta ou de decisão, expressas em forma de linguagem. Para cumprirem esta sua função têm de ser aplicadas. Como é aplicada uma norma jurídica?

A resposta a esta pergunta parece fácil. Como quadro invárrivel adentro do qual se leva a cabo toda a aplicação de uma norma jurídica, temos à disposição um esquema lógico aparen-

⁽³²⁾ No sentido de ENNECCERUS-NIPPERDEY, *oh. cit.*; § 60, I.

temente simples. A dúvida sobre se este esquema é suficiente surge necessariamente do conhecimento, proporcionado pelas reflexões feitas até aqui, de que não aplicamos apenas normas jurídicas isoladas, mas, na maioria das vezes, aplicamos uma regulação global, com inclusão das decisões «negativas» que nela se encontram. A principal dificuldade resulta, no entanto, da natureza dos meios de expressão linguística e da inevitável discrepância entre a regulação projectada para uma determinada realidade e a variabilidade desta realidade, quer dizer, o carácter «fluido» da maior parte dos factos regulados. Disso ocupar-nos-emos detidamente no próximo capítulo. Aqui deixamos nomenclaneamente de lado essas dificuldades e limitamo-nos sobretudo ao suporte lógico, cuja importância na aplicação do Direito se não sobrevaloriza, mas que também não deve deixar de se ter em atenção.

a) O silogismo de determinação da consequência jurídica

Vimos anteriormente que uma proposição jurídica completa, segundo o seu sentido lógico, diz: sempre que a previsão P está realizada numa situação de facto concreta S, vale para S a consequência jurídica C. A previsão P, conformada em termos gerais, realiza-se numa determinada situação de facto quando S, do ponto de vista lógico, é um caso de P. Para saber que consequência jurídica vigora para uma situação de facto - cuja procedência me é sempre dada - tenho, portanto, que examinar se esta situação de facto é de subordinar, como «caso», a uma determinada previsão legal. Se assim for, a consequência jurídica resulta de um silogismo que tem a seguinte forma:

Se P se realiza numa situação de facto, vigora para essa situação de facto a consequência jurídica C (premissa maior).

Esta determinada situação de facto S realiza P, quer dizer, é um «caso» de P (premissa menor).

Para S vigora C (conclusão).

Este silogismo, sem a formulação hipotética da premissa maior, portanto de modo mais abreviado, pode ser também assim expresso⁽³³⁾:

⁽³³⁾ Cf. ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, pág. 8 e segs.

$P \rightarrow C$ (quer dizer, para todo o caso de P, vale C).

$S = P$ (S é um caso de P)⁽³⁴⁾.

$S \rightarrow (Para\ S\ vigora\ C)$.

Denomo esta figura lógica de «silogismo de determinação da consequência jurídica». Nele, a premissa maior é constituída por uma proposição jurídica completa⁽³⁵⁾ e a premissa menor pela subordinação de uma situação de facto concreta, como um «caso», à previsão da proposição jurídica. A conclusão afirma que para esta situação de facto vale a consequência jurídica mencionada na proposição jurídica.

Com isto, apenas ficou sem dúvida caracterizado o caso mais simples. O mesmo acontecimento da vida pode realizar, embora não porventura com todos os seus traços particulares, as previsões de diferentes proposições jurídicas, que são aplicáveis conjuntamente. Assim, como vimos, uma mesma conduta pode realizar a previsão de uma violação de contrato e de um acto ilícito. A consequência jurídica é, de acordo com ambas as normas, o surgimento de uma obrigação de indemnização. Podemos caracterizar isso deste modo:

$$\begin{array}{c} p_1 \rightarrow C \\ S = p_1 \\ \hline S \rightarrow C \ (P^1) \end{array}$$

$$\begin{array}{c} p_2 \rightarrow C \\ S = p_2 \\ \hline S \rightarrow C \ (P^2) \end{array}$$

p_1 designa aqui a previsão da violação do contrato; p_2 a do acto ilícito. C está fundada tanto em p_1 como em p_2 , ou seja, em ambas as normas. Mas também é possível que das duas previsões tomadas em consideração só uma esteja realizada na

⁽³⁴⁾ O símbolo de igualdade adequa-se apenas de modo deficiente ao que se pretende, no que tenho de concordar com KOCH/RÜSSMANN, *ob. cit.*, pág. 64. S e P nunca são iguais, uma vez que é irredutível a distância entre o particular e o geral. Só se assemelham tendo em vista que S ostenta - para além doutras, que lhe são específicas - todas as notas mediante as quais P é caracterizada. Falta, porém, um símbolo adequado para o que aqui se pretende.

⁽³⁵⁾ Mais precisamente: uma proposição enunciativa do conteúdo de que esta proposição jurídica vigora.

situação de facto. Por exemplo quando o acto ilícito não é simultaneamente violação de contrato. Então resulta o seguinte esquema:

$$\begin{array}{l} \text{pl} \rightarrow C \\ \text{S não = pl} \\ \hline \text{S não} \rightarrow C \text{ (de Pl)} \end{array}$$

$$\begin{array}{l} \text{p2} \rightarrow C \\ \text{S = P2} \\ \hline \text{S} \rightarrow C \text{ (de P2)} \end{array}$$

Estas figuras ensinam-nos⁽³⁶⁾ que da negação da ordenação de uma situação de facto à previsão de uma determinada norma jurídica não se segue necessariamente a negação da consequência jurídica, já que esta, possivelmente, se funda numa outra previsão. Para chegar realmente à negação de uma determinada consequência jurídica, como, por exemplo, de uma obrigação de indemnização, aquele que aplica a norma tem portanto de estar seguro de que não entra em questão nenhuma outra proposição jurídica que ordene a mesma consequência jurídica. Assim, a jeito de exemplo, uma obrigação de indemnização poderia, em virtude de imputabilidade diminuída do lesante, não se fundar em violação do contrato, nem no § 823 do BGB*, mas sim no § 829 do BGB**, se no caso dado se verificarem os pressupostos especiais desta mesma disposição. Decorre disto a necessidade de, para a resolução de um «caso jurídico», se examinarem as proposições jurídicas que em virtude das suas previsões hajam de ser consideradas relevantes.

Como vimos, a lei restringe, não raramente, uma ordenação de consequências jurídicas concebida de modo demasiado amplo, por forma a, mediante uma ordenação negativa de vigência, excluir da sua aplicação uma parte dos casos que recaíam sob a previsão da primeira norma. A proposição jurídica completa é então apenas a que resulta quando se toma em consideração também a norma restritiva. Assim, não é suficiente a comprovação de que a situação de facto cai sob a previsão da norma conformada de modo excessivamente amplo; tem de ser também comprovado que ela cai sob a previsão da norma restritiva. A consequência jurídica

referida na primeira norma só vale para tal situação de facto quando ela recaia sob a previsão da primeira norma, mas não caia sob a previsão da norma restritiva.

b) A obtenção da premissa menor: o carácter meramente limitado da ccsubsunção»

A problemática do procedimento silogístico referido reside principalmente, como desde há muito se reconheceu⁽³⁷⁾, na correcta constituição das premissas, especialmente da premissa menor. No que respeita à premissa maior, não se pode, decerto, admitir que possa ser retirada simplesmente do texto da lei. Ao invés, toda a lei carece de interpretação e nem toda a proposição jurídica está, de modo algum, contida na lei. Disto tratar-se-á nos capítulos IV e V. A obtenção da premissa menor, ou seja, do enunciado de que S é um caso de P, denomina-se comumente de processo de «subsunção», cujo núcleo se considera também um silogismo lógico. O esquema deste silogismo representa-se do seguinte modo:

P está caracterizada de modo pleno pelas notas N1, N2, N3.
S apresenta as notas N1, N2, N3.
Logo, S é um caso de P.

Na lógica entende-se por silogismo de subsunção um silogismo «que ocorre de modo a que os conceitos de menor extensão se subordinem aos de maior extensão, se subsumam a estes»⁽³⁸⁾. Isto só pode ocorrer definindo ambos os conceitos e estabelecendo de seguida que todas as notas do conceito superior se repetem no conceito inferior, o qual tem por isso uma extensão menor, porque, para além de todas as outras, ainda se diferencia pelo menos por uma nota adicional. Assim, por exemplo, o conceito «cabalo» pode ser subsumido ao conceito «mamífero», porque todas as notas necessárias e suficientes para a definição de «mamífero»

(36) É o que refere também ENGISCH, *ob. cit.*, pág. 13.

* Relativo à indemnização por facto ilícito (*N. do T.*).

** Relativo à indemnização por motivo de equidade (*N. do T.*).

(37) Cf. ENGISCH, *ob. cit.*, págs. 13 e 18.

(38) HÜFFMEISTER, *Wörterbuch der philosophischen Begriffe*, 2.ª ed., 1955.

se repetem também no conceito de «cavalo», plenamente definido. No entanto, no silogismo que serve de base à aplicação do Direito não se subsumem conceitos mais restritivos a outros mais extensos, mas, pelo menos assim parece, factos à previsão configurada na lei⁽³⁹⁾. Vendo bem, não são os factos que são subsumidos - como seria isso possível? - mas *enunciados* sobre uma situação de facto, ocorrida como tal. A situação de facto como enunciado, tal como aparece na premissa menor do silogismo de determinação da consequência jurídica e também no silogismo de subsunção, tem que ser distinguida da situação de facto enquanto fenómeno da vida, a que se refere tal enunciado. A premissa menor do silogismo de subsunção é o enunciado de que as notas mencionadas na previsão da norma jurídica estão globalmente realizadas no fenómeno da vida a que tal enunciado se refere. Para poder produzir esse enunciado, tem que ser antes julgada a situação de facto enunciada, quer dizer, o fenómeno da vida, em relação à presença das notas características respectivas. É neste processo de julgamento, de que se ocupará mais em pormenor o capítulo seguinte, que reside, na verdade, o ponto fulcral da aplicação da lei.

Aquando do julgamento sobre se a situação de facto descrita preenche as notas características da previsão legal, torna-se imediatamente notória a circunstância de que a descrição da situação de facto ocorre na linguagem corrente, mas que a linguagem da lei contém muitas expressões peculiares e conceitos de um relativamente elevado grau de abstracção⁽⁴⁰⁾. Na lei trata-se da «anulação» de uma declaração negocial. Na situação de facto é dito que o réu disse ao autor que não se considera vinculado pela estipulação em causa. Para se poder julgar se isto é uma declaração de anulação, necessita-se de uma explanação sobre o que é que se entende pela expressão «anulação», e isto exactamente por palavras, tal como são utilizadas na descrição da situação de facto. Os comentários doutrinais estão cheios de tais explanações. Não se trata aí, na maior parte das vezes, de definições, que proporcionem de novo um juízo de subsunção. Decerto que

⁽³⁹⁾ A este respeito, cf. ENGISCH, *Logische Studien*, pág. 22 e segs.

⁽⁴⁰⁾ Sobre os diversos «níveis de linguagem», cf. A. KAUFMANN, *Die Parallelwirkung in der Lainsphiire*, 1982, pág. 27 e segs.

aqui se podem interpor novos silogismos de subsunção, nomeadamente quando uma determinada nota da situação de facto, por exemplo, a nota «coisa móvel», pode ser definida também por meio de notas adicionais⁽⁴¹⁾. Mas como o processo de definição, e com ele o de derivação lógica por meio do silogismo de subsunção, não pode ser indefinidamente prosseguido, necessita-se, mais cedo ou mais tarde, de certos juízos elementares que, por seu lado, já não são proporcionados por silogismos mas que assentam em percepções (próprias ou alheias) - juízos de percepção - ou em determinadas experiências, em especial as que pertencem ao âmbito das experiências sociais. Não quer dizer, por isso, que o juízo «S é um caso de P» se realize sempre pela via da definição de P, através das suas notas conceptuais e por meio de um juízo de subsunção. A subsunção supõe, pela sua parte, ao invés, um ajuizamento da situação de facto enunciada, segundo critérios que se podem ainda mencionar linguisticamente, mas que não podem ser definidos subsequentemente. Já por este motivo é problemático qualificar a formação da premissa menor somente como «subsunção», pois que, com isso, se oblitera a participação decisiva do acto de julgar.

Mas a isto acresce algo mais. Não é por acaso que na lógica se fala de subsunção de conceitos a conceitos. O esquema de subsunção pressupõe que o conceito superior, a que corresponde a previsão da proposição jurídica, possa ser definido mediante a indicação de todas as notas, cuja presença é não só necessária mas suficiente para que a ele se subsuma. Por isso, a subordinação de uma determinada situação de facto S à previsão P por via de um silogismo de subsunção só é possível se P puder ser plenamente definido mediante a indicação, que seja suficiente, de determinadas notas, ou, por outras palavras, quando com a caracterização de P mediante as notas NI até NX se trata da definição de um conceito. Mas este não é de modo algum sempre o caso, como antes já vimos. Os tipos e as pautas de valoração carecidas de preenchimento subtraem-se a uma tal definição, mesmo quando podem ser circunscritos e esclarecidos mediante a indicação de pontos de vista rectores, de traços característicos e por

⁽⁴¹⁾ Isto, também, no exemplo de KOCH/RÜSSMANN, *ob. cit.*, pág. 15.

meio de exemplos. A coordenação de um fenómeno da vida a um tipo ou à esfera de sentido de uma pauta carecida de preenchimento não é subsunção, mas coordenação valorativa. Em lugar do juízo que diz que as notas distintivas indicadas na previsão estão aqui presentes, existe o juízo que diz que a situação de facto *sub judice* se equipara ou aproxima a uma outra em todos os aspectos decisivos para o julgamento, e que deverá julgar-se, sem dúvida alguma, do mesmo modo. Isto é também válido quando uma nota conceptual é uma pauta «móvel». Por isso, em vez de processo de subsunção, dever-se-ia falar da coordenação da situação de facto à previsão de uma norma jurídica.

ENGISCH fala claramente ainda em subsunção em casos deste género^(41a). Pode fazê-lo, pois que entrevê a essência da subsunção não na equiparação das notas características da situação de facto a julgar com as que são indicadas no conceito de grau superior, mas numa equiparação do caso a julgar com os casos anteriormente julgados. Tal equiparação de casos só pode, porém, dado que nenhum caso se assemelha completamente com outro, ocorrer, no fundo, por via de analogia. Com razão, diz a este respeito BYDLINSKI (41b), que assim a distinção entre dedução e analogia se desvaneceria, sem que, com isso, se vislumbrasse qualquer vantagem. O mesmo deve dizer-se em relação às explanações de JAN SCHAPP (41c), segundo as quais a lei não regularia uma situação de facto abstracta, mas uma série de casos singulares identicamente estratificados. Se «estão identicamente estratificados» é essa, precisamente, a questão.

Insiste-se pois em que os silogismos de subsunção desempenham um papel importante na aplicação das proposições jurídicas. Muitas, mas de modo algum todas, das previsões são conformadas conceptualmente, seja logo pelo legislador ou com a ajuda da Jurisprudência, de modo tão exaustivo que permitem efectuar a coordenação, na maioria dos casos, na forma lógica de um

(41a) ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 7.ª ed., 1977, pág. 56 e, pormenoradamente, pág. 213.

(41b) BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 1982, pág. 397.

(41c) JAN SCHAPP, *Hauptprobleme der juristischen Methodenlehre*, 1983, pág. 31 e segs.

JUÍZO de subsunção (41). Também então continua decerto a ser válido que a subsunção pressupõe um ajuizamento da situação de facto, o qual, por seu lado, não se refere já em última análise a silogismos, mas tão-somente a juízos de percepção e experiência.

Não é em nada contraditório com isto, naturalmente, referir ainda como «subsunção» aqueles juízos simples como: «este carro é vermelho». Mas então, uma vez que «vermelho» não pode ser definido, não se trata, de todo o modo, de um silogismo por meio de uma definição conceptual. Trata-se de um juízo assente na percepção, que o sujeito da percepção leva a cabo, comparando o objecto por ele observado com outros objectos que ele aprendeu a considerar como «vermelhos». Mas se o termo «subsunção» deve referir precisamente um determinado processo silogístico, então o termo está aqui deslocado - tal como nos casos de coordenação à esfera de sentido de um tipo ou de uma pauta carecida de preenchimento.

c) A derivação da consequência jurídica por intermédio da conclusão

A conclusão do silogismo de determinação da consequência jurídica tão-pouco é suficiente, muitas vezes, para a determinação da consequência jurídica no caso particular. Também aqui o esquema do silogismo simplifica de maneira inapropriada. «C» na premissa maior significa a consequência jurídica abstracta, genericamente delimitada; em contrapartida, «C» na conclusão significa a consequência jurídica concreta desta situação de facto. Certamente que, de vez em quando, se pode conseguir a averiguação da consequência jurídica concreta, de modo a que se incluam nas variáveis da formulação abstracta da premissa maior as correspondentes indicações sobre pessoas, lugares, tempo. Se, por exemplo, estão realizados os pressupostos da usucapião na pessoa A relativamente à coisa B, então é suficiente esta comprovação, que se há-de encontrar já na premissa menor do silogismo, para

(42) Querer negar isto seria, na minha opinião, tão errado como a tese de que a coordenação ocorre *sempre* pela via de uma subsunção.

determinar por intermédio da conclusão a consequência jurídica concreta: a aquisição da propriedade da coisa B por parte de A. No entanto, nem sempre é assim tão simples. Tomemos como exemplo o dever do locador de conservar a coisa (§ 536 do BGB). Se um determinado locador não cumpriu esta obrigação, na opinião do locatário, este não reclamará simplesmente o cumprimento do dever de conservação, mas que o locador tome certas medidas que, na opinião do locatário, são requeridas para a conservação da coisa. A fim de comprovar que este locador determinado L¹ está obrigado à conservação da coisa face ao locatário L², ao qual ela foi locada, tem que acrescentar-se portanto, para concretizar esta consequência jurídica, o juízo Ulterior de que a medida solicitada pelo locatário é requerida para conservar ou repor a coisa locada no estado adequado ao uso conforme ao contrato. Pode-se considerar também este juízo como resultado de um silogismo, que tenha a seguinte configuração:

L¹ tem que conservar a coisa locada no estado adequado ao uso conforme o contrato.

Para a conservação da coisa locada em tal estado requere-se a medida M.

L¹ está obrigado a tomar a medida M.

A premissa maior deste silogismo coincide com a conclusão do primeiro silogismo, do silogismo de determinação da consequência jurídica. A premissa menor é o resultado de um julgamento sobre Ψ que aqui se requer para a conservação da coisa locada no estado exigido. Este juízo funda-se num saber técnico e em experiências sociais. Só da conclusão resulta a consequência jurídica concreta para este facto.

Frequentemente, como quando a consequência jurídica diz que A está obrigado a indemnizar B pelo dano resultante de uma determinada ocorrência, requerem-se indagações muito minuciosas e complexas para a determinação da extensão do dano e, com isso, do conteúdo preciso da obrigação de indemnização por parte de A. Assim, o resultado do «silogismo de determinação da consequência jurídica» (A é obrigado a indemnizar B do dano que lhe foi causado) é, nestes casos, um resultado apenas provisório; para a determinação definitiva e precisa da consequência jurídica requerem-se indagações ulteriores, frequentemente muito por-

norizadas. Em termos jurídico-processuais, isto exprime-se na possibilidade de um juízo intermédio sobre o fundamento da pretensão, ao que se segue o processo sobre o quantitativo devido (§ 304 do Código de Processo Civil). No Processo Penal, o «silogismo de determinação da consequência jurídica» só pode conduzir à conclusão de que o agente causou o dano e preencheu o tipo de ilícito penal de modo responsável, e que, nesta conformidade, deve ser punido. O juiz vê-se somente agora perante a tarefa de fixar a pena concreta, tomando em consideração os diferentes critérios de medida da pena. Assim, o «silogismo de determinação da consequência jurídica» não acarreta em muitos casos uma determinação precisa da consequência jurídica, mas apenas uma moldura que precisa de ser ulteriormente preenchida.

O que acima foi dito vale apenas para aquelas proposições jurídicas que conexionam uma situação de facto solidamente esboçada mediante as suas notas características com uma consequência jurídica que é do mesmo modo solidamente esboçada. Todavia, existem proposições jurídicas que se servem, para a determinação da situação de facto de um conceito indeterminado, de uma pauta carecida de preenchimento como a «boa fé» ou «razão importante» e que, por isso, requerem mais do que o processo de subsunção que aqui vai descrito. Destes casos falaremos mais à frente - no capítulo III, em 3d, no capítulo V, 3, e no capítulo VI, em 3.

A CONFORMAÇÃO E APRECIAÇÃO JURÍDICA DA SITUAÇÃO DE FACTO

1. A situação de facto como acontecimento e como enunciado

As proposições jurídicas devem ser «aplicadas» a eventos fácticos, a uma situação de facto que se verificou. Como acabamos de ver, isto só é possível na medida em que a situação de facto verificada é enunciada. O que no facto-tipo de um juízo aparece como «situação de facto» é a situação de facto como enunciado. O que aconteceu tem de ser mencionado com este fim, e aquilo que é mencionado tem de ser posto numa certa ordem. A situação de facto como enunciado efectua sempre uma selecção de entre a multiplicidade inabarcável, do constante fluir, do acontecer fático; esta selecção acha-a desde logo o julgador, tomando em consideração a possível relevância jurídica de cada um dos factos. A situação de facto enquanto enunciado não está assim «dada» de antemão ao julgador, mas tem que ser primeiramente conformada por ele, tomando em consideração, por um lado, os factos que lhe chegaram ao conhecimento e, por outro lado, a sua possível significação jurídica. A actividade do jurista não se inicia normalmente com a apreciação jurídica da situação de facto que se lhe oferece como acabada, mas desde logo com a formação da situação de facto que acede à sua apreciação jurídica.

Na formação da premissa menor do silogismo de determinação da consequência jurídica, ENGISCH (¹) distingue três elementos, a saber:

1. A representação do caso da vida concreto, da situação de facto (verificada).

(¹) *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, pág. 19.

2. A constatação de que esta situação de facto se verificou efectivamente assim.
3. A apreciação da situação de facto, enquanto situação que apresenta as notas distintivas da lei, quer dizer, mais precisamente do antecedente da premissa maior (da previsão legal).

A «ideia» que o julgador tem da situação de facto verificada tem que ser por ele articulada para a poder comparar com as notas distintivas da previsão legal e a situação de facto verificada tem que ser por ele enunciada numa linguagem que seja conforme à lei. A apreciação da situação de facto enquanto situação de facto que corresponde (ou não corresponde) às notas distintivas da previsão legal não vem temporalmente a seguir à conformação da situação de facto (como enunciado), mas acompanha-a, uma vez que a conformação da situação de facto, como foi dito, só resulta tomando em consideração a possível significação de cada um dos factos. Resta a constatação, que há que autonomizar disto, de que «esta situação de facto se verificou efectivamente assim», de que a situação de facto enquanto enunciado reflecte de modo adequado a situação de facto verificada, os eventos facticos. Voltaremos a este ponto no termo do capítulo.

O jurista, que deve julgar um caso jurídico, parte, na maioria das vezes, de uma «situação de facto em bruto», que lhe é apresentada na forma de um relato. Neste relato encontram-se, antes de mais, ocorrências singulares e circunstâncias que são irrelevantes para a apreciação jurídica e que, por isso, o julgador separará, no decurso das suas ponderações, da situação de facto definitiva (enquanto enunciado). A mulher que foi mordida na mão pelo cão do vizinho, quando lhe oferecia um osso, virá porventura a dizer que o cão lhe causou um mal porque estava tão magro, que não contava com a reacção do cão, porque o cão a conhecia, que já lhe havia dado coisas com frequência, e assim por diante. Mas não dirá que o vizinho a tinha advertido para que não desse nada ao cão, porque ele era ainda novo e um pouco rebelde. Esta consequência pode ser juridicamente relevante, pois que dela pode resultar um concurso de culpas da mulher, no sentido do § 254 do BGB*. Uma outra circunstância, cuja possível relevância

jurídica resulta do § 833 do BGB**, é se o vizinho detinha o animal por afeição ou para fins profissionais ou lucrativos. O jurista que deve apreciar o caso juridicamente indagará, assim, sobre estas circunstâncias, das quais pode depender o julgamento, de acordo com as normas jurídicas em causa, se tais circunstâncias não lhe foram de imediato participadas. Deste modo, o relato originário, a «situação de facto em bruto», será por ele em parte encurtado e em parte complementado, até que a situação de facto definitiva contenha apenas os elementos, mas todos eles, do evento real que sejam relevantes face às normas jurídicas eventualmente aplicáveis. A situação de facto (definitiva) é assim o resultado de uma elaboração mental, em que a apreciação jurídica foi já antecipada. Nela serão caracterizados factos singulares, ou eventos, mediante termos - como cão, mordedura, ferimentos na mão - que se deixam facilmente subsumir aos conceitos da lei - animal, ofensa corporal; as palavras do vizinho, proferidas como advertência, serão referidas com este seu significado. Em último lugar, a situação de facto contém mesmo já uma relação jurídica, se bem que só vagamente indicada, nas palavras: «o cão do vizinho», pois que, com estas palavras, é dito que o cão pertence à economia doméstica, à esfera de domínio do vizinho; com isto dá-se já a entender, mesmo que tal haja de ser examinado mais em pormenor, que o vizinho há-de ser considerado «detentor do anima!», no sentido do § 833 do BGB. Pelo contrário, o termo «detentor do animal» não aparece ainda na descrição da situação de facto, pois que a resposta à questão de quem era aqui «detentor do animal» só pode ser o resultado da apreciação jurídica da situação de facto, a qual, para possibilitar este juízo, deve ser, quando tal seja necessário, preenchida com relação a factos adicionais. São de estrutura semelhante todas as situações de facto a apreciar juridicamente; não representam uma pura enumeração de factos, mas são o resultado de uma certa escolha, aclaração e enlace de factos, em atenção ao que nisso pode ser juridicamente relevante.

O exemplo aduzido pode ensinar-nos algo mais em relação a saber sob que pontos de vista se realiza a selecção dos factos que vão ser acolhidos na situação de facto enquanto enunciado.

* Quando facto culposo do lesado tenha contribuído para a produção do dano (*N. do T.*).

** Relativo à responsabilidade do detentor do animal (*N. do T.*).

A situação de facto ocorrida tem, de certo modo, um «núcleo», que dá pretexto a que em torno dele se coloque uma *questão jurídica*⁽²⁾. O núcleo é formado aqui pela mordedura do cão e as dores com ela provocadas na mulher e outros prejuízos, como, por exemplo, despesas médicas, lucros cessantes. A questão de direito que o caso dá pretexto a colocar é de se a mulher pode exigir indemnização por danos, em relação a estes prejuízos, do possuidor do cão ou de outrem. O jurista colocará esta questão, porque conhece o § 833 do BGB. A mulher lesada, que pede conselho ao jurista, não necessita, todavia, de ter esses conhecimentos especiais⁽³⁾. Ela tem interesse, por um lado, numa reparação dos danos, por outro lado, talvez saiba de outros casos em que alguém foi ferido por um cão e obteve indemnização do detentor do cão. Por fim, o seu «sentimento jurídico» diz-lhe que aqui tem de haver lugar a um resarcimento. Se, com isto, se colocar então a questão de direito, para a sua solução necessita-se pois, tão-só, de conhecer aquelas normas jurídicas que lhe podem dar uma resposta. Estas são aquelas normas jurídicas que enlaçam a determinadas previsões normativas um dever de resarcimento de danos como consequência jurídica. As previsões destas normas jurídicas contêm uma série de consequências caracterizadas de modo geral, de cuja presença ou ausência depende a solução no caso concreto. Sempre que se deparam estas circunstâncias e que o julgador possa comprovar a sua presença ou não presença no caso em apreço, acolhê-las-á na sua descrição da situação de facto: na situação de facto como enunciado.

Mas não estamos com isto a mover-nos em círculo? Para poder apreciar juridicamente a situação de facto, tal como se verificou, o julgador tem de a reconduzir à forma de um enunciado, em que recolha tudo aquilo (e só aquilo) que possa ser relevante para a apreciação jurídica. O que é relevante para a apreciação jurídica resulta das normas jurídicas potencialmente aplicáveis à situação de facto. O julgador parte, portanto, da situação de facto que lhe é relatada, examina quais as normas jurídicas que lhe são potencialmente aplicáveis, complementa em seguida a situação

(2) Sobre a importância da questão para a conformação da situação de facto, cf. HRUSCHKA, *Die Konstitution des Rechtsfalles*, 1965, pág. 20 e segs.

(3) Cf. HRUSCHKA, *ob. cit.*, pág. 48.

de facto atendendo às previsões destas proposições jurídicas que ele, por seu turno, concretiza de novo — sempre que essas normas não permitam sem qualquer dificuldade uma subsunção —, atendendo a essas consequências, tais como aqui se deparam. A situação de facto como enunciado só obtém a sua formulação definitiva quando se tomam em atenção as normas jurídicas em conformidade com as quais haja de ser apreciada; mas estas, por sua vez, serão escolhidas e, sempre que tal seja exigido, concretizadas, atendendo à situação de facto em apreço. Só se trataria aqui de um círculo lógico vicioso se o julgador tivesse introduzido algo na situação de facto enquanto enunciado que não encontrasse corroboração alguma na situação de facto verificada, ou quando tivesse «distorcido» a proposição jurídica de modo a permitir a consequência desejada pelo julgador. Tanto uma como outra coisa seriam inadmissíveis. ENGISCH⁽⁴⁾ fala de um «ir e vir da perspectiva entre a premissa maior e a situação fáctica da vida», SCHEUERLE⁽⁵⁾, de uma «interpenetração entre os actos de constatação dos factos e os de qualificação jurídica». Trata-se, mais uma vez, do processo que já conhecemos, de esclarecimento recíproco, de uma forma de manifestação do «círculo hermenêutico»⁽⁶⁾. O «ir e vir da perspectiva» entre a situação de facto e a proposição jurídica não deve conceber-se como se o observador mudasse apenas a direcção do seu olhar, mas trata-se antes de um processo de pensamento em cujo decurso a «situação de facto em bruto» será conformada enquanto situação de facto acabada (como enunciado) e o texto da norma (como que a norma em estado bruto), na norma suficientemente concretizada para a apreciação desta situação de facto. Este processo está de tal modo condicionado pela colocação da questão de direito, que encontra o seu termo com a resposta definitiva — em sentido afirmativo ou negativo — a esta questão.

Para a análise metodológica é, no entanto, necessário considerar de per si cada uma das fases deste processo que é em si mesmo concatenado. Daqui não pode deduzir-se que estas fases se pudessem sempre separar no processo de aplicação da norma,

(4) ENGISCH, *Logische Studien*, pág. 15.

(5) SCHEUERLE, *Rechtsanwendung*, pág. 23.

(6) Cf. *supra*, capo I, 3b.

que é, de igual modo, um processo de concretização da norma. Neste capítulo, ocupar-nos-emos somente da conformação (acabada) da situação de facto e da sua apreciação jurídica. Na situação de facto enquanto enunciado só podem acolher-se, como dissemos, aqueles factos e acontecimentos que se baseiam no que efectivamente aconteceu. Deixamos momentaneamente em suspenso a questão de como é que o julgador comprova o que efectivamente aconteceu e vamo-nos voltar em primeiro lugar para a questão relativa à selecção das normas jurídicas relevantes para a apreciação jurídica, e, com isso, também para a conformação da situação de facto definitiva.

2. A selecção das proposições jurídicas pertinentes à conformação da situação de facto

A selecção das proposições jurídicas relevantes para a apreciação jurídica e, com isso, para a conformação da situação de facto definitiva, ocorre primeiramente de modo a que o julgador, partindo da «situação de facto em bruto», põe à prova, de certo modo, umas atrás das outras, as normas que são potencialmente aplicáveis, afasta aquelas que, numa observação mais aproximada, se revelem inaplicáveis, e acolhe outras que logo se deparam à vista. Assim, se souber que aqui se não deu uma pretensão de cumprimento, examinará se se deu aqui, porventura, uma pretensão de indemnização por lesão da confiança ou uma pretensão de enriquecimento. Para poder apreciar exaustivamente a situação de facto sob este ponto de vista, necessitará talvez de novos factos, até aí não tomados em conta, a fim de com eles completar em definitivo a situação de facto. BIERLING⁽⁷⁾ fala de um «experimentar levado a cabo de modo mais ou menos metódico», de que a prática se vale, consciente ou inconscientemente. No entanto, um pôr à prova e experimentar indiscriminados, dada a grande quantidade de proposições jurídicas que constituem o ordenamento jurídico, seria um empreendimento com poucas perspectivas. O julgador estaria desprovido de qualquer garantia de ter encontrado todas as proposições jurídicas a levar em consideração.

⁽⁷⁾ *Juristische Prinzipienlehre*, vol. 4, pág. 47.

Ora bem, é aqui que reside a grande importância prática do «sistema externo», formado por conceitos gerais abstractos, segundo pontos de vistas classificatórios mais ou menos formais. Decerto que, como há-de vir a expor-se no último capítulo, a este sistema não corresponde nenhum, ou só um escasso, valor cognoscitivo, mas sim um importante valor como auxílio de orientação. Sem um tal sistema, haveria de andar às cegas, sem ajuda, quem buscasse as normas jurídicas adequadas à situação de facto que lhe é dada. Só o sistema possibilita proceder metodicamente, num certo grau, na busca das proposições jurídicas que hão-se ser trazidas à consideração. Antes de tudo, e em primeiro lugar, o julgador, que se oriente no sistema, é capaz de delimitar de certo modo o caso, uma vez que conhece o sector de onde devem ser retiradas as normas aplicáveis. Pensem no caso da mordedura do cão. O jurista, que está acostumado a trabalhar com o sistema do Direito vigente, reconhece logo que a questão de se assiste à mulher um direito à indemnização face ao possuidor do cão, só pode tratar-se de uma questão de Direito privado. Sabe, além disso, que o nosso Direito privado conhece pretensões de indemnização por danos com base em diversos fundamentos, de entre os quais, uma vez que não existe uma relação contratual entre a mulher e o possuidor do cão, só entram aqui em consideração a acção ilícita e a responsabilidade por danos, portanto os §§ 823 e segs. e em particular, porém, o § 833 do BGB. Será conduzido ao § 833, porque a lesão causada à mulher foi provocada por um cão, que dizer, um «animal». Sabe, além disso, que o BGB contém preceitos gerais sobre as pretensões de indemnização por danos nos §§ 249 e segs. Logo que ele se detenha nestes preceitos, será conduzido também ao § 254 do BGB, e com isso à questão de um possível concurso de culpas da mulher. Perguntará então quais os danos em relação aos quais pode a mulher reclamar indemnização. Sobre isso informam-nos os §§ 249 e segs. do BGB e, visto que se trata de uma pretensão que há-de fundamentar-se no § 833 do BGB, o § 847 do BGB*. Se o evento ocorreu há já algum tempo, então há-de pensar, além disso, nos preceitos relativos à prescrição, e aqui em particular no

* Relativo à indemnização por danos de natureza não patrimonial (N. do T.).

§ 852 do BGB**. Em contrapartida, sabe de antemão que aqui não pode ter lugar a aplicação de preceitos sobre contratos obrigacionais, sobre Direito das coisas, da família ou das sucessões. O jurista não busca sem qualquer orientação, portanto, em todo o BGB e demais leis jusprivatísticas, mas limita-se de antemão àqueles âmbitos de regulação que aqui podem realmente entrar em consideração.

O processo de selecção das proposições jurídicas aplicáveis não é, evidentemente, sempre tão simples como no caso do exemplo. Casos que parecem simplesmente ser conformes à vida podem ser vistos sob aspectos jurídicos totalmente distintos, como, por exemplo, sob um aspecto jurídico-obrigacional, um aspecto jurídico-real ou jurídico-familiar. A questão de se aqui é de aplicar o Direito público ou o Direito privado pode ser duvidosa. Mas em um tal caso tão-pouco entram em consideração todas as normas de ambos os ramos do Direito, mas sempre só algumas. O julgador, que esteja em dúvida se aqui é de aplicar o Direito público ou o Direito privado, perguntará antes do mais que critérios são determinantes para a delimitação destes complexos de regulação. Nessa conformidade, procurará trazer à colação todas as circunstâncias que possam ser relevantes em relação com estes critérios. Estas circunstâncias recolhê-las-á na situação de facto enquanto enunciado, que ele haverá de conformar, pois que não são relevantes para as suas reflexões ulteriores e, portanto, para a decisão final. Em contrapartida, se a situação de facto, como no nosso caso da mordedura do cão, não oferecer motivo algum para pôr em dúvida que deve ser apreciada segundo o Direito privado, então não se realizarão novas perguntas e ponderações neste sentido. De novo se manifesta que a conformação definitiva da situação de facto enquanto enunciado depende da selecção das normas jurídicas que lhe são potencialmente aplicáveis; mas estas dependem também, por um lado, das circunstâncias que chegaram até então ao conhecimento do julgador e, por outro lado, do seu conhecimento de novos e mais estritos complexos de normas, em cujo âmbito de regulação cai a situação de facto, ou, à primeira vista, pode cair.

** Estabelece o prazo de prescrição do direito à indemnização por facto ilícito próprio (*N. do T.*).

3. As apreciações requeridas

Na apreciação de uma situação de facto, com vista a saber se recai sob a previsão de uma das proposições jurídicas que lhe são potencialmente aplicáveis, são exigidos ao julgador - facto que se toma demasiado pouco em conta - juízos de índole muito distinta. Mesmo quem teime em ver uma «subsunção», no sentido de um procedimento lógico silogístico, na subordinação de uma determinada situação de facto à previsão de uma norma, terá, no entanto, de conceder que tal subsunção pressupõe certos juízos elementares - quer dizer, não proporcionados por sua vez mediante silogismos - que afirmam que esta ou aquela nota distintiva, mencionada na previsão da norma, está aqui presente. Na verdade, o peso decisivo da aplicação da lei não reside na subsunção final, mas na apreciação, que a antecede, dos elementos particulares da situação de facto enquanto tal, que correspondem às notas distintivas mencionadas na previsão. É deste núcleo central da aplicação da lei, da apreciação requerida da situação de facto, que nos vamos agora ocupar e onde não teremos receio de repetir, neste contexto, coisas já parcialmente ditas.

a) Juízos baseados na percepção

A situação de facto enquanto enunciado refere-se, em primeira linha, a eventos ou situações fácticas; diz-nos quando, onde e de que modo ocorreu isto ou aquilo. Os enunciados sobre factos assentam, por regra, em percepções. O julgador apoia-se em percepções próprias ou, as mais das vezes, em percepções de outras pessoas, que lhe foram comunicadas. As percepções particulares associam-se, com base na experiência quotidiana, em imagens representativas e a estas é dado um nome. Nisto esconde-se já algo semelhante a uma «interpretação». Alguém percepciona, por exemplo, uma forma escura no horizonte e no céu límpido, que ele interpreta como «nuvem» ou então como uma «montanha». Se as suas percepções ulteriores não estão de acordo com a sua interpretação, ele rectificá-la-á. Alguém vê um cão a correr de um lado para o outro e ouve, ao mesmo tempo, sons que sabe serem o ladrar de um cão. Combina ambas as percepções numa imagem representativa, dizendo que este cão, que ele vê neste

determinado lugar, ladra. De tais imagens representativas, assentes na percepção e na sua interpretação, é que se compõe, por regra, o relato que denominamos de «situação de facto em bruto».

Factos juridicamente relevantes, que podem ser constatados através da percepção são, por exemplo, o nascimento ou a morte de uma pessoa num momento determinado, a lesão corporal de uma pessoa, a destruição ou deterioração de uma coisa, a dimensão, o peso, o aspecto exterior, a constituição química ou física de uma coisa, a situação de um terreno, o envio ou a chegada de um escrito a determinado lugar, em certa data, a autenticidade de um documento, as palavras efectivamente pronunciadas em determinada situação. Tais factos são susceptíveis de prova no processo e, sempre que sejam controvertidos, carecem dela. No entanto, as previsões da lei não se referem somente àqueles factos que hajam de verificar-se pela mera percepção, mas também, em parte àqueles factos e eventos, em especial as acções humanas e as declarações de vontade, que hajam de compreender-se de modo determinado, como, por exemplo, que hajam de interpretar-se como declarações de vontade jurídico-negocial. Para além disso, a previsão exige já, não raras vezes, uma valoração jurídica do ocorrido. Os juízos que são requeridos para qualificar uma situação de facto, como aquela que se tem em conta na previsão de uma norma legal, não se fundam sempre, em todo o caso, somente em percepções e na sua associação em imagens representativas. Trata-se, com frequência, de juízos que assentam numa interpretação da conduta humana, na experiência social ou numa valoração.

Cabe observar, apenas a jeito de complemento, que também as relações jurídicas podem ser elementos da previsão legal. Elemento da previsão pode ser, por exemplo, a circunstância de que alguém é proprietário de uma determinada coisa, representante legal de outrem, com capacidade negocial ou com capacidade negocial limitada, presidente ou membro de um órgão de uma pessoa colectiva (8). Se isto é controvertido no caso particular, é preciso retroceder outra vez àqueles factos, acções ou outros eventos de que depende a relação jurídica em questão. No entanto,

(8) Cf., a este respeito, BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, vol. IV, pág. 25 e segs.; ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil*, § 136, em relação à nota 4.

sempre que seja incontrovertida a existência de uma relação jurídica, pressuposta na previsão, e só se discuta sobre a presença de outros elementos da previsão ou sobre a consequência jurídica, não é necessário um tal retrocesso. Decerto que a existência de uma relação jurídica determinada num determinado período não é um facto da natureza, que, como tal, fosse acessível em princípio à percepção, mas, antes, um «facto» dentro do mundo do juridicamente vigente aqui e agora. Por isso, o que é de si uma consequência jurídica, decorrente da aplicação de normas jurídicas a certos eventos da vida, pode por sua vez actuar como elemento da previsão de uma outra proposição jurídica.

b) Juízos baseados na interpretação da conduta humana

De entre os juízos que não se baseiam unicamente em percepções, os mais importantes são aqueles que se referem à interpretação da conduta humana. Somente o lado externo da conduta humana é acessível, de modo imediato, à percepção. A conduta humana é, em ampla medida, um agir dirigido a fins. E, como tal, só a entendemos com base nas experiências que cada um faz consigo mesmo e com os outros. À percepção do movimento corporal e da modificação por ele provocada no mundo exterior, junta-se em muitos casos, portanto, a interpretação do evento como o agir dirigido a fins. Vemos alguém meter uma chave na fechadura e fazê-la rodar; interpretamos imediatamente essa conduta como «abrir a porta». Ou vemos o comprador estender ao vendedor, ou o cliente ao empregado, uma nota de banco e interpretamos este evento como «pagamento». Se alguém, no decurso de uma discussão, atinge o seu adversário com um objecto contundente, de tal modo que este desmaie, não hesitamos em ver nisso uma ofensa corporal voluntária. O virmos a entender, logo de seguida, a conduta percepcionada como um agir dirigido a fins depende de uma multiplicidade de experiências sobre o que é que as pessoas intentam conseguir com uma tal conduta em uma tal situação. São necessárias ulteriores reflexões sobre se a conduta pode servir a diferentes fins ou se a situação é equívoca. Uma interpretação que era, à primeira vista, evidente pode mostrar-se incorrecta face a um conhecimento mais aproximado das circunstâncias. Então terá o observador de corrigir o seu primeiro

juízo. O que aqui deve ser demonstrado é tão-só que, ao caracterizar a conduta humana como uma acção determinada - abrir a porta, efectuar um pagamento, uma ofensa corporal -, as interpretações, que, por sua vez, se fundam em experiências anteriormente feitas, desempenham um papel mais importante ainda do que na associação de percepções em imagens representativas.

Carecem em especial medida de interpretação as declarações de vontade, verbais ou escritas, em particular as declarações de vontade jurídico-negociais. Directamente perceptível é aqui, uma vez mais, apenas o evento externo, os sons pronunciados ou os signos escritos. Compreendemo-los como declarações de vontade ou de opinião com um determinado conteúdo, em virtude de uma interpretação, que se funda em primeiríssima linha no conhecimento de cada linguagem como meio de que se serve o autor das palavras ou dos signos escritos para se fazer compreender pelos outros. Para além disso, a interpretação de tais declarações requer, face à multiplicidade de possíveis cambiantes de significado da expressão verbal, um conhecimento da situação a que se refere o discurso, dos hábitos particulares do falante, assim como das circunstâncias que ele pressupõe serem conhecidas dos destinatários das suas palavras. O jurista sabe que a maioria de tais declarações carecem de interpretação sempre que o seu conteúdo seja controvertido. Sobre a interpretação das declarações jurídico-negociais há-de dizer-se algo mais adiante (no número 4b). Aqui é suficiente constatar que na interpretação das declarações jurídico-negociais se trata, na maior parte das vezes, da indagação *precisamente* daquele significado que o ordenamento jurídico considera, nas circunstâncias dadas, como juridicamente vinculativo. A interpretação das declarações jurídico-negociais requer, portanto, não só uma interpretação com base na compreensão linguística e nas experiências sociais, como também, para além disso, coloca exigências jurídicas específicas.

c) Outros juízos proporcionados pela experiência social

Mesmo quando se não trata da interpretação da conduta humana, é frequentemente necessário, para a apreciação de determinados factos tal como a lei os configura, ir para além da percepção empírico-social. Assim, o juízo de que uma coisa é

«defeituosa» (no sentido do § 459 do BGB) contém já um «impacte normativo». Qualificamos pois uma coisa de «defeituosa» quando esta não é como «deveria» ser. Qual seja a qualidade devida, quer dizer, exigida pelo ordenamento jurídico, decorre do § 459 do BGB. Nesta conformidade, o critério é a valia ou a idoneidade da coisa «para o uso habitual ou pressuposto pelo contrato». O que seja o uso pressuposto pelo contrato tem que ser indagado por via da interpretação do contrato. O «uso normal» e o valor de uma coisa resultam com base em factos que são objecto de experiência social. Como é que o julgador consegue o conhecimento necessário destes factos, é algo que não está aqui em discussão. É suficiente saber que ele, ao indagar sobre a «qualidade devida» da coisa, ao contrário do que ocorre ao indagar sobre a sua qualidade fáctica, não se pode apoiar unicamente em juízos de percepção, mas forma o seu juízo com ajuda de experiências sociais. Necessita-se também de tais experiências quando, por exemplo, se deve decidir se certas coisas de um edifício estão «incluídas na sua construção» (§ 94, parágrafo 2, do BGB). Tais experiências não são, para além disso, suficientes aqui para um julgamento seguro em todos os casos, de modo que permanece uma certa margem de livre apreciação.

Ponhamos a claro a peculiaridade da apreciação que se nos depara, mediante um novo exemplo. Segundo o § 950 do BGB «quem, por meio de elaboração ou transformação de um ou vários materiais, fabrica uma coisa móvel nova», adquire a propriedade da coisa nova «sempre que o valor da elaboração ou transformação não seja manifestamente inferior ao valor dos materiais». Do grande número das questões que esta disposição suscita, recolhemos aqui uma única, a questão relativa a saber quando se trata de uma coisa <<nova>>. O aluno A talhou e construiu uma caixinha, por meio de um trabalho de carpintaria, a partir de uma tábua que não lhe pertencia. Ninguém porá em dúvida, quanto à caixinha, em relação à tábua, que se trata de uma coisa «nova». Modifiquemos agora a situação de facto: A desmontou uma caixinha feita rudimentarmente de madeira não trabalhada, adornou os tampos da caixinha mediante um entalhamento primoroso e voltou a armá-lo de novo. A caixinha agora ainda é a mesma, só modificada no aspecto exterior e no seu valor, ou é uma coisa <<nova>>? A «concepção do tráfego», para a qual se remete frequentemente neste contexto, não oferece qualquer resposta, pois

não é possível constatar se se formou no tráfego uma opinião firme sobre esta questão. Se se procura fazê-lo por meio de uma definição conceptual, para tornar possível uma subsunção, ressalta claramente que dificilmente se poderá achar um critério que se ajuste em todos os casos à intenção da lei. A modificação da forma e aspecto pode ser um indício, mas não é nem necessária, nem por si só suficiente, para considerar «*fiova*» a coisa modificada⁽⁹⁾. Algo de semelhante ocorre com o critério linguístico. Se a coisa é denominada agora no tráfego de modo diferente, isto, decerto, vai em favor de que se trata de uma «coisa nova». Mas isto não pode ser decisivo em todas as circunstâncias, porque o uso da linguagem pode também aqui ser impreciso e oscilante. Pode-se dizer que a caixinha, primorosamente entalhada, é precisamente, antes como depois, uma caixinha, e assim, a mesma coisa, ou é agora uma «obra de arte» - o que não era, certamente, antes - e, por conseguinte uma «coisa nova»? Ou deve-se sublinhar a distinta utilidade da coisa actual, quer dizer, o distinto fim de uso em cada caso? (10). O legislador quis, e a isto faz referência a frase final, conferir prevalência à actividade criadora de valor, face à mera propriedade dos materiais. Isto dá a entender um «modo de consideração económico» que se centra sobretudo no facto de se, mediante a elaboração ou transformação, foi criado um valor que não é despicando em relação com o valor dos materiais. Isto pode, bem entendido, acontecer também com a reparação total, com a qual, segundo a opinião geral, não se produz uma «coisa nova». A coisa reparada é somente reposta no seu estado anterior; torna-se de novo idónea para a finalidade de uso originária. De facto, o sentimento linguístico opõe-se aqui a qualificar a coisa simplesmente reparada como «coisa nova». Como é que se chega a esse resultado, a partir disto tudo, é algo relativamente ao qual não é decisivo um critério único, mas a conjugação de vários, tratando-se de saber a qual deles, segundo a especial situação do caso, cabe o maior «peso». Com razão diz OTTE (II) que a decisão não se

(9) Cf. WESTERMANN, *Sachenrecht*, 5.^a ed., § 53, 11, 3.

(10) Nestes termos, ENGISCH, *Vom Weltbild des Juristen*, 2.^a ed., 1965, pág. 158.

(II) In *Jus* 1970, pág. 157.

leva a cabo mediante a subsunção a uma norma previamente dada na concepção do tráfego, mas funda-se na ponderação de factos. O procedimento é idêntico ao que ficámos a conceber a propósito da coordenação a um tipo (*supra*, capo I, 4a). No que toca ao nosso exemplo, eu afirmaria o carácter de novidade da caixinha entalhada, porque alterou de modo essencial a sua configuração, alcançou uma importância nova (como «obra de arte») e acresceu o seu valor de modo bastante considerável. É evidente que no julgamento da «novidade» de uma coisa não se trata de uma constatação de factos fundados na percepção, mas de uma apreciação com base em factos sociais e da sua valoração, atendendo às ideias que subjazem à norma jurídica. Se não falamos aqui de um «juízo de valor», é porque a orientação aos factos sociais considerados relevantes é suficiente na maioria dos casos.

Nem sempre, porém, tem o juiz que proceder à apreciação no caso particular. Frequentemente esta estar-Ihe-á indicada nas chamadas «máximas gerais da experiência». Assim, pode qualificar-se de máxima geral da experiência o facto de as maçãs ou limões serem coisas que podem determinar-se segundo o número de peças ou o peso (§ 91 de BGB)*, ou de a aptidão de um terreno para a construção ser uma propriedade do mesmo, considerada no tráfego como «essencial». O juiz acha tais máximas da experiência com base na sua própria experiência social e, muitas vezes, nos livros jurídicos de comentário. Elas servem-lhe de meio auxiliar da apreciação jurídica e asseguram, até certo ponto, a regularidade da aplicação da lei. Se, por exemplo a jurisprudência dos tribunais reconheceu ser a aptidão de um terreno para a construção uma propriedade do mesmo, que é essencial no tráfego, os tribunais ater-se-ão a isto, até que esta máxima seja abalada por experiências em contrário. Na medida em que ajudam a assegurar a continuidade e regularidade da jurisprudência, tais máximas cumprem uma função semelhante à das proposições jurídicas. Não são, todavia, «proposições jurídicas», porque lhes falta a vinculatividade normativa e a sua correcção enquanto máximas da experiência depende de que possam continuar a fazer-se subsequentemente

* Procede à definição de «coisas fungíveis» (N. do T.).

as experiências correspondentes. Logo que isto seja duvidoso, o juiz não pode continuar a fiar-se nelas, mas terá de apreciar de novo os factos que lhes servem de base, sob o ponto de vista da valoração legal.

d) Juízos de valor

Vimos que o julgador, desde logo na apreciação de certos eventos com base em experiências sociais, quando não dispõe para o efeito de nenhuma máxima geral da experiência, «pondera» factos, quer dizer, valora-os na sua significação concreta sob o ponto de vista da regulação legal. É evidente que se lhe exige um juízo de valor quando, para poder coordenar a situação de facto com a previsão da norma legal, tenha de julgar segundo uma pauta que primeiro ele tenha de concretizar, uma pauta «carecida de preenchimento». Tais pautas carecidas de preenchimento são os «bons costumes» (§§ 138, 826 do BGB, 1 da UWG**), a «boa-fé» (§§ 157, 242 do BGB), a «diligência devida» no tráfego (§ 276, parágrafo 1, 2.º período), «justa causa» como pressuposto da eficácia de uma denúncia, independentemente de prazo, nas relações obrigacionais duradouras. Existe «justa causa», segundo a jurisprudência, «quando, consideradas todas as circunstâncias, não é exigível, segundo a boa-fé, a uma das partes do contrato que prossiga na relação obrigacional»⁽¹²⁾. A jurisprudência dos tribunais adopta a pauta da «exigibilidade» também noutras contextos, como na falta da base do negócio e nos casos de «causas de inadimplemento não imputáveis ao devedor». Não é, evidentemente, possível dizer em termos gerais quando é que já se não pode continuar a exigir de uma das partes a vinculação ao estipulado no contrato, o cumprimento específico do contrato, considerando, por exemplo, uma perturbação da base da confiança, dificuldades imprevistas e casos semelhantes. Para uma determinação mais pormenorizada da consequência jurídica, a lei remete, não raramente, para o critério da «equidade», como por exemplo, nos

** Lei contra a concorrência desleal (*N. do T.*).

(12) Cf. *BGHZ* 50, 315.

casos de determinação da prestação por um terceiro ou por sentença judicial (§§ 315, 319 do BGB), face ao montante da indemnização por danos não patrimoniais (§ 847 do BGB) e ao dever de indemnizar no caso do § 829 do BGB. Cada um dos membros de uma comunhão de direitos pode exigir «a administração e utilização correspondente ao interesse de todos os membros, apreciado em termos equitativos» (§ 475, parágrafo 2, do BGB). A lista dos exemplos poderia facilmente aumentar, se se tomassem em conta outras leis.

Só algumas das denominadas «cláusulas gerais» contêm algo como uma remissão a normas extrajurídicas, dadas noutra lugar; assim, por exemplo, os bons costumes remetem para a moral social que é em cada caso reconhecida⁽¹³⁾. No entanto, o que a moral social, que é em cada caso dominante, exige nesta ou naquela situação é, por seu turno, nas mais das vezes, difícil de determinar; as concepções sobre o que é, ou já não é, moralmente permitido são hoje, em muitos domínios, largamente discrepantes. A jurisprudência dos tribunais, por seu lado, não só passou há muito a medir a «moral social dominante» segundo as pautas de valor fundamentais do ordenamento jurídico, em especial da Constituição⁽¹⁴⁾, como concretiza, consequentemente, a pauta, atendendo a pautas de valoração especificamente jurídicas, que ela própria estabelece em decisões que servem de exemplo. Como critério de conduta negligente, o legislador mencionou intencionalmente o deixar de ter a diligência «exigível» no tráfego, e já não, por exemplo, a diligência «habitual». Qual seja a diligência «exigível» em cada caso é algo que se determina, por um lado, pelo objectivo de evitar um resultado danoso a outrem, e, por outro lado, atendendo ao poder do agente e ao risco ainda permitido, porque não completamente evitável no tráfego. Uma vez mais, é a própria jurisprudência dos tribunais quem decide quais as exigências

(13) Não, por exemplo, a uma «lei moral absoluta» ou a uma determinada «ética superior»; cf., a este respeito, as *minhas* considerações no *Juristen-Jahrbuch*, vol. 7, pág. 98 e segs.

(14) TEUBNER, *Standards und Direktiven in Generalklauseln*, 1971, pág. 91, fala, acertadamente, de um «controlo de correcção», que consiste no facto de que o juiz mede as normas SOCIaLS previamente averiguadas pelas normas, princípios jurídicos e pautas de valor da Constituição.

que hão-de colocar-se em cada caso, sob estes pontos de vista, numa determinada situação. Ao julgar uma determinada conduta como «negligente» ou não «negligente», como conforme ou não aos «bons costumes» ou à «boa-fé», ao julgar como ainda «exigível» ou já não «exigível» ao obrigado a prossecução de uma relação contratual ou a realização inalterada da prestação, o julgador tem que previamente preencher a pauta de julgamento de modo tão amplo quanto necessário para a sua aplicação à apreciação de um caso sob todos os seus aspectos significativos, tal qual como no caso aqui apresentado. É inevitável que, a este respeito, lance previamente o seu olhar à consequência jurídica: o julgar uma conduta como «negligente» cifra-se em saber se é apropriado a seu respeito estabelecer uma responsabilidade, com base na valoração legal; ao julgar sobre a questão de se a continuação da relação contratual é ainda «exigível» a uma das partes do contrato, trata-se do nível valorativo hierárquico da vinculação a um contrato. A apreciação da situação de facto, tal como a configura a pauta carecida de preenchimento, não pode separar-se da questão relativa a que consequência jurídica é aqui «adequada», no sentido da lei.

A questão da «adequação» de uma consequência jurídica (a uma situação de facto de determinada espécie) é uma questão de valoração. Esta valoração tem que empreendê-la o julgador dentro do quadro que lhe é previamente dado pela norma. A questão é de se e de que modo tais juízos de valor são fundamentáveis mediante considerações de ordem jurídica. Como questão preliminar surge aqui a do significado lógico ou semântico de um juízo de valor.

Por «valorar» ou «avaliar» deve entender-se, em primeiro lugar, um acto de tomada de posição. O objecto a avaliar será julgado como apetecível ou despiciendo, meritório ou não meritório, preferível a outro ou secundário em relação a ele. Algo que todas as pessoas ou uma pessoa de são entendimento considera apetecível chama-se um «bem», por exemplo, a paz, a saúde, a independência, a ausência de coacção e a necessidade. Uma actuação que fomenta ou contém este e outros bens aprovamo-la; uma actuação contrária desaprovamo-la. A aprovação ou desaprovação encontram a sua expressão num juízo de valor, que pode ser de natureza moral ou, se se orienta por princípios especificamente jurídicos, de natureza jurídica.

Se o juízo de valor é expressão de uma tomada de posição, esta é, antes de tudo, a de quem em cada caso haja de julgar. Mas disto não deve concluir-se que o juízo de valor seja só um enunciado sobre o acto de valoração empreendido internamente por aquele que julga. É esta, contudo, a opinião de SCHEUERLE⁽¹⁵⁾. Segundo ele, o juízo de valor contém um enunciado do julgador sobre um «fenómeno psíquico pessoal». O julgador, na opinião de SCHEUERLE, constata como um facto, que ele próprio, «face a dada situação de facto, levou a cabo, uma valoração 'contrária à moral'». O próprio acto de valoração que subjaz ao acto de julgamento é, na opinião de SCHEUERLE, um acto de sentimento, que assenta na apetência humana e não, de modo algum, um acto de conhecimento. Ao reconduzir o juízo de valor a um juízo factual sobre um «fenómeno psíquico pessoal», SCHEUERLE não toma em conta que nele se não trata precisamente da constatação de um facto, mas da valoração de uma situação de facto. O juízo de que «esta conduta é contrária à moral» ou de que «uma exigência deste tipo é contrária à boa-fé» não só quer dizer que o julgador o sente como tal, mas que a conduta ou a exigência em causa «merece» uma tal valoração, que esta apreciação lhe advém por causa do Direito. FRANKENA⁽¹⁶⁾ chamou a atenção para que também os juízos morais, de acordo com o sentido da linguagem moral, englobam a pretensão de estarem objectivamente justificados. HARE⁽¹⁷⁾ observa, em sentido idêntico, que não é o mesmo dizer que alguém tem um sentimento de obrigação e que «tem um dever». Quem diz a primeira coisa, constata um facto psicológico; quem diz a segunda, emite um juízo de valor. HARE refuta expressamente «a confusão de constatações psicológicas de um sentimento de obrigação com juízos de valor sobre deveres». Mas se já os juízos de valor englobam a pretensão de terem de ser afirmados por toda a pessoa de são entendimento, de serem «válidos», neste sentido, por maioria da razão tal deve ser válido para os juízos de valor jurídicos, que se estribam no apelo às pautas de valoração do ordenamento jurídico. Tais

(15) No seu livro *Rechtsanwendung*, pág. 111 e segs.; pág. 162.

(16) *Analytische Ethik*, pág. 131.

(17) *Die Sprache der Moral*, pág. 208.

juízos não só expressam algo sobre a própria valoração do julgador, mas, em primeiro lugar, algo sobre como *deve ser julgada* esta situação de facto - bem entendido, segundo a convicção conscientemente formada do julgador - sob pontos de vista jurídicos, em conformidade às exigências e pautas de valoração do ordenamento jurídico.

A questão é de como, e em que grau, se pode justificar esta pretensão mediante ponderações feitas com perspicácia e orientadas ao Direito. É errado pensar que o «valorar» é somente uma conduta que não é proporcionada por meio de ponderações racionais e, neste sentido, «irracional» e emocionalmente condicionada em ampla escala. Decerto que um tal valorar puramente «emocional» predomina, de longe, no dia-a-dia e dificilmente se deixa erradicar das discussões políticas, nem sequer das salas de audiência. Mas a tarefa do jurista é precisamente a «materialização» das valorações. Incumbe-lhe, por isso, um valorar ligado a princípios jurídicos com a ajuda de um pensamento «orientado a valores», como acima dissemos.

Frente ao filósofo da moral, que busca algo de semelhante, o jurista tem neste ponto a vantagem de que *a ele* as pautas de valoração por que há-de reger-se estão-lhe previamente dadas no ordenamento jurídico, na Constituição e nos princípios jurídicos por ela aceites, mesmo quando necessitem para a sua «aplicação» de outros actos, como uma concretização. Pelo menos, a direcção em que ele deve prosseguir é-lhe, por essa via, traçada. Para ele, «justificar» uma decisão quer dizer mostrar que ela está em consonância com essas pautas fundamentais e com a sua posterior configuração no ordenamento jurídico global - com inclusão dos critérios de decisão elaborados pela jurisprudência dos tribunais. Este é, com frequência, um processo complicado e por vezes difícil de entrever no caso singular. O que querem dizer expressões como «boa-fé», «equidade» ou «exigibilidade» não pode certamente indicar-se de modo exaustivo com a simples forma de uma explcação verbal ou uma definição, mas pode esclarecer-se mediante exemplos «ilustrativos». O legislador, que utiliza tais expressões, tem sem dúvida presentes aqueles casos sobre cuja apreciação existe um consenso geral, segunda a pauta indicada. A pauta contém uma ideia jurídica geral que sugere uma orientação segundo certos pontos de vista. Assim, a pauta da «boa-fé» faz referência tanto ao ponto de vista do resgate da confiança manifestada e

posta em causa, como à consideração da relação recíproca entre as partes; a «equidade» significa um justo equilíbrio, seja na relação entre as partes do contrato (§ 315 do BGB), seja entre o lesante e o lesado (§ 847 do BGB). Não é nada de diverso o que o jurista pensa quando diz que as oportunidades e os riscos (dos participantes numa estipulação jurídica), as vantagens e os ónus têm que estar numa «relação de equilíbrio», que os interesses em conflito, mas dignos de protecção, devem ser equilibrados». Certamente que de tais ideias jurídicas gerais e princípios não podem logo obter-se, de imediato, decisões jurídicas concretas; mas o que elas não são é completamente destituídas de conteúdo. A jurisprudência dos tribunais, esclarecendo mediante exemplos «ilustrativos» estas ideias jurídicas e princípios e, de seguida, por via da comparação com outros casos julgados em conformidade com eles, bem como mediante a elaboração de ideias jurídicas novas e mais especiais, com base na análise jurídica dos casos em que elas se manifestam, consegue enriquecer cada vez mais o conteúdo da pauta relativamente «indeterminada», concretizá-la em relação a certos casos e grupos de casos e, deste modo, criar finalmente um entrelaçado de modelos de resolução em que possam ser arrumados, na sua maioria, os novos casos a julgar. Os comentários ao § 242 do BGB oferecem um exemplo expressivo nesta matéria.

Vejamos um pouco mais de perto ainda os métodos de comparação de casos e de tipificação que aqui se mostram aplicáveis⁽¹⁸⁾. Aqui salta de novo à vista que o processo de pensamento não se desenvolve em *uma* só direcção, mas num sentido recíproco, a saber: por um lado, das ideias jurídicas gerais aos casos que hão-de ser julgados em conformidade com elas; por outro lado, a partir destes, através dos casos típicos e ideias jurídicas mais especiais, ao princípio geral. Embora nenhum caso singular seja igual a outro em todos os aspectos, muitos casos assemelham-se a outros no que toca a certas características e em determinada medida. Uma vez que é um postulado fundamental da justiça que «casos iguais» devem ser tratados de modo igual, importa, em primeiro lugar, saber que circunstâncias são importantes, e em

(18) Cf. a este respeito as minhas explanações no *Festschrift für Nikisch*, 1958, pág. 292 e segs.; e LEENEN, *Typus und Rechtsfindung*, pág. 66 e segs.

que medida, para a valoração aqui exigida (em conformidade com o critério geral), pois que só aqueles, e todos aqueles, casos que são iguais em relação a todas essas circunstâncias deverão ser julgados de modo idêntico. Ora bem, pode-se partir de casos cuja apreciação é praticamente inequívoca (quanto a ser «desleal», «contrário à moral», «não equitativo») e, mudando a direcção da análise, questionar sobre quais as circunstâncias que são aqui decisivas para o julgamento. Chegar-se-á então a pontos de vista valorativos mais especiais, como, por exemplo, «*venire contra factum proprium*», «abuso de confiança», «caducidade», ou, pensemos nos «bons costumes», em pontos de vista tais como «contratos leoninos», «limitação excessiva ao exercício da profissão», «dano causado dolosamente a terceiros», «aproveitamento de uma posição de monopólio», entre outros. Aqui tanto se verificarão intersecções, como ficarão também espaços vazios ou não suficientemente preenchidos. Com o número de casos decididos pelos tribunais, crescem as possibilidades de comparação; e, com isso, cresce a segurança com a qual se podem achar decisões e estreita-se o espaço livre residual dentro do qual a decisão continua a ser insegura. Daí resulta, ao mesmo tempo, que toda a concretização alcançada ao julgar um caso singular desenvolve a própria pauta. Aplicação do Direito e desenvolvimento do Direito, dissemos-lo já (*supra capo I, 4a, in fine*), caminham aqui de par a par com o outro, são um e o mesmo processo.

Certamente que este método de concretização tem todas as suas limitações. A análise casuística pode ser insuficiente e a solução encontrada na comparação casuística não resistir à comprovação. Em resultado de uma mudança da consciência valorativa geral - o que é particularmente claro no caso dos «bons costumes»⁽¹⁹⁾ - pode chegar a ser problemático o julgamento de certos casos, que antes parecia inequívoco. A jurisprudência dos tribunais não pode alhear-se durante muito tempo de tais mudanças, se quiser continuar a estar em consonância com a consciência jurídica e moral gerais. Além disso, pode ser que não existam casos passíveis de comparação relativamente ao caso novo a resolver. Ao lado de casos que são mais ou menos «típicos»

(19) Cf. a este respeito ROTHER, «Sittenwidriges Rechtsgeschäft und sexuelle Liberalisierung», *AcP* 172, 498.

surgirão constantemente casos atípicos. 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. Mas, abstraindo das incertezas que são sempre irredutíveis, é evidente, porém, que para um grande número, provavelmente para a maioria dos casos a julgar, o juiz é capaz de justificar cabalmente com fundamentos o juízo de valor que lhe é requerido. Se se considerar como «Direito vigente» também as valorações contidas nas decisões judiciais - desde que, por seu lado, estejam justificadas - , então uma solução que foi encontrada pela via da comparação casuística e da coordenação a um tipo de caso é também uma resolução que está fundamentada com base no Direito. Não se deve exigir de uma fundamentação jurídica, pelo menos quando se trate de juízos de valor, o rigor lógico de um raciocínio matemático ou físico. «Fundamentar» quer dizer aqui justificar a decisão com base no Direito vigente, mediante ponderações a empreender sabiamente. Mesmo quando isto não seja plenamente alcançado, o juiz, que entenda correctamente a sua função, há-de esforçar-se nesse sentido com as suas melhores aptidões.

e) A irredutível margem de livre apreciação por parte do juiz

Não só na concretização de uma pauta de valoração carecida de preenchimento, como também, por vezes, no julgamento de uma situação de facto com base em experiências sociais e na coordenação a um tipo (como «possuidor de animal», «detentor em nome alheio», «coisa acessória») resta ao juiz uma margem de livre apreciação, que já não pode ser colmatada mediante ponderações convincentes para quem quer que seja⁽²⁰⁾. Uma tal margem pode resultar de que o caso a julgar está como que na fronteira entre vários casos que lhe são comparáveis, mas que foram, todavia, julgados de modo distinto. Quando a lei prescindiu da fixação, quando esta seja possível, de uma dimensão quantitativa

(20) HART, *The Concept of Law*, pág. 121 e segs., fala da «open texture of law», com o que igualmente refere uma tal margem de livre apreciação.

para a delimitação - assim, por exemplo, quando se fala de uma «desproporção manifesta» entre prestação e contraprestação ou de uma diminuição de valor «não despicienda» - , há lugar, em vez de uma delimitação rígida, a um espaço intermédio, adentro do qual a resolução pode ser deste ou daquele modo. Algo de semelhante acontece quando só existem «transições fluidas», como entre dia e noite, entre um grupo de árvores e um bosque. Tão-pouco se podem assinalar fronteiras rígidas entre negligência «leve» e «grave», se bem que também aqui a comparação de casos possa conduzir na maior parte das vezes a um resultado seguro. Adentro da margem residual de livre apreciação no caso singular, o juiz tem de decidir, segundo o seu prudente arbítrio, tal como lhe é exigido pela pauta legal ou pelo tipo, mesmo que não possa fundamentar a decisão até ao fim. O cientista, para quem se trata sempre apenas do conhecimento, teria aqui de dizer que já lhe não é possível um juízo seguro, porque a pauta é excessivamente imprecisa ou porque o estado do conhecimento lho não permite. O juiz não pode permitir-se um tal *non tiquet*; ele está, ao contrário do cientista, sob uma obrigação de resolver. Tem que chegar a uma resolução do caso que lhe foi submetido e, por isso, tem que decidir-se a julgar de um ou de outro modo a situação de facto que lhe foi submetida. Tem que se aceitar o inevitável risco de insegurança para a jurisprudência dos tribunais em tais casos. É suficiente que o juiz tenha esgotado todos os meios de concretização de que dispõe, com ajuda de reflexões jurídicas, e que, nesses termos, a sua resolução surja como «plausível». O jurista denomina de «plausível» uma resolução quando pelo menos haja bons argumentos que apontem tanto no sentido da sua correcção, como em sentido oposto. Que ele se contenta frequentemente com a mera «plausibilidade» de uma resolução, quando o leigo espera «correcção» comprovável, é algo que assenta no carácter inevitável da irreductibilidade de margens de livre apreciação e na obrigação de decidir que impende sobre o juiz. A ciência do Direito só pode produzir em relação a tais casos a asserção de se tal resolução é ainda plausível ou já o não é de todo. Uma tal asserção está, por seu lado, evidentemente, também subordinada à exigência da correcção do enunciado.

Quando, por fim, o juiz tenha à escolha dois julgamentos igualmente plausíveis, é evidente que ele toma a opção mediante uma antevisão do resultado que de cada julgamento decorre, ou

seja, da resolução do caso que dessa opção resulte. Uma vez que o juiz quer resolver o caso, tanto quanto possível, «justamente», a justiça da resolução do caso é um desiderato legítimo da jurisprudência dos tribunais, é legítima a antevisão da resolução do caso vista como justa pelo juiz. Decerto que o juiz não sabe em todos os casos de antemão qual é a resolução «justa». Uma vez que é mais fácil dizer o que é claramente injusto do que o que é justo nos casos difíceis, o juiz pode evitar, deste modo, pelo menos uma resolução manifestamente injusta⁽²¹⁾. Quando nenhuma das resoluções possíveis seja manifestamente injusta, a resolução é deixada, nos casos mencionados, à intuição valorativa e à convicção do juiz. Aqui existe, decerto, o perigo de que no julgamento do juiz se insinuem, sem que ele próprio disso tenha consciência, preconceitos de diversa ordem, que, como sempre, podem ser limitados. Deve exigir-se do juiz que se abstenha, tanto quanto lhe seja possível, de dar conta das suas motivações e que aprenda também com as resoluções erróneas. Pois que, quando falte uma disponibilidade para tanto, poderá mesmo um sentimento jurídico experimentado cair em erro com facilidade⁽²²⁾.

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 incômodo» só a quem seja capaz de acreditar na racionalização sem resquícios de todos os fenómenos da vida e, com isto, no afasta-

⁽²¹⁾ PODLECH (*ArchöffR* 95, pág. 190) objectou a isto que é inútil o intento de «querer compreender com o tosco critério da justiça, só admisível para decisões fundamentais, as diferenças efectivas das situações de facto, que são tão subtils que passam por entre as malhas tanto da linguagem corrente como da argumentação jurídica dogmático-sistemática». Não foi isto, porém, o que eu quis dizer. Trata-se antes para mim só da questão de se é lícito ao juiz nos casos de fronteira, naqueles em que tanto é «plausível» um como outro julgamento, fazer depender a escolha da circunstância de qual deles lhe permite uma resolução «justa», de acordo com a sua convicção pessoal. Uma objectivação da sentença só pode pois alcançar-se por essa via, na medida em que deste modo seja possível evitar resoluções manifestamente injustas. No restante, continua a ser válido que em tais casos é a personalidade do juiz que decide, como diz PODLECH: «os órgãos de aplicação do Direito funcionam como geradores de aleatoriedade».

⁽²²⁾ Cf. a este respeito BRUSIIN, *Über die Objektivität der Rechtsprechung*, pág. 47 e segs

mento definitivo da personalidade criadora. Frente a isto, existe a opinião de que, tal como em outras esferas da vida, também no domínio da aplicação do Direito não se pode prescindir da influência da decisão pessoal. O Direito, diz ENGISCH (23), «é em cada uma das suas partes um produto do espírito vivo, que se manifesta na existência orgânica e vinculado à pessoa. A autorização para decidir segundo a própria discrição significa a entronização no plano da concretização do Direito da personalidade que aspira à realização de um sentido. Por isso, o subjectivamente justo pode ser aqui o justo em geral». Bem entendido, que isto só vale adentro daquele domínio para o qual resta ao juiz uma margem de livre apreciação. Não é de admitir, nem sequer de desejar, que esta margem de livre apreciação, que a Jurisprudência se esforça permanentemente em reduzir, haja de desaparecer totalmente.

Da margem de livre apreciação que resta àquele que aplica o Direito - especialmente ao concretizar uma pauta carecida de preenchimento atendendo ao caso singular, mas também, num âmbito mais reduzido, ao realizar a coordenação a um tipo, bem como quando existem transições fluidas - há que distinguir o poder discricionário de acção ou de conformação do agente da Administração nos casos em que a lei lhe deixa uma *margem de decisão livre*. A literatura sobre «poder discricionário» na Administração é quase inabarcável (24); temos que limitar-nos aqui a algumas observações fundamentais. O sentido de poder discricionário de acção ou conformação que em diversos casos é conferido à Administração é comumente visto como a possibilidade que a Administração deve ter de adoptar, de acordo com o tempo, lugar e circunstância, uma das várias medidas admitidas pela lei, ou

(23) *Einführung in das juristische Denken*, 5.ª ed., pág. 132.

(24) Sem qualquer pretensão de exaustividade, cabe mencionar: BACHOF, *JZ* 1955, pág. 99 e segs.; *JZ* 72, pág. 641; EHMKE, *Ennessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht*, 1960; ENGISCH, *Einführung*, pág. 113 e segs.; FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 9.ª ed., pág. 80 e segs.; JESCH, *Arch6jjR* 82, pág. 163; KLEIN, *Arch6jjR* 82, pág. 75; RUPP, *Grundlagen des heutigen Verwaltungslehre*, 1965, pág. 200 e segs.; SCHIMA, «Der unbestirnrnte Rechtsbegriff» in: *Osterreichische Akademie der Wissenschaften, philosophisch-historische Klasse*, ano de 1967, pág. 185; ULE, in: *Festschrift für Walter Jellinnek*, 1955, pág. 309 e segs.

manter-se inactiva, deixando-se aqui guiar menos por considerações jurídicas do que por considerações de oportunidade. Aliás, essa margem de discricionariedade conferida à Administração é, nos termos da concepção actual, sempre limitada, seja já pela própria lei que confere o poder discricionário, seja pelas limitações, a ter permanentemente em conta, que decorrem da Constituição e de princípios gerais do Direito, como o da proporcionalidade. Um exercício do poder discricionário que ultrapasse estes limites é ilícito; os tribunais administrativos velam por que a Administração faça só um uso devido do seu poder discricionário. Mas a medida adoptada pelo órgão administrativo é conforme ao Direito se se achar no âmbito da sua margem de discricionariedade, mesmo que outra fosse, eventualmente, mais oportuna. Os tribunais administrativos só examinam a conformidade ao Direito, não a oportunidade. Ora bem, pode acontecer que uma lei se sirva de um dos denominados conceitos jurídicos indeterminados, ou seja, uma pauta carecida de preenchimento, para concretizar os pressupostos adentro dos quais o órgão administrativo deve ter uma margem de discricionariedade (25). A margem de discricionariedade não será mais ampla que a livre apreciação se o órgão administrativo, no caso em que se verifiquem os pressupostos, vier a actuar sempre de determinada maneira. É preciso examinar de cada vez se, no caso de verificação dos pressupostos, deve porém restar ao órgão administrativo uma margem de discricionariedade relativamente à sua decisão e, dado o caso, qual a amplitude que deverá ter. Entre a «margem de livre apreciação» daquele que aplica o Direito e a (vinculada) discricionariedade (poder discricionário de actuação) da Administração continua a existir esta diferença: a de que no processo de concretização de pautas que carecem de preenchimento, pelos tribunais, a decisão singular actua como exemplo e, nestes termos, contribui para estreitar a margem de livre apreciação residual, enquanto no domínio do poder discricionário de actuação tais efeitos não se dão na mesma medida. Sem dúvida que o princípio da igualdade, entendido como proibição de arbitriação,

(25) Cf. a este respeito a resolução do Senado Pleno dos Supremos Tribunais, em *NJW* 72, 1411 - com anotação de KLOEPFER - e o ensaio de BACHOF, em *JZ* 72, pág. 641.

trariedade, pode também conduzir a que a Administração fique vinculada, até certo grau, à sua praxe constante.

Não é equiparável nem à margem de livre apreciação, ao aplicar conceitos jurídicos e pautas de valoração mais ou menos indeterminados, nem tão-pouco ao poder discricionário de actuação da Administração a discricionariedade do juiz penal no estabelecimento da pena concreta, na graduação da pena. Esta há-de orientar-se, por um lado, estritamente pela ideia de Direito e pelos diferentes fins da pena reconhecidos pelo ordenamento jurídico. Por outro lado, a disparidade destes fins, a multiplicidade de circunstâncias particulares a ter em conta e a limitação dos meios de conhecimento dificultam em grande medida as possibilidades de comparação e, com isso, a preservação da justiça da pauta. Isto não exclui que o juiz se preocupe também aqui em utilizar pautas iguais e que ponha a claro as suas ponderações. Não obstante, tem de se dar razão a ENGISCH⁽²⁶⁾, quando concede que «também aqui, apesar de todos os esforços da teoria e da prática para trazer justiça à graduação da pena, desempenham, no entanto, um importante papel, por um lado, as ideias sobre o fim, mas, por outro lado, subsiste um resíduo pessoal que não é eliminável por redução através da razão, ou seja, uma componente individual no acto de decisão». Dentro da margem de livre apreciação, susceptível de ser circunscrita mediante ponderações aturadas, o juiz tem de estabelecer tão somente a exacta medida da pena; nestes termos, entra aqui em consideração, como diz HEGEL⁽²⁷⁾, tão somente o interesse na realização do Direito, «o interesse, que está absolutamente determinado e decidido, seja qual for o modo (dentro de certos limites) como se queira». Também aqui é tarefa da ciência do Direito, mediante o desenvolvimento de critérios esclarecedores e suficientemente praticáveis de estabelecimento da medida da pena, colocar o juiz em posição de tornar tão apurada quanto possível a decisão sobre

(26) *Einführung*, pág. 130. Cf. também o seu contributo sobre o conceito de poder discricionário no *Festschr für Karl Peters*, 1974, pág. 15.

(27) *Rechtsphilosophie*, § 214. Apesar de que, como HEGEL sublinha, segundo a ideia só uma pena é a «justa» para cada facto. Mas não se pode «determinar racionalmente», como diz HEGEL, até ao minuto (privacão de liberdade) ou até ao céntimo (pena pecuniária).

a medida da pena, quer dizer, manter reduzida a margem de livre apreciação, adentro da qual ele não pode senão estatuir.

4. A interpretação das declarações jurídico-negociais

a) As declarações jurídico-negociais como arranjos de consequências jurídicas

Situações de facto juridicamente relevantes são, muitas vezes, aquelas que constam de uma ou mais declarações, que estão dirigidas ao surgimento de consequências jurídicas (negócios jurídicos). Estas declarações, como todas as manifestações de opinião e vontade, carecem de esclarecimento. Mas as declarações jurídico-negociais não são só situações de facto a cuja presença a lei ligue determinadas consequências jurídicas, mas indicam, segundo o seu próprio conteúdo, que deve ter lugar esta ou aquela consequência jurídica. Assim, uma denúncia indica que a relação jurídica objecto de denúncia termina no momento apontado; um contrato relativo à transmissão da propriedade sobre determinada coisa, que essa se transmite ao adquirente; um contrato obrigacional, que alguém deveria estar obrigado perante outrem, ou em face ao outro, a uma determinada prestação. A declaração de vontade jurídico-negocial não contém somente a manifestação de uma determinada opinião ou intenção; é, nos termos do seu sentido, declaração de vigência, quer dizer, um acto que tem como objectivo pôr em vigor determinada consequência jurídica⁽²⁸⁾. Os negócios jurídicos são situações de facto que implicam já as consequências jurídicas que a eles estão primariamente coordenadas. Com isto, distinguem-se, de modo fundamental, de todas as outras situações de facto juridicamente relevantes.

Já se fez acima (no capo 11, em 2a) referência a que as partes, no caso de um contrato obrigacional juridicamente válido, estão obrigadas às prestações contratuais principais, porque a isso se obrigaram pelo próprio contrato. A sua obrigação não resulta,

(28) Cf. o meu escrito *Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschiftes*, 1930 (reimpressão, com posfácio, 1966), pág. 34 e segs.; o meu *Lehrbuch des Allgemeinen Teils*, 7.ª ed., § 19, I.

portanto, de que a lei a ligue a uma determinada previsão, como consequência jurídica, mas - sob o pressuposto de que o ordenamento jurídico em causa reconhece em geral contratos desse género, portanto sob o pressuposto e adentro dos limites em cada caso da «autonomia privada» - do próprio tipo legal «contrato obrigacional juridicamente válido». O comprador está obrigado ao pagamento do preço de compra acordado porque ele a tal se obrigou deste modo num acto jurídico, que a lei, exactamente por isso, denomina de «contrato de compra e venda». O § 433, parágrafo 2, do BGB* não fundamenta esta obrigação, mas esclarece, em conjugação com o parágrafo primeiro, o que é que a lei entende por «contrato de compra e venda». Enquanto não soubermos a que é que uma e outra parte se obrigaram, não poderemos pois dizer se se trata de um contrato de compra e venda ou de um outro contrato nominado, por exemplo, de um contrato de troca ou de doação. A primeira questão a que o jurista tem de responder para julgar sobre um contrato é: o que é que acordaram as partes? Para responder a esta questão, como veremos já de seguida, tem de interpretar as declarações das partes do contrato. Só quando estiver apurado o que é que foi acordado, quer dizer, quais as consequências jurídicas que as partes acordaram, é que se coloca a questão subsequente de como se há-de juridicamente classificar e julgar este acordo, se, por exemplo, como contrato de compra e venda, doação mista, locação financeira, ou o que quer que seja. A classificação do contrato concreto num tipo contratual legal ou a sua qualificação como «contrato misto» tem uma dupla importância. Por um lado, pode resultar daí que para um contrato de tal espécie existam pressupostos de validade especiais, por exemplo, o requisito da forma do § 518 do BGB, se se tratar de uma promessa de doação e o requisito de forma do § 313 do BGB, se se tratar da compra de um terreno. A classificação pode também ser importante em relação à questão de se existe uma proibição legal ou se se requer uma autorização da entidade pública. Por outro lado, da classificação depende a aplicabilidade de normas legais, na sua maior parte de natureza dispositiva, que complementam o acordo. Se, por exemplo, se constata que se trata de um contrato de compra e venda e não, por

* Relativo aos deveres essenciais do vendedor e do comprador (*N. do T.*).

exemplo, de uma «doação mista», podem ser aplicados, a não ser que as partes tenham convencionado em contrário, os §§ 459 e segs. do BGB relativos aos defeitos da coisa. A aplicabilidade das normas de integração do contrato depende da apreciação jurídica do contrato concreto, e este, por sua vez, daquilo que as partes nele convencionaram.

A questão sobre o que é que as partes do contrato convencionaram não é, de modo algum, apenas uma questão de constatação de factos ou mesmo de análise psicológica, de indagação de opinião e motivação. As partes não comunicam só entre si, sem compromisso, o que desejam ou o que pretendem, mas chegam a um acordo sobre que, nas relações de uma parte com a outra, devem valer certas consequências jurídicas. Logo na indagação do conteúdo da sua «declaração de vontade» participa, portanto, a apreciação jurídica. Quando o cliente diz à vendedora de uma loja: «dê-me 1 kg de maçãs, se faz favor», esta declaração não significa, nestas circunstâncias, que o cliente quer que lhe ofereçam as maçãs, mas que as quer «comprar», quer dizer, que se obriga, por esta via, ao pagamento do preço. Não é aqui decisivo que ele de facto assim o tenha querido, mas que a sua declaração nestas circunstâncias não poderia ser entendida pela vendedora senão como proposta de compra. O cliente tem de admitir que o sentido da sua declaração, que deve ser considerado juridicamente determinante, é vinculativo para ele.

b) Sobre a interpretação dos negócios jurídicos

Sempre que o significado juridicamente determinante de uma declaração se torna controvertido para as partes, necessita-se da interpretação pelo tribunal. Se a declaração é, em boa verdade, susceptível de vários significados, mas declarante e declaratário a quiserem no mesmo sentido, ambos têm de a deixar valer com este sentido; o ordenamento jurídico não tem qualquer razão para lhes impor um significado que nenhum deles tenha pretendido. Em contrapartida, se o declaratário a entendeu de modo diferente daquele que o declarante com ela queria significar, então não é juridicamente determinante, sem mais, nem o significado efectivamente intencionado nem o efectivamente percebido. A ordem jurídica tutela a confiança do declaratário a fim de que a decla-

ração valha com o significado com que, segundo as circunstâncias, podia e devia ser entendida. Este significado é, uma vez que não precisa de estar de acordo nem com o efectivamente pensado, nem com o efectivamente entendido, um significado normativo da declaração. Para este significado normativo da declaração é decisivo o «horizonte de compreensão do declaratório».

Que ponderações tem o intérprete de empreender para averiguar o sentido normativo da declaração? Em primeiro lugar, tem que colocar-se na posição do declaratório e considerar todas as circunstâncias, mas somente essas, que eram por ele conhecidas ou cognoscíveis no momento do acesso à declaração. O intérprete há-de conceber o declaratório como um participante no tráfego familiarizado com o uso geral da linguagem, o uso especial da linguagem do círculo de relações em causa e os usos do tráfego. Além disso, deverá também ter em conta as circunstâncias a que o declarante explicitamente se refere, em particular uma relação negocial existente, as conversações preliminares, as declarações anteriores. Ao averiguar o sentido normativo da declaração, há-de, além disso, supor-se um declaratório que examina cuidadosamente a declaração. Se para um declaratório que examine cuidadosamente a declaração é manifesto que esta é equívoca, intentará então conhecer a opinião do declarante, perguntando de novo, se necessário. No entanto, se, inclusive com as cautelas necessárias, teve que entender a declaração em um determinado sentido, o declarante tem que deixá-la valer contra si neste sentido, mesmo quando pensou coisa diversa; compete-lhe, por fim, expressar-se de tal modo que aquele a quem dirige a declaração possa entender aquilo que pretende. Todavia, a lei concede-lhe a possibilidade de anular a sua declaração com base em erro sobre o conteúdo, quando ele pretendeu algo que não tinha correspondência na declaração (§ 119, parágrafo 1, do BGB). Não é aqui necessário entrar em mais pormenores sobre a doutrina da interpretação do negócio jurídico e do erro na declaração (29).

Da interpretação das declarações particulares de vontade, incluindo as declarações de ambas as partes conducentes à celebra-

(29) Cf. a este respeito o meu *Lehrbuch des Allgemeinen TeUs des deutschen bürgerlichen Rechts*, 7.ª ed., § 19, 11, e a indicação bibliográfica relativa ao § 19.

bração do contrato, distingue-se a interpretação contratual integradora como interpretação da regulação, válida entre as partes, criada por via do contrato (30). Esta pode, como qualquer regulação, conter lacunas, ou pode ser duvidoso se uma determinada questão está ou não compreendida na regulação estabelecida pelas partes. Para a «interpretação contratual integradora», que então há-de ter lugar, são decisivos o contexto global do contrato, um escopo do contrato reconhecido por ambas as partes e a situação de interesses, tal como foi configurada por cada uma das partes. Aqui, há que perguntar de novo sobre o que é que, nestas circunstâncias, pode considerar-se como atribuível a cada uma das partes, no sentido de um justo equilíbrio de interesses. Por isso, a lei menciona o princípio da «boa-fé» (§ 157 do BGB) como pauta da interpretação contratual integradora. Nestes termos, a regulação acordada pelas partes há-de interpretar-se, sempre que assim o permitam as declarações de ambas as partes, num sentido que seja, tanto quanto possível, justo para ambas. A regulação contratual é sempre, na verdade, uma regulação «justa», na medida em que tenha sido acordada pelos interessados «livremente», sem coacção; mas, na medida em que deixa espaço para uma interpretação, esta há-de realizar-se com vista à medida da «justiça contratual» aqui possível. Para tal efeito, não deverá certamente o juiz pôr as suas próprias pautas de valoração no lugar das das partes do contrato. O juiz está, na interpretação do contrato, vinculado às bases de valoração aceites pelas partes, se é que a sua actividade haja ainda de continuar a ser interpretação do contrato.

A «interpretação contratual integradora» já não pode continuar a conceber-se, como acontece ainda com a interpretação da declaração de vontade isolada, apenas como apreciação de uma situação de facto sob pontos de vista jurídicos, mas pertence a uma determinação mais em pormenor das consequências jurídicas. Estas não seriam aqui inferidas da regulação legal, mas da regulação estabelecida pelas partes do contrato e, de certo modo, da regulação definitivamente configurada pelo juiz. Do mesmo modo que na integração das lacunas da lei com ajuda de métodos interpretativos, também a possibilidade de uma «interpretação contra-

(30) Cf. a este respeito o meu *Lehrbuch des Allgemeinen TeUs*, 7.ª ed., § 29, I e 11.

tual integradora» assenta em que uma regulação em si harmónica contém mais do que aquilo que é directamente dito nas suas palavras e frases. Trata-se em ambos os casos do fenómeno conhecido da hermenéutica de um «excesso de sentido», da possível discrepancia entre «conteúdo de sentido» e «forma de sentido». «A susceptibilidade de lacunas e a imperfeição das formas de sentido», diz BETTI⁽³¹⁾, «suscitam um problema de interpretação integradora». Os métodos não são porém os mesmos, porque as regras legais se harmonizam entre si em muito maior medida - e, demais a mais, estão orientadas por determinadas ideias rectoras - do que a regulação de um contrato, muito mais fragmentária, por detrás da qual se perfilam com frequência interesses muito divergentes. Quando a lei tem à mão uma regulação dispositiva para determinados tipos de contrato e o contrato corresponde plenamente ao tipo, as «lacunas do contrato» são colmatadas, em regra, com o Direito dispositivo legal. Mas se o contrato concreto se afasta de modo não despiciendo do tipo regular, com base no qual a norma dispositiva foi recortada, então a aplicação da norma legal dispositiva pode ser inadequada à situação de interesses que aqui se depara e ao sentido do contrato dela corrente. Nestes casos, como também quando falte uma regulação dispositiva, especialmente, portanto, nas modalidades contratuais recentemente desenvolvidas no tráfego, que ainda não acharam uma regulação especial, a «interpretação contratual integradora» é a via para o preenchimento das lacunas do contrato.

c) Sobre a classificação dos contratos obrigacionais em tipos contratuais legais

O Código Civil contém regras dispositivas, especialmente no âmbito do Direito das Obrigações, em parte sobre contratos obrigacionais e contratos sinalagmáticos em geral, em parte sobre determinados tipos legais de contrato. A aplicação das regras dadas para um determinado tipo de contrato tem que ser antecedida pela classificação do contrato concreto na esfera de sentido desse tipo

⁽³¹⁾ EMILIO BETTI, *Allgemeine Auslegungslehre als Methodik der Geisteswissenschaften*, 1967, pág. 281.

contratual. Segundo a concepção mais difundida, isto ocorre sempre pela via de um silogismo de subsunção. Porém, uma vez que este pressupõe, como vimos, como premissa maior um conceito plenamente definido, a subsunção só se pode realizar quando e na medida em que for possível definir de modo acabado o tipo contratual legal mediante a indicação das notas distintivas fixas que o caracterizam. A lei dispõe, aparentemente, de uma definição desse género para alguns tipos contratuais. Assim, o contrato de compra e venda de uma coisa é, nos termos da lei, um contrato pelo qual uma das partes se obriga para com a outra a transmitir uma coisa e quando a não tenha ainda na sua posse, a fazer-lhe a entrega dela, e a outra a pagar-lhe uma quantia em dinheiro a título de preço. Um contrato de locação é um contrato pelo qual uma das partes se obriga a garantir à outra o gozo temporário de uma coisa, e a outra a pagar por isso uma retribuição pecuniária. Mas, em qualquer caso, já será duvidosa a possibilidade de uma determinação conceptual rigorosa em relação aos tipos «contrato de prestação de serviço» e «contrato de empreitada», do que dão testemunho as múltiplas tentativas infrutíferas para a sua delimitação conceptual⁽³²⁾. Se a lei caracteriza o mútuo como um contrato em virtude do qual alguém recebeu dinheiro ou outra coisa fungível como «coisa mutuada», evidentemente que isto não é uma definição, porque a coisa a definir repete-se na definição. A definição de sociedade no § 705 do BGB é imprecisa, porque a nota distintiva «fim comum» é demasiado ampla para possibilitar uma delimitação.

Na realidade, porém, também existem tipos por detrás das fixações conceptuais da lei. Isto manifesta-se desde logo no facto de elementos da «compra e venda» e da «locação» poderem associar-se entre si de maneira diferente, surgindo assim tipos mistos, como, por exemplo, a locação-venda e o *leasing*⁽³³⁾. No caso de uma «doação mista», a transferência de uma coisa deve realizar-se, de acordo com a ideia das partes, numa determinada porção a título oneroso, e na outra a título gratuito. Se considerássemos a compra e venda, a locação, a doação como conceitos entendidos

⁽³²⁾ A este respeito, cf. LEENEN, *Typus und Rechtsfindung*, pág. 147.

⁽³³⁾ *Oh. cit.*, pág. 134 e segs.

à maneira de categorias lógicas, os tipos mistos não recairiam sob nenhuma destas categorias, e, assim, estariam fora da sistemática da lei. Com esta constatação puramente negativa não se chega a qualquer conclusão, havendo sempre lugar à pergunta sobre até que ponto se «aproximam» de um ou outro tipo contratual. Por conseguinte, pensou-se neste ponto sempre de modo tipológico. A existência indubitável de numerosos contratos «mistos» indica que nas pretensas definições legais se trata somente de descrições abreviadas de tipos⁽³⁴⁾. Joga também neste sentido a circunstância de que, adentro da extensa «classe» de contratos de compra e venda ou de contratos de locação, delimitados mediante notas distintivas conceptuais, é possível distinguir tipos mais estritos que podem também acolher alguns elementos de outro tipo contratual. Assim, a venda a crédito - com o tipo especial de venda a prestações - encerra um elemento dos negócios creditícios. BALLERSTEDT⁽³⁵⁾ demonstrou que o que denomina de «compra e venda genérica relativa ao mercado» contém um elemento do contrato de empreitada (na forma de uma obrigação de fornecimento). Sobretudo em relação às sociedades, tornou-se usual a distinção de diversos tipos societários⁽³⁶⁾. Tudo isto vai no sentido de que nos «tipos contratuais» do BGB hão-de ver-se tipos autênticos, não conceitos lógico-classificatórios⁽³⁷⁾. Mais concretamente, trata-se, no que a eles diz respeito, de «tipos jurídicos estruturais», que são tipos de relações jurídicas (*infra*, capo VI, 2b e c).

A distinção entre conceito e tipo tínhamo-la nós já caracterizado (cap. I, 4a) nos termos de que o âmbito de um conceito é fixado de modo concludente pelas notas que formam a sua definição, enquanto que o tipo o não é. Os «traços» que o caracterizam são, pelo menos em parte, tais que surgem sob diferentes graus de intensidade e, até certo ponto, podem reciprocamente

⁽³⁴⁾ H. P. WESTERMANN, *Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften*, pág. 105 e segs.

⁽³⁵⁾ No (primeiro) *Festschrift für Nipperdey*, 1955, págs. 264 e 280.

⁽³⁶⁾ WESTERMANN, *ob. cit.*, pág. 103 e segs. Numa posição de crítica, W. OTT, *Die Problematik einer Typologie im Gesellschaftsrecht, dargestellt am Beispiel des schweizerischen Aktienrechts*, 1972.

⁽³⁷⁾ Foi o que LEENEN, *ob. cit.*, pág. 162 e segs., pormenoradamente demonstrou.

substituir-se. Decisiva é a «imagem global» que resulta da regulação legal ou contratual e que permite conhecer certos pontos de vista rectores. Ainda que certos traços característicos possam ser irrenunciáveis para o tipo - por exemplo, a onerosidade para a locação, o dever de transmissão de uma coisa e o pagamento do preço, relativamente à compra e venda -, e possibilitem por isso, aparentemente, uma determinação do conceito, esta não torna dispensável o recurso ao tipo quando se manifestam desvios da imagem normal. O tipo é sempre mais rico em conteúdo que o conceito⁽³⁸⁾. Traços «típicos» de uma sociedade de pessoas são, por exemplo, a participação de todos nos lucros e nas perdas, os direitos da co-decisão, de participação e de controlo de cada sócio e uma relação de confiança pessoal. Aqui podem-se imaginar graduações de vários géneros. Alguns dos «traços» mencionados acham-se também nas relações jurídicas de «comunhão». A comparação de tipos mostra que estas têm um impacte «societário».

A consideração tipológica abre a possibilidade de classificar adequadamente transformações de tipos e combinações de tipos. À pergunta de se um determinado *quid* pertence à classe de objectos designados por um conceito, só pode sempre responder-se com um «sim» ou um «não». Nestes termos, um determinado contrato só pode ser um contrato de compra e venda, ou um contrato de locação, um contrato de prestação de serviço, ou um contrato de empreitada. Em contrapartida, para a consideração tipológica, o contrato pode em certos aspectos integrar-se num tipo e outros no outro⁽³⁹⁾, ou

⁽³⁸⁾ A KAUFMANN, *Rechtsphilosophie im Wandel*, pág. 312.

⁽³⁹⁾ A jurisprudência dos tribunais oscilou durante muito tempo em relação a se o contrato-tipo dos arquitectos se há-de classificar dentro dos contratos de prestação de serviço ou de empreitada. Uma vez que ela vê nisso uma antítese conceptual, só pode ver esta questão na base de um «ou isto ou aquilo». O Supremo Tribunal Federal, depois de ter decidido considerar o contrato dos arquitectos unicamente como um contrato de empreitada, nomeadamente enquanto o arquitecto tenha aceite a inspecção da construção, deparou com dificuldades em virtude da consequência desta classificação para a prescrição da pretensão de honorários do arquitecto. O prazo de prescrição de trinta anos pareceu-lhe aqui, e com razão, não conveniente. Por isso, interpreta agora, ao arrepio da jurisprudência tradicional, o § 196, número 7 do BGB, por forma a que por «prestações de serviço», no sentido deste preceito, se hajam de entender também as prestações de serviço com base num contrato de empreitada (BGHZ 59, 163). Com isto, concede que, de acordo com a matéria, um contrato de empreitada pode também conter traços de um contrato de prestação de serviço.

unir em si, de forma específica, traços de diferentes tipos num novo tipo. Nos contratos de tipo misto, a resposta à pergunta arrima-se a que regras hão-de valer quando não estão em causa, por exemplo, apenas deveres de prestação particulares, mas a subsistência e a continuidade de todas as prestações do contrato e, nesta conformidade, se os elementos de um ou de outro tipo contratual «predominam» na imagem global do contrato. Assim, a um contrato de arrendamento para uso e fruição em parceria aplicar-se-ão os preceitos sobre denúncia do Direito locatício e não os do Direito das sociedades, se bem que apresente alguns traços análogos aos da sociedade. No arrendamento de um quarto com pensão, o que é decisivo com relação aos preceitos sobre a denúncia é o arrendamento do espaço. Conjuntamente com a «coordenação» ao tipo, necessita-se de uma «ponderação» dos distintos elementos do contrato no seu significado concreto adentro do contrato, como relação jurídica unitária.

A flexibilidade muito maior da consideração tipológica frente à puramente conceptual, que resulta do que foi dito, só aparentemente se consegue à custa de uma menor medida de segurança jurídica, pois que, na verdade, em todos aqueles casos em que, em vez de limites fixos, só existem transições gradativas ou tipos mistos, a jurisprudência dos tribunais não encontrará os enunciados decisivos por via conceptual mas, com frequência, mais ou menos intuitivamente. A exigência de um método tipológico é a exigência de uma classificação fundamentada por via distinta da da lógica de subsunção, que aqui não é suficiente. Não é argumento contra "este método a circunstância de que, como toda a «ponderação», deixe de possibilitar um resultado seguro nos casos-límite e que ao aplicá-lo a tais casos subsista uma margem de livre apreciação. Que existem tais margens de livre apreciação não pode por certo negar-se numa análise realista. A necessidade de uma certa flexibilidade ao fazer a classificação adentro dos tipos contratuais legais resulta do princípio da liberdade contratual, predominante no domínio dos contratos obrigacionais, o qual tem como consequência que o comércio jurídico nem sempre se atém ao modelo do contrato regulado por ele, mas produz constantemente desvios e novos tipos. Isto não exclui que os tribunais, naqueles contratos que se ajustam em todos os pontos à caracterização dada na lei e não mostram desvios em relação ao quadro normal, se contentem com a subsunção à descrição do

tipo, entendida esta como definição. Mas, mal tais desvios sejam perceptíveis ou a definição falhe, porque as suas notas distintivas são imprecisas, o método tipológico tem que substituir o puramente conceptual.

5. A situação de facto verificada

A tarefa do juiz consiste em apreciar juridicamente situações de facto que se verificaram, e que não foram apenas imaginadas. Por isso, a conformação da situação de facto e a sua apreciação jurídica orientam-se, por um lado, às previsões das normas jurídicas aqui potencialmente aplicáveis e às pautas de apreciação nelas contidas, e, por outro lado, aos eventos reais, sempre que o juiz seja capaz de os constatar. A situação de facto enquanto enunciado deve reflectir, por meio da linguagem e das formas de expressão de que dispõe, a situação de facto verificada, tal como ela se apresenta no processo ao tribunal; o juiz descreve-a como um facto que se verificou nestes termos e não de outro modo. De que meios dispõe o tribunal para conhecer que uma situação de facto se verificou efectivamente assim?

a) Sobre a comprovação dos factos no processo

O juiz, que se vê colocado perante a questão de se uma situação de facto que lhe é exposta se verificou efectivamente assim, não percepcionou, em regra, ele próprio os factos, mas é informado por percepções alheias. É, com certeza, possível que ele próprio venha posteriormente a inspecionar determinados objectos pertinentes à situação de facto como, por exemplo, um instrumento da ocorrência, o documento sobre cuja interpretação as partes discutem, o lugar do acidente, resquícios de uma coisa destruída. Mas os eventos pretéritos - e é deles que em regra se trata - já não são perceptíveis agora. É somente possível que aqueles que então os observaram os tornem de novo presentes por via da recordação e os testemunhem perante o tribunal. Contudo, qualquer jurista prático sabe quão inseguras são, as mais das vezes, as declarações das testemunhas: deficiências de percepção, de interpretação e de memória, imprecisão da expressão, e também, com frequência, a mais ou menos inconsciente tomada de partido

da testemunha - abstraindo das declarações conscientemente falsas - prejudicam o seu valor. O juiz pode, por isso, para obter uma imagem adequada do ocorrido, não seguir sem mais a declaração de uma testemunha ou simplesmente de uma parte directa no litígio, devendo, ao invés, julgar da credibilidade destas declarações. Isto é-lhe tanto mais difícil quanto ele não conhece, na maioria das vezes, as testemunhas, a impressão exterior engana com frequência, não se manifesta de imediato uma ideia preconcebida que porventura exista, a testemunha exprime-se, talvez, de modo desajeitado, está amedrontada, etc.

A dificuldade em conhecer como é que aconteceram as coisas na realidade será ainda maior quando nenhuma testemunha puder informar com conhecimento directo sobre um determinado evento. O meio com ajuda do qual o juiz procurará então obter uma imagem apropriada dos eventos é a conclusão obtida a partir dos chamados indícios. Os acontecimentos da vida espiritual, tais como uma determinada intenção, os motivos, a boa ou má-fé, só podem em boa verdade ser inferidos com base em indícios, uma vez que não são acessíveis de modo imediato a uma percepção alheia. Entende-se por «indícios» aqueles factos ou eventos que em si mesmos não fazem parte da situação de facto em apreço, mas que permitem uma inferência sobre um evento a ela pertinente (40). Numa tal inferência funciona como «premissa maior», regra geral, uma determinada «máxima da experiência», uma lei natural ou uma regra de probabilidade (41) e como premissa menor o facto indiciário que, por seu lado, ou é especificado no processo, ou está corroborado por inspecção ocular ou testemunho fidedigno. Só quando a premissa maior é uma lei natural ou um corolário das leis naturais é que a inferência é vinculativa em relação ao facto a comprovar. Se se apurou que A esteve em certo momento num determinado lugar, então não pode ter

(40) Não vale, porém, como um facto desse teor a declaração de uma testemunha, de um perito desse assunto ou de uma parte, mesmo que o juiz dela extraia as suas conclusões. Em sentido contrário, ENGISCH, *Logische Studien*, pág. 64 e segs., que inclui também tais declarações nos «indícios em sentido amplo».

(41) KOCH/RÜSSMANN, *ob. cit.*, pág. 258 e segs., falam, no primeiro caso, de máximas de experiência determinísticas, e, no segundo caso, de máximas de experiência estatísticas.

estado ao mesmo tempo noutro local, uma vez que a premissa maior, de que ninguém se pode encontrar ao mesmo tempo em dois lugares diferentes, pode valer como absolutamente segura. Mas na maioria das vezes a premissa maior é apenas uma regra de probabilidade que, com frequência, nem suficientemente segura é. Então pode a conclusão afirmar apenas que o facto a comprovar é (em maior ou menor grau) provável (42). Se alguém foi visto com um embrulho suspeito debaixo do braço a uma hora da noite nas proximidades de um estabelecimento onde foi cometido um furto, sem que disso possa dar explicação convincente, isto dará com certeza base a uma certa probabilidade de que tenha sido ele o autor; mas isto não é, de modo nenhum, seguro. A probabilidade aumenta quando acrescem outros indícios: se, por exemplo, foi encontrado ao suspeito um instrumento de arrombamento do género daquele que foi utilizado. Na maioria dos casos, o juiz contenta-se com um alto grau de probabilidade para daí obter a convicção de que foi assim e não de outro modo. Em boa verdade, um tão alto grau de probabilidade não basta ainda como «prova», em sentido matemático ou no das ciências naturais exactas. Mas «provar» quer dizer, na linguagem do Direito Processual, «criar no tribunal o convencimento da exactidão de uma alegação de factos» (43). Este convencimento pode também o juiz adquiri-lo mesmo quando, com base nos indícios presentes, somente um elevado grau de probabilidade faz propender a que a alegação dos factos seja ajustada. Qual o grau de probabilidade necessário e suficiente para a fundamentação de um tal convencimento - os juristas falam aqui de uma «probabilidade que roça a certeza» - é algo que não pode ser indicado de modo exacto, por exemplo, através de um número percentual (44). O juiz, que segundo o

(42) KOCH/RÜSSMANN, *ob. cit.*, pág. 287 e segs.. Sobre a validade das máximas de experiência estatísticas, *ibidem*, pág. 322.

(43) BLOMEYER, *Zivilproze(3)recht*, § 66, I; ROSENBERG-SCHWAB, *Zivilproze(3)recht*, 14.^a ed., § 113,I.

(44) Segundo KOCH/RÜSSMANN (*ob. cit.*, pág. 308), isto é uma questão «da medida em que se quer aceitar em particular as repartição de riscos». Trata-se aqui do risco de urnjuizo errado. O juiz tem de deparar com esse risco o menos possível em cada caso. Aquele sobre quem impende o ônus da prova corre sempre o risco de os factos aduzidos não serem suficientes para produzir no juiz o convencimento da exactidão da afirmação a comprovar.

Direito Processual actual tem de apreciar «livremente» as provas, deve sem dúvida formar o seu convencimento em consciência, com exclusão de tudo o que sabe serem fontes de erro. Tão-pouco se pode renunciar aqui, uma vez mais, à contribuição da personalidade humana, a um modo cuidadoso de julgamento cunhado pelo *ethos judicial*.

Todavia, colocam-se limites à comprovação daquilo que realmente aconteceu, não só devido às limitações da faculdade cognoscitiva humana, mas também, por muito que isto possa, a princípio, parecer surpreendente a alguns, por parte do Direito Processual. Isto vale sobretudo no âmbito do denominado princípio dispositivo no Processo Civil. Em conformidade a ele, o tribunal só deve considerar aqueles factos carreados pelas partes (em forma de alegação) e que, com isso, se tornaram objecto de debate, ou aqueles que são «notórios» para o tribunal. As alegações dos factos que são impugnados pela parte contrária carecem de prova; as alegações de factos que são aceites ou não impugnados pela parte contrária deverá o juiz dá-los como provados, mesmo que não esteja convencido da sua exactidão. O juiz pode assim, em certas circunstâncias, estar juridicamente sujeito a pôr como base do seu julgamento uma situação de facto que ele pessoalmente está convencido que não se verificou desse modo. Este resultado, à primeira vista aparentemente estranho, explica-se pelo empenho do Código de Processo Civil em deixar ao cuidado das partes aquilo sobre que querem alegar e aquilo sobre que querem desenrolar a discussão. Não obstante, o princípio dispositivo está consideravelmente restringido no Processo Civil actual, sobretudo pelo direito de inquirição do juiz (§ 139 ZPO). Mas mesmo onde vigora o «princípio inquisitório», ou seja, sobretudo no Processo Penal, põem-se certos limites ao achamento da verdade pelo tribunal. Certas pessoas têm um direito de escusa em relação a comparecer como testemunha; a utilização de gravações feitas em segredo, bem como das declarações do arguido que foram conseguidas com violação de preceitos legais, é, por princípio, improcedente. Estes obstáculos ao achamento judicial da verdade servem para a protecção de outros bens jurídicos reconhecidos como de grau superior, em especial os direitos irrenunciáveis de personalidade do arguido e interesses de terceiros dignos de pro-

tecção⁽⁴⁵⁾. O achamento da verdade é decerto um fim muito importante do Direito Processual, mas não o seu fim único. Como todo o fim jurídico pode, em certa medida, ter de ceder a outros fins, ainda mais importantes.

b) A distinção entre a «questão de facto» e a «questão de direito»

Tradicionalmente distingue-se entre a questão relativa ao que efectivamente aconteceu, a «questão de facto», e a questão acerca de como se há-de qualificar o ocorrido em conformidade com os critérios da ordem jurídica, a «questão de direito». A resposta à questão de facto é equiparada, na maior parte das vezes, à denominada subsunção da situação de facto em causa à previsão de uma norma jurídica. Trata-se aí, porém, como vimos, de uma subsunção lógica só em escassa medida; trata-se, em grande parte, de julgamento segundo máximas da experiência, de interpretação de acções e declarações humanas, de coordenação tipológica ou de uma valoração no quadro de uma pauta que precisa ser concretizada. A distinção entre questão de facto e questão de direito perpassa todo o Direito Processual; o princípio dispositivo pressupõe especialmente esta distinção. O juiz julga sobre a «questão de facto» com base no que é aduzido pelas partes e na produção da prova; a questão de direito decide-a sem depender do que é alegado pelas partes, com base no seu próprio conhecimento do Direito e da lei, que tem de conseguir por si (*jura novi J. curia*). Só os factos, isto é, os estados e acontecimentos fácticos^{são} susceptíveis e carecem de prova; a apreciação jurídica dos factos não é objecto de prova a aduzir por uma das partes, mas tão-só de ponderação e decisão judiciais. A distinção desempenha ainda um papel importante a propósito da questão de se saber até que ponto pode uma sentença ser atacada por via de recurso de revista. Por «factos», no sentido da contraposição face à questão de direito, devemos ainda entender processos psíquicos e acções, com abrangência do seu lado «interior»^(45a); pode bem dizer-se, tudo aquilo que possui uma determinada localização no tempo.

(45) Cf. HEINRICH HENKEL, *Strafverfahrensrecht*, 2.ª ed., pág.269; KARL MICHAELIS, in: *Festschrift für Ernst Rudolf Huber*, 1973, pág. 326 e segó

(45a) Sobre o conceito de «facto», cf. MITSOPoulos, in: *Studi in Onore di Tito Canacini*, 1984, pág. 441.

Só à primeira vista parece a distinção não ser problemática. De facto é em grande medida discutível se e de que modo ela pode ser feita (46).

A dificuldade reside, nestes termos, em que a pergunta sobre se algo ocorreu efectivamente só pode ser colocada com pleno sentido quando o *quid* sobre que se pergunta está de algum modo determinado. Só pode ser determinado com expressões que ou pertencem à linguagem corrente ou à linguagem legislativa. No último caso entra já, pelo menos assim parece, algo de apreciação jurídica no estabelecimento da «questão de facto». No entanto, muitos termos da linguagem legislativa e da linguagem corrente são comuns, tendo o termo recebido na linguagem legislativa um significado mais preciso somente para alguns «casos-limite». Aqui, se abstrairmos dos casos-limite, não há ainda qualquer apreciação jurídica no emprego do termo em causa, ao colocar-se a questão de facto. No nosso exemplo anterior da mordedura do cão, a questão de facto seria mais ou menos esta: aconteceu efectivamente que a senhora A, no dia tal e tal, foi mordida na mão pelo cão de N e, assim, sofreu uma ofensa corporal? Só a questão subsequente, de se com isso se realizou a previsão do § 833, parágrafo 1, do BGB, é uma questão de direito. Daí resulta, por via da simples subsunção, que o cão é um «animal» e a senhora A uma «pessoa»; mas problemática é a questão de se N é «detentor do animal». Para responder a esta questão, tem de se perguntar por outros factos que, por seu lado, podem ser descritos com termos que pertencem à linguagem corrente; perguntar-se-á, por exemplo, se N tinha o cão à sua guarda, à sua custa, para seu proveito ou diversão. Que estas perguntas se formulem assim está com certeza em relação com a apreciação jurídica pela qual se pergunta («era N detentor do animal?»); mas a sua colocação não

(46) Cf. a este respeito, ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 2.ª ed., 1960, pág. 82 e segs.; HENKE, *Die Tatfrage*, 1966; «Rechtsfrage oder Tatfrage - eine Frage ohne Antwort», ZZP 81, 196; KUCHINKE, *Grenzen der Nachprüfbarkeit tatrichterlicher Würdigung und Feststellung in der Revisionsinstanz*, 1964; MITSOPOULOS, «La distinction du fait et du droit», in: *Revue Hellénique de Droit international*, ano 20.º, 1968, pág. 3; SCHEUERLE, «Beiträge zum Problem der Trennung von Tat- und Rechtsfrage», AcP 157, 1; SCHWINGE, *Grundlage des Revisionsrechts*, 2.ª ed., 1960; NIERWETBERG, JZ 83, 237.

supõe a resposta antecipada à questão de direito. Portanto, a separação entre questão de facto e questão de direito pode muito bem realizar-se quando se pergunta unicamente se se apresentam ou se ocorreram certos factos que são descritos com termos da linguagem corrente, inclusivamente quando estes termos se incorporaram na linguagem legislativa. A questão de direito pertence, em particular, a qualificação do ocorrido com ajuda daqueles termos cujo conteúdo significativo no contexto dado resulta apenas do ordenamento jurídico, especialmente com base numa coordenação tipológica, numa «ponderação» de pontos de vista divergentes ou numa valoração jurídica nos quadros de uma pauta carecida de concretização. Questão de facto é o que as partes disseram aquando da celebração do contrato e o que a esse respeito uma e a outra pensaram; é questão de direito saber com que significado deve cada uma das partes deixar que valha a sua declaração, a questão da interpretação normativa das declarações de vontade. Se A causou um acidente por ter patinado numa curva numa estrada molhada, a questão de facto é o estado do pavimento e a velocidade com que A conduzia na curva; se o seu modo de condução foi, nestas circunstâncias, «negligente» é questão de direito. Portanto, sobre esta questão, tal como sobre o significado de uma declaração que haja de ser considerado juridicamente determinante, não pode exigir-se prova no processo. Em contrapartida, pode e deve exigir-se sempre prova sobre todas as circunstâncias factuais de cuja existência depende a resposta à questão de direito.

Nalguns casos, porém, a questão de facto e a questão de direito estão tão próximas entre si que não é possível, na prática, levar a cabo a sua separação. Este é o caso, desde logo, quando uma situação de facto não pode ser de todo em todo descrita de outro modo senão com aqueles termos que contêm já uma valoração jurídica. Se alguém deu origem a um «ruído perturbador do repouso», não se tendo medido exactamente a intensidade, é difícil descrevê-lo de outro modo senão com a indicação de que, de facto, o repouso foi perturbado de modo considerável. O juízo de que o ruído foi «perturbador do repouso» contém ao mesmo tempo a descrição do acontecimento, tal como é necessária para a colocação da questão de facto, e a sua apreciação jurídica, no sentido de uma valoração. É diferente de quando se mediou a intensidade sonora e a questão a decidir é então se uma tal intensidade sonora deve ser considerada como «perturbadora do

repouso». Neste caso, a ocorrência está, já antes da sua apreciação jurídica, exactamente determinada mediante conceitos físicos; a questão de como se há-de julgar isto, no sentido do critério legal do julgamento, («perturbador do repouso»), é uma questão de direito. As questões de direito entram também em cena ao colocar as questões de facto quando se trata de saber se A, ao enviar a B uma soma em dinheiro, lha quis oferecer, dar-lha a título de mútuo ou pagar-lhe o preço em dívida de uma compra e venda. A questão de se no modo de actuar de A se revela a declaração de uma determinada vontade (mediante «comportamento concludente») que ele, salvo anulabilidade por erro, tem que deixar valer contra si, é, em todo o caso, pura questão de direito.

A possibilidade da distinção entre questão de facto e questão de direito também não se frustra, por exemplo, pelo facto de toda a conformação da situação de facto estar dirigida à resposta a uma questão jurídica fundamental, a das consequências jurídicas possíveis. A antecipação mental da apreciação jurídica daquilo que aconteceu não impede, em regra, o julgador de apreender essa ocorrência no seu ser-assim, com ajuda da experiência natural e da linguagem corrente que sobre aquela se constrói, bem como o de reproduzir linguisticamente, e isto, em princípio, independentemente ainda do modo como haja de ser juridicamente apreciado. Decerto que a isto se juntará de imediato a apreciação jurídica, a qual, por seu lado, pode vir a reclamar a colocação de novas questões de facto. Se bem que a colocação da questão de facto seja permanentemente motivada pela questão de direito, na maioria dos casos pode formular-se de tal modo que a questão de direito se deixa autonomizar dela.

As nossas leis também se desligam, em boa verdade, da distinção entre questão de facto e questão de direito, a propósito do problema de quando é que uma sentença pode ser atacada por meio do recurso de revista. A revista só pode fundar-se em que «uma norma jurídica não foi aplicada ou não foi correctamente aplicada» (§ 550 ZPO). A norma jurídica não foi correctamente aplicada se o tribunal incorreu em erro na apreciação jurídica da situação de facto previamente constatada, ou seja, na resposta à questão de direito. No entanto, esta distinção não é levada a cabo pela jurisprudência dos tribunais de modo consequente. Assim, por exemplo, considera como questão de direito, susceptível de

exame pelo tribunal de revista, o julgamento de uma determinada conduta como «negligente»; em contrapartida, a questão de se a negligência foi «leve» ou «grosseira», considera-a «questão de facto», não susceptível de revista. Isto é inadmissível: trata-se em ambos os casos de uma questão de valoração, ou seja, de uma questão de direito. A interpretação das declarações de vontade particulares, inclusivamente quando se trata da indagação do sentido juridicamente determinante, ou seja, de uma interpretação normativa, já a considera a jurisprudência como não suscetível de revista, a não ser que exista uma violação dos princípios gerais da interpretação, das leis do pensamento ou de máximas de experiências comumente reconhecidas. Isto não pode, com certeza, fundamentar-se dizendo que se trata aqui ainda de uma «questão de facto»⁽⁴⁷⁾. Se se denega a possibilidade de revista nestes casos, então é porque não é manifestamente a delimitação entre «questão de facto» ou «questão de direito» o critério determinante, mas, ao invés, entram aqui em jogo outras ponderações. Quando a resposta final à questão de direito depende da tomada em consideração das numerosas particularidades da situação de facto, que são diferentes de caso para caso, ou seja, relativamente à interpretação de contratos particulares e a propósito da concretização de uma pauta geral atendendo precisamente às circunstâncias do caso singular, o juiz da instância tem uma maior aproximação à matéria, pois que está em condições de esclarecer em mais ampla medida a situação de facto, mediante o exercício do seu poder inquisitório, enquanto que o juiz da revista colhe a sua informação na situação de facto que lhe é transmitida pelo juiz da instância. Aqui a questão de facto e a questão de direito entrelaçam-se de modo quase indissolúvel: o modo como o juiz vem em última análise a julgar o evento concreto depende, em grande medida, de quais as circunstâncias que toma em consideração no seu julgamento e que, por isso, procura esclarecer em qualquer caso; a selecção das circunstâncias que há-de tomar em consideração depende, por sua vez, de se lhes atribui ou não significado para a apreciação. Por outro lado, quando se trata essencialmente das singularidades próprias de cada caso, mas não

(47) Cf. a este respeito HENKE, *oh. cit.*, pág. 118 e segs.

daqueles traços típicos que se repetem noutras casos, desaparece o fim da uniformização jurídica da revista. Por isso, pode ser conveniente deixar ao juiz da instância uma certa margem de livre apreciação, dentro da qual a sua apreciação fica subtraída à comprovação pelo tribunal de revista. Mas isto não tem já nada a ver com a distinção lógica e metodológica entre questão de facto e questão de direito.

IV

A INTERPRETAÇÃO DAS LEIS

1. A missão da interpretação

a) A função da interpretação no processo de aplicação da lei

A interpretação da lei é, como já vimos anteriormente (cap. III, 1), um processo de duplo sentido, em cujo decurso se conforma a situação de facto definitiva enquanto enunciado, a partir da «situação de facto em bruto», atendendo às proposições jurídicas potencialmente aplicáveis, e se precisa o conteúdo das normas a aplicar, atendendo mais uma vez à situação de facto, tanto quanto seja necessário. «Interpretar» é, como tínhamos dito (cap. I, em 3a), «uma actividade de mediação, pela qual o intérprete traz à compreensão o sentido de um texto que se lhe torna problemático». O texto da norma torna-se problemático para quem a aplica atendendo à aplicabilidade da norma precisamente a uma situação de facto dessa espécie. Que o significado preciso de um texto legislativo seja constantemente problemático depende, em primeira linha, do facto de a linguagem corrente, de que a lei se serve em grande medida, não utilizar, ao contrário de uma lógica axiomatizada e da linguagem das ciências, conceitos cujo âmbito esteja rigorosamente fixado, mas termos mais ou menos flexíveis, cujo significado possível oscila dentro de uma larga faixa e que pode ser diferente segundo as circunstâncias, a relação objectiva e o contexto do discurso, a colocação da frase e a entoação de uma palavra. Mesmo quando se trata de conceitos em alguma medida fixos, estes contêm frequentemente notas distintivas que, por seu lado, carecem de uma delimitação rigorosa. Recorde-se a nota distintiva das «coisas aplicadas na construção de um edifício»

(§ 94, parágrafo 2 do BGB) e o «carácter novo» de uma coisa (§ 950, parágrafo 2, do BGB) (¹). Muitos conceitos jurídicos, e precisamente os mais importantes, como, por exemplo, «negócio jurídico», «pretensão», «ilícito» não estão definidos na lei; outras definições legais, como a de «negligência» no § 276 do BGB, resultam incompletas ou equívocas. Com frequência, uma mesma expressão é usada em diferentes leis, e inclusivamente na mesma lei, em diferentes sentidos; assim, a expressão «condução de negócio alheio», nos §§ 662 e 667 do BGB*, por um lado, e no § 675, por outro.

Quão pouco claro é, com frequência, o uso comum da linguagem, demonstra-o um acórdão no Tribunal Administrativo Federal de 1957 (2), que se ocupou da interpretação do conceito «filiação» no sentido do § 230, n.º 2, alínea 3, da lei de indemnização por danos. Podem por tal entender-se, sempre que os filhos carnais já não sejam vivos, também os genros e noras ou os netos do falecido titular do direito à indemnização? O tribunal considerou que o conceito «filiação» não é inteiramente claro no uso geral da linguagem. Designa, bem entendido, em primeira linha, apenas os filhos carnais; mas, de vez em quando, é também usado num sentido mais amplo, de modo que tal poderia entender-se também genros e noras e pessoas colocadas «a cargo do círculo familiar». No entanto, o juiz que se ocupa da interpretação de disposições legais especiais tem que indagar «que conteúdo e que delimitação o legislador» deu ao conceito, «em geral, mas em particular à lei especial a aplicar e, por último, à norma singular aplicável». Com base no uso das palavras noutras disposições da lei, o tribunal chega então à conclusão de que o conceito «filiação» há-de entender-se na disposição em causa, em sentido restrito, de modo a compreender apenas os filhos carnais.

(¹) *Supra*, capo I, 4a e capo 111, 3c.

* No Direito alemão é nota distintiva essencial do mandato o seu caráter gratuito (§ 662 do BGB) e, assim, o mandatário está obrigado a restituir ao mandante tudo o que recebeu para a execução do mandato ou auferiu com a condução do negócio (§ 667 do BGB). Determinante é, pois, como a jurisprudência alemã sublinha, o carácter de actividade não lucrativa exercida no âmbito de interesses de outrem. Já no § 675 do BGB a condução do negócio é feita a título oneroso, nos termos de um contrato de prestação de serviço ou de um contrato de empreitada (*N. do T.*).

(²) *NJW* 57, 1963.

A necessidade da interpretação pode ainda resultar de que duas proposições jurídicas prescrevem para a mesma situação de facto duas consequências jurídicas que reciprocamente se excluem. Mesmo quando as consequências jurídicas se não excluem, surge a questão de se devem ter lugar *uma a par com a outra*, ou se uma norma «repele» a outra (questão do concurso de normas, *supra*, capo 11, 4). Missão da interpretação da lei é evitar a contradição entre normas (³), responder a questões sobre concurso de normas e concurso de regulações e delimitar, uma face às outras, as esferas de regulação, sempre que tal seja exigível.

Objecto da interpretação é o texto legal como «portador» do sentido nele vertido, de cuja compreensão se trata na interpretação. «Interpretação» (*Auslegung*) é, se nos ativermos ao sentido das palavras, «desentranhamento» (*Auseinanderlegung*), difusão e exposição do sentido disposto no texto, mas, de certo modo, ainda oculto. Mediante a interpretação «faz-se falar» (4) este sentido, quer dizer, ele é enunciado com outras palavras, expressado de modo mais claro e preciso, e tornado comunicável. A esse propósito, o que caracteriza o processo de interpretação é que o intérprete só quer fazer falar o texto, sem acrescentar ou omitir o que quer que seja. Evidentemente que nós sabemos que o intérprete nunca se comporta aí de modo puramente passivo (*supra*, capo I, 3b). O texto nada diz a quem não entenda já alguma coisa daquilo de que ele trata. Só responde a quem o interroga corretamente. A pergunta é previamente dada àquele que quer aplicar a lei pela situação de facto em bruto e pela sua transformação em situação de facto definitiva. Para a formular correctamente, precisa de conhecer a linguagem da lei e o contexto de regulação em que a norma se encontra. Pelo menos aí, no modo de formulação da pergunta, reside a participação, que se não pode passar por alto, do intérprete no resultado da interpretação. Pois que a formulação da pergunta limita também, ao mesmo tempo, as respostas possíveis. Veremos mais adiante que cada nova interpretação de uma norma pelo tribunal, tanto quanto venha a servir

(³) Cf. a este respeito ENGISCH, *Die Einheit der Rechtsordnung*, pág. 46 e segs.; BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, pág. 463 e seg.

(4) Cf. HRUSCHKA, *Das Verstehen von Rechtstexten*, pág. 5 e segs.

de exemplo, modifica a aplicação efectiva da norma, a prática da norma. Mas esta não é, em regra, a intenção do intérprete; ele quer tão-somente e apenas conhecer o que a norma, entendida correctamente no seu sentido, «verdadeiramente diz». Não quer dar a sua interpretação - se bem que naturalmente seja sempre também a sua -, mas a que é requerida com base na norma e na cadeia de regulação; ele só quer, por meio do seu enunciado, «deixar falar» a norma. É daqui que temos de partir; acerca da modificação que, de certo modo à revelia daquilo que há para interpretar, se pode realizar, e frequentemente se realiza, por meio da interpretação, na norma efectivamente vigente, falar-se-á no próximo capítulo.

Na tarefa da interpretação, jurisprudência e ciência do Direito repartem-se de tal maneira que esta facilita, de certo modo, o trabalho à jurisprudência, ao mostrar os problemas da interpretação e as vias para a sua solução, enquanto que aquela põe à prova os resultados, em confrontação com a problemática do caso particular, necessitando assim constantemente da ciência do Direito para a comprovação. Mas, embora o juiz seja levado, pelo caso a resolver, a interpretar de novo um determinado termo ou uma determinada proposição jurídica, deve interpretá-los, decerto, não apenas precisamente para este caso concreto, mas de maneira a que a sua interpretação possa ser efectiva para todos os outros casos similares. Se os tribunais interpretassem a mesma disposição em casos similares ora de uma maneira, ora de outra, tal estaria em contradição com o postulado da justiça de que os casos iguais devem ser tratados de igual modo, assim como com a segurança jurídica a que a lei aspira - assim, por exemplo, o termo «filiação» na mesma disposição da lei de indemnização por danos, umas vezes com o significado estrito, outras vezes em sentido lato, conforme fosse o resultado que considerassem em rigor desejável no caso concreto. Por isso, o Tribunal Administrativo federal opôs-se, com razão, no caso mencionado, por causa da equidade do resultado no caso que precisamente tinha que resolver, a desviarse da interpretação que tinha sido genericamente reconhecida como conforme ao sentido da lei. Claro que na nossa ordem jurídica os tribunais não estão vinculados à interpretação em certa altura aceite. Podem, ou melhor, devem, desviar-se dela quando, segundo a convicção do tribunal, no caso a julgar, melhores razões se inclinam para uma outra interpretação. Mas tais casos são relati-

vamente raros; a relativa insegurança jurídica consubstanciada na possibilidade de uma alteração da jurisprudência dos tribunais tem que aceitar-se para tornar possíveis sentenças materialmente correctas.

Se bem que toda e qualquer interpretação, devida a um tribunal ou à ciência do Direito, encerre necessariamente a pretensão de ser uma interpretação «correcta», no sentido de conhecimento adequado, apoiado em razões comprehensíveis, não existe, no entanto, uma interpretação «absolutamente correcta», no sentido de que seja tanto definitiva, como válida para todas as épocas. Nunca é definitiva, porque a variedade inabarcável e a permanente mutação das relações da vida colocam aquele que aplica a norma constantemente perante novas questões. Tão-pouco pode ser válida em definitivo, porque a interpretação, como ainda haveremos de ver, tem sempre uma referência de sentido à totalidade do ordenamento jurídico respectivo e às pautas de valoração que lhe são subjacentes. Se uma interpretação das disposições sobre a legítima defesa, que permita ao agredido, mesmo em caso de um dano patrimonial pouco significativo que sobre ele impenda, pôr em jogo a vida ou a integridade física do agressor, se não for capaz de repelir o ataque de outro modo, podia ser correcta no início do nosso século, em virtude das concepções então dominantes e partilhadas pelo legislador, hoje já o não seria⁽⁵⁾. Também ao direito de legítima defesa se devem assinalar certos limites extremos. Toda a interpretação da lei está, até certo ponto, condicionada pela época. Com isto não se pretende dizer que o intérprete deve seguir a par e passo cada tendência da época ou da moda. A continuidade da jurisprudência, a confiança do cidadão, que nela se estriba, de que a sua questão será resolvida de acordo com as pautas até aí vigentes, é um valor muito específico. Só a uma mutação fundamental da consciência valorativa geral é o que o intérprete se não deve subtrair, mormente quando ela tenha encontrado expressão em leis mais recentes ou assente num amplo consenso.

É ociosa, porque mal colocada, a questão de se a interpretação jurisprudencial é «ciência» ou «arte». Se se põe como base o conceito «cientificista» de ciência, não pode ser ciência. O seu

(5) Cf. a este respeito o meu *Lehrbuch des Allgemeinen TeUs des BGB*, 7.ª ed., § 15, I b.

procedimento não é, como vimos (*supra*, capo I, 3b), o de um pensamento linear que avança só numa direcção, mas o de um esclarecimento recíproco, e a confirmação ou rejeição, que dele decorre, de cada conjectura de sentido. Um tal procedimento requer permanentemente a mobilização das forças criadoras do espírito. No que se assemelha ao do artista. No entanto, não se trata de modelação ou configuração, mas de enunciados adequados sobre o conteúdo e alcance das normas. Tais enunciados estão, tal como qualquer enunciado, submetidos à exigência de «correcção». Nem sempre serem capazes de satisfazer esta pretensão não modifica nada a esse respeito. «Correcção» não significa aqui uma verdade intemporal, mas correcção para esta ordem jurídica e para este momento. Enquanto actividade conduzida metodicamente, que está dirigida a obter enunciados «correctos», ou seja, adequados, a interpretação só é actividade científica se nos libertarmos da estreiteza do conceito científico da ciência.

Quando SAVIGNY (6) qualifica inicialmente a interpretação como «operação científica, princípio e base da ciência do Direito», e logo em seguida como uma «arte» que, enquanto tal, se não pode «transmitir ou adquirir por meio de regras», tal não constitui aos seus olhos qualquer contradição. Pois que a ciência, segundo a concepção de SAVIGNY, para quem o conceito positivista de ciência ainda estava distante, é uma «actividade livre do espírito» que, como ele diz, coopera na criação do Direito. Devido ao carácter criador que lhe é inerente, esta ciência tem um parentesco muito próximo com a arte. SAVIGNY subordina expressamente os enunciados da ciência do Direito ao conceito de verdade, ao dizer que se pode determinar a actividade livre do espírito contida na interpretação, no sentido de que «conhecemos a lei na sua verdade, quer dizer, tal como a sua verdade se nos dá a conhecer mediante a aplicação de um procedimento regular».

Mas o que é que quer dizer «conhecer na sua verdade» a lei? Com isto chegamos à questão do escopo da interpretação.

(6) *System des heutigen Romischen Rechts*, vol. 1, pág. 206 e segs.

b) O escopo da interpretação: vontade do legislador ou sentido normativo da lei?

Vimos na Parte Histórica que se formaram na literatura jusfilosófica e metodológica, já na segunda metade do século XIX, duas teorias sobre o escopo da interpretação da lei (7), das quais a primeira, a «teoria subjectivista» ou «teoria da vontade», considera escopo da interpretação a indagação da vontade histórico-psicológica do legislador, e a segunda, a «teoria objectivista» ou teoria da interpretação imanente à lei, a exploração do sentido que é inerente à própria lei. Como representantes da teoria subjectivista da interpretação vimos sobretudo WINDSCHEID e BIERLING e, em certo sentido, também PHILIPP HECK, e como representantes da teoria objectivista, KÜHLER, BINDING e WACH, bem como, posteriormente, RADBRUCH, SAUER e BINDER. A contraposição entre ambas as teorias continua a subsistir no presente, frequentemente até na mesma obra e nas posições dos tribunais superiores.

Assim, no tratado de ENNECCERUS-NIPPERDEY (8) diz-se a princípio que o escopo da interpretação é o «esclarecimento do sentido determinante de uma proposição jurídica». Nestes termos, o tratado parece colocar-se no terreno da teoria objectivista. Mas, logo em seguida, acrescenta que a teoria subjectivista, que se poderia apoiar na ideia jurídica do § 133 do BGB, e à qual nos deveríamos também hoje ater, indaga «a ideia preceptiva do legislador». Nestes termos, seria determinante para a interpretação «a vontade do legislador expressa na lei, quer dizer, o sentido que o legislador atribui às suas palavras, pressupondo que este sentido encontrou também expressão (mesmo que imperfeita) nas palavras». Se com isto o tratado se coloca inequivocamente no terreno da teoria subjectivista, esta toma a ser abandonada quando, no final, se diz que nós não temos de todo em todo que perguntar o que é que pensou este ou aquele participante na elaboração da lei, tão-pouco imagináramos o legislador como ser vivo (!), mas perguntaríamos «que conteúdo normativo de vontade (na acepção de fundamento,

(7) Cf. as indicações bibliográficas na Parte I, relativamente ao capo II, 4; ENGISCH, *Einführung...*, pág. 88 e segs.; LÜDERITZ, *Auslegung von Rechtsgeschäften*, 1966, pág. 11 e segs.

(8) *Allgemeiner TeU des bürgerlichen Rechts*, 15.ª ed., § 54.

sentido e fim) chegou a ser dominante no acto legislativo" e encontrou expressão, mesmo que imperfeita, na lei. Como conciliar esta afirmação com a teoria subjectivista, a que o tratado procura ater-se, permanece enigmático ao leitor. A solução do enigma poderia ver-se em que o primitivo autor, ENNECCERUS, foi de facto um partidário decidido da teoria subjectivista, enquanto que o colaborador posterior, NIPPERDEY, que se inclinava para a teoria objectivista, recebeu, no entanto, manifestar abertamente a ruptura com a concepção do seu predecessor. Nessa conformidade, procurou conjugar ambas as posições, o que, porém, só conseguiu, como mostram os trechos citados, em muita escassa medida.

A cada uma destas teorias subjaz uma parte de verdade; por isso, nenhuma delas pode ser aceite sem limitações. A verdade da teoria subjectivista é que a lei jurídica, ao invés da lei natural, é feita por homens e para homens, é expressão de uma vontade dirigida à criação de uma ordem tanto quanto possível justa e adequada às necessidades da sociedade. Por detrás da lei está uma determinada intenção reguladora, estão valorações, aspirações e reflexões substantivas, que nela acharam expressão mais ou menos clara. «Vinculação à lei», tal como é exigida pela Constituição (art.os 20, parágrafo 3, e 97, parágrafo 1), significa tanto o texto da lei, como as valorações do legislador (histórico) que lhe estão subjacentes. Mas isto não é tudo. A verdade da teoria objectivista é que uma lei, logo que seja aplicada, irradia uma acção que lhe é peculiar, que transcende aquilo que o legislador tinha intentado. A lei intervém em relações da vida diversas e em mutação, cujo conjunto o legislador não podia ter abrangido e dá resposta a questões que o legislador ainda não tinha colocado a si próprio. Adquire, com o decurso do tempo, cada vez mais como que uma vida própria e afasta-se, deste modo, das ideias dos seus autores. Neste ponto o que acontece com a lei não é diferente do que sucede com as outras obras de espírito. A lei que está a ser aplicada pertence ao estrato do espírito objectivo (no sentido da teoria dos estratos de NICOLAI HARTMANN). Tem o carácter, não de um ser físico ou psíquico, mas precisamente de um ser espiritual (9), que existe como tal no tempo e

(9) Cf. HEINRICH HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 2.ª ed., pág. 550 e segs.

que com perdura. Uma teoria da interpretação puramente «subjectivista» não fará justiça a este facto.

Que a teoria subjectivista contém apenas uma parte da verdade salta logo à vista pelo facto de que não pode viver sem arrimo à teoria objectivista. WINDSCHEID quis ver a vontade «autêntica» do legislador por detrás da vontade empírica, considerando aquela como a consequência razoável do que foi pensado pelo legislador. Na teoria psicológica de BIERLING acrescentava-se ao critério factual um critério normativo, com a referência à boa-fé como princípio subsidiário da interpretação. STAMMLER, que deu igualmente preferência, em princípio, ao método subjectivo ou histórico, não quis, no entanto, desistir de acomodar por meio da interpretação as leis mais antigas às necessidades e concepções do presente. Por isso, ensinava que «o conteúdo de um querer jurídico que nos chegou de uma época anterior» só pode aspirar a ter validade no presente «como um querer de quem actualmente estatui o Direito» (10). A mesma ideia é também defendida por NAVIASKY: determinante é «a última vontade cognoscível do dador da norma» (11). Ao colocar-se aqui, no lugar da vontade empírica do legislador histórico, a vontade hipotética, meramente presumida, do legislador actual, abandonou-se já o terreno de uma teoria da interpretação estritamente histórica. Este é também o caso quando, no lugar do legislador histórico, se coloca a representação idealizada de um «legislador racional», como vontade do qual a norma é então interpretada (12). Claro que aqui só resulta que a indagação da vontade do legislador histórico não pode ser o escopo último da interpretação. Seria ir longe de mal negar à intenção reguladora do legislador histórico e às suas ideias normativas perceptíveis qualquer significado para a interpretação. Quem isto fizesse ignoraria a parte de verdade que, em todo o caso, a teoria subjectivista encerra.

Na lei, como objectivação da vontade do seu autor dirigida à criação de uma regulação jurídica - ou de uma regulação jurídica parcial -, confluem tanto as suas ideias «subjectivas» e metas

(10) STAMMLER, *Theorie der Rechtswissenschaft*, pág. 617.

(11) NAVIASKY, *Allgemeine Rechtslehre*, pág. 130.

(12) A ciência jurídica procede geralmente segundo este «modelo metodológico», na opinião de ZYGMUNT ZIEMBINSKY (*RTh Beiheft 1*, 1979, pág. 215 e segs.).

volitivas, como certos fins e imperativos jurídicos «objectivos», em relação aos quais o próprio legislador não necessita de ter consciência ou de a ter em toda a sua amplitude. Quem quiser compreender plenamente uma lei tem de ter uns e outros em atenção. Todo o legislador tem que partir das ideias jurídicas e também das possibilidades de expressão da sua época; vê-se confrontado com determinados problemas jurídicos que, por seu lado, resultam das relações da sua época. Com o decurso do tempo, certas questões perdem importância, e outras vêm a surgir. Quem interpreta a lei em certo momento busca nela uma resposta para as questões do seu tempo. A interpretação tem isto em conta; acontece com isto que a própria lei participa até certo ponto do fluir do tempo (histórico) (13). Todavia, está presa à sua origem. A interpretação não deve descurar a intenção reguladora cognoscível e as decisões valorativas do legislador histórico subjacentes à regulação legal (14), a não ser que estejam em contradição com as ideias rectoras da Constituição actual ou com os seus princípios jurídicos reconhecidos. Se assim fizesse, deixaria de se poder falar de «interpretação», mas apenas de «mistificação». A vinculação constitucional do juiz à lei, que significa a supremacia do poder legislativo face aos outros «poderes» no processo de criação do Direito - o que não exclui a cooperação do poder judicial neste processo - não teria então significado. Neste ponto entrecruzam-se considerações metodológicas e jurídico-constitucionais.

O escopo da interpretação só pode ser, nestes termos, o sentido normativo do que é agora juridicamente determinante, quer dizer, o sentido normativo da lei. Mas o sentido da lei que há-de ser considerado juridicamente determinante tem de ser estabelecido atendendo à intenções de regulação e às ideias normativas concretas do legislador histórico, e, de modo nenhum, independentemente delas. É antes o resultado de um processo de pensa-

(13) Diz acertadamente GERHART HUSSERL (*Recht und Zeit*, pág. 26): «Se uma norma jurídica é interpretada hoje de modo diverso daquele da sua entrada em vigor há 30 anos, tal está justificado pela sua estrutura histórica temporal. As normas do Direito irradiam o efeito adequado ao seu sentido, enquanto e na medida em que estejam em sintonia com o seu tempo».

(14) No que estou de acordo com ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 7.ª ed., pág. 249 (nota 104 b).

mento em que todos os momentos mencionados, ou seja, tanto os «subjectivos» como os «objectivos» hão-se estar englobados e, como já se apontou, nunca chega ao seu termo (15). Alguns referem o sentido normativo da lei através de uma reminiscência linguística da teoria subjectivista, como «vontade da lei». Mas uma vontade só cabe a uma pessoa ou, em todo o caso, como vontade comum, a uma pluralidade de pessoas. A expressão «vontade da lei» encerra uma personificação injustificada da lei, que só é apropriada para encobrir a relação de tensão que a cada momento pode surgir entre a intenção originária do legislador e o conteúdo «em permanente reformulação» da lei, conteúdo que hoje deve ser considerado como determinante. O «sentido normativo da lei» não exclui, antes inclui, esta relação de tensão; está, portanto, sempre referido também à vontade do legislador (16).

Se a interpretação não deve ser deixada ao arbítrio do intérprete, mas decorrer de modo seguro e comprovável, então é

(15) Podemos denominar, com KOCH/RÜSSMANN (*ob. cit.*, pág. 178), esta concepção de «teoria unificadora».

(16) É o que também é sublinhado por BETTI, que classifica a interpretação jurídica como «interpretação com missão normativa» (*Allgemeine Auslegungslehre*, pág. 600 e segs.). Não obstante, é indiscutível, diz (*ob. cit.*, pág. 632), «que a interpretação jurídica não pode renunciar a tomar em consideração o processo de génesis da lei, quer dizer, o modo como a normação foi originalmente pensada e como foram valorados e ponderados os interesses em jogo. É o que há que sustentar, apesar da contradição paradoxal de certas formulações que parecem afirmar o contrário. O conhecimento da valoração originária, que perpassa de modo latente as palavras da lei e constitui o fundamento jurídico (*ratio juris*) da norma é imprescindível para se estabelecer em que medida sobrevieram variações de sentido com o surgimento de mutações no ambiente social ou de novas directrizes adentro do ordenamento jurídico: pois que só mediante a indagação da valoração originária e não, porventura, de modo directo, é admisível e tem justificação passar a uma adequação e acomodação do texto da lei ao presente vivo. Para o que é necessário equilibrar o interesse estático da constância, salvaguarda e segurança da normação jurídica, com a exigência dinâmica da adaptação e configuração ajustada à direcção da evolução social, mas sem prejuízo da continuidade». Estas considerações merecem concordância. Põem a claro que uma interpretação dirigida à indagação do sentido normativo (actual) da lei não pode deixar de ter em conta a intenção do legislador histórico, e evitam assim, acertadamente, a unilateralidade tanto da teoria subjectivista da interpretação como da objectivista.

preciso ter determinados critérios de interpretação em conformidade com os quais o intérprete se possa guiar. Tais critérios foram desenvolvidos pela metodologia jurídica. Conforme ao que foi dito, não pode já causar surpresa que entre eles se achem tanto aqueles que estão orientados à vontade do legislador histórico, como aqueles que se orientam a uma conexão normativa de sentido que a transcenda. Já SAVIGNY distingua os elementos «gramatical», «lógico», «histórico» e «sistêmático» da interpretação. E assinalava já também que estes distintos elementos não podiam ser isolados, mas deviam sempre actuar conjuntamente. Nos critérios de interpretação, que vão ser discutidos em seguida e que só parcialmente coincidem com os elementos salientados por SAVIGNY, não se trata de diferentes métodos de interpretação, como permanentemente se tem pensado, mas de pontos de vistas metódicos que devem ser todos tomados em consideração para que o resultado da interpretação deva poder impor a pretensão de correcção (no sentido de um enunciado adequado). Certamente que os diversos critérios, como o sentido literal, e também, frequentemente, a conexão de significado da lei, deixam sempre em aberto diferentes possibilidades de interpretação; outros, frequentemente, não funcionam porque, por exemplo, o entendimento da norma por parte do legislador histórico já não é possível de se constatar. Não raramente, necessita-se de uma «ponderação» de diferentes pontos de vista. A importância que haia de atribuir-se aqui aos diversos critérios só pode esclarecer-se desde que tenham sido expostos um por um. Só depois entraremos na questão de até que ponto a justiça material do resultado em relação com o caso particular a resolver é um critério legítimo.

2. Os critérios da interpretação

a) O sentido literal

Toda a interpretação de um texto há-de iniciar-se com o sentido literal. Por tal entendemos o significado de um termo ou

de uma cadeia de palavras no uso linguístico geral⁽¹⁷⁾ ou, no caso de que seja possível constatar um tal uso, no uso linguístico especial do falante concreto, aqui no da lei respectiva. O arrimo ao uso linguístico é o mais evidente, porque se pode aceitar que aquele que quer dizer algo usa as palavras no sentido em que comumente são entendidas. O legislador serve-se da linguagem corrente porque e na medida em que se dirige ao cidadão e deseja ser entendido por ele. Para além disso, serve-se em grande escala de uma linguagem técnico-jurídica especial, na qual ele se pode expressar com mais precisão, e cujo uso o dispensa de muitos esclarecimentos circunstanciais. No entanto, também esta linguagem técnica se apoia na linguagem geral, uma vez que o Direito, que a todos se dirige e a todos diz respeito, não pode renunciar a um mínimo de comprehensibilidade geral. Nos domínios em que cada um entra em contacto com o Direito, seja, por exemplo, nos negócios do dia-a-dia, os termos da linguagem jurídica são parte integrante da linguagem geral, mesmo quando se utilizem nesta última com menor precisão. Por esta via toda e qualquer pessoa tem um acesso imediato ao mundo do Direito⁽¹⁸⁾, de que necessita para poder orientar-se num ambiente social a que, justamente, pertence também a presença da ordem jurídica. Por este motivo, a linguagem das leis não pode afastar-se tanto do uso linguístico geral como ocorre com a linguagem de algumas ciências. A linguagem jurídica é um caso especial da linguagem geral, não é uma linguagem simbolizada, completamente desligada dela. Isto tem como consequência, como já repetidamente sublinhámos, que não é capaz de alcançar a exactidão de uma linguagem simbolizada, de maneira que os seus termos continuam a necessitar de interpretação.

A flexibilidade, a riqueza de cambiantes e a capacidade de adaptação da linguagem geral constituem ao mesmo tempo a sua força e a sua fraqueza, o que tem como consequência que do

(17) Sobre o significado dos termos linguísticos e a fixação do sentido corrente segundo o uso linguístico geral, cf. KOCH/RÜSSMANN, *oh. cit.*, pág. 126 e segs. Elucidativo é o acórdão do Supremo Tribunal Federal por eles comentado a pág. 128 e segs., a propósito do significado do termo «janela».

(18) Cf. a este respeito GERHART HUSSERL, *Recht und Zeit*, pág. 72 e segs.

uso linguístico, apenas, se não obtém um sentido literal inequívoco. Em lugar disso, encontramos um número maior ou menor de significados possíveis e de variantes de significado, a partir donde aquilo que é pensado em concreto só se obtém com base na conexão do discurso, da coisa de que ele trata ou das circunstâncias acompanhantes. A estes critérios correspondem, com respeito à interpretação da lei, a conexão de significado, a intenção reguladora do legislador e a estrutura do sector material regulado. Não obstante, a conexão de significado da lei e também, pelo menos em parte, o escopo de uma regulação, inferir-se-ão, por seu lado, da sucessão e conjugação daqueles significados que correspondem aos termos particulares e aos encadeamentos de frases do texto legal, em conformidade, precisamente, com o uso linguístico geral ou com um uso linguístico especial por parte da lei. Trata-se aí do processo de olhar para a frente e para trás, do esclarecimento recíproco, que é conhecido pelo nome de «círculo hermenêutico» (*supra*, capo I, 3b). Quanto menos o sentido literal, conforme ao uso linguístico geral ou, também, conforme a um uso linguístico jurídico especial, for capaz de fixar logo de modo definitivo o significado de uma expressão precisamente *neste* contexto, neste *lugar* da lei, tanto menos se deverá prescindir do seu conhecimento, devendo pois pôr-se em marcha o processo do compreender mediante o interpretar. É isto que queremos dizer quando afirmamos que toda a interpretação tem que começar com o sentido literal.

Os termos que obtiveram na linguagem jurídica um significado específico, como, por exemplo, contrato, crédito, impugnabilidade, nulidade de um negócio jurídico, herança, legado, são usados nas leis, na maioria das vezes, com este significado especial. Deste modo eliminam-se inúmeras variantes de significado do uso linguístico geral e o círculo dos possíveis significados, adentro do qual se há-de proceder à selecção com base nouros critérios, estreita-se em grande medida. Com o esclarecimento do uso linguístico jurídico preciso, a interpretação pode, em certas ocasiões, chegar ao seu termo, a saber, quando nada indicie no sentido de que a lei se desviou, precisamente nesta passagem, daquele uso. Tais desvios não estão, no entanto, nunca excluídos. O BGB definiu o conceito de «coisa» no § 90, de tal modo que, em conformidade com os seus termos, só um «objecto corpóreo» é «coisa» no sentido da lei. Apesar disso existe unanimidade

em que o termo «coisa» no § 119, parágrafo 2, não deve ser entendido neste sentido restrito, mas no sentido de «objecto do negócio», o que está totalmente em consonância com o uso linguístico geral. A definição do § 90 do BGB refere-se claramente àqueles objectos sobre os quais são possíveis direitos reais; em contrapartida, no caso das «qualidades essenciais no tráfego» do § 119, parágrafo 2, do BGB, trata-se de qualidades do objecto do negócio, o qual, na maioria das vezes, será uma «coisa», no sentido do § 90, mas não precisa necessariamente de o ser. No § 184, parágrafo 1, o BGB qualifica como «autorização» o consentimento ulterior para o negócio jurídico. O legislador só pensou aí no consentimento que é dado por um privado; o consentimento do Tribunal Tutelar de Menores (§§ 1821 e segs. do BGB) é designado também como «autorização», quando é concedido previamente. O mesmo vale em relação a outras autorizações concedidas por uma entidade pública. Portanto, nem sequer o uso linguístico da lei fixado por meio de uma definição oferece sempre garantia de que o termo respectivo há-de ser entendido nesse sentido em cada passo da lei. Basta existirem razões especiais para demonstrar que, precisamente nesse passo, se há-de entender com outro significado.

Se, nestes termos, um uso linguístico especial por parte da lei prevalece, em regra, sobre o uso linguístico geral, há, todavia, que recorrer de novo a este quando se torna patente que a lei se desviou aqui do seu uso linguístico especial. O uso linguístico geral não é aqui certamente de muitos préstimos. Mas assinala, como sempre, os marcos adentro dos quais tem que estar o significado procurado. O que está para além do sentido literal linguisticamente possível e é claramente excluído por ele já não pode ser entendido, por via da interpretação, como o significado aqui decisivo deste termo. Diz acertadamente MEIER-HAYOZ⁽¹⁹⁾ que o «teor literal tem, por isso, uma dupla missão: é ponto de

⁽¹⁹⁾ MEIER-HAYOZ, *Der Richter als Gesetzgeber* (O juiz como legislador), pág. 42. A maioria dos autores vai na mesma linha: assim, BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre*, pág. 423; FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts*, vol. IV, pág. 249 e seg.; RAISCH, *Vom Nutzen der überkommenen Auslegungskanones für die praktische Rechtsanwendung*, pág. 29; ZIPPELIUS, *Einführung in die Methodenlehre*, 4.ª ed., pág. 43; cf. igualmente ZELLER, *Auslegung vom Gesetz und Vertrag*, 1989, pág. 153 e segs.

partida para a indagação judicial do sentido e traça, ao mesmo tempo, os limites da sua actividade interpretativa». Uma interpretação que se não situe já no âmbito do sentido literal *possível*, já não é interpretação, mas modificação de sentido. Com isto não se diz que ela esteja sempre vedada ao juiz; mas necessita de pressupostos especiais e pertence ao âmbito de desenvolvimento patente do Direito, a discutir no próximo capítulo. Em todos os casos em que os tribunais sublinhem que o sentido e o escopo de um preceito prevalecem sobre um teor literal «linguisticamente inequívoco» e que a interpretação não está limitada pelo sentido literal, trata-se, na verdade, sempre que o resultado se não situe, pois, nos marcos do sentido literal linguisticamente possível, de integração de lacunas, de analogia ou de redução teleológica. Por «sentido literal possível» entendo tudo aquilo que nos termos do uso linguístico que seja de considerar como determinante em concreto - mesmo que, porventura, em circunstâncias especiais -, pode ainda ser entendido como o que com esse termo se quer dizer^(19a). Pode certamente ser duvidoso em alguns casos, dado que os limites do sentido literal linguisticamente possível tão-pouco se encontram sempre traçados com exactidão, se se trata ainda de interpretação muito «ampla» ou já de integração de lacunas por analogia. A impossibilidade de uma delimitação rigorosa não impede, no entanto, uma distinção, entendida esta não tanto conceptualmente, mas tipologicamente. Na grande maioria dos casos é bem possível dizer-se que um evento a caracterizar de modo distinto se encontra de fora do campo de significação deste termo, do seu sentido literal possível⁽²⁰⁾.

"

(19) Contra a possibilidade de se estabelecer o uso linguístico comum não milita o facto de que este só pode ser indicado mediante uma «enumeração aberta de exemplos», como sustenta CHRISTENSEN (*Was hei/3t Gesetzesbindung?*, 1989, pág. 79) e não por meio de uma definição precisa. Que um determinado significado *não* pode ser ligado a esta expressão de acordo com o uso linguístico comum é perceptível para cada falante sem que para tal seja necessário uma determinação conceitual precisa. Assim, pode estabelecer-se caso a caso se uma determinada interpretação ultrapassa ou não o limite do significado possível do termo.

(20) Em sentido contrário, sustenta SCHIFFAUER (no seu escrito: *Wortbedeutung und Rechtserkenntnis*, 1979, pág. 36 e segs.) que as fronteiras seriam «na prática determináveis de modo não intersubjectivo». Nega assim a utilidade do sentido literal possível como limite entre interpretação (em sentido estrito) e desenvolvimento do Direito. Em termos semelhantes, cf. igualmente WANK, *Die juristische Begriffsbildung*, 1985, pág. 23 e segs.

Assim, pode ser determinado o tratamento igual para homens e mulheres; o termo «homens» não engloba, segundo o significado verbal possível, também as mulheres (e vice-versa). A distinção entre interpretação e desenvolvimento do Direito complementador ou modificar da lei tem que ser feita, justamente porque o referido desenvolvimento tem de estar ligado a pressupostos especiais para que a lei possa garantir o papel que, como regulação primária, lhe incumbe. A este propósito não necessitamos sequer de fazer referência à problemática especial da proibição de analogia no Direito Penal. Proibições de analogia existem também noutras ramos do Direito⁽²¹⁾. Não são, em princípio, absurdas e, por isso, não são tão destituídas facticamente de eficácia como a maioria das proibições de interpretação. Mas não é possível achar outra demarcação entre interpretação e desenvolvimento do Direito complementador ou modificador da lei senão a do sentido literallinguisticamente possível. Ela é, pois, reconhecida também predominantemente na literatura⁽²²⁾ e agora também na jurisprudência dos tribunais⁽²³⁾.

Há-de partir-se, ao averiguar o possível e aqui, porventura, decisivo sentido literal, do uso linguístico ao momento do surgimento da lei ou do uso no presente? O legislador parte do uso linguístico do seu tempo. Se se trata de um termo da linguagem técnico-jurídica, que o legislador usou no sentido em que era entendido no seu tempo, há que partir do significado de então do termo. Se se partisse, sem mais, do significado actual, haveria provavelmente de se falsear a intenção do legislador. O Supremo Tribunal Federal examinou com razão - numa sentença em que se tratava de saber se por «possuidor de uma mina», no sentido do § 148 da Lei Geral Prussiana de Minas de 1865, só poderia entender-se o proprietário da mina ou também um locatário ou usufru-

(21) Sobre as proibições de analogia, cf. CANARIS, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, pág. 183 e segs.

(22) Assim, por ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Allgemeiner TeU*, § 57 M, especialmente nota 4; DAHM, *Deutsches Recht*, 2. a 00., pág. 66; ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 7. a ed., pág. 82 e segs. e pág. 249 (nota 106b); KREY, *Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht*, 1977, pág. 127 e segs., pág. 146 e segs.; BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, pág. 467 e segs.

(23) BGHZ 46, 74, 76.

tuário - se o legislador da época tinha distinguido ou não entre proprietário e possuidor de uma mina⁽²⁴⁾. Se o legislador de então tivesse em todo o caso feito esta distinção, tal como hoje a entendemos, resulta daí que não quis, de todo em todo, excluir a responsabilidade de um locatário ou usufrutuário. Teriam então que existir - o que o Supremo Tribunal Federal viu acertadamente - razões especiais, como o escopo ou a ideia de base do preceito, para que o significado da expressão «possuidor de uma mina» fosse aqui entendido num sentido estrito, a saber: como equivalente a «proprietário de uma mina». É diferente quando o significado de um termo não estava fixado num determinado sentido à data do surgimento da lei, sentido que o legislador fez seu. Então é recomendável tomar como limite da interpretação o sentido literal que é hoje possível, no caso de, deste modo, se possibilitar uma interpretação que chegue a ser mais conforme com o fim ou com ideia de base da norma. Pois que, de qualquer modo, o leitor de hoje capta o sentido da norma segundo a sua compreensão actual da linguagem de maneira que não lhe acontece nada que não tenha sido de alguma maneira presumido se puser esse sentido de ora em diante como base de interpretação.

O caso seguinte é bem um caso de fronteira. Uma ofensa corporal será mais fortemente punida se foi perpetrada por meio de arma ou outro instrumento perigoso. O Supremo Tribunal Federal considerou o emprego do ácido clorídrico, como meio de ataque contra uma pessoa, uso de «arma» no sentido da lei penal⁽²⁵⁾. Considerou que o uso linguístico anterior entendia por «armas», verdadeiramente, apenas meios que actuam mecanicamente, mas que o uso linguístico se modificou sob a influência do desenvolvimento tecnológico, de modo que agora também poderiam ser consideradas «armas» meios que actuam quimicamente. Entender o conceito de «arma» neste possível sentido amplo, segundo o uso linguístico actual, está de acordo com o sentido e o escopo do preceito jurídico-penal em questão. A resolução foi criticada, sobretudo por G. e D. REINICKE⁽²⁶⁾. Argumentam que o conceito jurídico-penal de «arma» não é um conceito em branco que possa ser preenchido segundo o entendimento da linguagem em cada caso;

teria antes que ser interpretado do jeito em que foi entendido no momento da elaboração da lei. Ao vertê-lo em meios de ataque que actuam de modo diverso do mecânico, tratar-se-ia, na verdade, de uma analogia (proibida). ENGISCH⁽²⁷⁾ considera a resolução «pelo menos problemática». Eu, no entanto, considero-a legítima.

Por conseguinte, o sentido literal a extrair do uso linguístico geral *ou*, sempre que ele exista, do uso linguístico especial da lei ou do uso linguístico jurídico geral, serve à interpretação, antes de mais, como uma primeira orientação, assinalando, por outro lado, enquanto sentido literal possível - quer seja segundo o uso linguístico de outrora, quer seja segundo o actual - , o limite da interpretação propriamente dita. Delimita, de certo modo, o campo em que se leva a cabo a ulterior actividade do intérprete.

b) O contexto significativo da lei

Qual, de entre as múltiplas variantes de significado que podem corresponder a um termo segundo o uso da linguagem, deva em cada caso ser considerada resulta, em regra, se bem que não sempre, com a maior exactidão possível do contexto em que aquela é usada. O contexto significativo da lei determina, em primeiro lugar, da mesma maneira, a compreensão de cada uma das frases e palavras, tal como também, aliás, a compreensão de uma passagem do texto é codeterminada pelo contexto. Até aqui não se trata mais do que da forma mais simples do anteriormente mencionado (cap. I, 3b) «círculo hermenêutico». Uma lei é constituída, como vimos anteriormente (cap. II, 2), as mais das vezes, por proposições jurídicas incompletas - a saber: aclaratórias, restritivas e remissivas - , que só conjuntamente com outras normas se complementam numa norma jurídica completa ou se associam numa regulação. O sentido de cada proposição jurídica só se infere, as mais das vezes, quando se a considera como parte da regulação a que pertence (*supra*, capo V, 3). Para compreender a regulação da aquisição da propriedade de boa-fé *a non domino*, tem de se relacionar o § 935 com o § 932 do BGB,

(24) BGHZ, 52, 259, 262.

(25) BGHSt 1, 3.

(26) In: NJW51, 683.

(27) *Einführung*..., pág. 153.

se se não quiser tirar conclusões precipitadas. Quando a lei remete para outra disposição, tem que ter-se esta em conta para que se esclareça o alcance da norma remissiva. Quem queira fazer uma ideia do que a lei entende por «posse», não deve limitar-se a ler somente o § 854 do BGB. Terá de rectificar subsequentemente a ideia, que constrói apenas com base neste preceito, no sentido de que a lei não considera «possuidor» o denominado possuidor em nome alheio (§ 855 do BGB), mas sim o possuidor mediato (§ 868 do BGB). É por vezes difícil ao participante levar plenamente a cabo a distinção que a lei faz entre «posse» e «propriedade», porque no uso linguístico geral ambos os termos são usados com frequência em sinonímia. Para chegar a um corrente entendimento da distinção, necessita-se da confrontação comparativa de ambos os complexos de regulação. Algo semelhante ocorre com conceitos como capacidade jurídica e capacidade negocial, capacidade de ser parte e capacidade processual, vinculação e disposição. Só com a sua confrontação será cada um plenamente entendido.

Para além desta função geral do contexto, proporcionadora da compreensão, o contexto significativo da lei desempenha, ainda, um amplo papel em ordem à sua interpretação, ao poder admitir-se uma *concordância objectiva* entre as disposições legais singulares. Entre várias interpretações possíveis segundo o sentido literal, deve por isso ter prevalência aquela que possibilita a garantia de concordância material com outra disposição. Um bom exemplo de interpretação «sistematizada», que se apoia na assumpção da concordância material de dois preceitos, é dado num acórdão do Supremo Tribunal Federal sobre o quantitativo de uma «renda por construção para além dos limites do prédio» sobre prédio vizinho, nos termos do § 912 do BGB (28). Para a fixação do quantitativo da renda é, nos termos do § 912, parágrafo 2, do BGB, «determinante o momento em que se ultrapassaram os limites». A questão era de se então seria decisivo, para a quantificação do valor de mercado averiguado neste momento, a superfície indevidamente edificada ou um eventual valor mais elevado que resulte de uma posterior urbanização da superfície restante, com consideração das circunstâncias em que poderia estar aqui

(28) BGHZ 57, 304.

incluída a superfície edificada. O Supremo Tribunal Federal constatou em primeiro lugar, e bem, que o teor literal do § 912, parágrafo 2, do BGB nada diz a este respeito. Mas logo aduziu em comparação a disposição do § 915, parágrafo 1, do BGB, segundo a qual o titular do direito à renda, ou seja, o proprietário do solo edificado, ou quem juridicamente subentrou na sua posição, pode exigir a todo o tempo que aquele que está vinculado ao pagamento da renda «lhe entregue, em troca da transmissão da propriedade da parte edificada, o valor que esta parte tinha à data em que se ultrapassaram os limites». O Supremo Tribunal Federal é de parecer que, com o valor da parte edificada, só se poderia querer significar o seu valor de mercado à data em que se ultrapassaram os limites, mas não, por exemplo, o valor acrescido em consequência de uma urbanização posterior. Ora bem, relativamente ao montante que o proprietário da parte edificada deveria poder exigir como contrapartida da transmissão da propriedade, trata-se claramente de uma capitalização de renda por construção em prédio vizinho, nos termos do § 912 do BGB. Por isso, concluiu o Supremo Tribunal Federal, para a fixação do quantitativo da renda tem de se ter como base o mesmo valor de que a lei parte no § 915.

Nos §§ 987 e segs. do BGB, a lei regula as pretensões entre o proprietário não possuidor e o possuidor de uma coisa. Para o efeito, distingue no § 990 entre o possuidor que ao entrar na posse estava de boa-fé e o que não estava. Esta distinção só pode fazer-se com pleno sentido em relação com um possuidor que objectivamente não obteve qualquer direito à posse face ao proprietário e que, nestes termos, está obrigado à restituição da coisa, em conformidade com os §§ 985 e 986 do BGB. A doutrina retirou daqui a conclusão de que os §§ 987 e segs. do BGB só são aplicáveis na sua globalidade a quem não esteja face ao proprietário titulado na posse ou a um possuidor que exceda o seu direito de posse. Também aqui se pressupõe que uma regulação coerente é em si harmónica.

Uma referência à concordância material de preceitos pode oferecê-la a sistemática externa da lei. Da inserção dos §§ 842 e segs. do BGB, sobre a extensão do dever de indemnizar e sobre «indernização por danos morais», na secção sobre «acções ilícitas», pode deduzir-se que estes preceitos só valem precisamente para aqueles deveres de indemnização por danos que se baseiam

numa «acção ilícita», no sentido desta secção, mas não para os deveres de indemnização resultantes de inadimplemento de contrato. A não ser assim, a sua inserção haveria de ter tido lugar nos preceitos da Parte Geral do Direito das Obrigações, relativos ao conteúdo do dever de indemnizar (§§ 249 e segs. do BGB). Todavia, o argumento decorrente da posição sistemática de um preceito na lei, ou seja do «sistema externo» desta, não pode ser sobreestimado⁽²⁹⁾. Assim, o Direito das coisas do BGB regula uma série de «relações obrigacionais legais», como a que intercede entre o proprietário não possuidor e o possuidor não titulado para a posse (§§ 987 e segs. do BGB) ou entre proprietário e usufrutuário (§§ 1036, parágrafo 2, 1037 e segs. do BGB) que, bem entendido, têm os seus fundamentos numa relação jurídica de Direito das coisas, mas que estão sujeitas, na sua configuração intrínseca, às regras do Direito das Obrigações. Em contrapartida, encontram-se também no Direito das Obrigações preceitos particulares de conteúdo jurídico-real, por exemplo, sobre direitos hipotecários legais. De vez em quando, a lei, atendendo à concordância material dos preceitos, afastou-se na sua ordenação sistemática externa da sistematização conceptual que lhe é subjacente. Esta oferece por seu lado, na verdade, um apoio à interpretação; assim, por exemplo, o § 816 do BGB só pode ser compreendido tomando como pano de fundo a distinção conceptual entre negócio de disposição e de obrigação. Mas existem também complexos de regulação que não podem classificar-se integralmente no sistema conceptual; assim, o registo preliminar e os «direitos dever» jurídico-familiares⁽³⁰⁾. De maiores a maiores, o sistema conceptual não oferece mais que uma orientação tosca; para uma orientação apurada subsiste uma distância considerável. Assim, por exemplo, para a questão sobre o que deva ser considerado como «qualidade» da coisa, no sentido do § 119, pará-

⁽²⁹⁾ Cf. a este respeito HERSCHEL, in *BB** 1966, pág. 791.

⁽³⁰⁾ Sobre estes, cf. GERNHUBER, *Lehrbuch des Familienrechts*, 3.ª ed., §§ 2, 11, 6; 49, M, 1-3; 65, 11, 2.

* Abreviatura da designação da revista *Der Betriebs-Berater*, Heidelberg, Recht und Wirtschaft; é publicada desde 1946, com a periodicidade de 3 vezes por mês (*N. do T.*).

grafo 2, do BGB, e quando haja esta de ser vista como «essencial no tráfego», a sistemática nada oferece. A interpretação remete aqui para outras considerações, como, por exemplo, a representação da norma do legislador histórico ou o «sentido racional» do preceito e a repartição de risco nele envolvida.

A questão relativa à conexão de significado da lei não pode nem desligar-se completamente da questão relativa ao sentido literal possível, nem ser respondida com a questão relativa a outros critérios de interpretação. A conexão de significado da lei, e também a sistemática conceptual que lhe é subjacente, só é comprehensível quando se tomam também em consideração os fins da regulação. A distinta regulação da posse e da propriedade só será comprehensível pelo facto de que a lei permite conceder uma tutela provisória à posse no interesse da manutenção da paz e, para além disto, atribui-lhe certas funções na transmissão de direitos reais, assim como em relação à situação probatória, enquanto que na propriedade vê o senhorio, juridicamente assegurado de modo pleno, de uma pessoa sobre a coisa. O significado do § 935, parágrafo 1, do BGB, só será plenamente comprehensível se se conhecer a valoração da lei nele plasmada em relação com os interesses em conflito do proprietário (relativos à manutenção da sua propriedade) e do adquirente de boa-fé, que confia na legitimidade do alienante. Só a partir desta valoração se pode determinar o que é que significa «perda» no sentido deste preceito⁽³¹⁾. Também aqui se patenteia, uma vez mais, a peculiaridade do processo de compreender como um movimento de ida e retorno: sabemos de imediato, pela conexão de significado de ambas as disposições, que a regra expressada no § 932 do BGB é restrin-gida pelo § 935, parágrafo 1. A pergunta sobre o fundamento desta restrição conduz à concepção legislativa, e à valoração nela contida, da situação de interesses; a partir deste ponto, a consideração retoma ao significado de um termo particular, aqui o de

⁽³¹⁾ Diz, acertadamente, WESTERMANN (*Sachenrecht*, § 16, 4) que a delimitação entre abandono voluntário e extravio tem importância sobre-tudo para o § 935 e, por isso, tem que inferir-se da situação de interesses decisiva para o § 935. A partir dele, quer dizer, da sua valoração legal por meio de uma combinação do princípio da «aparência jurídica» e do «princípio da causa», qualifica logo (no § 49 I) o extravio como perda involuntária da posse imediata.

«perder», e delimita-o face ao do mais próximo. O círculo fecha-se com o conhecimento de que a interpretação encontrada está situada nos quadros do sentido literal possível e que se lhe não depara no demais qualquer objecção.

O critério do contexto significativo exige, em primeiro lugar, prestar atenção ao contexto, tal como se requer para a compreensão de todo o discurso ou escrito coerentes. Exprime, para além disso, a concordância material das disposições adentro de uma regulação e, ainda, o tomar em conta da ordenação externa da lei e da sistemática conceptual a ela subjacente, às quais, todavia, só cabe um valor limitado para a interpretação. A conexão de significado da lei, por seu lado, só pode plenamente compreender-se, em muitos casos, quando se retoma à teleologia da lei e ao «sistema interno», que lhe subjaz, das opções valorativas e princípios rectores. A questão relativa à conexão de significado conduz então aos critérios teleológicos. Com o que se confirma a observação de FRIEDRICH MÜLLER⁽³²⁾ de que «as regras tradicionais de interpretação» não podem ser individualizadas como «métodos» independentes em si. Ao invés, manifestam-se no processo de concretização «não só complementando-se e apoianto-se umas às outras, mas sempre entrelaçadas materialmente umas com as outras logo desde o princípio». Isto deveria dar que pensar àqueles que pretendem que o intérprete pode escolher entre diferentes métodos.

c) Intenção reguladora, fins e ideias normativas do legislador histórico

Se, como frequentemente acontece, o sentido literal resultante do uso linguístico geral ou de um uso linguístico especial por parte da lei, assim como o contexto significativo da lei e a sistemática conceptual que lhe é subjacente deixam sempre em aberto diferentes possibilidades de interpretação, é natural que se pergunte sobre qual a interpretação que melhor corresponde à intenção reguladora do legislador ou à sua ideia normativa.

⁽³²⁾ FRIEDRICH MÜLLER, *Juristische Methodik*, 3.ª ed., pág. 112.

Com isto chegamos ao elemento «histórico» da interpretação, o qual, como expusemos ao princípio, há-de ter-se em conta, também, ao averiguar do sentido da lei normativamente determinante. Sobretudo a intenção reguladora do legislador e as decisões valorativas por ele encontradas para alcançar manifestamente esse desiderato continuam a ser arrimo obrigatório para o juiz, mesmo quando acomoda a lei - por via da interpretação teleológica ou do desenvolvimento do Direito - a novas circunstâncias, não previstas pelo legislador, ou quando a complementa. Aqui surge, abertamente e de imediato, a questão de saber de que pessoas se trata, quando perguntamos pela vontade ou pela ideia normativa «do legislador».

Nos Estados modernos, o legislador não é uma pessoa individual, mas, em regra, uma assembleia, o parlamento, e em alguns Estados, um corpo legislativo composto por duas câmaras; de vez em quando é-o mesmo a totalidade dos cidadãos eletores. Seria, evidentemente, inútil investigar as ideias que do significado desta ou daquela disposição legal fizeram todas as pessoas que tomaram parte no processo legislativo ou, pelo menos, aquelas que deram o seu assentimento ao projecto de lei. Tais ideias não podem ser averiguadas, e, se o pudessem, quais deveriam ser as determinantes quando são divergentes? Por este motivo, alguns contentam-se com a suposição de que os membros de um corpo legislativo, em regra, «aceitaram o sentido que os verdadeiros autores da lei deram conjuntamente ao texto legal por eles elaborado e que manifestam na exposição de motivos»⁽³³⁾. Como «vontade do legislador» teriam, nestes termos, valido as ideias normativas da comissão consultiva ou dos relatores ministeriais que tomaram parte na elaboração da lei e, em todo o caso, as dos membros da comissão parlamentar. Com isto simplifica-se excessivamente a coisa. Certamente que a maioria dos membros do corpo legislativo confia, no tocante aos pormenores da lei por eles aprovada, na perícia, na circunspecção e na técnica de formulação, quer do autor do projecto, quer dos deputados pertencentes à comissão parlamentar competente. Face à extensão da legislação actual, eles próprios não estão de modo algum em situação de formar uma opinião pessoal sobre os pormenores da

⁽³³⁾ Nestes termos, ENGISCH, *Einführung*..., pág. 95.

lei. Aquilo sobre que formam uma opinião e aquilo que na verdade aprovam é unicamente a intenção reguladora e os fins da lei, as repercussões sociopolíticas (sobretudo no caso de leis-medida), a «tendência» global da lei. Para além disso, tomam porventura posição sobre certas questões particulares que eram anteriormente controvertidas. No restante, contentam-se em dar a sua aprovação à lei na sua globalidade, confiando aí em que o texto está de acordo com os fins por eles aprovados e com os pontos de vista que, em sua opinião, são de ter em conta, e que serão interpretados neste sentido pelos órgãos chamados a aplicar a lei, pelas autoridades administrativas e pelos tribunais. A sua aprovação vale, portanto, só para o texto enquanto tal, não para uma determinada interpretação do texto.

Daqui resulta que tem de se distinguir, de um lado, a intenção reguladora, os fins e a sua hierarquia, bem como as opções fundamentais do legislador e, por outro lado, as ideias normativas concretas das pessoas que tomaram parte na assessoria e redacção do texto legislativo. Só os fins, estatuições de valores e opções fundamentais determinados na intenção reguladora ou que dela decorrem, sobre os quais, de facto, os participantes no acto legislativo tomaram posição, podem ser designados como «vontade do legislador», que se realiza mediante a lei. É a eles que a interpretação há-de orientar-se em primeira linha, pois só assim pode garantir-se o papel preponderante dos órgãos legislativos adentro do processo global de criação e concretização do Direito. Em contrapartida, as ideias normativas concretas, ou seja, ideias claras sobre o significado e alcance precisos de uma disposição particular ou de um termo particular, podem esperar-se, antes do mais, dos autores do texto da lei ou dos membros das comissões de assessoria. Mas não são, nem individualmente nem a sua globalidade, «o legislador». As suas opiniões são, não obstante, de valor relevante para a interpretação, pois que pode supor-se que na escolha dos termos terão empreendido reflexões sobre o seu alcance e que trataram de os escolher de modo a que se aproximassem tanto quanto possível da intenção regulativa do legislador por eles compartilhada e analisada mais em pormenor. No entanto, estas opiniões não representam qualquer bitola vinculativa para o intérprete, que, pelo contrário, se afastará delas amiúde, porque as ideias normativas dos autores da lei ficam geralmente aquém das possibilidades

de aplicação da norma, mesmo quando se não apoiam de antemão numa avaliação errónea da situação normativa⁽³⁴⁾.

A informação sobre as ideias normativas dos autores da lei resulta com frequência da génese da lei⁽³⁵⁾. Segundo o § 197 do BGB, prescrevem em quatro anos, entre outras, as pretensões ao pagamento de juros, do preço do arrendamento e do uso e fruição, de rendas, de contribuições para a manutenção «e de todas as demais prestações que regularmente se repetem». Ora bem, seria questionável se adentro das «prestações que regularmente se repetem», no sentido desta disposição, se incluem também os direitos de participação nos lucros que, na verdade, vencem em prazos que se repetem com regularidade, mas em quantitativo variável e que, por falta de um lucro, podem não existir uma ou mais vezes. O Supremo Tribunal Federal respondeu afirmativamente a esta questão⁽³⁶⁾. O sentido literal não vai contra isto; da história da génese do § 197 do BGB resulta que nos primeiros projectos se tinha falado de «todas as demais prestações que devam ser satisfeitas em prazos que regularmente se repetem». Nesta redacção, a palavra «regularmente» foi referida evidentemente só aos prazos, não aos quantitativos da prestação. Com a posterior modificação da formulação não foi intentada pelos autores qualquer alteração de substância. O quantitativo variável não será assim obstáculo à classificação dos direitos de participação nos lucros adentro das «prestações que regularmente se repetem». Mas, se não se trata do mesmo quantitativo, tão-pouco é obstáculo à classificação que num determinado prazo possa eventualmente não resultar de todo em todo qualquer direito. O Supremo Tribunal Federal teria podido todavia indicar que aqui se trata apenas de um caso-limite, porque tipicamente se contará com a obtenção de um lucro, se bem que de montante incerto.

Como fontes de conhecimento das ideias normativas das pessoas envolvidas na preparação e redacção da lei, entram em

(34) Cf. *BVerfGE*, 54, 298.

(35) Apesar de algumas afirmações que parecem ir em contrário, a jurisprudência dos tribunais superiores invocou constantemente como determinante a história da génese quando dela houvesse de se retirar algo de essencial para a interpretação de um preceito legislativo; nestes termos, *BGHZ* 46, 80.

(36) *BGHZ* 28, 144, 149 e segs

consideração, em primeiro lugar, os diferentes projectos, as actas das comissões de assessoria e as exposições de motivos juntas aos projectos e, para as ideias das pessoas envolvidas no próprio acto legislativo, as actas das sessões parlamentares. Estes testemunhos hão-de por sua vez interpretar-se tendo como pano de fundo o entendimento linguístico da época, assim como a doutrina e a jurisprudência de então, sempre que os autores da lei as quiseram expressamente admitir ou foram manifestamente por elas influenciadas, bem como da situação normativa que ao legislador de então se deparava, quer dizer, aqueles dados reais de que ele quis dar conta. É este o ponto em que as indagações históricas, do sentido mais amplo, se convertem em meio auxiliar da interpretação jurídica.

As mesmas fontes de conhecimento servem também para averiguar da intenção reguladora e dos fins do legislador, sempre que estes não sejam já evidentes a partir da própria lei, de um preâmbulo, das disposições introdutórias, das epígrafes, do contexto significativo da lei e das decisões valorativas daí resultantes. Uma regulação pode com frequência ter racionalmente só um único fim. Assim, a jeito de exemplo, é evidente que a lei de venda a prestações quer proteger o comprador a prestações de certos perigos que podem resultar da configuração das condições do contrato; por exemplo, de perder, no caso de pagamento não atempado, tanto a coisa comprada como o preço, ou ter de pagar imediatamente a soma total por causa de um atraso insignificante no pagamento. A maior parte das vezes, uma regulação legal persegue, no entanto, não apenas um fim, mas fins diversos em diferente grau. As regras sobre a situação jurídica das pessoas com capacidade negocial limitada (§§ 107 e segs. do BGB) têm por fim, em primeira linha, a protecção destas pessoas frente às consequências potencialmente desfavoráveis dos seus próprios actos. Mas ao mesmo tempo, restringe-lhes aquela medida de possibilidade de actuação jurídico-negocial própria que, na opinião do legislador, é compatível com este fim e socialmente desejável. A isto servem antes do mais os §§ 110, 112, e 113 do BGB. Finalmente, a lei não deixa também de considerar o «interesse oposto» da parte que negoceia com o menor, que quereria sobretudo saber em que situação se encontra. Ocupa-se deste ponto nos §§ 108, parágrafo 2, 109 e 111. A lei não vai aqui tão longe que trate como eficaz o contrato celebrado por um menor sem autorização,

em benefício da parte que agiu de boa-fé, que não conhecia a menoridade e a falta de autorização; limita o direito de resolução da parte que agiu de boa-fé à aceitação do contrato por parte dos representantes legais do menor. Mais longe vai a tutela da contraparte num negócio jurídico unilateral celebrado pelo menor.

Se nos são postos a claro pelo legislador estes diferentes fins de regulação e a valoração deles expressa na regulação, podem também daí retirar-se certas consequências em ordem à interpretação das disposições particulares. Assim, o fim primordial da protecção do menor vai claramente no sentido de que o conceito dos negócios, pelos quais o menor «não alcança unicamente uma vantagem jurídica», deve interpretar-se de modo estrito no § 107 do BGB (37). Não se trata aí de se o negócio jurídico concreto é ou não vantajoso para o menor, por exemplo no seu resultado económico de conjunto. Julgar sobre isto, e sobre a questão de se a sua celebração redonda realmente no interesse do menor, é coisa que deve ser deixada aos representantes legais. Nestes termos, o menor só pode celebrar por si só aqueles negócios jurídicos a cuja celebração não vão ligadas para si desvantagens jurídicas de qualquer espécie, de modo que não se chega, de todo em todo, a colocar a questão de se as vantagens sobrelevam as desvantagens (38). Mas, por outro lado, os preceitos relativos à protecção daquele que tem capacidade negocial limitada tão-pouco necessitam de ser aplicados em maior extensão do que aquela que está justificada pelo seu escopo. Se um menor dispõe, sem consentimento dos seus representantes legais, de uma coisa que lhe não pertence, não extraviada ao proprietário, a favor de um adquirente de boa-fé, a disposição do menor pode considerar-se eficaz. Certamente que isto não lhe traz vantagem jurídica alguma, mas tão-pouco lhe pode trazer qualquer desvantagem, uma vez que, no caso da sua eficácia, não afecta o seu património, mas o do até aí proprietário. Trata-se de um, assim denominado, negócio jurídico «indiferente», que não traz ao menor vantagem

(37) Cf. o meu *Lehrbuch des Allgemeinen Teils*, 7.ª ed., 1989, pág. 107 e segs.

(38) Em sentido contrário, STÜRNER (*AcP* 173, 402), que propõe que sejam tidas em conta apenas aquelas desvantagens jurídicas que caracteristicamente representam um risco para o património do menor.

nem desvantagem jurídicas. Ao arreio do estrito sentido literal do § 107 do BGB, a doutrina dominante considera, por isso, um tal negócio como eficaz⁽³⁹⁾. Não obstante, já não se trata aqui de uma interpretação em sentido estrito, mas de uma correcção do teor literal da disposição, de acordo com a ideia de protecção a ela subjacente. Esta correcção encontra apoio na disposição do § 165 do BGB, que diz respeito a um outro caso de «negócio indiferente». Tais correcções do teor literal da lei em conformidade com o escopo da mesma pertencem à esfera da redução ou extensão teleológica, quer dizer, a um desenvolvimento do Direito «imanente à lei» (*infra*, capo V, 2d).

Interpretação teleológica quer dizer interpretação de acordo com os fins cognoscíveis e as ideias fundamentais de uma regulação. A disposição particular há-de ser interpretada no quadro do seu sentido literal possível e em concordância com o contexto significativo da lei, no sentido que corresponda optimamente à regulação legal e à hierarquia destes fins. A esse respeito, o intérprete há-de ter sempre presentes a globalidade dos fins que servem de base a uma regulação. Certamente que estes fins terão sido as mais das vezes tidos também em conta pelo legislador, mas este não necessita de ter dado conta de todas as consequências em particular daí decorrentes. É verdade que o intérprete, ao partir dos fins estabelecidos pelo legislador histórico, mas examinando ulteriormente as suas consequências e ao orientar a eles as disposições legais particulares, vai já para além da «vontade do legislador», entendida como facto histórico, e das ideias normativas concretas dos autores da lei, e entende a lei na sua racionalidade própria.

⁽³⁹⁾ Assim, v. TUHR, *Allgemeiner Teil*, vol. 1, pág. 341, nota 49; ENNECERUS-NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil*, § 151, nota 7; FLUME, *Allgemeiner Teil*, § 13, 7b; bem como a maioria dos Comentários. A isto não se opõe o facto de que o menor que realiza sem autorização um acto de disposição está sujeito a pretensões por enriquecimento decorrentes do § 816 do *BGB* e possivelmente a responsabilidade delitual. Estas consequências, para ele desvantajosas, não decorrem do conteúdo do próprio negócio jurídico por ele celebrado, mas de outras disposições legais, em virtude das circunstâncias concomitantes.

ERNST STEINDORFF propõe (40) reconhecer, de par com o escopo da lei, a «política da lei» como um critério de interpretação, especialmente no Direito Económico. «As construções jurídicas e as previsões conformadas» deverão, quanto à sua importância para a interpretação, ficar atrás da «política da lei». Ora bem, os fins de muitas leis situam-se no campo político, seja como for que se queira delimitar o evanescente conceito de «política». Na minha opinião, «política da lei» não pode querer dizer outra coisa senão os objectivos políticos da lei. Se o objectivo de uma lei se situa no âmbito político-económico, a «interpretação teleológica» da lei não quer dizer senão que a lei deve ser interpretada de modo a que este objectivo político-económico seja alcançado do melhor modo possível. Sou por isso de opinião que «política da lei» e escopo (político) da lei não são critérios de interpretação diferentes.

d) Critérios teleológico-objectivos

Os fins que o legislador intenta realizar por meio da lei são em muitos casos, ainda que não em todos, fins *objectivos* do Direito, como a manutenção da paz e a justa resolução dos litígios, o «equilíbrio» de uma regulação no sentido da consideração optimizada dos interesses que se encontram em jogo, a protecção dos bens jurídicos e um procedimento judicial justo. Além disso, todos nós aspiramos a uma regulação que seja «materialmente adequada». Só quando se supuser esta intenção da parte do legislador se chegará, por via da interpretação, a resultados que possibilitem uma solução «adequada» também no caso concreto.

Deste modo resultam dois grupos de critérios de interpretação teleológico-objectivos, que têm que ser decisivos em todos aqueles casos em que os critérios até agora discutidos não sejam capazes ainda de dar uma resposta isenta de dúvidas. Por um lado, trata-se das estruturas do âmbito material regulado, dados factuais, em relação aos quais nem o legislador pode alterar o que quer que seja, e que ele toma em consideração de modo racional a propósito de qualquer regulação; por outro lado, trata-se dos princípios ético-jurídicos, que estão antepostos a uma

(40) STEINDORFF, *no Festschr. f Karl Larenz*, 1973, pág. 217.

regulação, nos quais a referência de sentido dessa regulação à ideia de Direito se torna apreensível, manifesta (41). Chamo-os de *teleológico-objectivos* porque não dependem de se o legislador teve sempre consciência da sua importância para a regulação por ele conformada, conquanto esta só se deixe compreender na sua globalidade enquanto por eles condicionada.

A questão de saber qual é a interpretação «materialmente adequada» só pode ser respondida se se tomar em consideração na sua especificidade e na sua estrutura especial a coisa de cuja regulação se trata na norma a interpretar. Isto torna-se claro sobre tudo quando uma norma (*ou* um complexo de normas) quer regular um extenso sector da vida, sem que possam retirar-se da lei indicações mais concretas sobre a delimitação deste sector. A jeito de exemplo, é disto que se trata na norma relativa à «empresa», à «ciência», à «arte», à «concorrência», às «profissões liberais», ao «regime dos seguros». FRIEDRICH MÜLLER⁽⁴²⁾ criou a expressão «domínio da norma» para estes sectores a que está orientada uma norma ou regulação. Por tal entende o «segmento da realidade social na sua estrutura fundamental, que o programa da norma 'escolheu' ou criou parcialmente como seu âmbito de regulação». A norma jurídica não é, observa, «nenhuma forma vertida autoritariamente na realidade, mas uma consequência ordenadora e disciplinadora a partir da estrutura material do próprio sector social regulado». Isto manifesta-se com especial acuidade no Direito Constitucional. Como prova poderiam ser aqui aduzidas as judiciosas ponderações que o Tribunal Constitucional Federal fez sobre a essência da arte no acórdão «Mephisto» (43). As estruturas materiais previamente dadas do «domínio da norma»

(41) Que também tais critérios são de ter em atenção, pelo menos quando os outros falham ou conduzem a resultados notoriamente absurdos, sublinha-o igualmente BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, pág. 453 e segs. Trata-se aí de critérios de «justiça material» (FIKENTSCHER, FRIEDRICH MÜLLER), enquanto critérios de correção ético-jurídica (COING, KRIELE, PAWLOWSKI). Não se discute aí tanto a - distinta - terminologia. KOCH-RÜSSMANN, págs. 169 e segs. e 222 e segs., rejeitam mesmo uma interpretação «teleológico-objectiva», mas entendem por tal claramente algo de diferente do texto *supra*.

(42) FRIEDRICH MÜLLER, *Nonnstruktur und Normativität*, 1966; *Juristische Methodik*, 3.ª ed., pág. 141 e segs.

(43) *BVerfG* 30, 173. Cf., a propósito deste acórdão, *infra capo V*, 3.

são, de facto, critérios objectivos de interpretação. São por isso critérios *teleológico-objectivos*, pois que a sua atendibilidade em ordem à interpretação resulta de que a lei em causa - o que em caso de dúvida deve ser admitido - intenta uma regulação *materialmente adequada*. Quando o legislador, por causa, por exemplo, de um fim por ele considerado como primordial, quis consciente e perceptivelmente sobrepor-se a tais estruturas, eles têm de ser afastados de modo a que o resultado não seja manifestamente absurdo.

Neste contexto surge a pergunta de se e em que medida as estruturas materiais do «domínio da norma» são idênticas à denominada «natureza das coisas», do que se tratará ainda detidamente noutro contexto (cap. V, 4b). De facto, ambos os conceitos coincidem em ampla medida. No entanto, o jurista liga, em regra, ao conceito de «natureza das coisas» a ideia de uma ordem ancorada nas «coisas», quer dizer, nas próprias relações da vida, se bem que só esboçada e fragmentária, um elemento normativo a extrair do próprio ser. A ideia de uma estruturabilidade material do «domínio da norma» não contém todavia este elemento, e não vai por isso tão longe como a ideia de «natureza das coisas». Não está necessariamente predeterminado pela sua estrutura material - pensemos, por exemplo, na arte ou na ciência - se um certo sector da vida carece em absoluto de regulação e em que perspectiva. Mas se é regulado, a regulação só é «materialmente adequada» enquanto se ajuste à sua estrutura material. Aí onde o jurista se oriente pela «natureza das coisas», pensa numa regulação desenhada já pela natureza das coisas, se bem que suscetível de variação em concreto. Aqui o «se» de uma regulação não pode ser questionável, mas apenas - dentro do quadro traçado - o seu «como». Quando a «natureza das coisas» desenha uma regulação, também ela é critério teleológico-objectivo de interpretação.

De entre os critérios de interpretação teleológico-objectivos, que decorrem dos fins objectivos do Direito, mais rigorosamente: da ideia de justiça, cabe uma importância decisiva ao princípio de igualdade de tratamento do que é (segundo as valorações gerais do ordenamento jurídico) igual (*ou* de sentido idêntico). A diferente valoração de previsões valorativamente análogas aparece como uma contradição de valoração, que não é compaginável com a ideia de justiça, no sentido de «igual medida». Evitar tais contra-

dições de valoração é, portanto, uma exigência tanto para o legislador como para o intérprete. Para este significa que há-de interpretar as proposições jurídicas nos quadros do seu sentido literal possível e do contexto significativo, de modo a evitar, na medida do possível, contradições de valoração (44). Decerto que isto nem sempre é possível; trata-se de um postulado ético-jurídico que só é realizável de modo aproximativo (45). As «contradições de valoração» não devem ser confundidas com as contradições de normas, que existem quando as normas ordenam para a mesma situação de facto consequências jurídicas que entre si se excluem. Uma contradição de normas *tem* que ser eliminada, seja porque se reconhece prevalência a uma norma, seja mediante a restrição de ambas, uma vez que é logicamente impensável que sobrevenham conjuntamente consequências jurídicas que reciprocamente se excluem. Contradições de valoração no seio do ordenamento jurídico têm que ser, decerto, aceites de vez em quando, mas estão em conflito com o princípio de igual tratamento para o que é igual e, portanto, a valorar identicamente, e, por este motivo, *deveriam* tanto quanto possível ser evitadas.

Se se quisesse interpretar o § 107 do BGB no sentido de que um menor não pudesse tão-pouco celebrar por si só e livremente os denominados negócios «indiferentes», resultaria uma contradição de valoração com o § 165 do BGB, que se refere a um caso especial e, decerto, particularmente importante, de negócio «indiferente» de um menor. A contradição de valoração pode evitar-se se o § 107 do BGB se interpretar como hoje o faz a doutrina dominante.

(44) HAGEN (*Festschr. f. K. Larenz.* 1973, pág. 868) fala de uma «regra de interpretação no sentido de uma suposição de conformidade das valorações jurídicas para a solução dogmática de problemas objectivos que se correspondem entre si».

(45) ENGISCH (*Die Einheit der Rechtsordnung*, pág. 63) adverte acertadamente que as contradições de valoração nem sempre podem ser eliminadas pela interpretação e que tão-pouco têm de ser necessariamente eliminadas, como o têm de ser as «contradições de normas». De facto, as contradições de valoração entre regulações que se referem a diferentes matérias, muito díspares entre si ou que surgiram em diferentes épocas, nunca podem evitar-se por completo. Cf. também ENGISCH, *Einführung...*, pág. 163 e segs.; CANARIS, *Systemdenken und Systembegrieffin der Jurisprudenz*, pág. 133 e segs.; e infra, capo VI, 3c.

Também se trata de evitar uma contradição de valoração na interpretação do § 987 e segs. do BGB em relação ao dever de um possuidor de boa-fé de restituir ao proprietário os frutos por ele conseguidos. Segundo estas disposições, o possuidor de boa-fé tem que restituir antes do início da instância da acção de restituição os frutos por ele percebidos, excepto os «frutos extraordinários», só quando tenha entrado gratuitamente na posse e precisamente segundo os preceitos sobre a restituição de um enriquecimento sem causa (§§ 998, 993, parágrafo 1). O possuidor de boa-fé, que entrou onerosamente na posse pode, portanto, conservar os frutos obtidos. Em contrapartida, o § 818, parágrafo 1, do BGB, relativo à extensão da pretensão de enriquecimento, dispõe que o dever de restituição daquilo que foi obtido se estende também aos frutos percebidos. Se, então, o possuidor de boa-fé conseguiu, com base num contrato de compra e venda nulo, tanto a posse como - devido à «natureza abstracta» da transmissão - a propriedade da coisa, fica sujeito à pretensão de enriquecimento e, com isso, também ao dever de restituição dos frutos por ele obtidos, nos termos do § 818, parágrafo 1, do BGB. Se, pelo contrário, não só o contrato de compra e venda como a transmissão fossem nulos, então poderia conservar os frutos, se se vir, como o fez o Tribunal de Reich (RGZ 163, 352), nas regras do § 987 e segs. do BGB relativamente aos frutos, uma regulação especial exaustiva, que afasta no seu âmbito todos os demais preceitos, incluindo os preceitos sobre enriquecimento. O possuidor que, embora sem título, veio todavia logo a adquirir a propriedade estaria, portanto, em pior situação, relativamente à restituição dos frutos, que um possuidor que, sem título, adquiriu a posse mas não, porém, a propriedade. Isto seria uma contradição de valoração, pois, se na realidade houvesse que fazer uma distinção entre ambos os casos, teria ela de ser mais favorável ao possuidor que, ao menos, adquiriu a propriedade. Para evitar esta contradição de valoração, o Tribunal do Reich declarou a aquisição como não titulada para um caso de aquisição gratuita e assim, contornando o § 988 do BGB, repôs em jogo as regras sobre o enriquecimento sem causa jurídica. No entanto, a equiparação do negócio sem causa jurídica ao negócio gratuito não é sustentável. O que é correcto é antes, para evitar a contradição de valoração que de outro modo resultaria, não ver no § 987 e segs. do BGB qualquer regulação que afaste no seu âmbito todas as outras e interpretar antes o § 933,

parágrafo 1 (último período) restritivamente, de modo a que deixe intocadas as pretensões de enriquecimento, e, com isso, também o § 818, parágrafo 1 (46).

Para evitar contradições de valoração, é útil orientar a interpretação aos *princípios ético-jurídicos*, como o princípio da tutela da confiança e o princípio de responder pelas insuficiências do

(46) Assim, a doutrina hoje dominante: WOLFF-RAISER, *Sachenrecht* § 85, 11, 6; WESTERMANN, *Sachenrecht*, § 31, 11, 1; MÜNCH KOMM/MEDICUS, n. os 1 e 7 ao § 893 do BGB; Cf. também o Supremo Tribunal Federal, *Lind Mohr.*, n.º 15 ao § 812. Há ainda que ter em conta o seguinte: além da *condictio de prestação** por entrega sem causa da coisa principal, que se estende, segundo o § 818, parágrafo 1 (conteúdo da pretensão de enriquecimento)** às utilidades dela auferidas e que pelas razões expostas, não é excluída pelo regime dos §§ 987 e segs. (restituição dos frutos da posse)***, pode ainda caber ao proprietário, em virtude dos frutos percebidos pelo possuidor, uma pretensão directa de *condictio* fundada no critério de aquisição mediante intromissão (cf. von CAEMMERER, *Festschrift jürRabel*, vol. I, pág.352 e segs.). Mas esta pretensão fica na realidade excluída pelo § 933, parágrafo 1, do BGB (responsabilidade do possuidor de boa-fé), porque, como von CAEMMERER convincentemente demonstrou (*ob. cit.*, pág. 353), ela funda-se na função de coordenação da propriedade, e serve, tal como a reivindicação, para a tutela do conteúdo de atribuição da propriedade. Em relação com esta pretensão os §§ 987 e segs. do BGB representam na realidade uma regulação especial. Isto tem importância quando o possuidor não recebeu a coisa do proprietário, mas de um terceiro sem título, de modo que o proprietário não dispõe de *condictio de prestação*. O possuidor não é então obrigado a restituir ao proprietário os frutos (com excepção dos frutos extraordinários); quanto a isso, tem o proprietário que discuti-lo com o terceiro.

* A doutrina das *condictiones* esteve na base das pretensões de enriquecimento do BGB. Mas a regulação das *condictiones*, quer no primeiro projecto do BGB - que seguiria a tendência do Direito comum mais antigo de considerar a *condictio sine causa generalis* como uma generalização das *condictiones* nominadas e, assim, actuando apenas através delas -, quer no texto definitivo do § 812, onde a *condictio sine causa* é erigida em princípio geral, à cabeça do direito das *condictiones*, parece excluir (ao contrário do Direito português) a natureza subsidiária da obrigação de restituir fundada no enriquecimento sem causa, colocando assim repetidamente o problema de concurso entre os §§ 812 e segs. e outras normas do BGB (*N. do T.*).

** (*N. do T.*).

*** (*N. do T.*).

círculo negocial próprio. Tais princípios foram na verdade sujeitos nas regulações particulares a uma configuração distinta e nem sempre consequente; podem colidir com outros princípios ou fins jurídicos de idêntico escalão. Na interpretação é sempre necessário, por isso, examinar até que ponto a regulação legal ~~deixa~~ espaço a um ou outro princípio. Em relação ao alcance e à combinação dos princípios é determinante o «sistema interno» do Direito⁽⁴⁷⁾. Do «sistema interno» resulta também, com frequência, a *ratio legis*. A expressão tem várias acepções. Significa tanto o escopo como o «fundamento racional», o princípio de uma regulação; nem sempre o próprio legislador tem de antemão consciência disto, sendo, por vezes, elaborado só posteriormente pela ciência, pelo que é, portanto, um critério «teleológico-objectivo». Assim, nos primórdios da moderna responsabilidade pelo risco, não se reconhecia o princípio que lhe era subjacente, não se vendendo aí senão uma responsabilidade por culpa inelidível. Só com o conhecimento de que à responsabilidade pelo risco subjaz um princípio de responsabilidade permanente, que os autores do **BGB** ainda não tinham reconhecido, é que pôde prevalecer a concepção, hoje dominante, segundo a qual um concurso de culpas do lesado, inclusivamente no caso de responsabilidade dos caminhos-de-ferro, deve julgar-se segundo o § 254 do BGB.

A jurisprudência dos tribunais sobrepôs-se aqui, para evitar uma contradição de valoração «inaceitável», ao inequívoco teor literal, que ia em sentido distinto, da disposição legal preexistente e da vontade cognoscível do legislador do BGB. Segundo o § 1 da lei de responsabilidade civil do Reich de 7.6.1871, relativa à responsabilidade civil dos caminhos-de-ferro, os caminhos-de-ferro não são responsáveis quando o acidente foi comprovadamente «causado por culpa própria do morto ou do ferido». Uma geração depois da lei de responsabilidade civil do Reich, o BGB dispôs no seu § 254, de modo genérico para todas as obrigações de indemnização por danos, que não um «concurso de culpas» do lesado não deveria, pura e simplesmente, afastar a pretensão de indemnização, o que conduz entre outras à circunstância, em especial, da medida da repartição do dano imputável a cada uma das partes. A comissão legislativa que acomodou o BGB à lei de responsabilidade civil do Reich

(47) A esse respeito, *infra*, capo VI, 3.

deixou intocado o § 1, porque pensou que, no caso da responsabilidade dos caminhos-de-ferro, por ela todavia ainda considerada uma excepção ao princípio da culpa, tem de ser suficiente qualquer culpa do lesado para excluir integralmente a responsabilidade dos caminhos-de-ferro (48). Não obstante, o Tribunal do Reich aplicou logo (49), e, subsequentemente, de modo permanente, o § 254 do BGB, inclusivamente nos casos em que o caminho-de-ferro respondia só pelo risco e, com isso, afastou praticamente a total exclusão de responsabilidade por qualquer culpa do lesado ordenada pela lei de responsabilidade civil do Reich. O Supremo Tribunal Federal adoptou esta jurisprudência e fundamentou-a (50) de modo que o legislador, em todas as leis depois da promulgação do BGB em que introduzia uma responsabilidade pelo risco, declarou aplicável o § 254 do BGB e que, por isso, a ponderação do concurso de ambas as partes segundo o § 254 correspondia também aos casos de responsabilidade pelo risco da «concepção jurídica geral». Em face disto, não podiam «pretender já qualquer validade decisiva» as ideias pelas quais a Segunda Comissão se deixou guiar no parecer sobre o artigo 42 da lei de introdução ao BGB, relativamente à questão da aplicabilidade do § 254 do BGB ao § 1 da lei de responsabilidade civil. Não existe «nenhum fundamento legislativo evidente, em razão do qual o concurso de culpa do lesado, face à responsabilidade do empresário dos caminhos-de-ferro, em caso de morte ou ferimento de uma pessoa, devesse ser julgado de modo distinto do da responsabilidade do empresário dos caminhos-de-ferro por danos materiais e do da responsabilidade do detentor de um veículo de tracção mecânica ou de uma aeronave ou do dono de uma instalação energética». Nestas frases surge claramente a passagem de uma argumentação histórica a uma argumentação teleológica-objectiva. O Supremo Tribunal Federal viu, antes do mais, uma contradição de valoração a evitar na circunstância de que, em contraposição com os demais casos de responsabilidade pelo risco - que tinham entretanto sido regulados pelo legislador - ,

(48) Cf. FRIESE, in: *NJW* 51, 336.

(49) É, de resto, incorrecta a opinião do Supremo Tribunal Federal, de que tal ocorreria já no ano de 1902, no acórdão *RGZ* 53, 77, pois que aqui existiu também culpa dos caminhos-de-ferro, a eles imputável. Em contrapartida, o Tribunal do Reich declarou inequivocamente, no acórdão *RGZ* 56, 154, como aplicável o § 254 do BGB, também no caso de uma responsabilidade pelo risco dos caminhos-de-ferro.

(50) *BGHZ* 2, 355.

precisamente só nesse caso de responsabilidade dos caminhos-de-ferro não deveria ter-se aplicado o princípio de repartição dos danos do § 254 do BGB. Esta contradição de valoração pareceu-lhe, por isso, insustentável, porquanto não podia encontrar-se qualquer fundamento razoável para a distinta regulação. Na nova versão de 4.1.1978 é a própria lei da responsabilidade civil que no § 4 remete, de ora em diante, para o § 254 do BGB.

Uma contradição de valoração pode surgir adentro da ordem jurídica *subsequentemente*, uma vez que leis mais recentes respondem a uma mesma questão jurídica, para um outro âmbito espacial e material, de modo diverso de uma lei anterior. Por vezes adequa-se então a interpretação da lei mais antiga à legislação mais recente. No acórdão, já antes referido, sobre a interpretação da expressão «possuidor de uma mina» no § 148 da lei prussiana de minas (51), o Supremo Tribunal Federal chamou em apoio da sua concepção - segundo a qual a expressão há-de interpretar-se, ao arrepro da jurisprudência de até então, no sentido de que nela se incluam também o arrendatário e o usufrutuário de uma mina - a atenção para que inúmeras leis mais recentes tenham achado uma regulação correspondente a esta interpretação. Assim, na lei prussiana do petróleo, de 12.5.1934, e na lei prussiana sobre fosforites, de 16.10.1934, ordenou-se uma aplicação correspondente das disposições do § 148 e segs. da lei prussiana de minas, com a reserva de que quem está obrigado a indemnizar é aquele por cuja conta a empresa é conduzida. Também conteriam regulações em conformidade com isto uma série de leis e decretos novos, mas, sobretudo, a 4.ª lei de alteração da lei prussiana de minas do *Land* da Renânia do Norte-Vestfália, de 11.6.1968. Estas regulações legais mais recentes mostravam «que os diferentes legisladores consideravam insatisfatória uma restrição, conforme à jurisprudência do Tribunal do Reich, do dever de indemnização por danos ao proprietário da mina e consideravam imperioso fundamentar, independentemente ou de par com a do proprietário da mina, a responsabilidade daquele que promove de facto a extração de riquezas do subsolo». O acórdão merece atenção ainda sob outro ponto de vista.

(51) *Ibid.*, 52, 259; cf. supra pág. 455.

Tanto o Tribunal do Reich como o Supremo Tribunal Federal aduzem, cada um por seu lado, a *ratio legis*, em apoio da sua distinta interpretação. O Tribunal do Reich entreviu aquela na circunstância de que mediante a concessão da propriedade da mina é afectada a propriedade do solo e, portanto, parece equitativo «oneras o concessionário e assim também os seus sucessores nos direitos cedidos com o dever de indemnizar» (52). Em contrapartida, o Supremo Tribunal Federal considerou que o fundamento legislativo para o dever de indemnização por danos não residia na concessão, mas no exercício da propriedade da mina que, no caso de arrendamento, é cedido precisamente ao arrendatário. A opinião do Tribunal do Reich é compreensível se se pensar que o princípio da responsabilidade pelo risco não era conhecido nessa altura. O Tribunal do Reich não foi por isso capaz de entrever o fundamento da responsabilidade no facto de que o causar um dano ao proprietário do solo pertence aos perigos típicos da exploração mineira e, portanto, é de imputar no âmbito do risco de exploração. Não viu o fundamento da responsabilidade na actividade perigosa, mas na concessão estatal da propriedade da mina, que considerou como uma «ingerência» na propriedade do solo. Na perspectiva actual, à luz da evolução da responsabilidade pelo risco, é muito mais óbvio ver a *ratio legis* na imputação do risco de dano à actividade pela qual ele é criado. Nesta perspectiva, é inteiramente consequente entender por «possuidor da mina» aquele que a explora por sua conta e, portanto, se esse for o caso, também um arrendatário ou usufrutuário.

O acórdão do Supremo Tribunal Federal proporciona, por último, um exemplo eloquente da inter-relacionação dos diferentes critérios de interpretação. O sentido literal - quer o de outrora, quer o actual - da expressão «possuidor de uma mina» no uso jurídico da linguagem, a *ratio legis* - entendida de forma nova à luz do estádio actual do conhecimento dogmático - e, finalmente, a tendência inequívoca da legislação mais recente apontam na mesma direcção. O peso de todos estes argumentos, tomados em conjunto, pareceu manifestamente tão forte ao Supremo Tribunal Federal, que este decidiu afastar-se de uma interpretação mantida durante muitas décadas. Uma tal modificação da

jurisprudência, se bem que na sua forma se trate somente de uma rectificação da interpretação anterior, reconhecida como inaceitável, não significa objectivamente senão um desenvolvimento judicial do Direito.

e) O preceito da interpretação conforme à Constituição

Entre os princípios ético-jurídicos, aos quais a interpretação deve orientar-se, cabe uma importância acrescida aos princípios elevados a nível constitucional. Estes são, sobretudo, os princípios e decisões valorativas que encontram expressão na parte dos direitos fundamentais da Constituição, quer dizer, a prevalência da «dignidade da pessoa humana» (art.º 1.º da Lei Fundamental), a tutela geral do espaço de liberdade pessoal, com as suas concretizações nos art.ºs 2.º, 4.º, 5.º, 8.º, 9.º, 11.º, 12.º, da Lei Fundamental; o princípio da igualdade, com as suas concretizações no art.º 3.º, parágrafos 2.º e 3.º da Lei Fundamental e, para além disso, a ideia de Estado de Direito, com as suas concretizações nos artigos 19.º, parágrafo 4.º e 20.º, parágrafo 3.º, da Lei Fundamental e na secção relativa ao poder judicial, à democracia parlamentar e à ideia de Estado Social. É reconhecido que estes princípios hão-de ter-se em conta também na interpretação da legislação ordinária e na concretização de «cláusulas gerais». Como as normas constitucionais precedem em hierarquia todas as demais normas jurídicas, uma disposição da legislação ordinária que esteja em contradição com um princípio constitucional é inválida. Só o Tribunal Constitucional Federal pode decidir sobre se uma disposição do Direito pós-constitucional contradiz a Constituição. Declarou em muitos acórdãos (53) que uma disposição só é inconstitucional e, portanto, inválida, quando não pode ser interpretada «em conformidade com a Constituição». Examina-se, por conseguinte, em primeiro lugar se uma interpretação, reconhecida como inconstitucional, é, de acordo com os «métodos de interpretação tradicionais», a única possível» - e então a dis-

(53) *BVerfGE* 2, 266, 282; 8, 28, 34; 9, 194, 197, e segs.; 12, 45, 49, e segs.; 14, 56, 73; 16, 306, 329; 7, 306, 318, 18, 34; 19, 1, 5; 242, 247; 268, 281; 21, 292, 305; 33, 52, 65; 48, 40, 45; 49, 148, 157; 69, 1, 55; 27, 297, 355.

posição é inválida - ou se também é possível que resulte uma interpretação conforme à Constituição (54). Se uma interpretação, que não contradiz os princípios da Constituição, é possível segundo os demais critérios de interpretação, há-de preferir-se a qualquer outra em que a disposição viesse a ser inconstitucional. A disposição é então, nesta interpretação, válida. Disto decorre, então, que de entre várias interpretações possíveis segundo os demais critérios sempre obtém preferência aquela que melhor concorde com os princípios da Constituição. «Conformidade à Constituição» é portanto, um critério de interpretação (55).

BETTERMANN (55a) objectou contra o Tribunal Constitucional Federal que se a interpretação escolhida pelo tribunal recorrido fosse inconstitucional, o Tribunal Constitucional teria de revogar a sentença do tribunal recorrido e não colocar uma sentença de conteúdo diferente no seu lugar. O Tribunal Constitucional Federal decidiria assim sobre o conteúdo da norma contestada, e não sobre a questão de se a sentença do tribunal recorrido poderia ser confirmada. O que é que deve a este respeito ser dito? Não se trata de se o Tribunal Constitucional Federal simplesmente escolhe de entre os diferentes métodos de interpretação aqueles com base nos quais a sentença possa vir a ser confirmada. Os métodos de interpretação não estão submetidos a nenhuma hierarquia rígida, mas não são, como adiante será demonstrado, arbitrariamente fungíveis entre si. Deveria, na verdade, ser raro o caso em que o tribunal pudesse escolher entre duas interpretações igualmente bem fundamentadas. Só quando seja este o caso pode o Tribunal Constitucional Federal colocar a sua interpretação no lugar do tribunal recorrido. De outro modo, só poderá revogar a sentença do tribunal recorrido por causa da sua inconstitucionalidade.

A interpretação conforme à Constituição, se quer continuar a ser interpretação, não pode ultrapassar os limites que resultam

(54) Cf. *BVerfGE* 59, 350 e segs.

(55) Cf. a este respeito SPANNER, *ArchöffR* 1966, págs. 503, 507 e segs.; FRIEDRICH MÜLLER, *Juristische Methodik*, 3.^a ed., pág. 85 e segs.; PRÜMM, *Verfassung und Methodik*, 1977; ZIPPELIUS, in: *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, pág. 108 e segs.

(550) BETTERMANN, *Die verfassungskonforme Auslegung. Grenzen und Gefahren*, 1986.

do sentido literal possível e do contexto significativo da lei. O Tribunal Constitucional Federal tem dito repetidamente que uma interpretação conforme à Constituição não é possível «em face do claro teor literal» da disposição. E tão-pouco deve a interpretação conforme à Constituição deixar de atender ao escopo da lei (56). Quando, no entanto, o legislador tenha intentado um efeito mais amplo do que o permitido nos termos da Constituição a, lei pode, no parecer do Tribunal Constitucional Federal (57), ser interpretada restritivamente «conforme à Constituição». Só se trataria de um tal caso se «da intenção do legislador se preserva o máximo do que, segundo a Constituição, se pode preservar». Na verdade, já não se trata aqui de interpretação, mas de uma redução teleológica (*infra capo V, 2c*) e, por conseguinte, de um desenvolvimento do Direito conforme à Constituição (58). A sua pauta não é, como em regra, o sentido e o escopo da regulação em causa, mas o preceito da conformidade à Constituição, em conexão com o empenho de preservar tanto dela quanto esse preceito o permita.

Nos princípios ético-jurídicos de escalão constitucional, como o princípio do Estado de Direito e do Estado Social, bem como o princípio geral de igualdade do art.º 3, trata-se, bem entendido, de um Direito directamente vigente, mas que não está, ou só está parcialmente, formulado em normas jurídicas, nas quais previsão e consequência jurídica estejam claramente delimitadas.

(56) Diz-se expressamente no *BVerfGE* 8, 34: «Em nenhum caso, no entanto, pode uma tal interpretação conforme à Constituição defraudar ou falsear num ponto essencial a meta legislativa». Ainda mais claramente, diz-se no *BVerfGE* 54, pág. 299; «De acordo com a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal não pode, no decurso da interpretação, uma lei inequívoca segundo o teor literal e o sentido ser investida de um sentido contrário, nem o conteúdo normativo ser determinado de novo de modo fundamental, nem a meta legislativa defraudada num ponto de vista essencial».

(57) *BVerfGE* 33, 52, 70.

(58) Cf. a este respeito KOCH/RÜSSMANN, *oh. cit.*, pág. 266 e segs. Também um desenvolvimento do Direito (admissível segundo os princípios gerais) tem obviamente de ser conforme à Constituição; um desenvolvimento do Direito conforme à Constituição tem prevalência sobre uma interpretação ou desenvolvimento do Direito também possível segundo os princípios gerais, mas não conformes à Constituição.

tadas (59). Enquanto «princípios» são pautas carecidas de preenchimento, para cuja concretização são convocados tanto o legislador ordinário como a jurisprudência. Aqui vale, segundo a Constituição, um primado de concretização do legislador (60). Este significa que onde o princípio deixe em aberto diferentes possibilidades de concretização, os tribunais estão vinculados à escolhida pelo legislador ordinário, não lhes sendo, portanto, lícito substituí-la por outra - porventura, por via de uma interpretação «conforme à Constituição» ou de uma correcção da lei - que em sua opinião seja de preferir. Só quando - e na medida em que - a regulação encontrada pelo legislador contradiz pura e simplesmente o princípio constitucional, quer dizer, não representa já qualquer possível concretização do princípio, é que se há-de recusar a validade à lei, por inconstitucional. Isto vale também para o Direito pré-constitucional. Só existe, portanto, margem para a concretização imediata de um princípio constitucional pelos tribunais quando, ou uma lacuna da lei não pode ser colmatada de outro modo senão por esta via, ou então a própria lei, em especial mediante o emprego de conceitos carecidos de preenchimento, como o de «bons costumes», confere ao juiz uma margem de livre concretização.

O Tribunal Constitucional Federal tem-se referido reiteradamente a uma ordem de valores imanente à Lei Fundamental, a qual tem mesmo por vezes denominado de «ordem hierárquica de valores» (61). Considera-se chamado a decidir em relação à revisão de sentenças dos tribunais comuns transitadas em julgado, sempre que a sentença viole o Direito Constitucional. Este é sobretudo o caso «quando assenta numa concepção em princípio incorreta sobre o significado e alcance de um direito fundamental, ou quando o resultado da interpretação não é compatível com as normas de direitos fundamentais e com a ordem de valores nelas estabelecidas (62). A expressão «ordem de valores», ou

(59) Cf. GOLDNER, *Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung*, 1969, pág. 24, 30 e segs., 40.

(60) Assim, acertadamente, GOLDNER, *ob. cit.*, págs. 182 e segs., 208, 237.

(61) *BVerfGE* 7, 198, 215; 27, 1, 6; 30, 173, 193.

(62) *Ibid.*, 32, 311, 316.

mesmo «ordem hierárquica de valores», é, no entanto, equívoca. Não deve conceber-se por tal algo como um catálogo completo de valores válidos «em si» (com inclusão da posição hierárquica que em cada caso lhes cabe) (63). Algo assim transcende, mesmo que fosse de todo em todo possível, as faculdades e também a competência de um legislador constitucional. Mas é verdade que subjaz à Lei Fundamental o reconhecimento de determinados valores humanos gerais como, sobretudo, a dignidade humana e o valor da personalidade humana, e que para a tutela destes valores foram atribuídos ao indivíduo direitos fundamentais amplamente tutelados, como também se elevou a Direito vigente de escalão constitucional certos princípios ético-jurídicos e político-constitucionais - como o princípio da igualdade, o princípio do Estado de Direito e do Estado Social. É também verdade que estes direitos fundamentais e princípios não estão uns a par dos outros, sem conexão, mas que se relacionam uns com os outros de acordo com o sentido e, por isso, podem tanto complementar-se como delimitar-se entre si. Não é outra coisa o que pretende dizer o Tribunal Constitucional Federal quando fala da Constituição como «um todo de sentido» ou da «unidade deste sistema fundamentante de valores» (64). De modo nenhum se quer dizer com isto que se possa retirar da Lei Fundamental, como se fosse uma tabela, o «valor posicional» de cada um dos direitos fundamentais ou princípios constitucionais. Que tal não é a opinião do Tribunal Constitucional Federal decorre claramente de que em caso de colisão de direitos fundamentais ou bens jurídicos tutelados pela Constituição ele utiliza, como havemos de ver (*infra*, cap. V, 3), preponderantemente o método da «ponderação de bens no caso particular».

O Tribunal Constitucional Federal retira uma consequência peculiar da exigência de «interpretação conforme à Constituição» quando se trata de determinar mais em concreto os limites de um direito fundamental que, segundo a Constituição, pode ser restringido pelas «leis gerais». Como ele diz, a «lei geral» que

(63) Criticamente a este respeito, FRIEDRICH MÜLLER, *Juristische Methodik*, 3.ª ed., pág. 59; ZIPPELIUS, *Wertungsprobleme im System der Grundrechte*, pág. 193 e segs.; BOCKENFORDE, *NJW*74, 1529, 1534.

(64) Assim, em *BVerfGE* 30, 193 (acórdão «Mephisto»).

restringe o direito fundamental tem que ser, por seu lado, interpretada também à luz deste direito fundamental e do alto valor hierárquico que lhe cabe, de modo a que assim o direito fundamental continue a manter uma certa primazia. Tem lugar, como diz o Tribunal Constitucional Federal (65), uma «interacção recíproca, no sentido de que as 'leis gerais', na verdade impõem, segundo o teor literal, barreiras ao direito fundamental; mas elas, por seu lado, têm que ser interpretadas com base no conhecimento do significado da estatuição valorativa desse direito fundamental do Estado liberal democrático, sendo assim também elas mesmas restringidas na sua acção delimitadora do direito fundamental». O Tribunal Constitucional Federal fala de uma «acção de irradiação» do direito fundamental sobre o simples Direito legal que o restringe (66). Isto é compreensível se na «lei geral» se trata, como no primeiro dos acórdãos mencionados, de uma cláusula geral (§ 826 do BGB*), pois que na sua concretização não deve por certo deixar de se prestar atenção à primazia de valor do direito fundamental. No restante, a interpretação restritiva que se exige da «lei geral», de acordo com a importância e o grau de valor do direito fundamental restringido desse modo, conduz de novo o Tribunal Constitucional Federal a uma «ponderação de bens» - a saber, entre o direito fundamental e o bem protegido pela lei restritiva. É claro que o Tribunal Constitucional Federal tão-pouco quer considerar a este propósito o sentido literal possível da «lei geral» como limite de uma interpretação que a restringe, sendo antes a lei corrigida sempre que o exija a salvaguarda da primazia de valor do direito fundamental no caso particular. Então não se trata já de uma mera interpretação («conforme à Constituição»), mas de uma correcção da lei orientada pelas normas constitucionais e pela primazia de valor de determinados bens jurídicos que delas se deduz.

f) A inter-relação dos critérios de interpretação

Nos critérios apontados não se trata, como foi repetidamente sublinhado, de diferentes métodos de interpretação (67), entre os

(65) In *BVerfGE* 7 (acórdão «Lüth»). Nos mesmos termos, *BVerfGE* 12, 124; 25, 55; 42, 150.

(66) *BVerfGE*, 27, 79.

(67) Assim, no entanto, KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung*, pág. 25 e segs.

* «Bons costumes» (N. do T.).

quais o intérprete pudesse porventura escolher segundo o seu arbítrio, mas de pontos de vista directivos, a que cabe um peso distinto. Não é preciso, na verdade, tornar a dizer que estes de modo algum coincidem com os quatro elementos da interpretação de SAVIGNY, mas que os transcendem de longe. Sobre a sua inter-relação há que dizer o seguinte:

1. O *sentido literal*, a extrair do uso linguístico geral, constitui o ponto de partida e, ao mesmo tempo, determina o limite da interpretação, pois que aquilo que está para além do sentido possível e que já não é com ele compatível, mesmo na «mais ampla» das interpretações, não pode valer como conteúdo da lei. O sentido literal não é, em regra, inequívoco, deixando antes margem para numerosas variantes de interpretação. A afirmação, que se ouve com frequência, de que os termos inequívocos não carecem de interpretação induz tanto mais em erro, quanto, feita a abstracção de números e nomes próprios, a maior parte dos termos da linguagem corrente, e também da linguagem legislativa, não são inequívocos. Já a constatação de que do sentido literal resulta «inequivocamente» este ou aquele significado é, em regra, o resultado de uma interpretação (68). O uso linguístico geral é precedido por um uso linguístico especial da lei, a não ser que resulte de outros critérios que a lei se afastou aqui do seu uso linguístico próprio. O significado intencionado em cada caso pode resultar, com suficiente certeza, do uso linguístico especial da lei; neste caso a interpretação é levada a seu termo com a averiguação do uso linguístico da lei e com a constatação de que a lei se não afastou aqui dele. Interessa então apenas e ainda um desenvolvimento do Direito, caso existam os pressupostos para tal. Mas, em regra, também um uso linguístico estabilizado por parte da lei deixa ainda aberta a possibilidade de diferentes variantes de significado; então são decisivos os outros critérios.

2. O *contexto significativo* da lei é, enquanto «contexto», imprescindível para compreender o significado específico de um

(68) Assim, também, ESSER, *Grundsatz und Norm*, pág. 253: «Toda a aplicação da lei é já interpretação, pois que a decisão de que o teor literal do texto é de tal modo inequívoco que toma supérflua uma interpretação apoia-se numa interpretação». Nos mesmos termos, WEINSHEIMER, *NJW*59, pág. 566: RITTNER, *Verstehen und Auslegen*, 1967, pág. 63.

termo ou de uma frase precisamente neste contexto textual. Isto vale também para averiguar um uso linguístico especial por parte da lei e para constatar que a lei se não afastou dele aqui. Para além disso, permite esperar que as diferentes normas de uma regulação concordem materialmente entre si. Por isso, em caso de dúvida, a norma individual há-de interpretar-se de modo a que seja garantida a concordância. A sistemática externa da lei e o sistema conceptual que lhe serve de base podem oferecer indícios acerca da correspondência material dos preceitos. Mas não devem, porém, ser sobrevalorizados, porque a lei não se atém de modo nenhum sempre a esta sistemática e porque algumas regulações não se deixam, ou não se deixam plenamente, arrumar no sistema conceptual.

3. Sempre que o sentido literal possível e o contexto significativo da lei deixam margem a diferentes interpretações, há-de preferir-se aquela interpretação que melhor se ajuste à *intenção reguladora* do legislador e ao *escopo* da norma em causa (interpretação histórico-teleológica). A intenção reguladora e os fins do legislador podem averiguar-se a partir da situação histórica, do motivo da regulação, das declarações de intenção do legislador, de uma exposição oficial de motivos, assim como a partir do próprio conteúdo da regulação, enquanto esta esteja inequivocamente orientada a um fim. Na interpretação da lei o juiz está vinculado por princípio aos fins da lei e às decisões valorativas do legislador a eles subjacentes.

4. Isto⁶⁶ não vale, no entanto, para as *ideias normativas* mais pormenorizadas das pessoas envolvidas na preparação e redacção da lei. Sempre que estas ideias normativas concretas possam extraír-se dos anteprojetos, actas das sessões e exposições de motivos, representam ajudas valiosas para a compreensão do conteúdo da norma. Mas, regra geral, não são todas elas abarcadas pela vontade do verdadeiro legislador e, por isso, tão-pouco são vinculantes para o intérprete. Além disso, como estas ideias, em regra, não se estendem a todos os aspectos da norma e aos seus possíveis casos de aplicação, mas só a alguns, o intérprete vê-se frequentemente necessitado, já por estes motivos, a ir para além delas.

5. Se os critérios até agora mencionados não forem suficientes, há-de o intérprete remontar aos critérios *teleológico-objectivos*,

mesmo quando o próprio legislador não tenha tido porventura plena consciência deles. Tais critérios teleológico-objectivos são, por seu lado, as estruturas materiais do âmbito da norma e, por outro lado, os princípios jurídicos imanentes ao ordenamento jurídico. O postulado de justiça de que o que há-de valorar-se identicamente há-de tratar-se de igual modo requer, além disso, evitar contradições de valoração, dentro dos limites do possível. O intérprete há-de, portanto, dar preferência, nos quadros do sentido literal possível e da cadeia de significação (do contexto), à interpretação por meio da qual se evite uma contradição de valoração adentro⁶⁷ do ordenamento jurídico.

6. Cabe especial importância na interpretação aos princípios ético-jurídicos de escalão constitucional. O requisito de *interpretação «conforme à Constituição»* exige dar preferência, nos casos de várias interpretações possíveis segundo o sentido literal e o contexto, àquela interpretação em que a norma, medida pelos princípios constitucionais, possa ter subsistência. O juiz que interpreta há-de ter em conta, na concretização dos princípios constitucionais, o primado de concretização do legislador. Se o princípio admite várias concretizações, está vinculado à que foi escolhida pelo legislador, contanto que esta se situe ainda nos quadros da livre concretização assinalada ao legislador. Na concretização tanto pelo legislador como pelo juiz - se interpreta «conforme a Constituição» - há-de ter-se sempre em atenção a combinação dos princípios constitucionais, que se podem completar reciprocamente, mas também reciprocamente limitar.

Ao sentido literal possível e ao contexto cabe, nestes termos, sobretudo uma função delimitadora. Adentro dos limites assim traçados são, com frequência, possíveis várias interpretações. Então são decisivos, antes do mais, os critérios teleológicos. Às ideias normativas dos autores da lei há-de recorrer-se de modo complementar; estas podem alcançar importância decisiva quando, por exemplo, o legislador se tenha afastado, por motivos de outro modo dificilmente perceptíveis, da sua concepção numa questão particular, ou os autores da lei tenham ocorrido em equívoco na formulação da lei.

Se, mesmo assim, não existe qualquer relação hierárquica fixa (69), no sentido de que o peso dos critérios particulares fosse estabelecido de uma vez por todas, não estão porém justapostos uns aos outros, sem qualquer relação. Uma vez que o sentido literal delimita a interpretação *possível* de uma disposição, é recomendável começar por ele; com isso, é-se logo conduzido ao contexto significativo, em que esta disposição surge na relação com outras. Este deve, por sua vez, ser visto tomando como pano de fundo o escopo da regulação. O peso em cada caso dos diferentes critérios depende, não em último lugar, do modo como se apresentam no caso concreto. Frequentemente podem apoiar-se reciprocamente. Recorde-se para isto, como exemplo, uma vez mais, o acórdão do Supremo Tribunal Federal sobre o «pos-suidor de uma mina». Podem surgir resultados contraditórios, sobretudo quando, devido ao decurso do tempo, a uma mudança da situação normativa ou dos princípios jurídicos outrora determinantes, deixa de aparecer como plausível a interpretação originária, orientada ao fim do legislador histórico ou às ideias normativas dos autores da lei. Sobre a mudança da situação normativa haveremos de dizer algo ainda. No caso de mudança dos princípios de valoração determinantes, vale o que foi já dito sobre o evitar de contradições de valoração. Se a interpretação mais antiga

(69) Admitem uma relação hierárquica KOCH/RÜSSMANN, *ob. cit.*, pág. 175 e segs., e ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, pág. 302 e segs. Ambos a fundamentam em primeira linha no primado da vinculação à lei. Segundo ambos, o sentido literal, o contexto significativo e a intenção reguladora do legislador histórico têm prevalência sobre os critérios teleológico-objectivos, mas, segundo ALEXY, apenas porém desde que não «permitem aduzir fundamentos racionais que atribuam prevalência aos outros argumentos» (pág. 305). COING - *Rechtsphilosophie*, 4.ª ed., pág. 329 e sego - sublinha que *todos* os critérios são sempre de tomar em conta; mas recusa uma relação hierárquica entre eles. Contra uma hierarquização rígida, cf. igualmente ZIPPELIUS, *Juristische Methodenlehre*, 4.ª ed., 1985, pág. 55; HASSEMER, ARSP, 1986, pág. 204. Sobre a questão da hierarquização, cf. também BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, pág. 553 e segs.; ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 7.ª ed., 1977, págs. 94 e segs. e 242; sobre o modo como procedem os juristas práticos, RAISCH, *Vom Nutzen der überkommenen Auslegungskanones für die praktische Rechtsanwendung*, 1988.

está em contradição com um princípio constitucional, há-de verificar-se se é possível uma interpretação conforme à Constituição; se o for, há-de preferir-se esta; se não, há-de denegar-se validade à norma, como contrária à Constituição. Em suma, a maioria dos problemas da interpretação pode assim resolver-se de modo metodologicamente adequado.

Não deveria surpreender o facto de que se não possa dizer, com precisão definitiva, quando é que um argumento obtido da história da génese da lei deve ceder aos critérios teleológico-objectivos, assim como em que momento é que uma interpretação originariamente legitimada há-de ceder a uma que se orienta pelas pautas actuais. A interpretação não é, como temos sempre e sempre sublinhado, um exemplo de cálculo, mas uma actividade criadora do espírito. De modo não diverso do que ocorre no julgamento de uma situação de facto concreta com base numa pauta de valoração carecida de preenchimento ou numa coordenação tipológica, fica também ao intérprete, nos casos-limite - estes são, sobretudo, os que chegam à decisão dos tribunais superiores -, uma margem de livre apreciação, adentro da qual são «plausíveis» diferentes resoluções. Do mesmo modo, de resto, tão-pouco é legítimo declarar como sem valor o procedimento metódico e como totalmente arbitrária a «escolha do método», em virtude desta margem remanescente de livre apreciação. Ao intérprete há-de, certamente, exigir-se que tenha em conta os diferentes critérios de interpretação e que fundamente as razões porque considera aqui algum como determinante (70). Os tribunais omitem-no, de facto, frequentemente. Só quando tiver o intérprete esgotado todas as possibilidades de alcançar um resultado metodologicamente assegurado, pode o juiz encontrar uma decisão de sua exclusiva responsabilidade. Nesse caso, deveria esclarecer que a valoração que pessoalmente encontrou o foi a esse título.

(70) Não posso, portanto, concordar com ADOMEIT, quando ele no seu escrito *Normlogik - Methodenlehre - Rechtspolitologie*, 1986, pág. 165, escreve que o querer utilizar-se uma ou outra forma de argumentação seria uma questão de opção política pessoal e que não poderia ser de antemão decidido mediante uma metodologia.

g) Comparação da interpretação da lei com a interpretação dos negócios jurídicos

Entramos acima (cap. 111, em 4b) abreviadamente na interpretação dos negócios jurídicos, no contexto do ajuizamento jurídico de uma situação de facto, à qual se enlaçam consequências jurídicas. É natural que, nessa conformidade, se proceda à sua confrontação com a interpretação das leis, para estabelecer semelhanças e diferenças. Num escrito recente sobre a interpretação da lei e do contrato COa), é sustentada a tese de que, abstraindo de um ponto — de resto, importante —, a interpretação seguiria os mesmos princípios em ambos os casos. Não considero tal acertado e querê-lo-ia fundamentar em seguida, de modo abreviado.

Na interpretação de negócios jurídicos, especialmente dos contratos - podemos aqui abstrair da interpretação dos testamentos -, trata-se quase sempre de que duas partes, o declarante e o destinatário, intencionaram e entenderam a declaração num sentido diferente, e agora disputam-se sobre qual a interpretação que haja aqui de ser determinante. O princípio é que é a do declarante, desde que tenha sido na sua declaração suficientemente claro para o destinatário. O destinatário deve esforçar-se, dentro do limite do exigível, por ir ao encontro da intenção do declarante, eventualmente indagá-la em termos retrospectivos. Mesmo um uso linguístico particular do declarante há que ser tido em conta sempre que o destinatário o pudesse e devesse reconhecer. Mas se a declaração devesse ser entendida inequivocamente pelo destinatário num sentido diverso daquele que lhe emprestou o declarante, em especial pois quando este se comprometeu ou emitiu declaração escrita ou escolheu uma expressão errada, então a declaração vale naquele sentido em que unicamente o destinatário a poderia ter entendido, sem prejuízo da possibilidade do declarante proceder à sua anulação, nos termos do § 119, número 1, do BGB, com base no erro sobre o conteúdo que objectivamente devesse ser entendido. Só quando a declaração tiver sido entendida por ambos no mesmo sentido é que ela vale nesse sentido, sem que se tenha ainda que remontar ao significado que objectivamente deva ser entendido.

^(70a) ZELLER, *Auslegung von Gesetz und Vertrag*, 1989, pág. 427 e segs.

Ao invés, na interpretação das leis não se trata do entendimento e da possibilidade de entendimento de ambas as partes, por exemplo, do autor da norma e do destinatário da norma. O autor da norma e, portanto, o seu uso linguístico estão em primeiro plano. Por isso, não se trata de como é que cada um dos destinatários da norma entendeu e deveria entender a norma. Ao autor da norma pode, porém, ser em geral imputada — ponto para o qual também ZELLER remete — a vontade de criar uma regulamentação que seja em si racional. A este respeito, trata-se de proceder à incursão no quadro, no contexto da regulamentação, nos seus fins e, com isso, na intenção do legislador histórico. Sobre estas questões é dada informação pelas explanações e fundamentações das pessoas envolvidas na reparação e na feitura da lei. Não é perceptível aqui um paralelo com a interpretação dos negócios jurídicos. Por detrás da regulamentação legislativa está, para além disso — podemos presumi-lo —, a vontade do legislador de criar uma regulamentação justa, estão princípios ético-jurídicos e a «natureza das coisas» de que na regulamentação se trata, está a exigência de tratar igualmente aquilo que é igual e de evitar contradições valorativas. Tudo isto não tem qualquer papel na interpretação dos negócios jurídicos, ou tem-no só de modo subordinado.

Assentamos obviamente em que tanto na interpretação dos negócios jurídicos como na interpretação das leis se trata do entendimento que em cada caso seja o «correcto», quer dizer, do entendimento juridicamente relevante de expressões linguísticas. A necessidade da interpretação decorre sempre do carácter polissémico e, em muitos casos, da abertura da linguagem corrente e da necessidade de tal remediar. Para além disso, a interpretação da lei ou dos negócios jurídicos segue sempre as funções especiais e os interesses das pessoas envolvidas. Os princípios que valem para uma espécie de interpretação só com grande cautela podem ser vertidos para uma outra, se, de todo em todo, o puderem ser.

3. A interpretação de factores conformadores

a) A aspiração a uma resolução justa do caso

O juiz que interpreta uma lei fá-lo em vista a um «caso» concreto que tem de resolver. Os juízes alemães vêm em geral

a sua missão, ao menos no âmbito do Direito civil, como consistindo em resolver «justamente» o caso que lhes foi submetido⁽⁷¹⁾. Esta aspiração qualificámo-la (*supra* capo IH, 3e) como legítima. A globalidade da ordem jurídica está submetida à exigência obrigatória de justiça, a partir da qual, apenas, é capaz de justificar em última instância a sua pretensão de validade (em sentido normativo). É lícito supor na lei a tendência para possibilitar soluções que satisfaçam a justiça. O juiz civil entende por uma resolução «justa» do caso aquela que dê conta do interesse legítimo de ambas as partes, estabelecendo uma ponderação equilibrada dos interesses e que, por isso, pode ser aceite por cada uma das partes, na medida em que também considera adequadamente o interesse da parte contrária. Mesmo que esta meta não possa ser sempre alcançada, aspirar a ela é para o juiz um imperativo de ordem moral.

Para alguns juízes é óbvia a tentação a deixar de lado, devido a esta meta, o complicado e nem sempre satisfatório caminho relativo à interpretação e aplicação da lei, e retirar a sua resolução directamente do seu «arbítrio» judicial, do seu sentimento de justiça aguçado pela sua actividade judicial, do seu próprio entendimento do que é aqui «justo» e «equitativo». A fundamentação da resolução assim obtida efectua-se posteriormente, sendo que aí é a meta, precisamente a resolução antecipada, que determina o percurso. Qualificámos anteriormente (cap. I, 3b) este procedimento como não legítimo, pois que não toma a lei como bitola do achamento da resolução e comporta o perigo de manipulação da lei. Não pode, com certeza, impedir-se o juiz de formar uma opinião preliminar relativa à resolução que há-de achar. Ele pode esperar vir a encontrá-la confirmada pela lei. Mas esta fidelidade à lei, a que está obrigado, exige dele a disponibilidade para

⁽⁷¹⁾ Característico a este propósito, por exemplo, o antigo presidente do Supremo Tribunal Federal, BRUNO HEUSINGER, no seu escrito *Rechtsfindung und Rechtsfortbildung im Spiegel richterlicher Erfahrung*, 1975. Diz aí (pág. 5): «Gostaria de dizer que a jurisprudência não é tanto um jogo de missangas lógico, mas antes uma acção finalista, dirigida a um resultado racional, correspondente à justiça». É verdade que sublinha também, logo de imediato, a vinculação à lei e ao Direito, mas esta não vai tão longe «que queira saber realizado na dependência lógico-formal da lei mesmo até algo de irracional».

permitir que a sua opinião preliminar seja rectificada pela lei. Não é lícito introduzir na lei o que deseja extraír dela. Um tal procedimento não ofereceria qualquer inconveniente, mesmo no sentido da aspiração à justiça, se o juiz pudesse saber de antemão, em cada caso particular, qual seria aí a resolução justa. Certamente que não é assim. Nem o sentimento jurídico (ISAY), nem a pré-compreensão do juiz (ESSER), nem as «ponderações jurídico-racionais» (KRIELE) são o indicador seguro do caminho, que pudesse tornar desnecessário o «contornar» da lei correctamente entendida. A isto acresce que a lei, nalgumas matérias, dá fundamentalmente preferência à segurança jurídica, à conveniência ou praticabilidade, face à justiça do caso. Não pode o juiz, tão-pouco, simplesmente sobrepor-se à decisão valorativa do legislador a ela subjacente.

A justiça da resolução do caso é portanto, certamente, uma meta desejável da actividade judicial, mas não um critério de interpretação par com os outros. Este desiderato deve realizar-se apenas nos quadros das leis vigentes e dos princípios jurídicos reconhecidos e portanto também apenas com o auxílio das regras de interpretação mencionadas ou no decurso de um desenvolvimento jurisprudencial do Direito que seja admissível (*infra*, capo V). Isto não quer dizer, não obstante, que a aspiração a uma solução «equitativa» não deva desempenhar qualquer papel na interpretação. É mesmo de grande importância, pois que é dela que parte continuamente o impulso para repensar de novo a interpretação da lei e para achar novos pontos de vista. O juiz espera da lei, e é-lhe lícito esperá-lo, que lhe possibilite de modo geral uma resolução justa, ou pelo menos «plausível» sob o ponto de vista da justiça. Caso se veja defraudado nesta expectativa, isso é para ele motivo suficiente para pôr em questão e examinar de novo a interpretação por ele até agora aceite. Qual seja a solução «justa» no caso concreto é algo que pode ser muito problemático; para alguns casos não existe seguramente, em absoluto, uma solução que seja a única justa. Mas existem resoluções que são de modo evidente injustas. Se lhe for necessária uma determinada interpretação para emitir uma tal resolução, tal tem para o juiz o significado de um sinal de alarme. O juiz perguntar-se-á então se nas premissas por ele aceites não se terá acoitado algures **Um erro**, e encontrará, regra geral, uma melhor via. Debruçará

mesmo a sua atenção para um «desenvolvimento judicial do Direito 'transcendente à lei'».

Que o juiz está subordinado à justiça não altera nada em relação a que ele há-de, nos termos da Constituição, resolver segundo a lei, concebida esta como uma parte do ordenamento jurídico global, e não segundo uma «convicção de rectidão» pessoal, já não coberta pela lei. A não ser que a própria lei deixe ao juiz uma margem de apreciação e valoração pessoais em relação à sua interpretação e à concretização das pautas de valoração nela contidas, o juiz tem de ater-se ao que, mediante uma interpretação metódicamente adequada ou pela via de um desenvolvimento judicial admissível e materialmente requerida, a lei e o Direito provêem. A aspiração a uma justiça do caso é assim um factor legítimo no processo de decisão judicial, conquanto 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 (72), 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.

(72) É significativo a este respeito o acórdão do Tribunal Constitucional Federal sobre a admissibilidade de uma «indemnização por dano moral» nos casos de violação do direito de personalidade; *NJW* 73, 1221. O Tribunal Constitucional Federal, em comparação com a iminência de um «menosprezo da justiça no caso concreto», que de outro modo ocorria, não recebeu aqui iludir a «fidelidade à lei», com o epíteto pejorativo de «formal». Cf. sobre o acórdão o meu artigo no *Archiv für Presserecht*, 1973, pág. 450.

b) A alteração da situação normativa

De entre os factores que dão motivo a uma revisão e, com isso, frequentemente, a uma modificação da interpretação anterior, cabe uma importância proeminente à alteração da situação normativa. Trata-se a este propósito de que as relações fácticas ou usos que o legislador histórico tinha perante si e em conformidade aos quais projectou a sua regulação, para os quais a tinha pensado, variaram de tal modo que a norma dada deixou de se «ajustar» às novas relações. É o factor temporal que se faz notar aqui. Qualquer lei está, como facto histórico, em relação actuante com o seu tempo. Mas o tempo também não está em quietude; o que no momento da génesis da lei actuava de modo determinado, desejado pelo legislador, pode posteriormente actuar de um modo que nem sequer o legislador previu, nem, se o pudesse ter previsto, estaria disposto a aprovar. Mas, uma vez que a lei, dado que pretende ter também validade para uma multiplicidade de casos futuros, procura também garantir uma certa constância nas relações inter-humanas, a qual é, por seu lado, pressuposto de muitas disposições orientadas para o futuro, nem *toda* a modificação de relações acarreta por si só, de imediato, uma alteração do conteúdo da norma. Existe a princípio, ao invés, uma relação de tensão que só impele a uma solução - por via de uma interpretação modificada ou de um desenvolvimento judicial do Direito - quando a insuficiência do entendimento anterior da lei passou a ser «evidente» (73).

A nova interpretação, para continuar a ser interpretação, tem de manter-se ainda nos quadros do sentido literal (de então ou, se este possibilitar antes uma interpretação «ajustada ao tempo», *do* actual) e também no contexto da lei, não lhe sendo tão-pouco lícito sobrepor-se, por regra, ao escopo da lei. Algo distinto ocorre quando o escopo originário se tornou inatingível ou se desvanceu. Então há-de logo perguntar-se se a lei é capaz de cumprir outro fim racional nos quadros da ordem jurídica actual e atendendo às relações actuais. Se não for esse o caso, quer dizer,

(73) Quando o denominado, por DIEDERICHSEN (no *Festschr. f Karl Larenz*, 1973, pág. 177), «argumento da insustentabilidade» actua de modo convincente.

se a aplicação da lei vier a conduzir a um resultado completamente destituído de fim e de sentido, dentro das relações actuais, então a lei é inaplicável. Para este caso extremo vale o brocardo «*cessante ratione legis cessat lex ipsa*»⁽⁷⁴⁾. Uma tal situação pode ocorrer se uma norma foi estatuída precisamente com vista a determinadas relações, que ocorrem temporariamente, e que deixaram já de subsistir. Em contrapartida, quando é ainda pensável um fundamento ou fim racional para uma norma, mesmo que não seja o do legislador histórico, esta continua a ser aplicável com uma interpretação que se lhe adeque.

Mais frequente é o caso em que precisamente também o fim originário, para poder continuar a ser atingível, reclama, face à alteração das relações, outra interpretação, quer mais «ampla», quer mais «restrita». A jurisprudência dos tribunais oferece a este respeito uma série de exemplos. Aduzimos alguns de seguida, relativos à situação actual no tráfego rodoviário, completamente distinta da do início do nosso século.

No primeiro caso, trata-se da interpretação das palavras «no manejo» de um veículo de tracção mecânica, no § 7 do Código da Estrada. O Tribunal do Reich tinha adoptado uma interpretação restrita destas palavras, ao considerar que existia, no essencial, uma relação com o manejo do veículo só quando e contanto que o veículo se movesse em virtude de uma força motriz. Só considerou como ainda condicionada pelo manejo uma interrupção muito breve do movimento contínuo. Segundo a opinião do Supremo Tribunal Federal⁽⁷⁵⁾, esta interpretação «não se ajustaria já, face ao forte acréscimo dos veículos de tracção mecânica e dos seus perigos, ao sentido e fim do § 7 do Código da Estrada». Também um veículo que permanece com o motor desligado durante bastante tempo na faixa de rodagem de uma via destinada à circulação rápida, representa um perigo típico para a circulação dos outros utilizadores da via. Numa auto-estrada o perigo de um veículo parado é mesmo maior do que em circulação. «Mas então é também necessário», declarou o Supremo Tribunal Federal,

⁽⁷⁴⁾ Sobre a procedência da canonística deste brocardo e a sua vigência no Direito comum antigo, cf. H. KRAUSE, *SavZKanAA* 46 (1960), pág. 81.

⁽⁷⁵⁾ *BGHZ* 29, 163.

«e está justificado de acordo com o sentido e escopo das disposições sobre responsabilidade do Código da Estrada, imputar um acidente que ocorre em virtude de choque com veículo parado não só ao manejo do veículo que choca, mas também ao do parado, e por isso afirmar um dever de indemnização por danos aos detentores de ambos os veículos, com base no ponto de vista da responsabilidade pelo risco». Digamos ainda que mesmo que o legislador no ano de 1908 tenha visto o perigo principal do veículo de tracção mecânica no seu rápido movimento baseado na força motriz, tal não excluiria o ajustar o conceito «no manejo» às experiências e exigências das relações actuais de tráfego. O juiz «não teria cumprido a sua missão se se tivesse apegado nestas circunstâncias ao excessivamente estrito conceito técnico-mecânico de manejo».

No segundo caso, trata-se da interpretação das palavras «a partir de um espaço delimitado», no § 243, parágrafo 1, n.º 2, do Código Penal. Trata-se aqui de dar conta, mediante uma interpretação modificada destas palavras, da acrescida necessidade de protecção originada pelo aumento de furtos em veículos a motor. O Tribunal do Reich só havia considerado como «espaço delimitado» uma parte circunscrita de superfície de solo ou de água, de modo que as construções móveis, como automóveis, caravanas e navios, não eram aí incluídas. O Supremo Tribunal Federal abandonou esta restrição, não exigida pelo sentido literal⁽⁷⁶⁾. Uma vez que a restrição feita pelo Tribunal do Reich não era exigida nem pelo sentido literal nem pelo fim do preceito, na Interpretação nova, «moderna», trata-se de facto ainda de uma interpretação e não de uma analogia, aqui proibida.

Como último exemplo pode mencionar-se a interpretação restritiva que permite agora ao Supremo Tribunal Federal remeter para o privilégio de responsabilidade dos §§ 708 e 1359 do BGB nos casos em que a culpa do sócio ou cônjuge se refere à sua conduta no tráfego rodoviário⁽⁷⁷⁾. O critério de responsabilidade do § 708 do BGB, diz o Supremo Tribunal Federal, é «inadequado em geral para o Direito do tráfego rodoviário». Ao prosseguir, dizendo que esta regra poderia «não ter sido querida» para este

⁽⁷⁶⁾ *BGHSt*, 1, 167.

⁽⁷⁷⁾ *BGHZ* 46, 313; 53, 352.

âmbito «nos termos da génesis e do escopo da lei» e que se trata de uma norma «que tem apenas presente a regulação das relações jurídico-patrimoniais entre os sócios», argumenta então aqui com uma vontade hipotética do legislador histórico, em relação à qual deixa em branco qualquer prova. De maior peso é a alusão ao perigo, ligado a uma conduta errada no tráfego rodoviário, para a vida e a saúde, não só dos demais acompanhantes (ou do outro cônjuge), mas também de um terceiro. Na minha opinião, o decisivo é que a condução do veículo de tracção mecânica, inclusivamente quando ocorre no interesse próprio, nunca pode ser considerada unicamente, nas actuais relações, como «assunto próprio» do condutor, no sentido que a lei tem em conta⁽⁷⁸⁾. Pois que toda a incúria nesta actividade põe em risco não apenas o agente, mas também terceiros. Um privilegiamento de tal incúria, mesmo que só em relação aos acompanhantes ou ao cônjuge, não pode, por isso, basear-se no sentido da lei. Se se seguir este raciocínio, tratar-se-á ainda de uma interpretação restritiva (a saber, das palavras «em assuntos próprios»); de outro modo ter-se-á que admitir uma redução teleológica.

A alteração da situação normativa pode assim conduzir à modificação - restrição ou extensão - do significado da norma até aqui prevalecente. De par com a alteração da situação normativa, existem factos tais como, sobretudo, modificações na estrutura da ordem jurídica global⁽⁷⁹⁾, uma nítida tendência da legislação mais recente, um novo entendimento da *ratio legis* ou dos critérios teleológico-objectivos, bem como a necessidade de adequação do Direito pré-constitucional aos princípios constitucionais, que podem provocar uma alteração de interpretação. Disto falámos nós já. Os tribunais podem abandonar a sua interpretação anterior porque se convenceram que era incorrecta, que assentava em falsas suposições ou em conclusões não suficientemente seguras. Mas ao tomar em consideração o factor temporal, pode também resultar que uma interpretação que antes era correcta agora não o seja.

⁽⁷⁸⁾ Cf. a este respeito o meu artigo no *Festchrift für Harry Westermann*, 1974, pág. 299 e segs.

⁽⁷⁹⁾ Assim, o Tribunal Constitucional Federal - E 7, 342, 350 - negou a aplicabilidade do «princípio da codificação» dos art. 033, 55, 218, da Lei de Introdução ao Código Civil ao Direito do Trabalho, porque este se teria desligado do Direito privado «pela evolução sócio-jurídica ocorrida desde a promulgação do *BGB*».

O preciso momento em que deixou de ser «correcta» é impossível de determinar. Isto assenta em que as alterações subjacentes se efectuam na maior parte das vezes de modo contínuo e não de repente. Durante um «tempo intermédio» podem ser «plausíveis» ambas as coisas, a manutenção de uma interpretação constante e a passagem a uma interpretação modificada, adequada ao tempo. É também possível que uma interpretação que aparecia originalmente como conforme à Constituição, deixe de o ser na sequência de uma modificação das relações determinantes (S0). Então é de escolher a interpretação, no quadro das possíveis segundo os outros critérios de interpretação, que seja agora a única conforme à Constituição.

Se se tratar de um preceito constitucional fundamental para a organização do Estado democrático de Direito ou da ordem de valores que se há-de expressar nos direitos fundamentais, dever-se-á então ser especialmente cuidadoso na aceitação de uma «mudança de significado». À Constituição cabe uma elevada função de estabilização, pelo que a sua alteração no procedimento legislativo está dependente de pressupostos especiais. Também existem limites à sua modificação por via de uma interpretação nova. Poder ao seu tratamento não é já assunto da metodologia, mas tarefa da ciência do Direito Constitucional (SI). O Tribunal Constitucional Federal decidiu no «acórdão sobre gratificações» (S2) que o art.º 48, parágrafo 3, da Lei Fundamental, que garante aos deputados «uma compensação adequada, visando assegurar a sua subsistência», tinha alcançado à luz da evolução exposta...

⁽⁸⁰⁾ Isto foi aceite pelo Tribunal Constitucional Federal a propósito da regulação do encerramento dos cabeleireiros; *BVerfGE* 59, 336, 356 e segs.. Já antes tinha decidido que mesmo quando o Tribunal Constitucional Federal tivesse afirmado em acórdão anterior a constitucionalidade de uma norma, o novo modelo é «em todo o caso» admissível «quando deriva da fundamentação do acórdão anterior e põe em evidência factos novos, que são adequados a possibilitar um acórdão divergente dos acórdãos anteriores do Tribunal Constitucional Federal. Assim, *BVerfGE* 33, 199, 203 e segs.; do mesmo modo, *BVerfGE* 39, 169, 181.

⁽⁸¹⁾ A este respeito, LERCHE, «Stiller Verfassungswandel als aktuelles Politikum», in: *Festchr. f Maunz*, pág. 285; cf. também *BVerfGE* 2, 380, 402; 3, 407, 422.

⁽⁸²⁾ *BVerfGE* 40, 296, 315. Sobre este acórdão, PAWLOWSKI, *oh. cit.*, n.o 387.

um novo significado»; assinalou ao legislador novas regulações em consonância. Mas aqui não se trata de todo em todo de um preceito «fundamental», no sentido acima apontado.

4. Problemas especiais da interpretação

a) Interpretação «estrita» e «ampla»; a interpretação de «disposições excepcionais»

Diz-se frequentemente que uma disposição há-de interpretar-se ou «estritamente» («limitativamente», «restritivamente») ou então «amplamente» («em sentido lato», «extensivamente»). Nem sempre é claro o que com isto se quer dizer. ENGISCH demonstrou nada menos que quatro significados diferentes deste par de conceitos (83). Ele próprio decide-se por uma exegese que parte da teoria subjectivista da interpretação. Segundo ela, vale, adentro do sentido literal possível, o significado do termo que se ajusta à «vontade do legislador» que está por detrás dele - no nosso modo de dizer, às ideias normativas do autor da lei. Assim sendo, é necessária uma interpretação «restritiva» quando um significado concebido como relativamente estrito corresponde à «vontade do legislador»; uma interpretação «extensiva», quando um significado concebido de modo amplo corresponde a essa vontade. No entanto, a ideias normativas dos autores da lei são, como vimos, só *um* critério de interpretação entre outros; não são, de modo *algum*, vinculantes para o intérprete. A meta última da interpretação não é a averiguação da «vontade real» do legislador histórico, mas averiguar o significado da lei que é hoje juridicamente decisivo. Decerto que este significado, como temos vindo sempre a sublinhar, tem porém que se situar adentro do âmbito de sentido possível do termo. Mas o sentido literal possível é, como sabemos, variável. De entre os diferentes significados há-de denominar-se de «estrito» aquele que, em relação a outros possíveis, tem um âmbito de aplicação estrito; e «amplo» aquele que tem um âmbito de aplicação mais amplo. Tratando-se de termos que são tomados da linguagem corrente, o significado estrito

identificar-se-á em regra com o denominado «âmbito nuclear», que é intencionado em primeiro lugar ao usar este termo; «amplo» é então aquele significado que, em maior ou menor extensão, comprehende também fenómenos da franja marginal, que no uso linguístico geral só algumas vezes se têm também em conta. O transcender da franja marginal, concebida de modo tão amplo quanto possível, já não seria interpretação, tal como o não seria a exclusão daqueles fenómenos que indubitavelmente se situam no âmbito nuclear. No primeiro caso só se poderia tratar de uma analogia; no segundo, de uma redução teleológica da lei.

O termo «filhos» (no sentido de uma relação de parentesco) comprehende no seu âmbito nuclear, segundo o uso linguístico geral, os filhos carnais (descendentes em primeiro grau) da pessoa. O Tribunal Administrativo Federal (cf. *supra*, Ia) interpretou o termo neste sentido, portanto, estritamente. Uma interpretação que tivesse incluído os enteados, os filhos adoptivos e, eventualmente mesmo, os genros e noras, seria, em contrapartida, uma interpretação ampla. Incluir também os netos transcenderia os limites do sentido literal possível; aqui seria só uma questão de analogia. Tão-pouco o sentido literal permite interpretar o termo de modo a que nem sequer incluisse todos os filhos carnais, por exemplo, os filhos casados. Acrescentar algo que restringisse o sentido literal à sua extensão mínima possível, de modo a excluir os filhos casados, não seria já interpretação, mas alteração da norma; só seria possível por via de uma «redução teleológica». A expressão «gestão de negócios» no § 675 do BGB é entendida, segundo a opinião hoje prevalente (84), num sentido mais restrito - o correspondente ao âmbito nuclear da expressão no uso linguístico geral - do que nos §§ 662 e 667, onde é interpretada no mais amplo sentido pensável. A expressão «caminho-de-ferro» no § I da lei sobre responsabilidade civil foi, antes da alteração do teor literal desta disposição, em 1978, interpretada em sentido «lato», a saber: de modo a que englobasse também, por exemplo, eléctricos, metropolitanos e elevadores de cremalheira. O termo «terceiro» no § 123, parágrafo 2, do BGB, é interpretado hoje «estritamente», porquanto se não inclui nele aquele que como representante ou mediador do declaratório colaborou sob a direcção deste na conclusão do negócio

(83) *Einführung in das juristische Denken*, pág. 100 e segs.

(84) Cf. o meu *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. 2, § 56 I e V.

ou estava ligado a ele de modo interessado (85). No uso linguístico comum, o termo tanto pode significar um «outro» (distinto do declaratório), como um não participante (no evento aqui em questão). Se o termo, como hoje acontece, se interpreta no segundo sentido, então não compreende uma série de pessoas que ficariam incluídas na primeira interpretação (86).

Afirma-se, não raras vezes, que as «disposições excepcionais» hão-de interpretar-se de modo estrito e que não são susceptíveis de aplicação analógica (87). Nestes termos tão gerais, isto não é correcto. Problemático é já saber quando é que se trata de uma «disposição excepcional», no sentido desta regra. Diz, acertadamente, FRIEDRICH MÜLLER (88) que a questão de se se trata, na realidade, de uma disposição excepcional pressupõe já uma «decisão prévia, elaborada com todos os elementos de concretização disponíveis, sobre qual o conteúdo normativo que deve caracterizar a norma jurídica como disposição excepcional». Com efeito, as formulações das proposições jurídicas na lei de modo algum decidem logo a este respeito. Não raras vezes, o legislador não adopta de imediato na formulação da previsão fundamental uma restrição, por ele intencionalmente feita, do âmbito de aplicação da norma, mas só posteriormente a introduz, na forma de uma proposição jurídica restritiva, de uma «ordem negativa de validade» (cf. *supra*, capo 11, 2b). Assim seria errado ver no § 285 do BGB (<o devedor não incorre em mora enquanto a prestação se não venha a realizar devido a uma circunstância que lhe não é imputável») uma «excepção» à definição legal dos pressupostos da mora, dada no § 284 do BGB. Ao invés, estes pressupostos só estão completamente dados em ambas as disposições, tomadas conjuntamente, tendo a lei vestido aqui sob a forma de uma dupla negação, atendendo unicamente à regulação desejada do ónus da prova, a exigência de que ao devedor tem que ser imputável

(85) Cf. o meu *Lehrbuch des Allgemeinen Teils*, 7.ª ed., § 20, IV a.

(86) *BGH*, *LM* n.º 30 ao § 123 do BGB.

(87) Cf. a este respeito *RGZ* 153, 23; *BGHZ* 2, 244; 4, 22; 11, 143; *BSG*, *NJW* 59, 168. De modo crítico a este respeito, ENNECERUS-NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil*, § 48, I, 2; ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 7.ª ed., pág. 151 e seg.; WEINSHEIMER, *NJW* 59, 566.

(88) FRIEDRICH MÜLLER, *Juristische Methodik*, 3.ª ed., pág. 211.

a mora na prestação. Tão-pouco é o § 935 do BGB uma «excepção» ao § 932 do BGB, pois só tomadas conjuntamente ambas as disposições se pode conhecer a concepção do legislador - a saber, a combinação de duas ideias jurídicas: a protecção do adquirente de boa-fé, com a postergação do proprietário que tenha voluntariamente perdido o senhorio da coisa. Em contrapartida, no § 935, parágrafo 2, do BGB trata-se na realidade de uma excepção feita a esta regulação por razões de ordem prática, quer dizer, de uma excepção não só segundo a formulação, mas também segundo a matéria.

Só quando se trata de uma excepção também segundo a matéria, tem a regra de interpretação aduzida um valor limitado. Trata-se também de uma excepção segundo a matéria quando a lei derrogou em relação a determinados casos, as mais das vezes estritamente delimitados, uma regra que procura conseguir validade no sentido mais amplo possível, porque a sua realização pareceu ao legislador, inclusivamente nesses casos, pouco prática ou oportuna e, devido a isso, acreditou poder aqui renunciar a ela. Tem de evitar-se aqui que, mediante uma interpretação excessivamente lata das disposições excepcionais, ou mediante a sua aplicação analógica, o propósito de regulação do legislador se transmude afinal no seu contrário. Mas isso não significa que a disposição excepcional haja de interpretar-se «tão estritamente quanto possível» ou que a analogia esteja excluída em todos os casos (89). Aqui é de novo decisiva a razão pela qual o legislador excepcionou precisamente estes casos. Sobre isto darão informação, sobretudo, as ideias normativas das pessoas que tomaram parte na legislação. Se estas se dirigirem exclusivamente a um determinado grupo de casos, a interpretação tão-pouco deveria incluir novos casos quando tal não fosse possível segundo o sentido literal dos termos escolhidos, pois que de contrário seria infringido o princípio de igual tratamento daquilo que é igual no sentido (90).

(89) Cf. a este respeito *infra*, capo V, 2 b (aplicação analógica do § 645 do BGB).

(90) Cf., a este respeito, também o acórdão *BGHZ* 17, 266. Aqui o Supremo Tribunal Federal não só interpretou uma regra excepcional restritivamente, mas operou uma redução teleológica em função de uma situação objectiva modificada, quer dizer, restringiu-a contra o sentido literal.

b) Sobre a interpretação do Direito consuetudinário e dos precedentes

O Direito consuetudinário, no sentido originário, é uma regra de comportamento entre pessoas, observada de facto preponderantemente durante largo tempo, que é acatada com a consciência de com isso se estar a cumprir um mandado do Direito. Para a constatação de um Direito consuetudinário não basta por isso a prova de que as pessoas se comportam efectivamente assim, mas tem que acrescer a asserção fundamentada de que tal comportamento é expressão de uma convicção jurídica que o acompanha. Mas esta declaração torna necessário interpretar o comportamento num determinado sentido. Uma vez que é assim, confunde-se, como com razão observou SOMLÓ (91), a interpretação do Direito consuetudinário com a questão da sua existência. Não é só a questão sobre o seu conteúdo, mas a própria questão de se num comportamento social costumeiro se trata de um «Direito consuetudinário», que é questão do compreender interpretativo. Não se trata aqui da interpretação de um texto dado de antemão; trata-se, ao invés, em primeiro lugar, de formular linguisticamente a norma indicada pela conduta. A formulação linguística tem como missão expressar e, com isso, tornar comunicável, o que de sentido jurídico é tacitamente inerente ao comportamento social em causa, aquilo que afirma, interpretado como comportamento referido ao Direito.

Não existe qualquer dúvida de que, para falar como DIETER NÓRR (92), «a doutrina do Direito consuetudinário é, como tal, insatisfatória». Não é aqui lugar de a examinar ponto por ponto (93). O Direito consuetudinário, em sentido originário, não desempenha hoje praticamente nenhum papel. Em contrapartida, de grande importância prática é hoje o «Direito judicial», criado pelos chamados «precedentes». A questão de se aí se trata de «Direito», no sentido de vinculatividade, há-de ocupar-nos posteriormente (*infra*, capo V, 5). Uma «jurisprudência constante», que

(91) SOMLÓ, *Juristische Grundlehre*, pág. 373; de modo análogo, BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, vol. 4, pág. 299.

(92) No *Festschrift für Wilhelm Felgentraeger*, 1969, pág. 353.

(93) O último tratamento de maior significado é a *Theorie des Gewohnheitsrechts*, de HANS MOKRE, 1932.

corresponda a uma convicção jurídica geral e que seja praticamente inquestionada, pode alcançar o grau de validade do Direito consuetudinário. Entre o Direito consuetudinário originado deste modo e o originado pela prática dos membros de uma comunidade jurídica existe uma diferença importante relativamente à interpretação.

No que respeita a um Direito consuetudinário originado na prática, a regra jurídica que nele se manifesta carece, em primeiro lugar, como foi observado, de formulação linguística. Esta pode começar por efectuar-se por um tribunal, por um apontamento privado ou por uma declaração pericial. A formulação é já, em todo o caso, o resultado de uma interpretação. Trata-se nela da interpretação de um determinado comportamento social - previamente comprovado na sua facticidade -, atendendo a um conteúdo de sentido jurídico nele especificamente expresso. Critério da interpretação não é aqui nem o sentido literal possível - pois que a regra, que primeiro tem que ser formulada, não está de modo algum expressada em palavras antes da interpretação - nem a vontade de um legislador. Tão-pouco dão grande contributo as ideias mais ou menos claras de todos aqueles que se comportam, as mais das vezes irreflectidamente, de acordo com as regras jurídico-consuetudinárias. Resta a referência de sentido a princípios ético-jurídicos, a fins jurídicos objectivos, a pautas de valoração especificamente jurídicas, como a expectativa de «comportamento sério» e a sua concretização em casos de índole semelhante. Também as normas jurídico-consuetudinárias hão-de, evidentemente, interpretar-se hoje «em conformidade com a Constituição». Uma vez que elas, tal como as normas legais e as sentenças judiciais, outra coisa não fazem senão expressar, mais amplamente, a «coisa Direito» (94), e, decerto, antes ainda de toda a formulação verbal, também o Direito consuetudinário como tal é «condição da possibilidade de compreender» a orientação do olhar do intérprete para a «coisa Direito», já intencionada na sua «pré-compreensão».

A orientação à «coisa Direito» é também, evidentemente, a condição última da possibilidade de compreender as decisões judi-

(94) No sentido de HRUSCHKA, *Das Verstehen von Rechtstexten*, pág. 27 e segs.; 56 e segs.

clals. Mas estas representam já uma enunciação linguística da ideia jurídica nelas expressada. O Direito consuetudinário resultante de uma <<jurisprudência constante>> retoma a estes enunciados linguísticos. Estes, tal como os enunciados linguísticos do legislador, carecem de interpretação. Do mesmo modo, carecem de interpretação outras resoluções judiciais, logo que possam ser tidas em conta como possíveis precedentes. Carecem de interpretação em maior medida ainda do que as leis. Pois que, devido à sua referência ao caso que de cada vez haja que decidir, é com frequência duvidoso o alcance, e, portanto, a aplicabilidade a outros casos, das máximas nelas expressas. Ocupam-se, de facto, com a interpretação de resoluções de tribunais superiores muitos trabalhos jurídicos e também numerosas sentenças. Em contrapartida, a interpretação de resoluções judiciais tem sido surpreendentemente descurada, até ao momento, na teoria, ao contrário da interpretação das leis e dos preceitos jurídicos.

Na interpretação de resoluções judiciais trata-se de reconstituir o processo de raciocínio do tribunal e de pôr a claro o alcance das ideias expressas, de as delimitar mais claramente, e também de separar os fundamentos que estão na base da resolução daquilo que é só «adorno decorativo». Diferentemente do que o que ocorre com uma lei, à concepção jurídica do tribunal, expressa nos fundamentos da resolução, não cabe qualquer validade normativa imediata. Por isso, a meta da interpretação de uma resolução judicial não pode ser a averiguação de um sentido juridicamente determinante, tal como o é a meta da interpretação de uma lei. Se na fundamentação da sentença não se trata do estabelecimento de normas, mas de expressar uma concepção jurídica que foi claramente de importância decisiva para a resolução do tribunal neste caso - não se tratando apenas de um *obiter dictum* - e foi uma peça imprescindível na cadeia de fundamentação, a meta da interpretação só pode ser precisamente averiguar a concepção do tribunal, quer dizer, a opinião jurídica do juiz.

Para averiguar a opinião jurídica do tribunal não se dispõe em regra de outra fonte de conhecimento que não seja a própria sentença reduzida a escrito. São aqui decisivos, portanto, o sentido literal e o contexto significativo. Em relação ao sentido literal, há-de atender-se sobretudo ao uso linguístico geral; o contexto significativo inclui também a situação de facto sobre o qual o tribunal julgou. Não raras vezes surgem contradições ou lacunas

na cadeia de fundamentação. Então há-de perguntar-se se existe, dentro dos limites do sentido literal possível e do contexto significativo, uma interpretação possível que elimine a contradição e supere as lacunas. Se é este o caso, e resulta deste modo um sentido racional, a sentença deve ser interpretada nessa conformidade. Pois que, em caso de dúvida, tem que se partir de que o tribunal, mesmo quando a fundamentação é deficiente, pensou consequentemente, intentou uma conexão de ideias sem lacunas (95). Se não for possível, por via da interpretação - dentro daqueles limites que foram indicados -, eliminar a contradição e complementar o passo intermédio que falta da conexão de ideias, esta contatação é já sinónimo de uma crítica da sentença.

Não raras vezes os tribunais tendem a expressar em relação ao caso a decidir uma concepção jurídica que, ao menos pela sua formulação, vai mais longe do que o que teria sido necessário para a resolução desse caso, tendo porventura o próprio tribunal tomado consciência disso. Num tal caso, a missão da interpretação é reconduzir a formulação, demasiado ampla, ao âmbito de aplicação mais estrito tido em vista pelo tribunal, o qual resulta da referência à situação de facto que o tribunal há-de julgar. Não raramente, os próprios tribunais procedem deste modo para fazer ver que uma resolução anterior não representa um «precedente» para a decisão que há-de encontrar-se agora.

Num acórdão do ano de 1957 (96), o Supremo Tribunal Federal, a propósito da questão de quando é que uma ameaça é «ilícita», no sentido do § 123 do BGB, tinha estabelecido entre outras coisas, as seguintes «teses»: «Para se considerar a ilicitude, no sentido do § 123 do BGB, precisa-se da comprovação de que o credor conhece, ou deve conhecer, os factos que dão à sua ameaça o carácter de ofensiva dos bons costumes; o desconhecimento

(95) Meta da fundamentação judicial é convencer as partes, e os que buscam o Direito da correção da resolução encontrada (no sentido da sua conformidade à lei e ao Direito). Para este fim, como sublinha com razão WILFRIED SCHLÜTER, *Das Obiter dictum*, 1973, pág. 97, tem que «mostrar uma cadeia de fundamentação racionalmente comprovável, controlável, e, assim, discutível». Se bem que nem todas as sentenças satisfaçam este desiderato, pelo menos pode bem supor-se que os tribunais se esforçaram por o conseguir.

(96) BGHZ 25, 217.

culposo equipara-se, portanto, ao conhecimento. Em caso algum será a ilicitude da ameaça excluída por causa de uma valoração jurídica errónea da situação de facto por parte do credor». Num acórdão posterior (97), tratava-se de se uma ameaça é ilícita quando aquele que a profere se encontra em erro desculpável sobre a existência de um crédito em relação àquele a quem é dirigida a ameaça (foi ameaçado com a cobrança deste crédito, cuja existência era objectivamente duvidosa). O Supremo Tribunal Federal respondeu negativamente à questão. «Quem, numa situação jurídica duvidosa, se coloca frente à contraparte do negócio numa posição jurídica objectivamente plausível e ameaça com as consequências daí resultantes, caso a contraparte se não decida a emitir uma determinada declaração de vontade, não actua, só por estes motivos, ilicitamente». Com isto não se põe a Secção* em postura contraditória com decisão anterior. É certo que nesta se diz que em caso algum ficará a ilicitude da ameaça excluída por uma valoração errónea da situação de facto por parte do credor. Tal como resulta do contexto do acórdão, com a «valoração errónea da situação de facto» só foi tido em conta, no entanto, o caso em que o credor retirou conclusões jurídicas erróneas dos factos por ele conhecidos, *em relação à ilicitude da sua ameaça*. Mas aqui, aquele que profere as ameaças enganou-se não só a propósito da valoração jurídica da sua ameaça, mas também em relação a uma questão jurídica prévia, da qual depende a valoração, a saber: sobre a existência ou não existência de um crédito. O seu erro não é um erro sobre a valoração jurídica em si, mas um erro sobre os fundamentos

(97) *LM* n.º 28 ao § 123 do *BGB*.

* «Senat». O Supremo Tribunal Federal (previsto na Lei Fundamental de 1949 e instituído em 1950; sucedeu ao Reichsgericht, extinto em 1945) constitui a jurisdição suprema em matéria civil e penal. Comporta actualmente - pois que o Ministro Federal da Justiça pode, nos termos da lei de organização judiciária, aumentar ou diminuir o número de câmaras - dez secções civis (*Zivilsenate*), cinco secções penais (*Strafsenate*) e sete câmaras especiais, contando cada secção com cinco juízes federais. Para fins, sobretudo, de salvaguarda da unidade de interpretação, existe ainda uma «grande secção para questões civis» (*Großer Senat für Zivilsachen*) e uma «grande secção para questões penais» (*Großer Senat für Strafsachen*), contando cada uma com nove membros (o presidente do tribunal e oito juízes federais). Por último, a lei de organização judiciária prevê ainda as «grandes secções reunidas» (*Vereinigte Große Senate*), constituídas pelo presidente do tribunal e todos os membros das grandes secções (ou seja, dezassete juízes). (N. do T.).

da valoração que, se não for culposo, será também adequado, segundo o acórdão anterior, à exclusão da ilicitude da ameaça. Aqui a tese, tão amplamente formulada e, por isso, equívoca, há-de reconduzir-se ao significado tido em conta, mostrando-se a este propósito decisivo o mecanismo de fundamentação - com inclusão da configuração do caso de então.

O exemplo permite ao mesmo tempo reconhecer quão perigosa é a prática, infelizmente adoptada pelo Supremo Tribunal Federal, de antepor às resoluções as teses formuladas ao jeito de proposições jurídicas. Tais teses não são outra coisa senão destilações dos fundamentos da resolução, que, por seu lado, estão referidos ao caso e carecem em grande medida de interpretação. Com a sua formulação ao jeito de proposições jurídicas, cria-se a aparência de que, desligadas da situação de facto resolvida, lhes cabe o carácter de uma regra já estabelecida e uniformemente aplicável. Desconhece-se assim que o juiz, que tem presente em primeira linha justamente o caso a decidir, está ainda muito menos em posição de examinar todas as possibilidades futuras de aplicação da sua «tese» do que o legislador (98). O Supremo Tribunal Federal vê-se pois também na necessidade de restringir ou corrigir continuamente as teses por ele estabelecidas.

As resoluções judiciais e as suas fundamentações não são só **objecto** de interpretação, mas também de crítica científica, que não raras vezes se orienta a uma ideia jurídica não expressada, ou que o é só de modo alusivo, na fundamentação, e da qual o próprio tribunal não teve de todo em todo consciência, mas que permite fundamentar mais ajustadamente a resolução final, **torná-la** consciente e pôr a claro o seu alcance. Aqui não se trata já de uma simples «interpretação», porque se ultrapassa o limite do sentido literal possível e do contexto de significação da fundamentação dada pelo tribunal, reconhecendo esta como insuficiente e complementando-se, pelo menos parcialmente, com uma outra, que já não coincide exactamente com a que foi dada pelo tribunal.

(98) Diz acertadamente SCHLÜTER, *Das Obiter dictum*, pág. 31, que os tribunais estão «tanto menos em situação de estabelecer aquelas normas de conduta para o futuro, quanto menos possam dispor também oportunamente das fontes de conhecimento e do material de experiência do legislador parlamentar».

c) Sobre a interpretação da Constituição

É questionável se os princípios de interpretação da lei anteriormente expostos valem irrestritamente também para a interpretação da Constituição, ou se aqui são ainda de ter em conta outros pontos de vista. Desde os inícios dos anos cinquenta que tem tido lugar uma vigorosa discussão sobre as questões da interpretação da Constituição. DREIER e SCHWEGMANN compilaram e publicaram de novo, em 1976, uma série de ensaios até aí surgidos (99). Os trabalhos metodológicos de FRIEDRICH MULLER e MARTIN KRIELE orientam-se sobretudo aos problemas da interpretação da Constituição.

Não é de admirar que nesta discussão retornem de diversas maneiras as mesmas questões e as mesmas propostas de solução que já caracterizavam a discussão metodológica dos últimos trinta anos. Deparamos aqui também com as questões de se são possíveis em absoluto enunciados fundamentáveis sobre valores ou sobre o que é «justo», com o argumento da pretensa arbitrariedade da escolha entre diferentes métodos de interpretação, com o pensamento «tópico» (100) e com o argumento sobre consequências. Se se trata da questão de se uma regulação legal particular é «conforme à Constituição», então o ponto de vista da «justiça do caso» cede naturalmente ao do ajustamento e adequação material de uma norma ou de um complexo de regulação. Então parte-se de que a Constituição, sobretudo o art. 3.º da Lei Fundamental, reclama uma regulação que satisfaça estas exigências. Com isto não resulta ainda nada de especial para a interpretação da Constituição. Com razão estabelece DREIER, na introdução à colectânea

(99) DREIER/SCHWEGMANN, *Probleme der Verfassungsinterpretation*, 1976.

(100) No congresso dos professores alemães de Direito político em 1961, cujo tema era «Princípios da interpretação da Constituição», (com publicação em 1963), o primeiro relator, PETER SCHNEIDER, arrimou-se acentuadamente às doutrinas gerais da hermenêutica das ciências do espírito. O segundo, HORST EHMKE, representou, em contrapartida, claramente o modo de pensar «tópico». Exigia, e também para a interpretação da Constituição, que se desenvolvessem «regras materiais para a solução de problemas desenvolvidas com base no problema» e postulava como critério último, em vez de um «princípio jurídico material, objectivo», o «consenso de todos os que pensam de maneira razoável e justa».

citada (101), que a lei constitucional nos apresenta, tal como qualquer lei, problemas de relação «entre vontade e formulação, tal como entre vontade e razão». À semelhança de qualquer lei escrita, ela levanta a questão «de como se relaciona a *law in books* com a *law in action*. Com isto circunscreve ao mesmo tempo o âmbito dos artigos reunidos no livro.

O primeiro destes artigos, o de FORSTHOFF (102), sublinha enfaticamente a função de estabilização da Constituição e, com isso, o carácter estático da sua interpretação. Enquanto lei, a Constituição estaria subordinada às regras de interpretação em vigor para as leis e seria assim «comprovável no seu sentido e controlável na sua execução». As «regras de interpretação em vigor para as leis» seriam, na opinião de FORSTHOFF, os métodos de interpretação desenvolvidos por SAVIGNY. A lei não toleraria qualquer arbitrariedade dos processos de interpretação, mas seria, mediante uma tal arbitrariedade, negada ou dissolvida (103). Por conduzir precisamente a isto, censura FORSTHOFF a doutrina mais recente da interpretação, que reclama uma orientação ao «sistema de sentido» da Constituição, aos valores que a ela são subjacentes. Pois que um tal sistema de sentido não seria susceptível de indagação «com os meios de uma interpretação exacta (?) da lei» (104), uma vez que se situaria «para além das normas e dos conteúdos acessíveis com os meios da exegese». O «abandono das regras clássicas da arte interpretativa, que na sua substância representa uma dissolução do conceito da lei» retiraria à norma a evidência (105). Paralelamente a isto, ocorreria a «transformação do Estado de Direito num Estado de Justiça». Enquanto que segundo a concepção do Estado de Direito, o juiz estaria «submetido à Constituição», o juiz que interpreta a Constituição com base numa ordem de valores que lhe faz subjazer, torna-se, deliberadamente ou não, «senhor da Constituição» (106). Mesmo

(101) *Ob. cit.*, pág. 13.

(102) *Die Umbildung des Verfassungsgesetzes*, *ob. cit.*, pág. 51 (unpresso pela primeira vez no *Festschrift für Carl Schmitt*, 1959, pág. 35).

(103) *Ob. cit.*, pág. 53.

(104) *Ob. cit.*, pág. 54.

(105) *Ob. cit.*, pág. 63.

(106) Nestes termos, FORSTHOFF, no seu escrito *Zur Problematik der Verfassungsauslegung*, 1961, pág. 33.

que FORSTHOFF assegure que quer apenas balizar a evolução ocorrida, não há dúvida de que ele a desaprova. Atribui a culpa desta evolução, funesta na sua opinião, pelo menos em parte ao afastamento dos métodos jurídicos tradicionais e à viragem para os métodos «científico-espirituais».

FORSTHOFF desconhece que é a própria Constituição que torna obrigatória a observância de determinados valores e referências de sentido. Desconhece ainda que também a metodologia de SAVIGNY, pelo menos em relação ao elemento «sistemático», originariamente designado também por SAVIGNY como elemento «filosófico», não exclui de modo algum a questão do sentido. A contraposição entre um método «jurídico» e outro «científico-espiritual» é desajustada, pois que o método jurídico não pode ser outro - se bem que especialmente consolidado - senão um método científico-espiritual. É o que sustenta HOLLERBACH (107), no artigo subsequente, em contradição a FORSTHOFF. A ciência do Direito seria «uma disciplina científico-espiritual, uma vez que tem que ver com pessoas e com uma determinada objectivação do espírito humano, com 'obra-humana', na forma particular de 'obra da linguagem'», e portanto, «estaria de forma necessária e mesmo directa existencialmente apoiada e dirigida à interpretação comprehensiva» (108). Não quer com isto dizer, certamente, que com relação ao seu método não ostente diferenças específicas face a outras ciências do espírito, podendo também adentro das suas disciplinas particulares subsistir outras diferenciações. FORSTHOFF vira-se, com razão, contra uma «arbitrariedade dos métodos de interpretação». Mas seria um erro acreditar que a «verdadeira interpretação científico-espiritual descuraria isto e possibilitaria uma pluralidade arbitrária de métodos» (109). Os fenómenos de dissolução de que FORSTHOFF, não sem razão, se queixa são de facto não a consequência da viragem para um método científico-espiritual ou, no nosso modo de dizer, para um pensamento orientado a valores, mas antes a consequência de um insuficiente manejo deste método ou um afastamento de qualquer método, a viragem para um modo de pensamento puramente «tópico».

(107) «Auflösung der rechtsstaatlichen Verfassung?», *oh. cit.*, pág. 80; originariamente no *ArchoffR* 1960, pág. 241.

(108) *Oh. cit.*, pág. 101.

(109) *Oh. cit.*, pág. 103.

O contraponto a FORSTHOFF é representado na colectânea pelo último contributo, o de HÄBERLE (110). Entende a Constituição não tanto como a norma «estatuída», mas como *law in public action*, como «processo público» (111). Detentor deste processo seria, sobretudo, o Tribunal Constitucional Federal. Este processo exigiria uma interpretação «aberta», uma «abertura do cânones metodológico» (112). Isto não significa que «as regras de interpretação clássicas» fossem afastadas; assemelhar-se-iam «antes a um 'círculo' na linhagem da Constituição viva». A «interpretação histórico-genética» teria de ser transformada em interpretação «histórico-evolutiva»; assim cobraria o método histórico de interpretação «uma nova, limitada, legitimação» (113). Meta de toda a interpretação seria «um entendimento da Constituição aberto (ao futuro) e nele uma equiparação de interesses justa, "racional"» (114). HÄBERLE sublinha, com razão, que a aplicação do Direito e, assim, também a realização da Constituição através dos tribunais representam um processo contínuo, no qual a interpretação constitui o factor mediante o qual a norma é permanentemente ajustada a novos dados temporais; subestima pois, porventura, a função estabilizadora da Constituição e a sua importância para a interpretação.

Seria ir demasiado longe entrar aqui em pormenores sobre os outros contributos da colectânea e sobre a literatura global, quase inabarcável (115). Os exemplos apresentados devem ser suficientes para demonstrar até que ponto divergem as opiniões, precisamente também em relação à interpretação da Constituição.

No que respeita à minha opinião pessoal, não vejo fundamento bastante para não se aplicarem, pelo menos em princípio, os princípios interpretativos gerais também à interpretação da Constituição, pois que a Constituição é, enquanto lei - tal como todas

(110) *Zeit und Verfassung*, *oh. cit.*, pág. 293; originariamente in: *Zeitschrift für Politik*, 1974, pág. 111.

(111) *Oh. cit.*, pág. 298.

(112) *Oh. cit.*, pág. 307.

(113) *Oh. cit.*, pág. 311.

(114) *Oh. cit.*, pág. 306.

(115) Cf. a este respeito a extensa bibliografia na colectânea de DREIERISCHWEGMANN, pág. 329 e segs.

as outras leis (redigidas na maior parte em linguagem corrente) – , uma obra de linguagem, que, como tal, carece de interpretação, tal como as proposições nela contidas têm o carácter de normas; o seu efeito vinculativo não é certamente menor, mas mais vigoroso do que o das demais leis. Nesta medida, o meu ponto de vista coincide com o de HOLLERBACH. Também o Tribunal Constitucional Federal não está «acima» da Constituição, mas «submetido» à Constituição; é chamado, em especial medida, à sua interpretação e, nos limites da liberdade de decisão judicial, ao seu desenvolvimento. A questão só pode ser a de se os limites são aqui de traçar mais além, do que outrora. Arbitrariiedade da escolha do método ou uma discricionariedade idêntica à do legislador não são conciliáveis com a sua postura jurídico-constitucional. São aqui também de ter em atenção *todos* os critérios de interpretação. Não considero justificada uma desvalorização do critério da génese histórica^(115a). Os autores da Lei Fundamental sentiam-se vinculados a uma continuidade histórica, que ia da Constituição da Igreja de S. Paulo até à Constituição de Weimar; dever-nos-íamos ater a uma tal continuidade, tanto quanto isso seja possível, precisamente face à relação, interrompida, dos Alemães com a sua História. Isto não quer dizer que a interpretação não tenha que dar conta de uma mudança nas relações (cf. a este respeito 3 b *in fine*). Aqui dever-se-ia, porém, ser prudente.

Permanecem todavia dúvidas sobre se a posição que a Lei Fundamental atribui ao Tribunal Constitucional Federal obriga este a resoluções que já não podem ser fundamentadas apenas com ponderações jurídicas, mas só «politicamente», a saber, atendendo ao bem comum e, particularmente, à capacidade funcional do Estado de Direito Social. Tais dúvidas resultam de que a Constituição, sobretudo na sua parte relativa a direitos fundamentais, serve-se frequentemente de conceitos carecidos de preenchimento,

(115a) O Tribunal Constitucional Federal mostra uma certa inclinação neste sentido. Assim, expressou reiteradamente que a história da génese de uma norma da Constituição não poderia por completo deixar de ser tida em conta, mas que não lhe caberia uma importância decisiva. Nestes termos, o *BVerfGE* 62, 45 e os acórdãos anteriores aí mencionados. Em contrapartida, SACHS (in: *DVerwBl* 1984, pág. 73 e segs.) intenta demonstrar que a prática interpretativa do Tribunal está de acordo com a doutrina da interpretação dominante.

bem como de padrões éticos, como o da «dignidade da pessoa humana», que traça a delimitação de um direito fundamental, como o do art.º 2, parágrafo 1, de modo mais formal e deixa assim de facto à interpretação um amplo espaço de discricionariedade. BÖCKENFÖRDE observa no seu contributo (116), inserto na referida colectânea, que nestes casos de interpretação não encontraria «um ponto de apoio suficiente nem na redacção, nem no sentido linguístico, nem no contexto de regulação». Se se trata da concretização de um princípio constitucional, do seu alcance em relação a uma determinada situação, do seu preenchimento adicional de conteúdo, então estes critérios não são seguramente suficientes. Fazem também frequentemente falta os casos de comparação para o método de comparação e para a conformação de tipos neles baseados. Restam os critérios teleológico-objectivos, sobretudo a estrutura do âmbito material. Adentro deste quadro, porém, tem o tribunal de encontrar frequentemente uma resolução em relação à qual são determinantes as considerações de oportunidade do género daquelas que o legislador emprega. LERCHE (117) chama ainda a atenção, na referida colectânea, para que «relativamente a diferenças de opinião entre vários agentes políticos», por exemplo, as querelas entre entidades federais e Estados regionais, põe-se à decisão «regularmente algo mais ou menos singular». Mas, contudo, faz falta em tais casos um critério judicial. Se assim é, tem o próprio tribunal que encontrar a resolução materialmente adequada, o que só pode ser uma resolução política. Aqui o tribunal reflectirá então, antes do mais, sobre as consequências das outras resoluções possíveis para o desenvolvimento da realização constitucional, porventura para uma interacção racional entre Federação e Estados regionais ou para a satisfação de determinadas missões dos «poderes públicos», considerando também os encargos financeiros resultantes de uma tal resolução ou outras consequências.

Por conseguinte, ter-se-á de facto de dizer que na actividade que incumbe ao Tribunal Constitucional Federal de controlo das normas e de resolução de certas querelas políticas, os métodos

(116) *Oh. cit.*, pág. 267.

(117) *Oh. cit.*, pág. 138.

de interpretação jurídica - tomada esta no sentido mais amplo - chocam com um limite, para além do qual só já é possível uma resolução que se há-de orientar às consequências previsíveis e à sua oportunidade ou tolerância pela comunidade, quer dizer, uma resolução política^(117a). Isto pode ser a razão pela qual precisamente KRIELE advoga, com particular energia, uma orientação das resoluções judiciais às consequências previsíveis. Neste contexto, polemiza no seu posfácio com LUHMAN, cujo parecer acima (cap. I, 4c) transmitido lhe dá motivo para tanto (118). Segundo KRIELE, os elementos mais importantes da obtenção da resolução são na verdade a avaliação prévia das consequências previsíveis, assim como a sua «ponderação imparcial» (sob o ponto de vista do «interesse mais fundamental»). A este propósito gostaria de dizer agora, a jeito de conclusão, o seguinte: na actividade decisória normal, particularmente na dos tribunais civis, a questão sobre as consequências ulteriores que, porventura, sobrevenham à resolução pensada - por exemplo, a questão das consequências económicas não desejadas de uma abertura de falência legalmente preceituada ou da nulidade de um contrato - não desempenha em geral qualquer papel. Em primeiro lugar, os tribunais não estão de modo algum em situação de abarcar correctamente no seu campo de visão estas consequências; em segundo lugar, o legislador (com as regras sobre abertura de falência ou da nulidade de contratos) tomou decisões prévias, que não é lícito aos tribunais deitar por terra; em terceiro lugar, a parte que tem a lei do seu lado espera que lhe seja atribuído pelo tribunal o que por direito lhe cabe. Neste ponto, há que estar de acordo com LUHMAN. Só ocorre de modo diverso nas resoluções de princípio de grande alcance económico, como, por exemplo, a admissão pela primeira vez pelo Supremo Tribunal da transmissão de garantia, da cessão global, da reserva prolongada de propriedade, nas quais presumivelmente pensa KRIELE. Se em tais casos

(ma) Em sentido diferente, BADURA, *Die Bedeutung von Priijudizien im deutschen undfranzösischen Rechts* (O significado dos precedentes nos Direitos alemão e francês), 1985, pág. 67. Segundo ele, «a prática do Tribunal Constitucional Federal não oferece até aqui qualquer apoio à suposição de que tenha de vir a ser abandonado o terreno de uma argumentação e fundamentação jurídicas».

(118) KRIELE, *oh. cit.*, pág. 332 e segs

não se alcançar um resultado seguro com os meios de interpretação em sentido estrito há, porventura, lugar para um «desenvolvimento do Direito transcidente à lei», e então o tribunal deveria ter certamente em conta as consequências de índole económica e social, e fá-Lo-á também.

O que é para os tribunais civis, quando muito, uma excepção, adequa-se em muito maior medida a um Tribunal Constitucional. Decerto que se poderá, por exemplo, resolver muitas vezes sobre recursos constitucionais de modo rotineiro, com os meios normais da argumentação jurídica. Aqui tão-pouco faltam casos comparáveis. Mas nas resoluções de grande alcance político para o futuro da comunidade, estes meios não são suficientes. Ao Tribunal Constitucional incumbe uma responsabilidade política na manutenção da ordem jurídico-estadual e da sua capacidade de funcionamento. Não pode proceder segundo a máxima: *fiat justitia, pereat res publica*. Nenhum juiz constitucional procederá assim na prática. Aqui a ponderação das consequências é, portanto, de todo irrenunciável, e neste ponto tem KRIELE razão. Certamente que as consequências (mais remotas) tão pouco são susceptíveis de ser entrevistas com segurança por um Tribunal Constitucional, se bem que este disponha de possibilidades muito mais amplas do que um simples juiz civil de conseguir uma imagem daquelas. Mas isto tem que ser aceite. No que se refere à avaliação das consequências previsíveis, esta avaliação só pode estar orientada à ideia de «bem comum», especialmente à manutenção ou aperfeiçoamento da capacidade funcional do Estado de Direito. É, neste sentido, uma avaliação política, mas devendo exigir-se de cada juiz constitucional que se liberte, tanto quanto lhe seja possível - e este é, seguramente, em larga escala o caso - da sua orientação política subjectiva, de simpatia para com determinados grupos políticos, ou de antipatia para com outros, e procure uma resolução despreconcebida, «racional».

V

MÉTODOS DE DESENVOLVIMENTO JUDICIAL DO DIREITO

1. O desenvolvimento judicial do Direito como continuação da interpretação

Se bem que a interpretação da lei constitua a tarefa imediata de uma Jurisprudência dirigida à prática jurídica, a Jurisprudência contudo nunca se esgotou nisso. Sempre se reconheceu que mesmo uma lei muito cuidadosamente pensada não pode conter uma solução para cada caso necessitado de regulação que seja atribuível ao âmbito de regulação da lei; por outras palavras: que toda a lei contém inevitavelmente «lacunas». Igualmente se reconheceu desde há muito a competência dos tribunais para colmatar as lacunas da lei. É, portanto, um desiderato importante da Jurisprudência pôr à disposição do juiz métodos com ajuda dos quais ele possa cumprir esta tarefa de modo materialmente adequado e conclusivo. Mas, por vezes, não se trata só no desenvolvimento judicial do Direito de colmatar lacunas da lei, mas da adopção e conformação ulterior de novas ideias jurídicas que, em todo o caso, se tinham insinuado na própria lei, e cuja realização pela jurisprudência dos tribunais vai para além do plano originário da lei e o modifica em maior ou menor grau. Compreende-se que também um tal desenvolvimento do Direito «superador da lei» só deva ter lugar em consonância com os princípios direc-tivos da ordem jurídica no seu conjunto; mais: muitas vezes será motivado precisamente pela aspiração a fazer valer estes princípios em maior escala do que aconteceu na lei.

A interpretação da lei e o desenvolvimento judicial do Direito não devem ver-se como essencialmente diferentes, mas só como distintos graus do mesmo processo de pensamento. Isto quer dizer que já a simples interpretação da lei por um tribunal, desde

que seja a primeira ou se afaste de uma interpretação anterior, representa um desenvolvimento do Direito, mesmo que o próprio tribunal não tenha disso consciência; assim como, por outro lado, o desenvolvimento judicial do Direito que ultrapasse os limites da interpretação lança mão constantemente de métodos «interpretativos» em sentido amplo. Assinalámos como limite da interpretação em sentido estrito o sentido literal possível. Um desenvolvimento do Direito conduzido metódicamente para além deste limite, mas ainda no quadro do plano originário, da teleologia da lei em si, é preenchimento de lacunas, desenvolvimento do Direito *imanente à lei*; o desenvolvimento do Direito que esteja já para além deste limite, mas adentro do quadro e dos princípios direc-tivos do ordenamento jurídico no seu conjunto é desenvolvimento do Direito *superador da lei*. Para cada um destes três graus são típicos determinados métodos; se bem que não possam traçar-se limites rigorosos entre eles, é aconselhável, por isso mesmo, distingui-los. A isto acresce que o juiz, a quem não é lícito denegar a resolução, está em todo o caso obrigado a interpretar a lei e, sempre que a lei contenha lacunas, a integrá-las, ao passo que só pode decidir-se a um desenvolvimento do Direito que supere a lei quando o exijam razões de grande peso.

Indicámos já, anteriormente, que uma interpretação modificada pela jurisprudência dos tribunais não significa objectivamente senão um desenvolvimento do Direito. Isto acontece sempre que se possa admitir que a nova interpretação será mantida no futuro pela jurisprudência dos tribunais e, por isso, observada no trâ-fego jurídico. Já foi muitas vezes sublinhado que toda a concretizaçāo pela jurisprudência dos tribunais de uma pauta carecida de preenchimento ao julgar um caso concreto significa um desenvolvimento do Direito. A primeira interpretação de uma disposição legal dos tribunais supõe já um «desenvolvimento» da norma legal, na medida em que considera pertinente um entre muitos significados possíveis segundo o sentido literal e, deste modo, elimina uma incerteza anteriormente existente. A intenção do intérprete não se dirige certamente a desenvolver a norma, mas apenas a conhecer e expressar o significado que está incluído no texto. A intenção de expressar somente aquilo que o texto «correctamente entendido» afirma por si constitui a atitude típica do intérprete. Este não quer eliminar nem acrescentar nada, mas tão-só fazer falar o texto. Mas o texto só fala a quem o interroga correc-

tamente e comprehende a sua linguagem. Sabemos que toda a interpretação é também, até certo ponto, uma tarefa criadora do sujeito que comprehende. Ao desenvolver o Direito ultrapassando os limites da interpretação em sentido estrito, o que se torna enquanto tal também consciente ao sujeito, aumenta a participação criativa do sujeito. Não obstante, esta participação existe já na simples interpretação. Também aqui se trata apenas de uma diferença de grau. por isso, a interpretação pode continuar-se, de certo modo sem ruptura, ao integrar as lacunas, como primeiro grau de um desenvolvimento do Direito, do que também tem consciência o sujeito e que, neste sentido, é um desenvolvimento aberto. Não pode surpreender que, além disso, sejam também de importância decisiva para preencher as lacunas da lei os mesmos critérios que desempenham um papel na interpretação, em especial a intenção reguladora, os fins do legislador e os critérios teleológicos-objectivos. Assim a interpretação pode continuar-se, de certo modo sem ruptura, no desenvolvimento aberto do Direito⁽¹⁾.

Uma época que identifica o Direito com a lei e esta com a vontade do legislador, assim como uma concepção instrumental do Direito ou uma concepção para a qual valem mais a segurança jurídica e a calculabilidade das resoluções do que a justiça, propende a reduzir a faculdade do juiz em relação à interpretação das leis e a negar o desenvolvimento aberto do Direito⁽²⁾. No século XIX foi reconhecida, em princípio, a necessidade de preencher as lacunas da lei pelos tribunais sob o ponto de vista da

(1) Que, em especial, a translação de uma interpretação extensiva a um desenvolvimento do Direito mediante analogia é «fluida», que não existe uma «diferença fundamental» nos modos de pensar, sublinham-no ESSER, *Grundsatz und Norm...*, pág. 255; ZWEIGERT, *Studium Generale*, 1954, pág. 385; WIEACKER, *Gesetz und Richterkunst*, pág. 6 e seg.; ENGISCH, *Einführung...*, pág. 146; KIRCHOFF, *NJW* 86, 2275. Os meios «técnico-conceptuais» evidenciados por DIEDERICHSEN (no *Festschr. für Wieacker*, 1978, pág. 325 e segs.) de diferenciação conceptual, de transposição conceptual e de redução conceptual são os meios interpretativos que são instituídos para os fins do desenvolvimento do Direito.

(2) Sobre a restrição da liberdade do juiz na interpretação, que foi intentada no final do século XVIII tanto na Áustria absolutista e na Prússia como na França da Revolução - em ambos os casos sem êxito -, cf. EKKEHARD SCHUMANN, *ZZP*, 1968, pág. 83 e segs.

«proibição de denegação de justiça⁽³⁾). Contudo, não faltaram vozes que, devido a uma avaliação exagerada do pensamento conceptual e à aceitação de uma «plenitude lógica» do ordenamento jurídico, afirmavam que este era isento de lacunas. Contra isto surgiram, nos princípios do século, a Jurisprudência dos interesses e a doutrina do Direito livre. A grande importância que foi atribuída ao conceito de lacuna explica-se porque apenas se queria conceder ao juiz a faculdade de desenvolver o Direito quando a lei apresentasse uma «lacuna». Por isso, o conceito de lacuna cumpria a missão de assinalar os limites adentro dos quais era permitido ao juiz um desenvolvimento do Direito⁽⁴⁾. Contudo, como em época mais recente os tribunais reivindicaram para si, cada vez em maior medida, a faculdade de desenvolver o Direito e, segundo o estado das coisas, tinham que reivindicá-la⁽⁵⁾, isto conduziu progressivamente a uma ampliação do conceito de lacuna. Se este conceito não tem de perder deste modo todo o conteúdo enunciativo, parece-nos oportuno identificar a delimitação do desenvolvimento judicial do Direito com a integração de lacunas, como de facto sucedeu na prática dos tribunais superiores. Em tal caso, para o desenvolvimento do Direito superador da lei, que já não é só integração de lacunas, têm que valer outros critérios, os quais já não podem inferir-se só da lei, mas da ordem jurídica como um todo de sentido. Que tais critérios existem, indica-o especialmente a fórmula da Lei Fundamental (art.º 20, parágrafo 3), que diz que o poder executivo e a administração da justiça estão vinculados à «lei e ao Direito». Nesta fórmula expressa-se que «lei» e «Direito» não são por certo coisas opostas, mas ao Direito corresponde, em comparação com a lei, um conteúdo suplementar de sentido.

O conteúdo de sentido desta fórmula é discutido na literatura⁽⁶⁾. O Tribunal Constitucional Federal expressou-se a este res-

(3) Cf. SCHUMANN, *ob. cit.*, pág. 89 e segs.

(4) Esta concepção é sustentada ainda por CANARIS, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, 2.ª ed., 1983, págs. 17, 21, 37.

(5) Cf. a propósito ROBERT FISCHER, *Die Weiterbildung des Rechts durch die Rechtsprechung*, 1971.

(6) Cf. a propósito KONIG, em REINHARDT-KONIG, *Richter und Rechtsfindung*, 1957, pág. 39 e segs.; ARTHUR KAUFMANN, «Gesetz und Recht», in: *Festschrift für Erik Wolf*, 1962, pág. 357 e segs.; HANS PETER SCHNEIDER, *Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht*, 1969. Mais indicações em ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, pág. 305 (nota 229).

peito do seguinte modo⁽⁷⁾: «A vinculação tradicional do juiz à lei, parte integrante fundamental do princípio da separação de poderes e, portanto, do Estado de Direito, foi no entanto modificada na sua formulação na Lei Fundamental, no sentido de que a administração da justiça está vinculada à lei e ao Direito. Com isso recusa-se, segundo a opinião geral, um positivismo legal estrito. A fórmula mantém a convicção de que lei e Direito em geral se identificam facticamente, mas não sempre e necessariamente. O Direito não se identifica com a totalidade das leis escritas. Face às estatuições positivas do poder estadual, pode em certas circunstâncias existir um mais de Direito, que tem as suas fontes na ordem jurídica conforme à Constituição, como um todo de sentido e que pode operar como correctivo da lei escrita; achá-lo e realizá-lo em resoluções é tarefa da jurisprudência». O Tribunal Constitucional Federal acrescenta que nunca se discutiu, em princípio, que a missão e a faculdade de uma produção criadora do Direito caiba em todo o caso ao juiz, no âmbito de vigência da Lei Fundamental. Os tribunais superiores têm sido tido desde sempre em conta e o próprio legislador adjudicou expressamente às câmaras dos tribunais superiores a missão de desenvolvimento do Direito. Em alguns ramos do Direito, como no Direito de Trabalho, este desenvolvimento «obteve especial importância devido ao atraso da legislação em relação ao curso da evolução social». Só poderiam ser, certamente, questionáveis os limites que «têm que pôr-se a uma tal produção criadora do Direito em atenção ao princípio irrenunciável, por razões do Estado de Direito, de vinculação da administração da justiça à lei». Em face desta explicação, não deveria ser necessário aduzir novas declarações dos Supremos Tribunais, em que estes reivindicam para si a faculdade de desenvolver o Direito «mediante o desenvolvimento de normas jurídicas gerais previamente dadas e realizáveis pelo legislador, pela ordem jurídica ou pela norma geral de valores⁽⁸⁾. O Presidente do Supremo Tribunal Federal cessante, HEUSINGER, sublinhou, no discurso de despedida pronunciado em 30.3.1968, que me facultou dactilografado, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal foi caracterizada pela lei pondo em relevo duas missões especiais: a salvaguarda da unidade do Direito e o desenvolvimento do Direito.

(7) *BVerfGE* 34, 269, 287.

(8) Assim o Supremo Tribunal Federal, *BGHZ*, 11, 35. Cf. também *BGHZ* 3, 315; 4, 157; 17, 275; *BSG* 2, 168; 6, 211; *BVerfGE*, 3, 242; 13, 164.

A salvaguarda da unidade do Direito exige a aplicação da mesma medida em casos semelhantes. Os juízes só poderiam subsistir por si mesmos, «quando o que hoje consideramos justo no caso individual se mantém amanhã e depois de amanhã, quer dizer, se incorpora duradouramente na nossa ordem jurídica no seu conjunto. Como juízes não usurparamos poder legislativo algum; mas, ao mesmo tempo, estamos conscientes, muito vivamente, de que neste âmbito fica uma ampla margem para a jurisprudência criadora, para a conformação da nossa ordem jurídica».

O desenvolvimento judicial do Direito precisa de uma fundamentação levada a cabo metódicamente se se quiser que o seu resultado haja de justificar-se como «Direito», no sentido da ordem jurídica vigente. Precisa de uma justificação, porque sem ela os tribunais só usurpariam de facto um poder que não lhes compete. Por isso têm entre si uma estreita relação as questões relativas aos limites da competência dos tribunais nos termos da Constituição em ordem a desenvolver o Direito ultrapassando os limites da verdadeira interpretação e, inclusivamente, da integração de lacunas imanentes à lei, e a questão relativa à possibilidade de fundamentação de um tal desenvolvimento do Direito.

2. A integração das lacunas da lei (desenvolvimento do Direito imanente à lei)

a) Conceito e espécies de lacunas da lei

A faculdade de desenvolver o Direito cabe indiscutivelmente aos tribunais, sempre que a lei - mais precisamente: o conjunto das normas jurídicas conformadas em leis e no Direito consuetudinário, assim como na jurisprudência constante, que sejam apropriadas para a aplicação imediata - contenha «lacunas». Por isso, o conceito de «lacuna da lei» não assinala, por certo, o limite do possível e admissível desenvolvimento do Direito em absoluto, mas antes o limite de um desenvolvimento do Direito imanente à lei, que se mantém vinculado à intenção reguladora, ao plano e à teologia imanente à lei. Um desenvolvimento do Direito «superador» da lei (*infra*, 4) é, em contrapartida, lícito aos tribu-

nais apenas sob determinados pressupostos (9). Mas, quando existe uma «lacuna da lei», tal carece de uma explicação mais concreta. Poderia pensar-se que existe uma lacuna só quando e sempre que a lei - entendida esta, doravante, como uma expressão abreviada da totalidade das regras jurídicas susceptíveis de aplicação dadas nas leis ou no Direito consuetudinário - não contenha regra alguma para uma determinada configuração no caso, quando, portanto, «se mantém em silêncio». Mas existe também um «silêncio eloquente» da lei. A modo de exemplo, o facto de não conter qualquer disposição sobre a propriedade da casa de morada (no sentido actual), não foi uma lacuna do Código Civil na sua formulação originária. É que o legislador do BGB não quis admitir um tal direito real especial sobre uma casa ou uma parte do edifício, que em princípio lhe não era desconhecido, por razões da disposição das relações jurídicas sobre bens imóveis e, por isso, intencionalmente não incluiu na lei disposições a esse respeito. Foi necessário por esse motivo uma lei própria, pela qual foram modificadas algumas das regras do Código Civil, para introduzir a propriedade da casa de morada como instituto jurídico na ordem jurídica vigente. A nova criação ou reintrodução deste instituto na nossa ordem jurídica pela via do desenvolvimento judicial do Direito não teria sido admissível porque a lei, precisamente neste aspecto, não continha «lacunas». Por outro lado, existem casos para os quais a lei contém, por certo, uma regra aplicável segundo cada possível sentido literal e aos quais, contudo, esta regra não se ajusta segundo o seu sentido e escopo. A regra legal carece aqui de uma restrição não contida na lei e não compatível com o sentido literal possível, cuja ausência pode igualmente considerar-se uma «lacuna». «Lacuna» e «silêncio da lei» não são, portanto, pura e simplesmente o mesmo.

(9) Considero o conceito de lacuna imprescindível tanto para a **delimitação** daquelas «incongruências» das leis que podem legitimar os **juízes** - de modo conforme à lei - face a «erros de política legislativa», cujo afastamento é em geral reservado ao legislador, como para a distinção entre um desenvolvimento do Direito «imanente à lei» e um desenvolvimento do Direito «superador da lei», só excepcionalmente admissível. A faculdade de preenchimento de «lacunas» resulta directamente do **mandato** do juiz de aplicar a lei em conformidade com o seu sentido e escopo.

O termo «lacuna» faz referência a um carácter incompleto. Só se pode falar de «lacunas» de uma lei quando esta aspira a uma regulação para um determinado sector que é, em certa medida, completa. O acentuar do conceito de lacuna está, pois, também em estreita conexão com as aspirações a uma codificação global completa do Direito, que se suscitaron no século XVIII e tiveram o seu ponto alto no século XIX. Mas mesmo quando se parte da ideia de uma ordem jurídica totalmente codificada, esta só contém «lacunas» enquanto a questão de que se trata é em absoluto susceptível e está necessitada de regulação jurídica. Mesmo a doutrina do século XIX conheceu, por isso, um denominado «espaço livre de Direito», enquanto sector que a ordem jurídica deixa por regular. O «Direito» é uma ordem de relações intersubjetivas sob a exigência da justiça, especialmente de medida igual para todos. Os fenómenos e modos de comportamento do foro puramente interno, os pensamentos, sentimentos, opiniões, crenças, simpatias e antipatias, não são susceptíveis, por natureza, de uma regulação jurídica. Podem, certamente, ser valorados pela ordem jurídica em conexão com os actos em que se exteriorizam; mas, enquanto tais, não são objecto de regulação jurídica. Outros modos de comportamento referem-se, por certo, às relações intersubjetivas; mas segundo a concepção de cada comunidade jurídica e cultural, ou se deixam por regular ou se confia a regulação a outras normas sociais, como o uso ou o decoro. A estes pertencem, por exemplo, as formas de saudação e despedida, de tratamento, do estar em sociedade, e mais, tudo aquilo que pertence ao sector do tacto, do bom gosto, do decoro (10). O intento de operar aqui com regulações jurídicas teria destruído os valores humanos referidos precisamente com estas *pálavras*. Não é, portanto, de modo algum uma lacuna da ordem jurídica o não conter regras de «comportamento decoroso». Ainda que, de vez em quando, também possa ser duvidosa a delimitação exacta entre o que cai dentro da esfera da possível e exigível regulação jurídica e o que em cada caso se há-de atribuir

(10) Trata-se de sectores a que JHERING pôde dedicar, no segundo volume do seu *O Fim no Direito*, um tratamento já clássico.

ao espaço livre de Direito (11), a distinção é contudo indispensável para uma determinação, plena de sentido, do conceito de lacuna. Uma lei particular, e também uma codificação completa, só pode conter «lacunas» sempre e na medida em que falte pelo menos uma regra que se refere a uma questão que não tenha sido deixada ao «espaço livre do Direito».

De vez em quando pensa-se que existe uma lacuna da lei só quando uma norma não pode ser aplicada em absoluto sem que se lhe acrescente uma nova disposição que se encontra a menos na lei (12). Nestes casos, em que a norma particular está incompleta, pode-se falar de uma «lacuna normativa» (13). Tratando-se de leis cuidadosamente elaboradas, são raras as lacunas normativas. Um exemplo oferece-se o § 904, segundo período, do BGB. Aqui só se diz, com efeito, que o proprietário não pode proibir uma acção na sua propriedade; segundo o § 904, primeiro período, pode exigir indemnização pelo dano a si causado, mas não diz de quem pode exigir a indemnização. Se aquele que age não é o mesmo que aquele em cujo benefício resulta a acção, entrariam em consideração, como obrigados à indemnização, ambos. A norma

(11) Cf. ENGISCH, em *Ztschr. für das Staatsw.* vol. 108, pág. 385 (reimpresso em *Beiträge zur Rechtstheorie*) e no volume *Münchener Universitätswoche an der Sorbonne*, 1956, pág. 206; CANARIS, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, pág. 40 e segs. (com o interessante intento de atribuir ao conceito «espaço livre do Direito» a função de um pressuposto negativo do processo); ARTHUR KAUFMANN, *Festschrift für Maurach*, 1972, pág. 327 e segs. KAUFMANN estende o âmbito do conceito aos casos em que ainda que fundamentalmente susceptíveis de normação jurídica a ordem jurídica renuncia conscientemente a uma valoração para os deixar à decisão moral do indivíduo. Recentemente, COMES, *Der rechtsfreie Raum*, 1977, procura delimitar o «espaço livre do Direito» do espaço que um indivíduo, com base num direito de liberdade, nos termos do Direito, pode aspirar para si.

(12) Assim, BURCKHARDT, *Methode und System des Rechts*, pág. 260: «Fala-se de lacuna da lei quando a lei não dá resposta a uma pergunta que necessariamente tem que ser respondida para a aplicação da lei». Só tais lacunas poderia o juiz integrar. Do mesmo modo, NAVIASKY, *Allgemeine Rechtslehre*, pág. 142.

(13) Não obstante, não se inclui aqui o caso em que um termo usado na lei ou uma pauta de valoração precisam de ser concretizados, posto que aqui não falta uma norma, inclusive quando esta precise de ser determinada ulteriormente. Cf. a este respeito, ENGISCH, *Einführung...*, pág. 141.

do § 904, segundo período, do BGB, não pode evidentemente ser aplicada sem que se responda à pergunta nela deixada em aberto acerca de quem está obrigado à indemnização. ZITELMANN⁽¹⁴⁾ qualifica somente estas de lacunas «autênticas», ainda que também apenas para pô-las ao lado das por ele denominadas «lacunas inautênticas», que, segundo a sua concepção, precisam também, as mais das vezes, de ser colmatadas.

Na maioria dos casos em que falamos de uma lacuna da lei não está incompleta uma norma jurídica particular, mas uma determinada regulação em conjunto, quer dizer: esta não contém nenhuma regra para uma certa questão que, segundo a intenção reguladora subjacente, precisa de uma regulação. A estas lacunas - trata-se quase sempre das denominadas por ZITELMANN de lacunas «inautênticas» - qualificamo-las de «lacunas de regulação». Não se trata de que aqui a lei, se se quiser aplicar sem uma complementação, não possibilite uma resposta em absoluto; a resposta teria de ser que justamente a questão não está regulada e que, por isso, a situação de facto correspondente fica sem consequência jurídica. Mas uma tal resposta, dada pelo juiz, haveria de significar uma denegação de justiça, se se tratar de uma questão que caia no âmbito da regulação jurídica intentada pela lei e não seja de atribuir, por exemplo, ao espaço livre do Direito. Por isso, para chegar a uma resolução juridicamente satisfatória, o juiz precisa de preencher a lacuna da regulação legal e, por certo, em concordância com a intenção reguladora a ela subjacente e com a teleologia da lei. Um exemplo de lacuna de regulação é o hoje denominado «incumprimento positivo do crédito». A intenção reguladora do Código Civil é fazer uma regulação completa das questões que podem surgir na realização de uma relação obrigacional pelo facto de o devedor não se comportar a esse respeito como deveria comportar-se. Não obstante, a lei regulou, adentro das circunstâncias que hão-de ser «imputáveis» ao devedor, só a causa culposa da impossibilidade da prestação e a mora. Os autores da lei pensaram na verdade haver abarcado, deste modo, todas as classes de incumprimento de deveres que impendem sobre o devedor. Mas este não é, porém, o caso, de acordo com a redacção dos preceitos legais (com o sentido literal e o contexto

significativo, ou seja, objectivamente). Alguns anos depois da entrada em vigor da lei, STAUB⁽¹⁵⁾, a quem a doutrina e a jurisprudência seguiram desde então⁽¹⁶⁾, pôs em relevo a lacuna ali existente, posto que o devedor pode não cumprir os seus deveres de outro modo, por exemplo mediante o cumprimento defeituoso da prestação ou o incumprimento de um dever de protecção fundado na relação contratual. Trata-se de uma «lacuna» da lei precisamente porque, segundo a intenção reguladora subjacente, tem que esperar-se uma regulação também destes casos. Se ficassem sem consequência jurídica, então haver-se-ia satisfeito mal a expectativa justificada do credor de que o devedor se comportará de acordo com a obrigação e, portanto, a segurança do tráfego jurídico. A regulação total que quer dar a cada um o que é seu, tanto ao credor como ao devedor, ficaria, por causa disso desvalorizada. O fim da regulação requer, por isso, o preenchimento desta lacuna e o caminho para isso indicam-no as regras respetivas da lei para os casos, aí regulados, de um incumprimento dos deveres do devedor.

Tanto as lacunas normativas como as lacunas de regulação são lacunas dentro da conexão reguladora da própria lei. Se existe ou não uma tal lacuna, há-de aferir-se do ponto de vista da

(15) STAUB, *Die positiven Vertragsverletzungen*, 1904, 2.ª ed., 1913.

(16) Cf. ENNECCERUS-LEHMANN, *Schuldrecht*, 15.ª ed., § 55; ESSER, *Schuldrecht*, 4.ª ed., § 52, I, V e VI; FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, 6.ª ed., § 47; o meu *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. I, 13.ª ed., § 24, I; MEDICUS, *Schuldrecht I*, § 95, I. Em contrapartida, HIMMELSCHEIN, *AcP* 135, pág. 255, 158, pág. 273, e WICHER, *AcP* 158, pág. 297, sustentam que não existe nenhuma lacuna da lei, posto que toda a insatisfação do vínculo do devedor torna impossível o cumprimento do seu dever de prestação, ao menos no momento preciso e de modo preciso e, por isso, só se se apreender com a amplitude suficiente o conceito de «prestaçao» é que representa um caso de impossibilidade parcial da prestação. Contra a hipótese de uma lacuna, também EMMERICH no *MÜNCH. KOMM.*, 22 e segs.; 28 ao § 275 do BGB. Observa acertadamente a este respeito REIMER SCHMIDT (no comentário de SOERGEL, 34, ao § 275) que então também a mora tem de considerar-se como uma sub-hipótese de impossibilidade parcial, o que não corresponde à estrutura da lei. Mas sobretudo o conceito amplo de «prestaçao» devida, posto como base por HIMMELSCHEIN e WICHER, contrapõe-se a uma diferenciação, plena de sentido, dos deveres decorrentes da relação obrigacional. Cf. a esse respeito também ESSER, *ob. cit.*, em V 2.

(14) ZITELMANN, *Lücken im Recht*, pág. 27 e segs.

própria lei, da intenção reguladora que lhe serve de base, dos fins com ela prosseguidos e do «plano» legislativo. Uma lacuna da lei é uma «interpretação contrária ao plano», da lei⁽¹⁷⁾. O plano regulador que serve de base à lei há-de inferir-se dela mesma pela via da interpretação histórica e teleológica. Aqui se põe novamente a claro a razão pela qual a ausência de disposições sobre a propriedade da casa de morada não representa uma lacuna do Código Civil: no plano, na intenção reguladora do legislador, estava o não admitir um tal instituto. Esta decisão (negativa) do legislador revelou-se ser errada logo após a segunda Guerra Mundial, por razões político-económicas e político-sociais. Porém, visto que não se tratava de uma imperfeição «contrária ao plano» da lei, mas de uma falha de política legislativa, a jurisprudência dos tribunais não era chamada aqui a completar a lei. Para corrigir a decisão do legislador de então, que agora se reconhece defeituosa, foi necessária uma nova decisão do legislador, que a tomou com a promulgação da lei da propriedade da casa de morada. A necessária distinção entre lacunas da lei e falhas de política legislativa da lei fica a perder se se admite já, como o faz BINDER⁽¹⁸⁾, uma lacuna quando «se dirige ao Direito uma exigência fundada nas relações sociais e económicas que nos são dadas e não se encontra nele resposta alguma». Pois então a lei, para constatar que pode ter lacunas, aferir-se-á por uma pauta que já não está nela mesma. Não é pois uma lacuna do Código Civil aquilo que tão-pouco garante aos irmãos, ao menos em certos casos, direitos de alimentos entre si; ou que, apesar da actual difusão de máquinas de escrever, mantenha para o testamento privado o requisito de que seja manuscrito. A garantia de tais pretensões de alimentos ou a admissão também do testamento privado dactilografado, ainda que sejam desejáveis de um ponto de vista de política legislativa e se exijam com boas razões, não tornam por isso a lei incompleta mas, em todo o caso, fazem com que ela precise de ser aperfeiçoada.

A fronteira entre uma lacuna da lei e uma falha da lei na perspectiva da política legislativa só pode traçar-se na medida

(17) A expressão provém de ELZE, *Lücken im Gesetz*, 1916, pág. 3 e segs.; cf. também ENGISCH, *Einführung*, pág. 137 e segs.; CANARIS, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, pág. 31 e segs.

(18) BINDER, *Philosophie des Rechts*, pág. 984.

em que se pergunta se a lei é incompleta comparada com a sua própria intenção reguladora ou se somente a decisão nela tomada não resiste a uma crítica de política legislativa. Certamente que em ambos os casos, como, com razão, assinalaram especialmente HECK e BINDER⁽¹⁹⁾, se trata de uma questão de valoração e não, por exemplo, de um juízo sobre factos ou de uma conclusão lógica. É que em ambos os casos consideramos que a lei não contém uma norma que *devia* conter. Mas a pauta de valoraçãoposta como base é diferente em cada passo: num caso é a intenção reguladora e a teleologia imanente à própria lei; no outro caso são pautas de uma crítica, fundamentada em termos de política legislativa, dirigida à lei. Se a lei não está incompleta, mas defeituosa, então o que está indicado é não uma integração de lacunas, mas, em última instância, um desenvolvimento do Direito superador da lei. Quando estão os tribunais para tal habilitados e em situação de o fazer, no quadro da sua vinculação à lei e ao Direito, é algo a discutir posteriormente.

A «teleologia imanente» da lei não deve, certamente, ser entendida, neste contexto, em sentido demasiado estreito. Não só se hão-de considerar os propósitos e as decisões conscientemente tomadas pelo legislador, mas também aqueles fins objectivos do Direito e princípios jurídicos gerais que acharam inserção na lei. Um princípio que é inerente a toda a lei porque e na medida em que pretende ser «Direito», é o do *tratamento igual daquilo que é igual*. Se uma lei regula uma determinada situação de facto A de uma maneira determinada, mas não contém nenhuma regra para o caso B, que é semelhante àquele no sentido da valoração achada, a falta de uma tal regulação deve considerar-se uma lacuna da lei. Segundo o § 463, parágrafo 2, do BGB, o comprador pode exigir (conjuntamente com a redibição ou minoração) indemnização por danos relativos a incumprimento se o vendedor ocultou dolosamente um defeito da coisa. E o que acontece quando o vendedor simulou dolosamente ao comprador uma qualidade inexistente da coisa? A lei não menciona este caso. Contudo, ambos os casos se assemelham, no aspecto decisivo para a valoração

(19) Cf. a esse respeito a exposição na «Parte Histórico-Crítica», também ENGISCH, em *Festschrift für Sauer*, pág. 88 e segs.; ESSER: *Grundsatz und Norm...*, pág. 252, nota 56; CANARIS, *oh. cit.*, pág. 16, 31 e segs.

legal, em que o vendedor se aproveita dolosamente de um erro do comprador perfeitamente conhecido por si sobre a qualidade da coisa. A distinção de se foi ele mesmo quem suscitou o erro do comprador, ou se só se aproveitou do erro por si conhecido, não tem importância para a valoração da sua conduta. Ambos os casos hão-de regular-se, por isso, do mesmo modo, segundo o princípio do tratamento igual daquilo que é igual. A doutrina amplamente dominante reconhece pois, também neste caso, a existência de uma lacuna que se integra por via da analogia⁽²⁰⁾. A lei não seria, certamente, lacunosa se tão-pouco houvesse regulado especialmente o primeiro caso; então haveriam de existir, em ambos os casos, apenas as habituais pretensões por defeito da coisa e, concomitantemente, talvez pretensões por culpa na celebração do contrato. Não obstante, nenhuma destas pretensões se refere, como o § 463, parágrafo 2, ao interesse no cumprimento. A decisão do legislador de conceder uma tal pretensão para o caso de silenciar dolosamente um defeito tem como consequência que a falta de regra idêntica para o caso de simulação dolosa de uma propriedade vantajosa é uma lacuna do ponto de vista da teleologia imanente à lei, a partir das suas próprias valorações.

Pode não ser suficientemente sublinhado que uma «lacuna» da lei não representa algo de semelhante a um «nada», mas significa a falta de uma regra *determinada*, a esperar segundo o plano da regulação ou o contexto global da lei. Isto é frequentemente ignorado⁽²¹⁾. Uma lei é «lacunosa» ou incompleta sempre apenas em atenção à regulação por ela almejada, materialmente exaustiva e, neste sentido, «completa», bem como materialmente adequada.

⁽²⁰⁾ Cf. o meu *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. II, 13.ª ed., § 41, II c, no número 3 e as indicações aí feitas.

⁽²¹⁾ KOCH/RÜSSMANN, *ob. cit.*, pág. 254, têm razão quando dizem que as lacunas são conceitos de relação bivalentes, mas não têm razão quando daí retiram a conclusão de «que o conceito de lacuna legislativa não existe de todo em todo». O conceito «lacuna legislativa» é um conceito bivalente e um conceito *normativo*: uma lei é «lacunosa» somente em comparação com uma regra em falta, que ela (de acordo com a sua teleologia própria) *deveria* conter.

Da lacuna da lei distinguem alguns a «lacuna do Direito»⁽²²⁾. Por tal pode entender-se o caso em que uma lei particular não está incompleta em si, quer dizer, comparada com o seu plano regulador, mas sim na ordem jurídica em conjunto, enquanto deixa legislativamente por regular todo um sector que carece de uma regulação ou não contém um instituto jurídico que deva conter, atendendo a uma necessidade imprescindível do tráfego ou a um princípio jurídico afirmado pela consciência jurídica geral. Sobre isto há que dizer, antes do mais, que a falta de um tal instituto tão-pouco deve considerar-se uma «lacuna do Direito» quando a sua falta se refere a uma decisão consciente do legislador. A falta de uma regulação sobre a propriedade da casa de morada no Código Civil originário tão-pouco foi, por isso, uma «lacuna do Direito». Do mesmo modo, tão-pouco se trata de um «lacuna do Direito» quando o legislador deixa intencionalmente por regular uma determinada questão, quando a adscreve ao «espaço livre do Direito». Resta, em primeiro lugar, uma parte das que CANARIS⁽²³⁾ denomina de «lacunas de princípios ou de valores»; além disso, os casos em que a evolução da técnica, das relações económicas e sociais tornam exigível a regulação de um sector que anteriormente podia ficar por regular, porque não tinha importância ou não suscitava problemas jurídicos especiais. Assim, a regulação do tráfego rodoviário, ao menos na sua intensidade actual, só foi necessária devido à generalização do tráfego motorizado e à crescente densidade do tráfego rodoviário. Enquanto não existiu tráfego aéreo, tão-pouco este precisou de regulação alguma. O facto de que tenha sido precisa e, pouco depois, também necessária uma regulação da distribuição de determinadas mercadorias e prestações que são de uma importância vital para o indivíduo tem a sua origem numa escassez de tais mercadorias e prestações. Para integrar estas lacunas, se nos quisermos ater ao termo, é chamado, em primeiro lugar, o legislador. Só ele está em situação de promulgar normas gerais cujo cumprimento será daí em diante obrigatório para todos.

⁽²²⁾ Cf. ENGISCH, *Einführung...*, pág. 138 e segs. CANARIS, *ob. cit.*, pág. 35 e segs.

⁽²³⁾ *Ob. cit.*, págs. 141, 160 e segs. Sempre que estas lacunas se refiram a uma realização deficiente de um princípio que se há-de extrair da própria lei, trata-se de lacunas da lei.

A jurisprudência dos tribunais só pode julgar os acontecimentos depois de verificados e, em todo o caso, esperar que as máximas de decisão por si desenvolvidas a esse respeito possam influenciar a conduta futura. A divisão de poderes, estabelecida no Estado de Direito exige da administração da justiça que respeite o primado de criação de normas pelo legislador. Isto não exclui que, perante a recusa do legislador, ela não tente, por seu lado, encontrar regras - e já o fez muitas vezes - sempre que doutro modo surja uma situação que não seja compatível com as exigências elementares do Direito relativamente a um mínimo de segurança jurídica e de justiça. Desses casos falar-se-á ainda posteriormente, em conexão com o desenvolvimento do Direito «superador da lei». Daí não pode deduzir-se, de modo algum, uma faculdade genérica ou simplesmente obrigação da jurisprudência de colmatar tais «lacunas de Direito» que não são «lacunas da lei».

Contra o conceito de uma «lacuna do Direito», que não é por sua vez uma lacuna da lei, há que objectar, contudo, que não se ajusta à ideia de uma «interpretação contrária ao plano». É que só se pode falar de um plano, de uma determinada intenção reguladora, em relação à lei, não em relação à ordem jurídica no seu conjunto. Esta está demasiado ramificada, e é demasiadamente concebida em constante evolução para poder ser arrumada em todas as suas partes num plano geral unitário. A ideia de «planos jurídicos» só se ajusta fundamentalmente a uma ordem jurídica totalmente codificada. A «lacuna do Direito» seria então uma imperfeição do direito estatuído, comparado com o plano conjunto da codificação. Um tal «plano conjunto» não existe na realidade. É certo que para todas as regras de uma ordem jurídica vale o requisito da ausência de contradição lógica, da compatibilidade material e da concordância de valorações. Mas já a dissociação temporal da regulação de diferentes sectores parcelares cuida de que nem sempre seja possível evitar completamente as contradições de valoração. A concordância interna, quer dizer, valorativa, das normas jurídicas e dos complexos de regulação é uma tarefa que constantemente se depara ao legislador, à jurisprudência dos tribunais e à ciência do Direito e que, de novo, há que levar a cabo. O sistema «interno», tal como o imagina a desejável unidade da ordem jurídica, não é, como mais adiante se há-de expor, um sistema «fechado», mas um sistema «aberto», que nunca está concluído,

mas que é susceptível de evolução e está sujeito a evolução⁽²⁴⁾. À ideia de um «sistema aberto» não se ajusta a ideia de uma «lacuna do Direito», no sentido de uma «imperfeição contrária ao plano» do conjunto da ordem jurídica. Por isso, não empregaremos subsequentemente a expressão «lacuna do Direito», mas usaremos o termo «lacuna» apenas no sentido de lacuna da lei.

De entre as lacunas da lei distinguimos ainda entre lacunas «patentes» e «ocultas», assim como lacunas iniciais e subsequentes. Existe uma lacuna «patente» quando a lei não contém regra alguma para um determinado grupo de casos, que lhes seja aplicável - se bem que, segundo a sua própria teleologia, devesse conter tal regra. Falamos de uma lacuna «oculta» quando a lei contém precisamente uma regra aplicável a casos desta espécie, mas que, segundo o seu sentido e fim, não se ajusta a este determinado grupo de casos, porque não atende à sua especificidade, relevante para a valoração. A lacuna consiste aqui na ausência de uma restrição. Por isso, a lacuna está «oculta», porque, ao menos à primeira vista, não falta aqui uma regra aplicável^(24a). O exemplo típico de uma tal «lacuna oculta» no Código Civil é a ausência de uma restrição no § 181 do BGB para o caso em que já não exista em abstracto a possibilidade de uma colisão de interesses. O preenchimento de tal lacuna leva-se a cabo acrescentando, pela via de uma «redução teleológica» da norma, a restrição omitida (*infra*, c) (25).

(24) Cf. a esse respeito, por agora, CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, esp. pág. 61 e segs.; sobre o problema das contradições de valoração, *ibidem*, pág. 112 e segs.

(24a) BRANDENBURG, *Die teleologische Reduktion*, 1983, pág. 60 e segs., considera por isso aqui como supérflua a utilização do conceito de lacuna. É certo que aqui não está ausente um preceito aplicável de acordo com o seu sentido literal. A lacuna surge apenas quando a restrição requerida surge à vista. Se isto acontecer, a ausência da norma restritiva aparece de aí em diante como lacuna da lei. O saber-se que existe uma lacuna e Como deve ela ser preenchida coincidem aqui.

(25) NIPPERDEY (em ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil*, § 59) é de opinião que nestes casos só se cria uma lacuna porque aquele que aplica a norma não a aplica indo ao encontro do seu âmbito de aplicação averiguado mediante a interpretação. Contudo, não a aplica porque admite uma norma restritiva que não está expressa na lei mas que é exigida pelo fim da regulação. A não aplicação da norma pressupõe já integrar a lacuna que, por isso, não pode por seu lado ser criada só pela não aplicação. A lacuna consiste precisamente em que a lei não expressou a restrição requerida. Cf. a este respeito, REICHEL, *Gesetz und Richterspruch*, pág. 96; MEIER-HAYOZ, *Der Richter als Gesetzgeber*, pág. 62 e segs.

Onde está situado o limite entre as lacunas patentes e ocultas da regulação é algo que depende muitas vezes de se se infere da lei uma norma jurídica geral, em relação à qual a regra omissa haveria de supor ou não uma restrição. O BGB não contém nenhuma disposição sobre os contratos-promessa e, portanto, tão-pouco acerca de quando, por exemplo, um contrato-promessa requer uma forma determinada para a sua validade. Se se infere da lei a norma jurídica geral de que os contratos, sempre que a lei não disponha de outro modo, podem ser celebrados sem observância de forma, então daqui seguir-se-ia que os contratos-promessa não mencionados na lei poderiam sempre ser celebrados sem observância de forma. Mas como o escopo de alguns preceitos sobre a forma poderia frustrar-se devido a que as partes, em vez de um contrato principal que carece de forma, concluirísem primeiro um contrato-promessa sem observância de forma, contendo já as mesmas vinculações, a norma jurídica geral adoptada necessita de uma restrição para os contratos-promessa relativos a contratos que carecem de forma. A ausência de uma tal restrição seria uma lacuna oculta. Tão-pouco a ausência de uma regulação do denominado «incumprimento positivo do crédito» seria uma lacuna patente, mas oculta, se houvesse de se supor uma norma jurídica geral, cujo conteúdo fosse que o devedor não necessita de pagar indemnização por danos nem sofre desvantagens jurídicas, no caso de isto não estar expressamente previsto na lei. ZITELMANN aceitou de facto um «princípio negativo geral» que deve dizer que, exceptuados os casos especialmente regulados na lei, «todos os actos ficam impunes e livres de indemnização»⁽²⁶⁾. Se isto é levado até às suas últimas consequências, haveriam de verificar-se, à parte as «lacunas normativas» (as «lacunas autênticas» de ZITELMANN), somente lacunas ocultas de regulação e assim se esclarece porque ZITELMANN fala em relação a elas de «lacunas inautênticas». Com efeito, um tal «princípio negativo» geral pode aceitar-se para o Direito penal. Resulta daí que uma pena só deve ser infligida se a punição estava legalmente prevista antes da perpetração do acto. Para o Direito civil e outros ramos do Direito, pelo contrário, um tal «princípio

⁽²⁶⁾ ZITELMANN, *Lücken im Recht*, pág. 19; dando-lhe o seu acordo, HERRFAHRDT, *Lücken im Recht*, 1915, pág. 30.

negativo geral» há-de ser recusado, ficando, por essa razão, sem consequência jurídica todos os actos para os quais esta não está expressamente prevista na lei⁽²⁷⁾. Este princípio não se encontra declarado em nenhuma lei e seria totalmente impraticável em vista do grande número e da contínua evolução das relações da vida. É necessário, portanto, insistir em que existem lacunas de regulação, tanto «patentes» como «ocultas», conforme ou não possa em absoluto inferir-se regra alguma da regulação legal para um grupo de casos que carecem de uma regulação segundo a intenção reguladora que lhe serve de base ou tenha sido realmente dada uma regra, mas não está declarada na lei uma restrição, exigida pelo seu sentido e pelo seu fim, para este grupo de casos.

Em relação com o factor tempo, podem distinguir-se lacunas iniciais e subsequentes e, dentro das lacunas iniciais, as que eram conhecidas do legislador e aquelas de que não tinha conhecimento. Existe uma lacuna conhecida do legislador quando este deixou uma questão por resolver, deixando a sua solução à jurisprudência e à ciência. Na maior parte das vezes tratar-se-á, certamente, apenas de uma imprecisão terminológica e, por isso, de interpretação e não de integração de lacunas. As lacunas não conhecidas do legislador podem surgir por este ter passado por alto uma questão que, segundo a sua intenção fundamental, precisava de ser regulada ou por ter pensado erradamente que já estava por si regulada. As lacunas subsequentes podem surgir pelo facto de em consequência da evolução técnica ou económica emergirem novas questões, que agora carecem de ser reguladas no quadro do escopo da regulação e do sector de regulação compreendido pela intenção fundamental da lei, mas que o legislador ainda não viu. Também as lacunas surgidas subsequentemente podem ser tanto «patentes» como «ocultas». Um exemplo de uma lacuna *oculta* Subsequente é dado pelo acórdão do Supremo Tribunal Federal⁽²⁸⁾ sobre a não inclusão da transcrição da interpretação

⁽²⁷⁾ Contra o «produto da fantasia» do «princípio negativo geral», ENGISCH, em *Festschrift für Sauer*, pág. 96 e segs.; BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, vol. IV, pág. 388, qualifica de «fundamentalmente erronea» a suposição de ZITELMANN. Pormenorizadamente, a esse respeito, CANARIS, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, pág. 49 e segs.
⁽²⁸⁾ BGHZ 17, 266. Cf. a propósito ULMER, *Urheberrecht und Vergleichsrecht*, 2.ª ed., 1960, pág. 230.

de uma obra literária ou musical em fita magnética no âmbito da aplicação do § 15, parágrafo 2, da lei — entretanto revogada⁽²⁹⁾ — de 19.6.1901, relativa aos direitos de autor sobre obras literárias e musicais. Apesar da actual regulação legislativa da questão outrora em aberto, a sentença, no aspecto metodológico, hoje como antes, é de grande interesse.

Segundo a disposição citada, tais reproduções de uma obra literária ou musical, sem permissão do autor, eram lícitas se fossem feitas exclusivamente para uso pessoal e não tivessem por fim obter daí lucro. A questão era saber se esta disposição seria também aplicável à transmissão para fitas magnéticas. O Supremo Tribunal Federal declarou a este respeito: o tribunal de recurso há-de reconhecer que segundo o teor literal da disposição ela cobre a realização de tais reproduções em fitas magnéticas. Contudo, o legislador não teve conhecimento, nem na feitura da lei em 1901, nem na promulgação de uma lei de actualização no ano de 1910, da possibilidade de transcrever, no âmbito doméstico, mediante um simples processo mecânico que não exige prévios conhecimentos técnicos especiais, reproduções de todo o tipo em fitas magnéticas. Trata-se de uma situação de facto que estava fora do alcance do círculo de representações do legislador. Por isso há que perguntar também, face ao teor literallinguístico inequívoco, se esta situação de facto está compreendida no conteúdo de sentido da norma legal. «Se se hão-de incluir na lei novos grupos de factos-tipo que, aquando da sua promulgação não eram ainda conhecidos, então há que analisar se uma disposição legal, que, segundo o seu sentido puramente literal, comprehende esta nova situação de facto, pode ser também aplicada a esta segundo a ideia jurídica a ela subjacente». No § 15, parágrafo 2, trata-se de uma «autêntica exceção à ideia fundamental da lei, segundo a qual deve outorgar-se também ao autor um benefício económico da fruição privada da obra». Mas então esta restrição do direito de reprodução, atribuído ao autor, «não seria lícito estendê-la para além do seu sentido e fim próprios». O fim prosseguido pela disposição excepcional não justifica a sua aplicação à situação de facto aqui em questão. Uma liberdade de reprodução relativa a gravações privadas favoreceria um círculo de pessoas completamente distinto do que figurava na intenção

⁽²⁹⁾ Pelo § 141, número 3, da Lei dos Direitos de Autor, de 9.9.1965. A questão, outrora polémica, está regulada nesta lei no § 53.

do legislador e significaria uma coarcação muito mais incisiva da liberdade de reprodução do autor do que a que correspondia às ideias do legislador. Uma tão ampla ameaça os interesses económicos do autor contradiz a ideia de protecção dos direitos de autor; face a esta ideia, o interesse da pessoa em causa em preservar a sua esfera privada das pretensões do direito de autor tem que ceder. O Supremo Tribunal Federal fala erradamente de uma «interpretação restritiva» da disposição; uma vez que a inclusão das gravações em fitas magnéticas no âmbito de aplicação da norma está «plenamente coberta» pelo sentido literal da disposição —, como sublinha o próprio Supremo Tribunal Federal —, trata-se da introdução de uma restrição. Esta é exigida pelo fim delimitado da norma a restringir e pela ideia fundamental da lei. A ausência de uma restrição expressa na lei é uma «lacuna oculta». Esta lacuna é subsequente porque o facto em questão, estava ainda situado «fora do círculo das representações do legislador» aquando da entrada em vigor da lei. Só com a ocorrência desta situação de facto surgiu a necessidade de uma restrição da previsão da norma legal, que surge agora como demasiado ampla porque, sem uma tal restrição, dar-se-ia uma ruptura «contrária ao plano» da ideia fundamental da lei. O acórdão mostra, ao mesmo tempo, que os preceitos que não só pela sua formulação, mas também pela matéria em causa, são preceitos excepcionais não só se hão-de interpretar, com frequência, restritivamente, mas poderia ser-lhes necessária uma redução teleológica no caso de aparecerem situações de facto novas que, segundo o sentido literal, são abarcadas por eles, mas mediante os quais haveria de ser ampliado o seu campo de aplicação de um modo contrário à intenção reguladora do legislador.

O Tribunal Federal do Trabalho aceitou uma lacuna subsequente num acórdão em que se aplicou analogicamente a toda a classe de trabalhadores os preceitos do §§ 74 e 74a do Código Comercial, relativos aos trabalhadores do comércio⁽³⁰⁾. Trata-se nestas disposições da validade ou validade parcial das proibições de concorrência. Disposições desta espécie encontram-se no Código Industrial para os trabalhadores da indústria, enquanto que para os trabalhadores que nem são do comércio nem da indústria existe unicamente o limite do § 138 do BGB. O Tribunal Federal do Trabalho era agora de opinião de que as rela-

⁽³⁰⁾ SAE 71, 106 (com anotação de CANARIS).

ções tinham variado entretanto tão amplamente, em comparação com o tempo em que surgiu a regulação legal, que era necessária igualmente uma protecção para todos os grupos de trabalhadores que fosse mais longe do que o § 138 do BGB. Hoje já não é verdade que o Direito de proibições de concorrência careça de regulação, sobretudo em relação aos trabalhadores do comércio, como havia suposto o legislador. A ausência de uma regulamentação legislativa pormenorizada para todos os restantes grupos de trabalhadores, que esteja de acordo com a que está em vigor para os trabalhadores do comércio, é considerada pelo Tribunal Federal do Trabalho como uma lacuna patente de regulação subsequente. Contra isto está o facto de que não falta nenhuma regra aplicável, que só é menos pormenorizada e, na medida em que se trata do § 138 do BGB, é da espécie de uma cláusula geral. Aquilo que choca o Tribunal Federal do Trabalho é a diferente extensão da protecção da proibição de concorrência para os diferentes grupos de trabalhadores, quer dizer, a quebra do princípio da igualdade. Se a diferenciação estava ainda justificada no início, isso já não acontece agora. Daí não resulta «lacuna» alguma, mas sim uma contradição (subsequente) de valoração, que o Tribunal Federal do Trabalho tentou aplanar pela via de um desenvolvimento do Direito superador da lei.

b) A integração de lacunas "patentes", em especial por analogia

Se se trata de uma lacuna da lei patente, a integração acontece, a maior parte das vezes, por via da analogia ou do recurso a um princípio ínsito na lei. Também é possível uma orientação à «natureza das coisas»⁽³¹⁾. Entendemos por analogia a transpo-

⁽³¹⁾ ARTHUR KAUFMANN, *Analogie und Natur der Sache*, 1965, pág. 1, põe objecções a esta frase, porque nela analogia e «natureza das coisas» seriam apresentados como dois meios de pensamento distintos. Na verdade, um pensamento a partir da natureza das coisas seria precisamente analogia. Não obstante, KAUFMANN parte de um conceito de analogia mais amplo do que o do texto. No sentido de KAUFMANN, todo o pensamento é «pensamento analógico», pois não se trata de identidade abstracta (uniformidade), mas de unidade na diferença e, por isso, de correspondência. Neste sentido, o pensar com «conceitos concretos» (HEGEL), com

slçao de uma regra, dada na lei para a hipótese legal (A), ou para várias hipóteses semelhantes, numa outra hipótese B, não regulada na lei, «semelhante» àquela. A transposição funda-se em que, devido à sua semelhança, ambas as hipóteses legais hão-de ser *identicamente valoradas* nos aspectos decisivos para a valoração legal; quer dizer, funda-se na exigência da justiça de tratar igualmente aquilo que é igual. A integração da lacuna da lei, por via de um recurso a um princípio ínsito na lei, funda-se em que a situação de facto não regulada expressamente na lei é aquela a que o princípio (igualmente) se refere, sem que aqui intervenha um princípio contrário.

As duas situações de facto serem «semelhantes» entre si significa que concordam em alguns aspectos, mas não noutrios. Se concordassem absolutamente em todos os aspectos que hão-de ser tomados em consideração, então seriam «iguais». Por essa razão as previsões legais podem não ser absolutamente iguais nem desiguais entre si; mas têm de concordar precisamente nos aspectos decisivos para a valoração jurídica. Se é ou não o caso, pode determinar-se não só com o auxílio das categorias lógicas de «identidade» ou «não identidade», mas requer-se, sobretudo, o esclarecimento dos aspectos decisivos da valoração expressa na regulação legal. A isso há que acrescentar a constatação positiva de que a situação de facto a julgar iguala em todos esses aspectos o que está legalmente regulado, assim como a constatação negativa de que as diferenças que subsistem não são de tal ordem que excluem aqui a valoração legal. Na analogia jurídica trata-se sempre, portanto, de um processo de pensamento valorativo e não unicamente de uma operação mental lógico-formal⁽³²⁾. Para

«tipos» e com «relações de função», enfim, toda a compreensão, é «pensamento analógico». Não obstante, o termo «analogia» usa-se aqui no sentido estrito em que tradicionalmente é entendido na metodologia jurídica: como avaliação igual de factos-tipo semelhantes no âmbito da «integração de lacunas». Estou de acordo com KAUFMANN em que especialmente um pensamento tipológico, em sentido amplo, é pensamento analógico.

⁽³²⁾ A analogia foi considerada como procedimento silogístico lógico-formal pela «Jurisprudência dos conceitos» do século XIX. Esta concepção teve eco nos três trabalhos em que STEINWENTER expôs a história da analogia como forma jurídica de pensamento (nos *Studi Emílio Albertario*, Vol. I, pág. 103; nos *Studi Arangio-Ruiz*, vol. II, pág. 169, e no *Festschrift für Fritz Schultz*, vol. II, pág. 345). Criticamente a este respeito,

conhecer que elementos da hipótese legal regulada na lei são importantes para a valoração legal, e porque é que o são, é preciso recorrer aos fins e ideias fundamentais da regulação legal, à *ratio legis*.

Como exemplo de aplicação analógica de uma disposição legal a uma hipótese não mencionada na lei, que tem igual valoração, pode antes de tudo servir o § 463, parágrafo 2, do BGB, com o qual explicámos já o conceito de lacuna. A simulação dolosa pelo vendedor de uma qualidade favorável não existente na coisa objecto de compra equipara-se à ocultação dolosa de um defeito pela razão de que em ambos os casos o vendedor se aproveita conscientemente da representação, que ele sabe ser errada, do comprador acerca da qualidade da coisa, para motivar este para a celebração do contrato. Não pode, na verdade, duvidar-se de que este momento do aproveitamento doloso pelo vendedor de um erro do comprador, conhecido daquele, é decisivo para a valoração da lei. Em relação a isto não pode fazer-se qualquer distinção valorativa sobre se o vendedor apenas manteve o erro do comprador, de si conhecido - mediante o «silenciar» do defeito -, quer dizer, omitiu explicá-lo ao comprador, ou se ele mesmo provocou dolosamente o erro do comprador - mediante «simulação» de uma qualidade favorável. O segundo caso é, todavia, mais grave. Por isso, o princípio de tratamento igual exige que se lhe aplique também a regra estabelecida pela lei para o primeiro caso.

Da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pode aduzir-se o exemplo que se segue⁽³³⁾. Segundo o § 571, parágrafo 1, do BGB, em caso de alienação de um terreno arrendado, o adquirente substitui o locador, enquanto durar a sua propriedade, nos

ESSER, *Grundsatz und Norm...*, pág. 231. Em relação ao significado do raciocínio analógico, ULRICH KLUG, *Juristische Logik*, 4.ª 00., pág. 118 e segs. Reconhece que os critérios teleológicos são decisivos. SCHREINER, *Die Intersubjektivität von Wertungen*, 1980, pág. 51, sublinha que ao ajuizar que duas situações de facto a comparar entre si são suficientemente semelhantes para justificar uma analogia se trata do resultado de uma avaliação. Mas tal avaliação deve, por seu lado, arrimar-se à valoração legislativa da hipótese regulada, ou seja, não deve de modo algum ser deixada apenas ao julgador.

(33) *BGHZ* 51, 273.

direitos e obrigações resultantes da relação de arrendamento. Se o adquirente não cumpre as obrigações que desse modo lhe incumbe face ao arrendatário, então, segundo o § 517, parágrafo 2, o locador responde «pelos danos que hão-de ser resarcidos pelo adquirente como um cidadão que renunciou à excepção de excussão». Estas disposições valem também, segundo o § 581, parágrafo 2, do BGB, para contratos de arrendamento de uso e fruição*. No caso a decidir pelo Supremo Tribunal Federal tinha sido acordado num contrato de arrendamento de uso e fruição que o arrendatário construiria edifícios e outros anexos no prédio arrendado e que o locador deveria pagar-lhe uma compensação no caso de denunciar a relação arrendatária. O locador, dentro do prazo do arrendamento, alienou o prédio a um terceiro, que denunciou a relação de arrendamento imediatamente dentro do prazo admitido, mas recusou pagar-lhe a compensação prevista no contrato de arrendamento. O arrendatário pretendeu então que lha pagasse o primitivo locador. O Supremo Tribunal Federal considerou este obrigado ao pagamento, segundo o § 571, parágrafo 2, do BGB, apesar de não se tratar de uma pretensão de indemnização de danos, mas de uma prestação pecuniária acordada de antemão no contrato. Que a lei só fale dos «danos a indemnizar pelo adquirente» explica-se porque os deveres que há-de cumprir regularmente o locador - a saber: o dever de cessão do uso e de conservação da coisa arrendada -, depois da cessão ao adquirente, só podem ser cumpridos por este, por forma a que, em caso de incumprimento por parte do adquirente, entre somente em consideração uma pretensão de indemnização por danos. Em casos como o presente não seria necessária uma mera pretensão de indemnização por danos, porque a pretensão contratual se referia de antemão a dinheiro e, por isso, podia ser cumprida tanto pelo anterior locador como pelo adquirente. A ideia fundamental do conceito de proteger o arrendatário ou titular do direito de uso e fruição face à circunstância de, em consequência da alienação do prédio, vir a defrontar-se, em lugar do que era até agora devedor, com um devedor «possivelmente insolvente» (ou não disposto à prestação), é também pertinente aqui. Será portanto obrigatória a aplicação correspondente do

* «Pachtverträge» (N. do T.).

§ 517, parágrafo 2, 1.º período, do BGB, ao caso em que o adquirente não cumpre uma prestação pecuniária que, segundo o contrato, lhe incumbe. A analogia está, por isso, justificada, porque o caso em que o adquirente não cumpre uma prestação pecuniária que, segundo o contrato, incumbe ao locador há-de valorar-se do mesmo modo que o caso, que foi unicamente tido em conta pelo legislador, de aquele não cumprir os deveres próprios do locador. Se o arrendatário ou locatário, que não pode defender-se da alienação da coisa arrendada e da transmissão ao adquirente, que lhe é inerente nos termos da lei, da relação arrendatária ou de arrendamento para uso e fruição, é tutelado subsidiariamente pela lei, unicamente nos casos que ela teve em conta, por meio da responsabilidade, semelhante à de qualquer cidadão, do locador anterior, então isso deve valer para todos os casos em que o adquirente não cumpre um dever de prestação, que lhe foi transmitido, decorrente do contrato de arrendamento.

A transposição de uma regra, dada para uma hipótese legal, numa outra «semelhante» a ela, quer dizer, que se há-de considerar igual na sua valoração, denomina-se *analogia legis*; mas apropriada a esse respeito seria a expressão «analogia particular», porque é aplicada «analogicamente» uma norma legal particular a uma situação de facto não regulada por ela. Dela se distingue tradicionalmente a denominada *analogia juris* (³⁴); mas exacta é a sua denominação como «analogia geral». Aqui, de várias disposições legais que ligam idêntica consequência jurídica a hipóteses legais diferentes, infere-se um «princípio jurídico geral» que se ajusta tanto à hipótese não regulada na lei como às hipóteses reguladas. De uma série de disposições legais que prevêem, para obrigações de trato sucessivo de diferente espécie, um direito inalienável de cada parte à denúncia por «motivos importantes» deduz-se, por exemplo, que um tal direito de denúncia se dá em todas as obrigações de trato sucessivo (³⁵). Os vários passos do

(³⁴) Cf. a este respeito ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil*, § 58, 11; ENGISCH, *Einführung...*, pág. 147. Com posição crítica a este respeito, SAUER, *Juristische Methodenlehre*, pág. 13ü e segs. DAHM (*Deutsches Recht*, 2.ª ed., pág. 67) objecta acertadamente à expressão «analogia do Direito» que «também a analogia da lei tem por objecto a aplicação de uma norma jurídica».

(³⁵) Cf. BGHZ 9, 157, 161 e segs.

raciocínio são os seguintes: 1. A lei prescreve obrigatoriamente um direito de denúncia, independentemente de prazo, por «motivos importantes» para uma série de relações obrigacionais. 2. Em todas estas relações obrigacionais trata-se de obrigações de trato sucessivo. 3. As obrigações de trato sucessivo são «relações jurídicas de mais longa duração, que intervêm intensamente na condução da vida das partes ou que comportam um especial entrecruzamento de interesses recíprocos e exigem dos participantes uma colaboração pessoal, um bom entendimento ou uma confiança reciproca absoluta» (³⁶). 4. A *ratio legis* das disposições legais resulta da peculiaridade de todas as obrigações de trato sucessivo. 5. Por isso, a *ratio legis* não só se refere aos casos de obrigações de trato sucessivo regulados na lei, mas a todas as obrigações de trato sucessivo. 6. Portanto, na nossa ordem jurídica vale um princípio geral cujo conteúdo consiste em que em todas as obrigações de trato sucessivo é possível a denúncia por «motivos importantes».

Contra a qualificação como «analogia» do procedimento descrito, objecta CANARIS (³⁷) que aqui não se trata de inferir do particular o particular, mas do particular o geral; portanto, não se trata de analogia, mas de «indução». Não obstante, também no caso da «analogia particular» não é directamente de um particular que se infere outro particular, mas da indagação daquilo que é comum a ambas as hipóteses legais, e que é reconhecido como decisivo para a valoração. Evidentemente que na analogia particular não se trata do estabelecimento de um princípio geral, que pretende validade para um número indeterminado de possíveis configurações de casos, mas apenas, uma vez mais, do estabelecimento de uma regra para uma hipótese legal delimitada. A obtenção de um princípio geral por via de uma «analogia geral» funda-se no conhecimento de que a *ratio legis*, comum a todas as disposições individuais referidas, não diz só respeito aos casos particulares regulados, mas dá-se sempre que existam determinados pressupostos indicados de modo geral (como, por exemplo, que na relação jurídica em questão se trata de uma obrigação

(³⁶) Nas palavras do Supremo Tribunal Federal, *ibidem* pág. 162.

(³⁷) CANARIS, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, pág. 97 e segs.

de trato sucessivo). O retroceder de todas as disposições particulares à *ratio legis* possibilita a formulação de um princípio jurídico geral, que «é esclarecedor» pelo conteúdo de justiça material a ele inerente e se comprova jurídico-positivamente pelos casos regulados na lei em concordância com ele. Analisar-se-á sempre, a esse respeito, como o próprio CANARIS indica, se não se opõem à aceitação de um «princípio jurídico geral» outras disposições legais e se quando pode afirmar-se um «princípio jurídico geral» não está limitado o seu âmbito de aplicação por um princípio jurídico «oposto». A necessidade de tais reflexões subsidiárias impede, em meu entender, qualificar simplesmente de indução aquele procedimento. Uma tal qualificação é também, pelo menos, equívoca.

BOCHENSKI⁽³⁸⁾ dá o seguinte exemplo de inferência induitiva: «Tomemos três pedaços de fósforo, a, b e c, relativamente aos quais se comprovou que aos 60°C entram em combustão; daí inferimos que *todos* os pedaços de fósforo se comportam assim. Qual é o esquema deste processo de inferência? Evidentemente, trata-se do seguinte:

Se todos os pedaços de fósforo branco entram em combustão aos 60°C, logo, também a, b e c; ora bem, se a, b, e c entram em combustão aos 60°C, todos os pedaços de fósforo branco entram em combustão aos 60°C».

Nesta cadeia de inferência esconde-se o pressuposto, não declarado expressamente por BOCHENSKI - com certeza porque o considera evidente -, de que nós sabemos que a, b e c são de facto pedaços de «fósforo branco», pois noutro caso já a premissa seria em si inconclusiva. A forma completa teria que ser esta:

Se todos os pedaços de fósforo branco entram em combustão aos 60°C, e se a, b e c são pedaços de fósforo branco, logo a, b e c entram em combustão aos 60°C.

Que a, b e c são, de facto, pedaços de fósforo branco pode comprová-lo exactamente o cientista da natureza mediante uma análise química. Se conhece a fórmula química do «fósforo branco», então, em virtude da análise de a, b e c, pode subsumir ao conceito de «fósforo branco» (que está precisamente definido pela fórmula

química). Consideremos agora o procedimento na descoberta de um «princípio geral». Da constatação de que uma determinada consequência jurídica (a saber, um direito de denúncia por «motivos importantes») é válida para relações obrigacionais de trato sucessivo bem tipificadas infere-se um princípio geral, cujo conteúdo é que esta consequência jurídica é válida para *todas* as obrigações de trato sucessivo. O esquema desta inferência teria, segundo BOCHENSKI, de se apresentar mais ou menos assim:

Se na nossa ordem jurídica é válido um princípio geral P, e se os grupos de casos a, b, e c pressupõem possíveis casos de aplicação deste princípio, então a consequência jurídica correspondente ao princípio P é válida para a, b e c.

É assim que a consequência jurídica correspondente ao princípio P, segundo a regulação legal particular, é válida para todos os grupos de casos a, b e c.

Logo, P é um princípio geral pertencente à nossa ordem jurídica e, segundo ele, vigora a mesma consequência jurídica em todos os seus possíveis casos de aplicação.

Não obstante, uma tal conclusão não seria legítima. Não tem em conta que na nossa ordem jurídica se podem dar grupos de casos d, e, e f, que, certamente, pressupõem mesmo assim possíveis casos de aplicação do princípio P, mas que foram regulados pela lei, porventura com bom fundamento, de outro modo. Nas ciências naturais a inferência induitiva está justificada porque se pode partir - ainda que só em virtude das experiências anteriores - de que *todos* os pedaços de fósforo branco se comportam da mesma maneira nas mesmas condições. As regras do Direito, diferentemente das leis naturais, permitem excepções e podia ser que, nos casos a, b e c se tratasse precisamente de tais excepções. Isto tem importância para o procedimento de «falsificação». O enunciado de que todos os pedaços de fósforo entram em combustão aos 60°C revela-se falso se apenas *um* dos pedaços - em idênticas condições - não se inflama a essa temperatura. Em contrapartida, o princípio P pode continuar a ter validade mesmo quando, para um possível caso particular de aplicação, se dispõe outra coisa na lei. Assim, não se quebraria a validade do princípio de que as relações obrigacionais de trato sucessivo podem ser «em princípio», «em regra», denunciadas por «motivos importantes», se a lei para certos casos particulares de relações obrigacionais de trato sucessivo tivesse excluído ou restringido a validade do princípio. Mas há-de considerar-se ainda outra coisa. Que a, b e c são pedaços

⁽³⁸⁾ BOCHENSKI, *Die zeitgenössischen Denkmethoden*, pág. 75.

de fósforo branco, pode constatá-lo o cientista das ciências naturais, como disse, com base numa análise química por meio de um raciocínio de subsunção. Que a, b e c são «relações obrigatoriais de trato sucessivo», precisamente no sentido que pressupõe o princípio, só pode constatar-se, por sua vez, mediante uma consideração valorativa. Pois aqui trata-se daquelas grandezas que não são nunca determináveis «com exactidão», como a intensidade da relação e a necessidade de uma relação de confiança entre as partes. Não é ainda decisivo, de imediato, que nos casos a, b e c, regulados na lei, valha a mesma regra concordante com o princípio, mas a consideração de que o fundamento que legitima - justamente a *ratio legis* - em todos estes casos a validade desta regra reside na peculiaridade de todas as relações jurídicas como «relações obrigatoriais de trato sucessivo». Só esta consideração legitima a generalização num princípio válido para todas as «relações obrigatoriais de trato sucessivo» da regra que se encontra na lei. Contudo, um tal procedimento tem, certamente, pouco que ver com a inferência indutiva descrita por BOCHENSKI.

Para o procedimento aqui designado como «analogia geral» é, portanto, decisivo recorrer à *ratio legis* comum a todos os preceitos particulares, assim como à sua generalização. A esse respeito há-de analisar-se sempre cuidadosamente até que ponto é aquela realmente susceptível de generalização e se as particularidades de certos grupos de casos justificam uma valoração divergente. Segundo os §§ 521, 599, 968 e 680 do BGB, o doador, o mutuante, aquele que encontra um objecto perdido e, dentro de certos pressupostos, o gestor de negócios só têm que responder por dolo ou negligência grave no cumprimento dos seus deveres contratuais e legais, afastando-se assim do § 276, parágrafo I, do BGB. É comum a todos estes casos que aquele a quem aproveita a diminuição de responsabilidade actua desinteressadamente no interesse de outro, faz-lhe uma «cortesia». Não obstante, uma generalização da «relação de cortesia» de qualquer espécie é recusada, certamente com razão⁽³⁹⁾, pela jurisprudência dos tribunais. Desde logo, é distinta a regulação legal. Assim, o depositário a título gratuito só responde, segundo o § 690, pela «diligência como nos assuntos pessoais»; mas, sobretudo o mandatário é

⁽³⁹⁾ Cf. BGHZ 21, 102.

responsável por *qualquer* negligência. Nas relações de cortesia que não são de tipo jurídico-negocial (transporte por cortesia) nem sempre é conveniente, de modo algum, a restrição da responsabilidade por facto ilícito próprio⁽⁴⁰⁾. Não se pode ver, portanto, no «desinteresse» o fundamento único e suficiente da diminuição da responsabilidade; mas do que isso, depende também da espécie concreta da relação em questão.

A circunstância de ser muito difícil aos tribunais dar-se de imediato conta do pleno alcance de um princípio jurídico geral por eles descoberto pode aconselhá-los, de vez em quando, a contentar-se de momento com uma analogia particular, mesmo quando seja evidente uma analogia geral. Segundo o § 645, parágrafo 1, do BGB, que se refere ao contrato de empreitada, o empreiteiro pode exigir uma parte correspondente ao trabalho realizado para a compensação e indemnização por gastos não incluídos nele, se a obra se perdeu, deteriorou ou chegou a ser irrealizável antes da recepção, devido a um defeito do material fornecido pelo dono da obra ou devido a uma ordem por ele dada a respeito da realização. Esta disposição restringe a regra do § 644 do BGB, em virtude da qual o empreiteiro suporta o risco da remuneração até à recepção da obra, quer dizer, não tem direito algum a uma compensação ou compensação parcial, se a obra, que ele já realizou total ou parcialmente, se perde sem culpa sua ou não pode terminá-la. A restrição justifica-se porque a perda da obra ou a impossibilidade de realizá-la hão-de atribuir-se ao âmbito de actuação do dono da obra se se fundam num defeito do material por ele fornecido ou numa ordem por ele dada⁽⁴¹⁾. Uma parte da doutrina aceita que nesta disposição se expressa o princípio geral de que o dono da obra suporta o risco, dentro dos limites do § 645 do BGB, em relação a todas as circunstâncias que originarem a perda da obra ou a impossibilidade da sua realização e que provenham da sua esfera⁽⁴²⁾. Os inconvenientes dessa

⁽⁴⁰⁾ Ibid., 30, 40, 46; o meu *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. I, 14.ª 00.ª, § 31, 111 *in fine*, com indicações adicionais.

⁽⁴¹⁾ Cf. a este respeito KÖHLER, *Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis*, 1971, pág. 40.

⁽⁴²⁾ Cf. ERMAN, JZ 65, 657; contra, SOERGEL-MÜHL, 11.ª ed., 1 ao § 645 do BGB.

generalização da regra do § 645, parágrafo 1, do BGB, surgem sobretudo do facto de a segunda comissão legislativa ter recusado uma proposta que tinha tal finalidade, atendendo à deficiente delimitabilidade das «esferas» e manteve conscientemente a redacção estrita do texto legal (43). Ainda que, como sabemos, as ideias normativas dos autores da lei não sejam vinculativas para a interpretação, merecem atenção, contudo, enquanto a elas subjazem considerações racionais. Por isso, o Supremo Tribunal Federal preferiu em dois acórdãos (44), em vez de uma generalização da regra num princípio de repartição do risco segundo as esferas de influência de que procede o respectivo inconveniente, estender a regra do § 645, parágrafo 1, do BGB, somente pela via da analogia particular, a determinadas hipóteses legais delineadas em pormenor (45).

No primeiro caso, o autor que reclamava a compensação tinha construído um celeiro para o réu. O réu introduziu feno no celeiro não totalmente acabado, e consequentemente ele ardeu. O Supremo Tribunal Federal declarou que a aplicação analógica do § 645 era justificada «quando uma actuação do dono da obra a colocou num estado ou situação que acarretou um perigo para a obra e foi causa de uma perda definitiva». Uma tal situação de facto aproxima-se das hipóteses reguladas na lei, na medida em que o próprio dono da obra ocasionou com a sua actuação, ainda que não culposamente, a perda da obra. No segundo caso tratava-se de um contrato que o autor tinha celebrado com uma agência de viagens relativo a uma viagem de avião a Tenerife para ele e a sua filha, por um preço global. O réu não pôde fazer a viagem porque, em consequência de alguns casos de varíola surgidos na Alemanha, foi exigida pelas autoridades espanholas uma vacina anti-varíola que, segundo prescrição médica, não podia fazer-se a uma filha do réu, de quatro anos. O Supremo Tribunal Federal aplicou também aqui, analogicamente, o § 645, parágrafo 1, do BGB, porque a prestação do comissário - a realização da viagem - havia de ser efectuada com a ajuda da pessoa do comitente e dos membros de sua família. «Também aí pareceu adequado que o comitente

(43) Cf. a este respeito, KÓHLER, *ob. cit.*, pág. 37.

(44) BGHZ 40, 71; JZ 73, 366 (com anotação de MEDICUS).

(45) Concordando com este procedimento, MEDICUS, *ob. cit.*; também KÓHLER, pág. 47 (nota 131).

suportasse a responsabilidade de que a pessoa para quem ou com cuja colaboração se houvesse de realizar a tarefa estivesse também em condições disso, quer dizer, fosse idónea». O Supremo Tribunal Federal equipara portanto aqui, por via da analogia, a ausência de idoneidade para a viagem da pessoa acompanhante, que devia serposta à disposição pelo comitente, à ausência de idoneidade do material que ele deveria fornecer. Do ponto de vista valorativo não é possível estabelecer aqui uma distinção. Mas fica por ver se a aplicação analógica a factos sempre novos não há-de conduzir finalmente a jurisprudência a um reconhecimento de um «princípio geral» de repartição do risco segundo as esferas de influência (46).

De resto, nem sempre é necessária uma «analogia geral» para a descoberta de um princípio geral. De vez em quando é suficiente esclarecer a *ratio legis* subjacente a uma disposição legal particular, assim como saber que esta *ratio legis* se refere a um âmbito de casos mais amplo do que o mencionado na lei. Quem considere expressado no § 645, parágrafo 1, do BGB, um princípio jurídico geral de repartição do risco segundo as esferas de influência, procede assim. Para esse efeito há que considerar, decerto com cuidado, se a restrição do âmbito de casos indicados na lei (quiçá, ampliado a alguns casos análogos) tem um fundamento racional e pode ser justificada do ponto de vista valorativo. Como exemplo de uma generalização justificada pode servir a jurisprudência sobre o § 254, parágrafo 1, do BGB. Segundo esta disposição, há lugar a uma repartição de danos entre o causador do dano obrigado ao resarcimento e o lesado e, nomeadamente, segundo as circunstâncias do caso, quando concorreu para a produção do dano uma «culpa do lesado». O facto de que, segundo a lei, só a «culpa» do lesado deve fundamentar uma co-responsabilidade pela produção do dano e, com isso, uma diminuição e até a extinção da sua pretensão de indemnização, comprehende-se porque, segundo as ideias dos autores da lei, também o dever de indemnização do lesante só podia ser fundamentado por meio de uma culpa. É que eles não conheciam ainda a responsabilidade pelo risco como um princípio de responsabilidade autónomo. Por isso, só consideraram razão suficiente de

(46) A este respeito, o meu *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. II, 1, 13.^a ed., § 53, III a.

uma responsabilidade por danos, tanto do lesado como do lesante, uma culpa. Logo que a responsabilidade pelo risco foi conhecida como um princípio autónomo de responsabilidade, não se pode manter a limitação a uma «culpa» do lesado. Por isso, a jurisprudência admite hoje que também pode fundamentar a co-responsabilidade do lesado segundo o § 254 do BGB nos casos em que este teria de responder, se por este motivo houvesse sido lesado o outro segundo as regras da responsabilidade pelo risco. Isto vale também quando existe culpa do lesante⁽⁴⁷⁾. Por essa razão, a jurisprudência infere hoje do § 254, parágrafo 1, do BGB o princípio jurídico geral de que uma reparação de danos, segundo esta disposição, deve ter lugar sempre que da parte do lesado tenha contribuído uma circunstância para a produção do dano, a qual, segundo as regras do nosso Direito da responsabilidade civil, o torna responsável por um dano por ele causado. A esta circunstância pertence também o risco coadjuvante da coisa ou do serviço que, segundo as regras da responsabilidade pelo risco, pode fundamentar um dever de indemnização. Mediante esta generalização da regra do § 254, parágrafo 1, do BGB, integra-se uma lacuna da lei que surgiu posteriormente com o desenvolvimento da responsabilidade pelo risco.

Numa relação muito próxima com a analogia está o denominado *argumentum a majore ad minus*⁽⁴⁸⁾. Este diz: se, segundo uma disposição legal, para a previsão A vale a consequência judicial C, então esta tem que valer «por maioria de razão» para a previsão B, semelhante àquela, pois a *ratio legis* da regra legal atende à previsão B ainda em maior medida. O Supremo Tribunal Federal serviu-se deste argumento em conexão com a indemnização por uma intromissão contrária ao Direito, mas sem culpa, do poder estadual, que nos seus efeitos se equipara a uma expropriação (conforme ao Direito)⁽⁴⁹⁾. É obrigatório, diz, «tratar como uma expropriação as intromissões, não conformes ao Direito, do poder estadual na esfera jurídica de um indivíduo, quando

(47) Cf. BGHZ 6, 319; 20, 259. A propósito ESSER, *Schuldrecht*, vol. I, 4.ª 00., § 47, IV; o meu *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. I, 13.ª 00., § 31 1b.

(48) Sobre a estrutura lógica deste argumento, cf. KLUG, *ob. cit.*, pág. 146 e segs.; sobre o exemplo acima referido, cf. pág. 150.

(49) BGHZ 6, 270, 290.

aquelhas, no caso da sua permissibilidade legal, hajam de representar, tanto pelo seu conteúdo como pelos seus efeitos, uma expropriação, e quando no seu efeito real tenham imposto um sacrifício real à pessoa afectada... A ideia fundamental decisiva para a outorga de uma pretensão de indemnização, no caso de uma intromissão do Estado não conforme ao Direito que para o indivíduo afectado equivale nos seus efeitos a uma expropriação, dá-se pelo menos em igual medida que no caso de expropriação conforme ao Direito, quer dizer, legalmente permitida». O *argumentum a majore ad minus* está expresso nas palavras «pelo menos em igual medida». CANARIS⁽⁵⁰⁾ serve-se deste argumento em conexão com os casos de estado de necessidade. Segundo o § 904 do BGB, a intervenção numa coisa alheia é permitida, quer dizer, não é contrária ao Direito, quando é necessária para evitar um perigo presente e o dano eminentemente desproporcionadamente maior em comparação com o dano que se causa ao proprietário com a intervenção. O proprietário pode, contudo, exigir resarcimento do dano que se lhe causa. Se alguém, numa situação comparável ao estado de necessidade, lesa, não a propriedade, mas o corpo ou lesa a saúde de outrém, que por sua vez não participou na produção da situação de perigo, então o lesado tem que poder exigir indemnização pelo dano, mesmo quando a actuação do lesante esteja justificada por um «estado de necessidade supralegal»; é que, diz CANARIS, «se já o titular de meros valores patrimoniais tem a pretensão de indemnização face àquele que obteve um benefício, como compensação da obrigação de suportar uma intromissão, isso tem que valer, pelo menos na mesma medida, quando alguém tem que suportar a intromissão num bem jurídico pessoal. Do mesmo modo, tem que poder exigir indemnização se a actuação do lesante não estava justificada (por um estado de necessidade supralegal), mas só estava desculpada (por exemplo, porque ele não podia aperceber-se da situação). É que, diz de novo CANARIS, «se já numa intromissão conforme ao Direito, existe uma pretensão com base numa situação de estado de necessidade, tanto mais tem que valer esta a propósito de um agir contrário ao Direito, embora sem culpa». Tem que valer «por

(50) Em JZ 63, 655, 658. Cf. também o seu livro *Die Feststellung Von Lücken im Gesetz* pág. 78 e segs.

maioria de razão» porque os motivos para a outorga de uma pretensão são aqui, todavia, mais fortes. A verdadeira justificação do *argumentum a majore ad minus* radica, do mesmo modo que a do argumento de analogia, no imperativo de justiça de tratar igualmente hipóteses que, do ponto de vista valorativo, são iguais, sempre que não seja imposto pela lei, ou esteja justificado por razões especiais, um tratamento desigual.

À analogia e ao *argumentum a majore ad minus* contrapõe-se o *argumento a contrario*, o argumento pela inversa. Este diz: precisamente porque a lei ligou a consequência jurídica C (só) à previsão A, aquela não vale para outras previsões, mesmo quando estas devessem ser semelhantes a A. É óbvio que esta conclusão só está justificada quando a regra legal contém expressamente, ou ao menos segundo o sentido, a palavra «só», posta aqui entre parêntesis; quer dizer, se a restrição da consequência jurídica C foi requerida claramente pelo legislador precisamente para a previsão A ou é obrigatoria segundo a teleologia da lei. Se é este o caso há-de averiguar-se em primeiro lugar pela via da interpretação. De modo algum deve simplesmente pressupor-se; se a regra legal não se entender no sentido de que a consequência jurídica só deve sobrevir nos casos por aquela assinalados, então o argumento pela inversa é já logicamente defeituoso, como demonstrou U. KLUG (51). Mas se o argumento pela inversa depois se mantiver, então exclui-se deste modo, por regra, não só uma analogia, mas também a existência de uma lacuna da lei. Pois as mais das vezes não existe uma interpretação da regulamentação legislativa «contrária ao plano» ou admissível segundo a teleologia da lei (52).

É também possível, no entanto, que um legítimo argumento pela inversa torne pela primeira vez visível uma lacuna da lei, que logo tem que ser integrada por meio de outras considerações. No § 306 do BGB diz-se que um contrato dirigido a uma prestação impossível é nulo. Diferentemente do § 274, parágrafo 2, do BGB, a lei não equiparou aqui a insolvência do devedor à impossibilidade. Mas do § 275 do BGB tem de inferir-se que a lei

(51) Cf. KLUG, *ob. cit.*, pág. 145 e segs.

(52) Assim também CANARIS, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, pág. 44 e segs.

distingue os dois conceitos. Tão-pouco se pode aceitar que os autores da lei tivessem que esquecer esta sua distinção na redacção do § 306 do BGB e houvessem entendido aqui a impossibilidade da prestação num sentido que abarcasse a insolvência do devedor. Mas o argumento pela inversa é legítimo pois que uma insolvência desde o início do devedor em relação à prestação não torna nulo o contrato, diferentemente da impossibilidade. Mas como o credor, quando o devedor é insolvente para a prestação, não pode conseguir esta na sua forma original, pergunta-se que direitos pode ele fazer valer agora face ao devedor em virtude do contrato válido se, por exemplo, pretender uma indemnização pelo dano causado à confiança ou ao interesse no cumprimento. Que a lei não contenha disposição alguma a esse respeito é uma lacuna de regulação legal, que não existiria se o argumento pela inversa não estivesse legitimado pelo § 306 do BGB para o caso de insolvência inicial. De que modo há-de integrar-se esta lacuna não vem agora ao caso expor (53).

A questão de se uma regra legal permite um argumento pela inversa ou se, quando isso não acontece pode oferecer as bases para um argumento de analogia - uma analogia particular ou, em conexão com outras regras, uma analogia geral -, para um *argumentum a majore ad minus* ou para reconhecer um princípio jurídico geral já não é, por conseguinte, uma questão de lógica formal, mas da teleologia da lei e da valoração aí expressa, quer dizer, da *ratio legis* (54). Mas a decisão a favor de uma ou outra opção de nenhum modo é, como poderia parecer numa consideração superficial, para deixar à apreciação subjectiva de quem em cada caso julga, antes há-de fazer-se prudentemente com os meios do pensamento orientado a valores, o pensamento teleológico.

c) A integração de lacunas «ocultas», em especial por redução teleológica

Qualificámos de lacuna «oculta» o caso em que uma regra legal, contra o seu sentido literal, mas de acordo com a teleologia

(53) Cf. a esse respeito o meu *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. I, 14. a 00., § 8, 11.

(54) Assim também ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 7.ª 00., págs. 149, 287, nota 166c.

imanente à lei, precisa de uma restrição que não está contida no texto legal. A integração de uma tal lacuna efectua-se acrescentando a restrição que é requerida em conformidade com o sentido. Visto que com isso a regra contida na lei, concebida demasiado amplamente segundo o seu sentido literal, se reconduz e é reduzida ao âmbito de aplicação que lhe corresponde segundo o fim da regulação ou a conexão de sentido da lei, falamos de uma «redução teleológica»⁽⁵⁵⁾. É também usual o termo «restrição»⁽⁵⁶⁾. A redução teleológica comporta-se em relação à interpretação restritiva de modo semelhante à analogia particular em relação à interpretação extensiva. O âmbito de aplicação da norma umas vezes reduz-se mais do que indica o limite que se infere do sentido literal possível e outras vezes amplia-se. Em ambos os casos, trata-se de uma continuidade de interpretação transcendendo o limite do sentido literal possível. Como este limite é «fluido», pode ser duvidoso, no caso particular, se se trata ainda de uma interpretação restritiva ou já de uma redução teleológica. A jurisprudência fala, não raras vezes, de interpretação restritiva - certamente a fim de dar, deste modo, a impressão de maior «fidelidade à lei» - , quando na realidade já não se trata de interpretação, mas de uma redução teleológica. Mas se a redução está estritamente dirigida à própria teleologia da lei e se se têm em conta as barreiras nela estabelecidas, que ainda havemos de mencionar, então não é menos «fiel à lei» do que qualquer interpretação teleológica.

Assim como a justificação da analogia radica no imperativo de justiça de tratar igualmente os casos iguais segundo o ponto de vista valorativo decisivo, também a justificação da redução teleológica radica no imperativo de justiça de tratar desigualmente o que é desigual, quer dizer, de proceder às diferenciações requeridas pela valoração. Estas podem ser exigidas ou pelo sentido e escopo da própria norma a restringir ou pelo escopo, sempre que seja prevalecente, de outra norma que de outro modo não seria atingida, ou pela «natureza das coisas» ou por um princípio

(55) Pormenoradamente a este respeito, BRANDENBURG, *Die teleologische Reduktion*, 1983.

(56) Assim, ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil*, 15.ª ed., § 59.

imanente à lei prevalecente num certo grupo de casos. Assim como, de vez em quando, pode resultar da lei uma proibição de analogia - a saber, quando a regulação legal pretende ser exaustiva, quer dizer, que está justificado um argumento *a contrario* - , também o pode uma proibição de redução teleológica e isto, na verdade, quando um interesse preponderante de segurança jurídica exige manter o limite do sentido literal possível. Se é este o caso, há-de indagar-se, uma vez mais, em primeiro lugar, pela via da interpretação⁽⁵⁷⁾.

O exemplo na verdade mais impressivo de uma redução teleológica em consonância com o escopo do próprio preceito a restringir é dado pela redução - defendida neste livro desde a sua primeira edição, e agora levada a cabo também pelo Supremo Tribunal Federal⁽⁵⁸⁾ - do § 181 do BGB, para os negócios de um representante legal realizados consigo mesmo que, pela sua natureza, apenas trazem uma vantagem jurídica ao representado, em especial, portanto, as doações feitas a um incapaz pelo representante legal, que este, ao mesmo tempo, aceita para aquele. Segundo o seu sentido literal, o § 181 do BGB opõe-se à validade de um tal negócio jurídico, porque não entra em consideração uma «autorização» do representado ao representante legal e o negócio jurídico não consiste exclusivamente na satisfação de uma obrigação do representante. A invalidade do negócio jurídico não é, no entanto, adequada, e mais, contradiz precisamente o fim do § 181 do BGB, pois que prejudica o representado. É que este fim consiste, em primeira linha, em proteger o representado de que, em virtude de uma colisão de interesses existente entre ele e o representante, este realize um negócio jurídico consigo mesmo, com eficácia para o representado, que o beneficie e prejudique o representado. Se no caso concreto existe ou não de facto um prejuízo para o representado, não deve, segundo a lei, ter importância; esta dispõe, de modo geral, no interesse da segurança jurídica, quer dizer de facilitar o conhecimento e evitar as dificuldades de prova, que, à parte as exceções mencionadas, o negócio consigo mesmo é nulo. Por causa desta redacção abstracta da

(57) Cf. a este respeito, CANARIS, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, pág. 192 e segs.

(58) BGHZ 59, 236.

disposição — quer dizer, prescindindo de um prejuízo concreto ou só de um perigo do interesse do representado —, escolhida em atenção à segurança jurídica, a jurisprudência e uma grande parte da literatura⁽⁵⁹⁾ viram nela, durante largo tempo, um «preceito formal de ordem», que haveria de interpretar-se «estritamente». Quer dizer, inferiram da redacção do preceito, atendendo ao interesse de segurança que está por detrás dele, uma proibição de redução. Não obstante, uma tal proibição de redução não há-de estender-se mais do que exige a segurança jurídica a ela subjacente. Seria, portanto, seguramente inadmissível restringir a proibição de autocontratação, expressa no § 181 do BGB, àqueles casos em que concretamente se pode demonstrar que o interesse do representado foi, pelo menos, posto em perigo. Mas é diferente se, num determinado grupo de casos, não pode em geral sobrevir um tal perigo. Contudo, isto acontece quando o negócio pode, pela sua natureza, trazer unicamente uma vantagem jurídica ao representado (60). A questão de se um negócio, pela sua natureza, pode trazer «unicamente uma vantagem jurídica» ao representado é muito mais fácil e, para negócios típicos de tal espécie, pode ser respondida com mais segurança do que a questão de se num caso concreto existe a possibilidade de uma colisão de interesses e, simultaneamente, de um perigar de interesses. A insecuridade que subsiste em relação a esta pergunta não é maior do que em relação a qualquer questão de interpretação e pode, por isso, ser tomada em conta. Portanto, a redução teleológica do § 181 do BGB é, no âmbito indicado, não só lícita como obrigatória, para evitar resultados contrários ao sentido e ao fim (61).

Ü Supremo Tribunal Federal efectuou uma redução teleológica do § 181 do BGB também para o caso em que o único sócio de

(59) Cf. BÜEHMER, *Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung II*, 2, págs. 48 e segs., 66.

(60) A questão de saber quando é que um negócio jurídico traz unicamente uma vantagem jurídica para o representado poderia ser aqui respondida do mesmo modo que em relação ao § 107 do BGB. Cf. a propósito, *supra*, pág. 467, assim como STÜRNER, *AcP*, vol. 173, pág. 442 e segs.

(61) Neste sentido agora W. BLOMEYER, *AcP* 172, 1; GIESEN, *JR* 73, pág. 62; SOERGEL-SCHULTZE-von LASAULX, anotação 27, THIELE in: *MünchKomm*, anotação 9 ao § 181 do BGB; PALANDT-HEINRICH, 4a ao § 181.

uma sociedade de responsabilidade limitada realiza, como representante daquela, um negócio jurídico consigo mesmo (62). Posto que o interesse do sócio único, argumenta, se identifica sempre com o da própria sociedade, não existe aqui, em geral, o perigo de um conflito de interesses e ao mesmo tempo um prejuízo de uma parte em benefício de outra. GIESEN (63) advertiu que a resolução não é isenta de problemas porque, mediante tais negócios, poderiam ser afectados os interesses de um terceiro, a saber: do credor da sociedade ou do sócio único, que o § 181 do BGB quereria igualmente proteger. Entretanto, decidiu o legislador que o § 181 do BGB é de aplicar nestes casos (64).

Um novo exemplo de uma redução teleológica, que é exigida pelo sentido e escopo do preceito em causa, é oferecido pelo acórdão do Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre o § 400 do BGB (65). Segundo esta disposição, é ilícita a cessão de um crédito impenhorável. O Supremo Tribunal Federal restringiu a disposição para o caso em que os direitos de pensão por acidente em relação ao lesante sejam cedidos a um terceiro pelo detentor do direito — por exemplo, ao seu patrão que, sem a tal estar obrigado, lhe garante, com intenção de assistência, as importâncias correspondentes. A cessão, contra o sentido literal possível do § 400 do BGB, é eficaz quando se efectua ou depois da aceitação de cada pagamento *ou*, decerto, de antemão, mas condicionada a cada pagamento. Que aqui se trata de uma redução teleológica expressa-se muito claramente nas seguintes frases da fundamentação do acórdão: «O que há-de conseguir-se, para o caso normal, segundo a vontade do legislador, mediante a proibição da cessão, nos termos do § 400 do BGB — a saber, o asseguramento do necessário sustento do titular da pensão — pode conseguir-se aqui, excepcionalmente, apenas mediante a permissão da cessão. Contra o, em si claro, teor literal do § 400 do BGB há-de afirmar-se esta possibilidade, tomando-se a precaução que requer uma tal restrição de uma norma proibitiva, porque, de

(62) *BGHZ* 56, 97.

(63) Em *JR* 71, pág. 505.

(64) Cf. o § 35, IV da Lei das Sociedades Comerciais de Responsabilidade Limitada, modificada pela lei de 4.7.1980.

(65) *BGHZ* 4, 153, 160; 59, 115.

outro modo, o fim prosseguido pela lei de proteger o titular da pensão haveria de converter-se no contrário». O Supremo Tribunal Federal sublinhou também aqui, com razão, que não devena fazer-se depender a observância da proibição legal, que pretende evitar, de modo geral, um tal perigo para o sustento do titular do crédito impenhorável, da análise de se no caso concreto existe ou não um perigo. Mas, sempre que o titular de pensão receba efectivamente de um terceiro os pagamentos correspondentes, já não existe, segundo o escopo do preceito, inconveniente algum em permitir a cessão do direito à pensão, pois, com isso, o titular da pensão nunca ficará em pior situação pela cessão da pensão, mas, por via de regra, mesmo em melhor situação do que se apenas contasse com fazer valer o seu crédito de pensão contra o causador do dano. Mas sem uma cessão do dílfeito à indemnização, um terceiro, disposto por si a prestar auxílio, não estaria propenso, com frequência, a efectuar voluntariamente pagamentos. Por outro lado, existe também, no caso de penruassao da cessão, uma maior garantia de que o causador do dano se não liberte, mas que, em caso de tal ser necessário, seja accionado pelo terceiro. A permissão da cessão dos direitos de pensão para o caso do pagamento voluntário conduz, portanto, sob todos os pontos de vista, a um resultado razoável, que está em plena consonâcia com o sentido e escopo do § 400 do BGB.

Como exemplo daqueles casos em que a «redução teleológica» é obrigatoria porque, com isso, pode alcançar-se o escopo de uma outra norma, há-de mencionar-se a não aplicação do § 139 do BGB nos casos em que a nulidade de uma cláusula contratual particular tem precisamente por fim manter as vantagens do contrato para a parte contratante em benefício da qual foi estipulada. São aqui chamados os preceitos dos §§ 443, 476, 540 e 637 do BGB. Se se aplicasse aqui o § 139, com a consequência de que então todo o contrato seria nulo, a parte protegida haveria de perder também todas as vantagens procedentes do negócio, o que muitas vezes haveria de converter o efeito pretendido pelo preceito protector no seu contrário (66). A regra do § 139 carece aqui de uma restrição. Para mais, podem recordar-se aqui os casos anteriormente mencionados (caps. III e IV), em que a doutrina

(66) Cf. a propósito o meu *Lehrbuch des Allgemeinen Teils*, 7.ª ed., § 23, II d.

dominante restringe a aplicação do § 823 do BGB, que considera suficiente qualquer culpa para o surgimento de um dever de indemnização por facto ilícito próprio, em benefício, portanto, dos preceitos concorrentes do Direito dos contratos que, excepcionalmente, requerem uma culpa qualificada. A regra do § 167, parágrafo 2, do BGB, segundo a qual a outorga de poderes não carece da forma que está prevista para o negócio jurídico a que o poder se refere, é restringida para aqueles casos em que a forma há-de desempenhar particularmente uma função de advertência e confere os poderes irrevogavelmente ou está ligada à permissão do negócio consigo mesmo (67). A função de advertência da forma não teria efeito nestes casos se o requisito da forma não fosse extensivo à outorga de poderes.

Como demonstra o último exemplo, a restrição de uma norma pela via da sua redução teleológica vai amiúde acompanhada da ampliação do âmbito de aplicação de outra norma. Inversamente, a ampliação de uma norma legal restritiva por via de analogia significa uma restrição contida na norma por ela restringida, que vai mais além da restrição contida na lei. Assim, na aplicação analógica do § 645 do BGB a casos distintos dos aí assinalados existe uma restrição maior que a do § 644, em consequência do qual o empresário suporta, em princípio, o risco da compensação até à recepção da obra. A aplicação analógica do § 645 tão-pouco se frustra, por exemplo, pelo facto de este preceito representar uma «excepção» em relação ao § 644. É a própria lei que dá a conhecer que o princípio do § 644 não pode valer sem excepção; o § 645 tão-pouco se há-de entender de tal modo que o legislador houvesse encontrado uma regulação que excluisse os casos em que fosse permitida uma repartição do risco, desviando-se do princípio do § 644 do BGB. Quer dizer, neste caso analogia e redução teleológica complementam-se (68).

A doutrina e a jurisprudência efectivaram uma restrição do âmbito de aplicação dos preceitos do BGB sobre as consequências da nulidade ou da anulação de negócios jurídicos, entre outros,

(67) Cf. o meu *Lehrbuch des Allgemeinen Teils*, 7.ª ed., § 31, II in fine.

(68) Cf. também CANARIS, ob. cit., pág. 87 e segs

para os contratos de sociedade, sempre que a sociedade já tenha iniciado a sua actividade ou, se se trata de uma sociedade comercial, tenha sido inscrita no registo comercial (69). Isto acontece, em parte, em atenção ao interesse de terceiros que, confiando na existência da sociedade, estabeleceram relações negociais com ela, e em parte, no interesse de facilitar a liquidação de uma sociedade viciada. Pode duvidar-se se aqui se trata ainda de um desenvolvimento do Direito imanente à lei ou já de um desenvolvimento do Direito superador da lei, que em parte se funda no princípio - que, certamente, carece de concretização - de protecção da confiança no tráfego jurídico-negocial e em parte numa necessidade de clareza e segurança jurídicas e, sempre que a liquidação seja duvidosa, na natureza das coisas (70). A redução teleológica das regras da nulidade e anulação é acompanhada também aqui de uma aplicação analógica de outras regras, por exemplo, as relativas à denúncia independentemente de prazo das relações obrigacionais duradouras ou sobre a acção judicial de dissolução da sociedade comercial aberta.

De vez em quando, a restrição de um preceito legal consegue-se também pela via de que a norma restritiva é achada com auxílio da concretização de uma pauta cujo conteúdo precisa de ser preenchido, como a da «boa-fé». Assim, a jurisprudência restringe o § 125 do BGB, que estabelece a nulidade de um negócio jurídico por falta de forma, mediante o princípio do § 242 do BGB (71). Isto é controverso porque no § 125 do BGB trata-se de um preceito que em princípio há-de ser aplicado estritamente, no interesse da manutenção da forma legalmente prescrita. De modo algum se trata de restringir, caso a caso, a obrigatoriedade de forma com base no princípio da boa-fé. Unicamente para certos grupos de casos, a assinalar rigorosamente, em primeiro

(69) Cf. a este respeito, em especial RGZ 165, 193; BGHZ 3, 285; 11, 190; 44, 235; ERMAN, *Personalgesellschaften auf mangelhafter Vertragsgrundlage*, 1947; SIEBERT, *Faktische Vertragsverhältnisse*, 1958; HUECK, *Das Recht der OHG*, 4. a ed., § 7; SOERGEL-HEFERMEHL 35; STAUDINGER-DILCHER, 35 em relação ao § 116 do BGB.

(70) Cf. a propósito *infra*, sob 4 b.

(71) Cf. a este respeito o meu *Lehrbuch des Schuldrechts*, 14. a ed., § 10, ill; criticamente, contudo, CANARIS, *Die Vertrauenschaft im deutschen Privatrecht*, pág. 274 e segs.

lugar para os casos em que a parte que agora invoca a falta de forma havia dolosamente impedido a observância da forma, está justificada a redução teleológica, atendendo ao princípio jurídico material prevalecente do § 242 do BGR. Na maior parte dos restantes casos cabe prevalência à observância dos preceitos relativos à forma, que de outro modo não pode ser assegurada (72). Trata-se a esse respeito de saber até que ponto cabe a prevalência ao princípio geral ou ao fim especial da norma do § 125 do BGB. Devido à dimensão ética do princípio, terá que se lhe reconhecer prevalência, já que, doutro modo seria recompensada pela lei uma conduta contrária à boa-fé.

Um outro exemplo de redução teleológica exigida por um princípio imanente à nossa ordem jurídica é oferecido por CANARIS (73). Segundo o § 54, segundo período, do BGB, aquele que actua responde também pessoalmente por um negócio jurídico concluído em nome de uma associação sem personalidade jurídica. Segundo o sentido literal da lei, isto vale também quando quem actua por conta da associação tem capacidade negocial limitada. Que em tal caso os membros da associação estão obrigados, resulta do § 125 do BGB. Mas a responsabilidade subsidiária daquele que actua para a associação nos termos do § 54, segundo período, contradiz num tal caso o princípio, amplamente realizado na lei, da tutela de quem não tenha plena capacidade negocial contra as consequências desfavoráveis dos seus próprios actos jurídicos-negociais. Este princípio merece atenção também aqui, como acertadamente observa CANARIS, e requer, por isso, uma restrição correspondente do § 54, segundo período, do BGB, pela via da sua redução teleológica.

WOLFFERS (74) dá nota de um caso, aqui pertinente, da jurisprudência do Tribunal Federal Suíço. Segundo o Direito suíço, o juiz

(72) Na opinião de GERNHUBER (*Festschrift für Schmidt-Rimpler*, pág. 151 e segs.) toda a restrição ao § 125 do BGB com fundamento no princípio do § 242 é «contra legem», pois o teor literal e a valoração do § 125 do BGB são «inequívocos» e opõem-se a toda a «diluição por meio do § 242». Não obstante, GERNHUBER considera justificada também, dentro de certos pressupostos, uma manifesta resolução «contra legem» (pág. 169 e segs.).

(73) *Ob. cit.*, pág. 104.

(74) WOLFFERS, *Logische Grundformen der juristischen Interpretation*, 1971, pág. 30.

penal pode em caso de condenação de um arguido por difusão de objectos pornográficos «destruir» estes. No caso em questão tratava-se de relevos e estampas japoneses, artisticamente valiosos. O Tribunal Federal foi de opinião que neste caso destruir era ir demasiado longe, considerando o alto valor artístico. O escopo do preceito seria satisfeito se elas fossem cedidas a um museu com a imposição de as tomar acessíveis apenas aos entendidos em arte. WOLFFERS considera isto como uma interpretação do termo «destruir», e na verdade o Tribunal Federal interpretou-o atendendo ao princípio da proporcionalidade. Mas um tal significado situa-se muito para além do sentido literal possível. O tribunal não interpretou a lei, mas corrigiu-a pela via de uma redução teleológica, atendendo ao princípio da proporcionalidade.

d) Outros casos de correcção teleologicamente fundamentada do texto legal

A analogia, a resolução com base num princípio achado pela via da generalização de uma regra e a redução teleológica representam uma correcção do, em parte demasiado estrito, em parte demasiado amplo, teor literal da lei, conforme à *ratio legis* e à teleologia própria da lei; representam, por conseguinte, um «desenvolvimento do Direito imanente à lei». De vez em quando, uma tal correcção do teor literal da lei ocorre ainda de outro modo. Os casos em que o teor literal demasiado estrito é ampliado, sem que por isso se trate de uma analogia, podem denominar-se, com CANARIS⁽⁷⁵⁾, de casos de «extensão teleológica». A seu lado hão-de colocar-se aqueles casos em que o teor literal, em si contraditório, de uma disposição é rectificado pela jurisprudência de acordo com o seu escopo.

No seguinte caso, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, trata-se de uma «extensão teleológica»⁽⁷⁶⁾: os réus eram responsáveis por um acidente que tivera por consequência a morte do marido da autora. Por isso deviam-lhe, segundo o § 844, parágrafo 2, do BGB, indemnização por danos, mediante o pagamento

de uma pensão pecuniária para o sustento e, certamente, por tanto tempo «como o *de cuius* durante a sua suposta vida estaria obrigado a garantir-lhe alimentos». A autora exigia dos réus uma pensão que ultrapassava esse momento. Aduzia que, devido à morte prematura do seu marido por acidente, tinha sido privada da pensão da Segurança Social, que, doutro modo, obteria em virtude dos pagamentos de quotas que o seu marido teria continuado a pagar à Segurança Social. O sentido literal do § 844, parágrafo 2, do BGB não inclui esta pretensão, como também reconheceu o Supremo Tribunal Federal, pois limita claramente o direito a uma indemnização por danos em razão da privação de alimentos à presumível duração da vida do *de cuius*. Não obstante, o Supremo Tribunal Federal reconheceu à autora o direito, por estar justificado «por uma interpretação que decorre do sentido e escopo do § 844, parágrafo 2, do BGB», de adjudicar à viúva também «este dano subsequente de privação da prestação de alimentos». O Supremo Tribunal Federal considerou «dano subsequente de privação de alimentos» por parte do marido a ausência de uma pensão de velhice da mulher, porque o marido, devido ao seu dever de alimentos, estaria obrigado em relação à mulher a efectuar o pagamento de quotas para lhe proporcionar a pensão de velhice. Devido à sua morte prematura, aquele não pôde efectuar os pagamentos de quotas e, assim, cumprir o seu dever de cuidar dos alimentos da sua mulher depois da sua morte. A este respeito, os réus haveriam de responder segundo o sentido e escopo do § 844, parágrafo 2, do BGB. Efectivamente em casos como este não só se privou de alimentos a viúva do *de cuius* em consequência da morte prematura do marido, que de outro modo dele os receberia durante a presumível duração da sua vida, mas, além disso, também o sustento que, mercê do pagamento de quotas que ele continuaria a efectuar, haveria de reclamar da Segurança Social, depois da sua morte mais tardia. O não surgimento deste direito é uma consequência indirecta da morte do marido. Se, como a lei prevê, o responsável pela morte deve subrogar a pessoa obrigada a alimentos na prestação de alimentos de que alguém foi privado em consequência da morte, isto tem que valer também, numa tal configuração do caso, para o tempo subsequente ao momento em que presumivelmente viesse a ocorrer a morte da pessoa obrigada a alimentos. É evidente que o legislador não pensou numa tal configuração do caso. Visto o problema a partir da intenção

(75) CANARIS, *oh. cit.*, pág. 89 e segs.

(76) BGHZ 32, 246.

reguladora, existe uma lacuna na lei. O Supremo Tribunal Federal colmatou esta lacuna de modo a, numa tal configuração do caso, alargar o dever de indemnização do § 844, parágrafo 2, ao arrepio do sentido literal possível da lei, para além do tempo da presumível vida do *de cuius*, praticamente até à morte do titular do direito a alimentos. O mesmo tribunal acrescentou ao texto legal, redigido de um modo demasiado restritivo, a frase: «A viúva de um trabalhador acidentado pode exigir também indemnização por danos para o período posterior ao momento presumível da morte do marido se na sequência do falecimento precoce deste não receber qualquer pensão de viuvez do seguro de pensões»⁽⁷⁷⁾. Aqui não se trata de uma analogia simples, pois não se pode, na verdade, dizer que o caso não regulado na lei - o não surgimento de direito a alimentos face à Segurança Social - é «semelhante» ao que é regulado, «igual» a ele, em todos os aspectos essenciais para a valoração. Trata-se antes de uma hipótese legal inteiramente diferente da regulada, que, contudo, devia ter sido incluída na regulação legal para esta alcançar também o seu fim em tais casos. Apesar da desigualdade das hipóteses legais, evidencia-se aqui a mesma valoração, para evitar um prejuízo não justificado à viúva, a quem se privou, em consequência da morte de seu marido, do seu posterior direito à pensão face à Segurança Social.

Uma tal «extensão teleológica» aproxima-se, de resto, muito, nos seus efeitos, a uma analogia. Em ambos os casos se estende uma regulação a uma situação de facto que não é abrangida segundo o seu sentido literal possível. Em ambos os casos se trata da plena realização do fim da regra legal e de evitar uma contradição de valoração que não é justificável. Portanto, quando existe uma proibição de analogia, esta proibição tem que valer também em relação a uma extensão teleológica.

Uma correcção da lei justificada mediante a teleologia da lei é representada pela equiparação, já anteriormente mencionada (cap. IV, 2c), dos denominados negócios «indiferentes» de um menor aos negócios em que ele «unicamente obtém uma vantagem jurídica». Negócios «indiferentes» são aqueles que não trazem uma vantagem nem uma desvantagem jurídica ao menor que os realiza porque, em todo o caso, segundo o efeito pretendido, não

(77) Esta a tese do acórdão.

afectam o património do próprio menor mas apenas o de um terceiro. A equiparação justifica-se, em primeiro lugar, pela ideia de que um menor não necessita aqui de protecção do mesmo modo que no caso do negócio que unicamente lhe é vantajoso; em segundo lugar, também por analogia com o § 165 do BGB. Em consequência da equiparação, o teor literal do § 107 corrigir-se-á como se dissesse: «Para uma declaração de vontade mediante a qual lhe não sobrevirá qualquer espécie de desvantagem jurídica». Uma vez que mediante esta correcção se restringirá o âmbito daqueles negócios para os quais o menor, segundo o § 108 do BGB, precisa de autorização do seu representante legal, trata-se de uma redução teleológica do § 107 do BGB. Não obstante, aqui, diferentemente do caso normal de uma tal redução, não se acrescentará uma proposição restritiva à regra legal, mas é a própria regra que é concebida mais estritamente que no texto legal.

É também de um caso de correcção teleologicamente fundamentada da lei que se trata quando se determina o momento decisivo, conforme o § 419, parágrafo 1, do BGB, para a existência de direitos face ao até então titular do património⁽⁷⁸⁾. Segundo o teor literal do § 419, parágrafo 1, os credores podem «fazer valer, desde a celebração do contrato, também face ao adquirente, os direitos nesse momento existentes». Como a nossa lei não conhece nenhum acto translativo universal, pelo qual pudesse ser transmitido *inter vivos* a outrém um património na sua totalidade, é fácil supor que com «contrato», no sentido do § 419, parágrafo 1, se quer dizer o contrato obrigacional pelo qual o até então titular do património só se obriga a transferir os objectos particulares que constituem o património. Esta suposição é reforçada no § 419, parágrafo 2, em que se fala dos «direitos que cabem em virtude do contrato» ao adquirente. Os direitos só podem surgir de um contrato obrigacional, não de negócios translativos reais. Contudo, o resultado, do ponto de vista do escopo do preceito, não tem muito sentido. O preceito pretende proteger os credores do até então titular do património, que, quiçá, lhe garantiram um crédito supondo-o um homem rico, de perderem todo o anterior objecto de responsabilidade pelo facto de o devedor

(78) A este respeito, cf. o meu *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. I, 14.ª ed., § 35 II, nota 25.

ter transferido a totalidade do seu património para um terceiro. Esta ideia de protecção respeita também àqueles credores que adquirem um crédito face ao até então titular do património, certamente depois da conclusão do contrato obrigacional, de que em regra nada sabem, mas antes da *traditio* dos objectos particulares do património. Uma vez que o contrato obrigacional não afecta pois a coordenação do património, no sentido da responsabilidade civil, responde mesmo assim, em primeiro lugar, perante estes credores, o património do devedor. Não há razão alguma para colocá-los em pior situação que aqueles credores que já satisfizeram o seu crédito antes da conclusão do contrato obrigacional. A jurisprudência resolveu, por isso, em primeiro lugar, que o adquirente responde pela dívidas procedentes do até então titular do património também durante o tempo que medeia entre a conclusão do contrato obrigacional e a realização dos actos translativos reais^{(79)*}. Posteriormente restringiu isto no sentido de que o adquirente de um imóvel, para o qual está autorizada uma inscrição prévia de cancelamento, só responde pelas obrigações do até então titular do património que surgiram até à entrada do pedido de registo da inscrição prévia na Conservatória do Registo Predial⁽⁸⁰⁾. O Supremo Tribunal Federal fundamentou isto com a consideração de que a responsabilidade do adquirente pressupõe, segundo o seu sentido, que o credor tivesse podido executar o seu

(79) RGZ 130, 34.

(80) BGHZ 33, 123.

* Ao contrário do Direito português, em que o contrato de compra e venda tem eficácia obrigacional e translativa real — a propriedade transfere-se por mero efeito de contrato, sem necessidade de um acto material de tradição (princípio consensualístico) —, no Direito alemão verifica-se uma cisão entre o contrato de compra e venda (§ 433 do BGB) e a transmissão da propriedade, esta última regulada já no Direito das coisas. Assim, relativamente a coisas móveis, a transmissão opera-se mediante a entrega destas e o acordo das partes em transmitir a propriedade (§ 929 do BGB). Este acordo não está contido no contrato de compra e venda, exigindo-se um contrato real adicional (negócio de prestação = *Leistungsgeschäft*), dirigido especificamente à transmissão da propriedade. Quanto à compra e venda de imóveis, a transmissão da propriedade requer que o acordo das partes revista uma forma determinada (*Auflassung*: §§ 873 e 925 do BGB) e que se realize a inscrição no registo: a transmissão da propriedade baseia-se unicamente no contrato real (princípio da separação), que é independente na sua eficácia do contrato obrigacional que lhe serve de base (princípio da abstracção). (N. do T.).

crédito no momento do seu surgimento no património do devedor. Isso, contudo, foi-lhe ainda possível depois da conclusão do contrato obrigacional, mas relativamente a um imóvel não lhe foi já possível a partir do momento em que estava autorizada uma inscrição prévia registral de cancelamento e o pedido tenha entrado na Conservatória do Registo Predial. Isto é consequentemente pensado partindo do fim do preceito, mas não tem nenhum apoio no teor literal da disposição. Por isso, trata-se de uma correcção da lei, que vai muito para além da mera rectificação de um denominado erro de redacção. Fala-se de um «erro de redacção» quando (81) os redactores da lei escolheram ou deixaram no texto, só por equívoco, uma expressão distinta daquela que pretendiam. Aqui, em contrapartida, os autores da lei não só se equivocaram na expressão, mas, mais do que isso, não analisaram em profundidade o problema até ao fim. Não só há-de corrigir-se a expressão, mas a própria regra que não corresponde ao seu escopo.

A luz da actual concepção sobre a competência dos tribunais para o desenvolvimento do Direito, não pode haver dúvidas sobre a sua legitimidade, em princípio, para fazerem uma correcção, *teleologicamente fundamentada*, da lei. Não obstante, para isso pressupõe-se que o fim da lei está claramente averiguado e que, sem a correcção, esse fim não seria atingido numa parte dos casos e não seria possível evitar uma grave contradição de valoração ou uma clara injustiça. Este pressuposto verifica-se indubitavelmente nos casos em que se impedia o surgimento de direitos de alimentos em favor da mulher por causa da morte prematura do marido. É mais duvidoso no caso do § 419 do BGB que, para mais, é muito problemático do ponto de vista de política legislativa⁽⁸²⁾.

e) ConstatAÇÃO DE LACUNAS E INTEGRAÇÃO DE LACUNAS

A integração de uma lacuna da lei pela via das operações de pensamento descritas há-de ser precedida logicamente pela constatação de que existe uma lacuna na lei. Mas, posto que esta

(81) Cf. ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Allgemeiner TeU*, § 52, 11; ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, pág. 271, nota 221.

(82) Cf. a proposta WILBURG, in: *Festschrift für Karl Larenz*, 1973, Pág. 661.

constatação, como vimos, exige uma valoração crítica da lei segundo a pauta da sua própria teleologia e do preceito de tratamento igual daquilo que tem igual sentido, as considerações que para o efeito hão-de fazer-se aqui conduzem já também, com frequência, a integrar a lacuna. CANARIS investigou isto em pormenor (83).

A constatação da lacuna e a sua integração fundam-se nas mesmas considerações de quando achamos omitida na lei uma regra para um determinado grupo de casos que se relaciona com uma regra dada na lei para um grupo de casos que hão-de ser considerados valorativamente idênticos ou quando uma regra legal permite omitir uma restrição, exigida pelo seu sentido e fim, por uma norma de grau superior ou por um princípio imanente à lei. A regra omitida na lei é então, por sua vez, a que se há-de acrescentar para integrar a lacuna, a não ser que a ela se contraponha uma proibição de analogia ou de redução. A analogia e a redução teleológica são, portanto, operações do pensamento que não só servem para a integração de lacunas, mas também para a constatação de lacunas. Certamente que isto não é assim em todos os casos. Quando se trata da por nós denominada «lacuna normativa», a integração da lacuna não se processa já pelo facto de existirem considerações conducentes à sua constatação. Aqui não pode aplicar-se uma regra legal sem uma disposição adicional que falta. Com a constatação de que é necessária uma disposição adicional, certifica-se na verdade a existência da lacuna, mas não ainda a sua integração. O mesmo pode acontecer com uma lacuna de regulação. Da consequência jurídica da insolvência inicial do devedor em ordem à prestação só pode inferir-se negativamente da lei - pela via de um *argumentum a contrario* aqui justificado, com base no § 306 do BGB - que o contrato não é, por esse motivo, nulo. Relativamente às consequências jurídicas positivas, a lei nada contém. Mas é necessária uma disposição acerca de se o enunciado de que o contrato é válido não há-de ficar sem consequências. Trata-se aqui, como no caso das lacunas normativas, da denominada por CANARIS (84), «lacuna de denegação

(83) Na sua obra *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, 2.ª ed., 1983.

(84) *Ob. cit.*, págs. 140, 144 e segs.

de justiça»: o JUIZ tem que escolher aqui entre não aplicar uma regra legal - o que equivaleria a uma «denegação de justiça» - , ou acrescentar a disposição requerida para a aplicação da lei. Nestes casos constata-se, em primeiro lugar, só a existência da lacuna e a necessidade de a integrar - para evitar a denegação de justiça - , mas, em contrapartida, continua em aberto a questão relativa ao modo como se há-de integrar a lacuna, se mediante uma analogia, uma extensão teleológica, o recurso a um princípio ou à «natureza das coisas». A constatação da lacuna e a sua integração dependem nestes casos de dois processos de pensamento inteiramente distintos.

Mas são todas as «lacunas de denegação de justiça» susceptíveis de preenchimento de maneira metodologicamente fundamentada, quer dizer, mediante considerações baseadas em argumentos jurídicos e comprováveis? Não podemos responder a esta pergunta (85) afirmativamente, por muito desejável que isso fosse. Existem «lacunas não susceptíveis de preenchimento». Ao juiz deve certamente exigir-se a busca de uma resolução que seja ainda juridicamente fundada, tanto quanto isto seja ainda possível. Na maioria dos casos, as valorações da lei, os princípios imanentes à ordem jurídica ou, como no caso do estatuto da obrigação no Direito Internacional Privado, a «natureza das coisas», possibilitar-lhe-ão uma resposta fundamentada para a questão jurídica em aberto na lei. Diz acertadamente, a propósito, CANARIS (86): «Se a regulação jurídica requerida carece, por exemplo, de prazo, então há-de fixar-se um prazo adequado; se falta a determinação de um tipo de juro, então deve atribuir-se o tipo usual; se falta uma regulação de competência que se requer, então é competente para resolver o órgão mais próximo da matéria». Com isso, prossegue, alcança-se decerto já também o limite mais extremo; com frequência não se poderá constatar qual o órgão que é o mais próximo da matéria, ou não existem os preceitos processuais imprescindíveis. Mas também aí poderá, frequentemente, sair-se do impasse com analogias ou com o recurso aos princípios gerais de um processo próprio de um Estado de Direito. Finalmente,

. (85) Cf. sobre ela ENGISCH, *Festschrift für Sauer*, pág. 96 e segs.; *Emführung in das juristische Denken*, pág. 159 e seg.; CANARIS, *ob. cit.*, pág. 172 e segs.; SAE 1977, pág. 131.

(86) *Ob. cit.*, pág. 175 e sego

a mesma impossibilidade de integração de uma lacuna da lei por um tribunal não significa necessariamente que a este seja possível chegar a uma resolução juridicamente fundada. Supondo que uma lei dispõe que a partir de um determinado momento hão-de ser exclusivamente competentes tribunais arbitrais especiais para os litígios relativos a arrendamento, mas que o legislador omitiu depois a promulgação dos preceitos necessários para a criação destes tribunais arbitrais, então um tribunal comum que, após o momento determinado na lei, se ocupasse do litígio não poderia declarar-se incompetente, porque isso significaria uma denegação de toda a tutela jurídica. Pelo contrário, haveria de declarar a lei inaplicável até que se efectuasse a criação dos tribunais especiais nela previstos. Também isto seria uma resolução juridicamente fundamentada.

f) A integração de lacunas como contributo de conhecimento criativo

Mas se é possível aos tribunais, na quase totalidade dos casos, uma resolução fundamentada de acordo com a ordem jurídica, então a lei ainda é «lacunosa»? ZITELMANN (87) era de opinião que o juiz que decide com base numa analogia afirma com isso que a norma por ele achada pela via da analogia é já Direito vigente. Lacunosa seria não a lei, mas tão-só o nosso conhecimento da lei até esse momento. Diz-se também com frequência que só a lei ou o Direito conformado em regras podem ter lacunas, mas não o Direito como um todo de sentido (88); este conteria sempre uma norma jurídica que possibilitasse a resolução e que só não foi ainda conhecida e formulada até ao momento.

Contra esta concepção há que objectar que ela desconhece o momento criador de todo o desenvolvimento do Direito, em especial da integração de lacunas. Assim como o Direito, enquanto

(87) ZITELMANN, *Lücken im Recht*, pág. 25; seguindo-o, HERRFAHRDT, *Lücken im Recht*, 1915, pág. 74 e segs. Contra, contudo, BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, vol. IV, pág. 398.

(88) Assim, STAMMLER, *Theorie der Rechtswissenschaft*, pág. 641 e segs SAUER, *Juristische Methodenlehre*, pág. 281; ELZE, *Lücken im Gesetz*, pág. 26 e segs.

espírito objectivo, só existe, só está temporalmente presente, em virtude de aqueles a quem se dirige e que o aplicam dele terem consciência, uma norma jurídica que tem primeiro que ser achada, não existe ainda. É, em todo o caso, Direito em potência, mas não em acto, quer dizer, existente na aplicação. Converte-se em Direito em acto, vigente pelo menos factualmente (*law in action*), só quando é declarado por um tribunal e é tomado, pelo menos num caso, como fundamento da sua resolução. Se os tribunais não tivessem reconhecido nenhuma indemnização por intromissões equiparáveis ao esbulho e só objectivamente ilícitas, se não tivessem reduzido teleologicamente para determinados casos o § 181 ou o § 400 do BGB e não tivessem ampliado nem corrigido na forma descrita o § 844, parágrafo 2, do BGB, não existiriam ainda na nossa ordem jurídica as proposições jurídicas em causa. Só pelo facto de estas terem sido reconhecidas e aceites pela jurisprudência dos tribunais como necessárias para integrar uma lacuna da lei é que se converteram em parte integrante da ordem jurídica actual. É por isso inteiramente justificado falar de um desenvolvimento judicial do Direito, no sentido de uma nova criação.

Mesmo que o preenchimento inicial de uma lacuna da lei por via de uma analogia ou de uma redução teleológica seja um acto de conhecimento criativo, que, no caso de vir a achar seguidamente ulteriores, alarga a provisão da norma em vigor, ele não é, de todo em todo, um acto de estatuição do Direito, no sentido da emanação de uma lei (89). Pois que para a consciência daquele que o leva a cabo ele continua a ser um acto de conhecimento, não um acto volitivo. A proposição jurídica encontrada de novo não vale de ora em diante porque tenha sido posta em vigor pela instância competente para a estatuição do Direito, mas porque doravante venha a ser reconhecida como «correcta» e, por isso, venha a ser aplicada por um tribunal. Na medida em que aquilo que uma vez foi reconhecido como «correcto» venha a ser subsequentemente aplicado, equipara-se de ora em diante à norma constituída mediante um acto de vontade do legislador (90).

(89) Neste sentido, LESS, no seu livro *Vom Wesen und Wert des Richterrechts* e PENSKI, in: *JZ* 89, págs. 105, 144.

(90) Sobre a criação judicial do Direito, cf. MARIE LUISE HILGER, no primeiro *Festschrift für Karl Larenz*, 1973, pág. 109 e segs.

Isto só é estranho para quem se não liberte da ideia de que o «conhecimento» é sempre a reprodução na consciência cognitiva de um objecto subsistente «por si». Mas esta ideia, como nos ensina a hermenêutica⁽⁹¹⁾, é errada em relação à compreensão das obras do espírito e, em especial, no que respeita à compreensão jurídica. A ordem jurídica não existe de forma inteiramente independente do processo do compreender, mas somente no modo como, com base neste processo, se mostra em cada caso na compreensão daqueles que são chamados à sua aplicação e desenvolvimento. Isto vale não só para o Direito, mas para o entendimento de qualquer obra espiritual. O seu conteúdo de sentido tem que ser constantemente explorado, podendo para esse efeito adoptar também novos traços característicos. Isto reveste-se para o Direito de particular importância, porque nele não se trata as mais das vezes somente da compreensão mas, ao mesmo tempo, da sua realização. Assim, no conhecimento judicial, como nós denominamos também o acto de julgar, a compreensão da resolução dotada de força jurídica desemboca num acto de configuração do Direito. Nisto se baseia, como diz ENGISCH⁽⁹²⁾, «a quase singular preponderância da ciência do Direito entre as ciências da cultura, de não caminhar ao lado ou atrás do Direito, mas de poder contribuir para configurar o próprio Direito e a vida, no Direito e em subordinação ao Direito».

3. A solução de colisões de princípios e normas mediante a "ponderação de bens"

Mencionámos já, a propósito da interpretação «conforme à Constituição» (*supra*, cap. IV, 2e), que o Tribunal Constitucional

(91) Cf. a propósito *supra*, capo I, 3 c; sobre o carácter produtivo também precisamente da compreensão jurídica, GADAMER, *Wahrheit und Methode*, 3.ª ed., págs. 280,312,519; BETTI, *Allgemeine Auslegungslehre...*, pág. 640 e segs. RUPP observa (*Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre*, 1965, pág. 192) que em sentido jusfilosófico todo o conhecer é um acto de criação. Em lugar de «em sentido jusfilosófico», haveria que dizer: no âmbito cognoscitivo das ciências do espírito.

(92) *Einführung in das juristische Denken*, pág. 8.

Federal se serve do método da «ponderação de bens no caso concreto» para determinar o alcance em cada caso dos direitos fundamentais ou princípios constitucionais que colidam entre si no caso concreto. Do mesmo método se serve a jurisprudência dos tribunais, por exemplo, quando o direito geral de personalidade de alguém colide com o direito geral de personalidade ou com um direito fundamental de outrém, como também em muitos outros casos de colisão, por exemplo na questão de se existe estado de necessidade, assim como na resolução da questão sobre o que é «exigível» ou «tolerável» no caso concreto. A amplitude com que a jurisprudência dos tribunais faz uso deste método explica-se, especialmente, pela ausência de uma delimitação rigorosa das hipóteses normativas destes direitos, a não indicação de notas distintivas, em relação, por exemplo, ao que é «exigível». Os direitos, cujos limites não estão fixados de uma vez por todas, mas que em certa medida são «abertos», «móveis», e, mais precisamente, esses princípios podem, justamente por esse motivo, entrar facilmente em colisão entre si, porque a sua amplitude não está de antemão fixada. Em caso de conflito, se se quiser que a paz jurídica se restabeleça, um ou outro direito (ou um dos bens jurídicos em causa) tem que ceder até um certo ponto perante o outro ou cada um entre si. A jurisprudência dos tribunais consegue isto mediante uma «ponderação» dos direitos ou bens jurídicos que estão em jogo conforme o «peso» que ela confere ao bem respetivo na respectiva situação. Mas «ponderar» e «sopesar» é apenas uma imagem; não se trata de grandezas quantitativamente mensuráveis⁽⁹³⁾, mas do resultado de valorações que - nisso reside a maior dificuldade - não só devem ser orientadas a uma pauta geral, mas também à situação concreta em cada caso. Que se recorra pois a uma «ponderação de bens no caso concreto» é na verdade, como se fez notar, precisamente consequência de que

(93) Perante isto, têm que fracassar, em minha opinião, todos os intentos de matematizar o evento, como pretende porventura HUBMANN (no *Festschrift für Schnorr-von Carolsfeld*, pág. 173 e segs.). O próprio HUBMANN admite que o método de cálculo, por ele proposto, só pode ser aplicado quando todos os factos particulares a ter em conta foram previamente avaliados com um determinado algarismo. Mas tal avaliação é umérica de cada um dos factores continuará sendo sempre mais ou menos arbitrária.

não existe uma ordem hierárquica de todos os bens e valores jurídicos em que possa ler-se o resultado como numa tabela. Mas então trata-se realmente na «ponderação de bens» de um método, ou antes da confissão de que o juiz decide aqui sem qualquer apoio em princípios metodológicos, com base apenas em tais pautas que ele mesmo estabelece para si? Neste caso, não seriam contro-láveis as resoluções encontradas com base numa «ponderação de bens no caso concreto»; ficaria aberto um portão ao parecer sub-jectivo do juiz de cada vez que tivesse de decidir (94).

A pergunta não pode porventura ser respondida definitivamente, dado o estado actual dos conhecimentos metodológicos. Para avançar aqui resta só o caminho de ver de que espécie são as ponderações que os tribunais põem aqui em acção. Os acórdãos, tanto do Tribunal Constitucional Federal como do Supremo Tribunal Federal, oferecem a este respeito um valioso material (95).

No denominado *acórdão sobre o caso das farmácias* (96), o Tribunal Constitucional Federal tinha de resolver se o art.º 3, parágrafo 1, da lei bávara sobre a natureza das farmácias, do ano de 1952, que faz depender de certas condições a abertura de uma nova farmácia, é compatível com o art.º 2, parágrafo I, 1.º período, da Lei Fundamental, quer dizer, com o direito da livre escolha de profissão. O tribunal aduziu a este respeito, entre outras coisas: o teor literal do art.º 12.º, parágrafo 1, da Lei Fundamental pode suscitar a impressão que só pode ser restringida por lei ou com base numa lei a liberdade de *exercício* de profissão, mas não a liberdade de *escolha* da profissão. Contudo,

(94) Na opinião de FRIEDRICH MÜLLER (*Die Einheit der Verfassung*, 1979, pág. 199), a prática da ponderação de bens conduziria a «juízos de valor subjectivos de uma justiça do caso, a qual poderia ser, nos quadros do Estado de Direito, subsequentemente generalizada». «Ponderação» ofereceria «um padrão linguístico cômodo que, de modo excessivamente ligeiro, trata de passar por cima dos textos normativos em causa e dos dados linguísticos que os concretizam», bem como da consideração dos domínios normativos em questão.

(95) A este respeito, cf. também o meu artigo sobre «Aspectos metodológicos da ponderação de bens» (*Methodische Aspekte der Güterabwägung*), no *Festschrift für Ernst Klingmüller*, 1974.

(96) *BVerfGE* 7, 377.

a liberdade de profissão e o exercício da profissão não se podem separar completamente entre si, particularmente quando se trata de assumir a actividade profissional. Um preceito legal, que primariamente se apresenta como regulação do exercício da profissão, é também em princípio admissível quando tal preceito retroage indirectamente na liberdade de escolha de profissão. Isto acontece, sobretudo, quando se estabelecem condições para assumir a profissão, quer dizer, para a permissão do exercício da profissão. Isto não significa, contudo, que as faculdades do legislador relativamente a uma restrição da liberdade de escolha de profissão e de exercício de profissão sejam iguais. Pelo contrário, o legislador estará tanto mais limitado na sua faculdade de regulação quanto mais se intrometa, mediante a regulamentação do exercício da profissão, também na liberdade de escolha de profissão. O direito fundamental deverá proteger a liberdade do indivíduo, devendo, em contrapartida, a reserva de regulação assegurar uma protecção suficiente dos interesses da comunidade. A protecção da comunidade será tanto mais urgente quanto maiores forem as desvantagens e perigos que possam causar-se à comunidade com base no exercício inteiramente livre da profissão. Se se procura justificar as duas exigências, igualmente legítimas num Estado de Direito, a solução, «em cada caso só pode achar-se na ponderação cuidadosa da importância dos interesses opostos entre si e possivelmente directamente contraditórios». Se continua a defender-se a este respeito que «segundo a concepção global da Lei Fundamental, a personalidade humana livre é o valor supremo, pelo que tem de ficar garantida a maior liberdade possível também na escolha da profissão», resulta então que esta liberdade «só pode ser restringida na medida em que isso é indispensável para o bem comum». Uma regulamentação do exercício da profissão que já faz depender do cumprimento de determinadas condições a *assunção* da actividade profissional e deste modo, afecta também a liberdade de *escolha* da profissão, só se justifica «na medida em que neste modo haja de proteger-se um bem de grau superior da comunidade, o qual precede a liberdade do indivíduo». O bem da comunidade aqui em questão é a saúde pública. Esta é indiscutivelmente um bem importante da comunidade, cuja protecção poderá justificar restrições à liberdade do indivíduo; também é indiscutível que é necessária para a saúde pública uma provisão ordenada de medicamentos. A questão decisiva, por

conseguinte, era se com a supressão das restrições de estabelecimento da lei bávara sobre farmácias seria de tal modo perturbada a provisão ordenada de medicamentos que fosse de temer um risco para a saúde pública. O Tribunal Constitucional Federal respondeu negativamente a esta questão com base em explicações pormenorizadas acerca das consequências que haveriam de esperar-se, aduzindo também comparativamente nessas explicações as circunstâncias nos Estados federados em que não existem restrições de estabelecimento. O tribunal sustentou, além disso, que os perigos temidos pelo legislador a respeito da saúde pública não teriam por seu lado, de nenhum modo, a sua causa no âmbito da natureza das farmácias; mas se fosse este o caso, poder-se-ia também preveni-los por meio de uma disciplina legal no exercício da profissão que não lesasse a liberdade de assumir a actividade profissional e, com isso, a liberdade de escolha de profissão. O Tribunal Constitucional Federal sustentou, portanto, que o legislador bávaro havia ultrapassado no caso concreto os limites impostos pelo art.º 12, parágrafo 1, da Lei Fundamental, em relação a uma regulamentação do exercício da profissão; por isso, foi admitido o recurso de inconstitucionalidade.

Esta sentença dá já a conhecer alguns pontos de vista com que iremos deparar na exposição que se segue. O tribunal pondera a importância do direito fundamental à livre escolha de profissão, ao qual se atribui um grau muito elevado no quadro geral da Constituição, e o «bem comunitário de grau superior» da saúde pública, a cujo asseguramento deve servir a regulamentação legal posta em causa. Além disso, o tribunal renuncia a buscar um denominador comum para estes dois bens jurídicos que, evidentemente, não é possível encontrar. Em vez disso, procede segundo um princípio que poderia classificar-se da «restrição menor possível». As restrições do direito fundamental à livre escolha de profissão são lícitas, mas só na medida em que são necessárias, a fim de evitar um perigo sério, não evitável de outro modo, para o bem jurídico igualmente importante da «saúde pública». Este princípio representa a pauta com a qual o tribunal mede a licitude constitucional da regulação legal existente.

No acórdão Lüth (97) tratava-se da relação do direito fundamental à livre manifestação de opinião (art.º 5, parágrafos 1 e 2, da Lei Fundamental) com a protecção da actividade industrial face a um incitamento ao boicote. O Tribunal Constitucional Federal viu no § 826 do BGB, de que resulta a ilicitude de um boicote «contrário à moral», uma «lei geral» no sentido do art.º 5, parágrafo 2, da Lei Fundamental, pela qual, portanto, poderá em princípio restringir-se o direito à livre manifestação de opinião. Não obstante, a cláusula geral do § 826 do BGB deve ser por sua vez interpretada - este ponto de vista aparece aqui, pela primeira vez, na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal - «à luz da ordem de valores da Lei Fundamental». Nela assume um grau especialmente elevado o direito à livre manifestação de opinião, em atenção à sua indispensabilidade para uma democracia que funcione. Se a manifestação de opinião afecta interesses de outrém dignos de protecção, neste caso o interesse do autor no exercício sem entraves da sua actividade industrial, então requere-se uma ponderação de bens. Atribui-se a maior importância ao direito de livre manifestação de opinião sobretudo «quando não se haja de fazer uso do direito fundamental para o fim de litígios privados, mas antes quando aquele que fale quer contribuir, em primeiro lugar, para a formação da opinião pública, de modo que o eventual efeito da sua manifestação na esfera jurídica privada de outrém representa, decerto, uma consequência inevitável, mas não o objectivo propriamente dito da manifestação». Para a resolução da questão de se um incitamento ao boicote é contrário à moral haverá de atender-se, em primeiro lugar, aos motivos, ao objectivo e ao fim das manifestações; em segundo lugar, se ao perseguir o objectivo que não suscita objecções não se ultrapassou a medida do prejuízo necessário e adequado segundo as circunstâncias, dos interesses de outrém. No caso *sub judice*, o Tribunal Constitucional Federal chegou à conclusão de que nem os motivos, nem o objectivo e o fim das manifestações hão-de julgar-se, segundo a situação objectiva geral, contrários à moral; inclusivamente, as formas escolhidas para a manifestação de opinião não haviam ultrapassado o que é lícito segundo as circunstâncias. O Tribunal Constitucional Federal negou, por isso, a

(97) *BVerfGE* 7, 198.

imoralidade do incitamento ao boicote e deu, com isso, prevalência, no caso concreto, ao direito à livre manifestação de opinião. Neste acórdão é digna de nota, em primeiro lugar, a distinção que faz o Tribunal Constitucional Federal entre se a manifestação se dirige imediatamente, pelo seu objectivo e fim, contra o bem juridicamente protegido de outrem - então tem em regra prevalência, assim se tem que interpretar o tribunal, a sua protecção - ou se visa contribuir em primeiro lugar para a formação da opinião pública e o efeito desfavorável para o bem jurídico de outrem é só um efeito secundário, se bem que inevitável. Por outro lado, é digna de atenção a consideração de que se a meta e a finalidade da manifestação não são susceptíveis de reparo, isso depende também de que a manifestação não ultrapasse pela sua forma a medida admissível. Aqui tem eco a ideia de que o meio e o fim têm que estar numa relação adequada, que o prejuízo do bem jurídico protegido não deve ir mais além do que requer o fim aprovado. Esta ideia, como ainda havemos de ver, desempenha também um papel considerável na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Em dois acórdãos (98), o Tribunal Constitucional Federal procedeu a uma ponderação entre o direito fundamental de liberdade de imprensa, melhor dizendo de liberdade de informação, por um lado, e uma lei penal que restringe estes direitos fundamentais, por outro. No primeiro caso, tratava-se das disposições penais contra a alta traição por negligência. Aqui o Tribunal Constitucional Federal declarou que o nível hierárquico do bem protegido, que aqui se contrapunha à liberdade de imprensa, a saber, a segurança da República Federal, conduzia «em todo o caso a fazer retroceder» a liberdade de imprensa, se a publicação de segredos de Estado houvesse de pôr seriamente em perigo a segurança da República Federal». Se se trata ou não disso tem que se analisar em cada caso. Depende, em primeiro lugar, da importância dos segredos em questão para a segurança do Estado; em segundo lugar, depende de até onde chega o interesse da opinião pública pela publicação em ordem à formação da vontade política geral. No presente caso o tribunal deu preeminência ao interesse da opinião pública na informação. Este interesse não requeria a

publicação de pormenores sobre instalações militares. No segundo caso, tratava-se dos preceitos penais que tinham como fim uma restrição de importação de escritos da República Democrática Alemã e possibilitavam a sua apreensão. O Tribunal Constitucional Federal sublinhou, em primeiro lugar, o elevado nível hierárquico do direito à liberdade de informação que, assim como o direito à livre manifestação de opinião, representa «um dos pressupostos mais importantes da Democracia liberal». A lei que os restringe tem que ser interpretada, por sua vez, de modo a que «o especial conteúdo de valor do direito fundamental fique em todo o caso garantido». Para tal é necessária uma ponderação de bens entre os interesses protegidos pelo direito fundamental e os bens jurídicos protegidos pelos preceitos penais. A esse respeito há-de analisar-se se, dada a espécie de escritos apreendidos - tratava-se de jornais diários - , existia «em geral um efeito de perigo». Adicionalmente tinha que analisar-se se, no caso particular, um «justificado interesse especial pela informação» da parte de um indivíduo não exigia uma excepção a seu favor. Num acórdão, em que se tratava de saber se havia sido negada com razão a permissão para a utilização do seu próprio aparelho de rádio a uma pessoa submetida a prisão preventiva (99), o Tribunal Constitucional Federal aduziu que não era lícito restringir o direito fundamental de liberdade de informação «mais do que o indispensável» em razão dos motivos da ordem de execução da prisão preventiva. Portanto, só seria lícito negar a permissão se, no caso concreto, houvesse de supor um perigo grave - por exemplo, a recepção de notícias de cúmplices que se encontrassem no exterior.

Já no primeiro acórdão em que se reconhecia um «direito geral de personalidade» como um direito subjectivo constitucionalmente garantido (100), o Supremo Tribunal Federal fez notar que a delimitação deste direito carecia, em especial medida, de uma ponderação de bens. Desde então efectivou uma ponderação numa série de acórdãos. Tratava-se neles, reiteradamente, da delimitação do direito da personalidade, especialmente da protecção da honra, frente ao direito de liberdade de imprensa. A imprensa,

(98) *BVerfGE* 21, 239; 27, 71.

(99) *BVerfGE* 15, 288, 295.

(100) *BGHZ* 13, 334, 338.

diz o Supremo Tribunal Federal (101), salvaguarda os interesses legítimos, no sentido do § 193 do Código Penal alemão, quando ela «informa ou toma posição sobre assuntos em relação aos quais exista um sério interesse de informação da opinião pública». Não obstante, ela não está livre de todas as limitações que resultam do direito de cada um à conservação da sua honra. Na ponderação de bens e interesses no caso concreto, que assim se requer, pode ser importante, por um lado, o significado que tem para a generalidade das pessoas o assunto discutido. Neste contexto, o Supremo Tribunal remete para o acórdão Lüth do Tribunal Constitucional Federal. Por outro lado, tem de se ter em conta que uma imputação lesiva da honra tornada pública na imprensa tem, por regra, efeitos especialmente desfavoráveis para a pessoa em causa. A imprensa há-de preocupar-se por esse motivo «em examinar cuidadosamente a autenticidade das fontes de informação, abster-se de intromissões injustificadas na esfera privada, evitar exageros e, além disso, ponderar se existe uma relação defensável entre o fim pretendido com a publicação e os danos causados à honra da pessoa em questão. Noutros contextos, o Supremo Tribunal Federal declarou muitas vezes que as manifestações que lesam direitos só seriam protegidas pela salvaguarda de interesses legítimos quando estes «constituam objectivamente, segundo o conteúdo, forma e circunstâncias adjacentes, o meio obrigatório e necessário para a obtenção do fim juridicamente sancionado» (<<princípio do maior respeito possível dos direitos alheios») (102). É certo que o Supremo Tribunal Federal, noutro acórdão (103), atenuou este princípio, no sentido de que apenas se há-de exigir que «exista uma relação adequada» entre o fim prosseguido e o prejuízo daquele sobre cuja actuação se informa; não é de exigir que o fim da reportagem requeresse necessariamente a menção do queixoso e da sua firma. Para o Supremo Tribunal Federal basta aqui um sério interesse da opinião pública numa informação completa. Não obstante, acrescia a isto que a relação se referia - no que respeita ao conteúdo - só à activi-

(101) *Ibid.*, 31, 308, 313.

(102) *BGHZ* 3, 270, 281; 8, 142, 145; 24, 200, 206.

(103) *Ibid.*, 36, 77, 82.

dade profissional, não à esfera privada do queixoso. A actividade profissional, considerava o Supremo Tribunal Federal, está protegida de antemão em menor medida do que a esfera privada em sentido estrito. Em contrapartida, num novo acórdão sobre uma reportagem de imprensa (104) lesiva da honra, o Supremo Tribunal Federal não fez valer o apelo à liberdade de imprensa, porque a reportagem contra a qual se reclamava «se havia introduzido sem motivo objectivo, de modo deformado e injurioso, na vida privada da queixosa».

Estas sentenças atestam também o esforço da jurisprudência para obter soluções diferenciadas. Haverão de confrontar-se entre si: de um lado, a importância para a opinião pública do assunto em questão, a seriedade e a intensidade do interesse na informação; de outro lado, a espécie (esfera privada ou apenas esfera profissional) e a gravidade (<<modo deformado e injurioso da reportagem») do prejuízo causado ao bem da personalidade. Paralelamente, exige-se, juntamente com os princípios do meio mais idóneo e da proporcionalidade, tal como no acórdão Lüth do Tribunal Constitucional Federal, uma relação adequada entre o meio escolhido, que ocasiona o prejuízo, e o fim pretendido, em si dado como bom. Mesmo quando o fim não é reprovável, o meio escolhido não deve exceder uma medida racional.

Em contrapartida, o Tribunal Constitucional Federal sublinhou, no caso de uma contradeclaração na imprensa, lesiva da honra, que não se trata apenas de saber se a resposta na imprensa foi um meio adequado de defesa contra o anterior ataque à honra da pessoa afectada, mas que, mais do que isso, haveria que considerar que ela representa uma contribuição para a formação da opinião pública (105). Sob este ponto de vista, haveria que perguntar se o estilo da resposta correspondeu à forma da exposição da notícia contra a qual ela ia dirigida e ao seu efeito na opinião pública (106). Uma exposição que deformasse os factos poderia justificar também uma contra-exposição na qual o órgão de imprensa em questão «fosse da mesma forma geralmente criticado, como veículo desse modo de exposição». O Tribunal Cons-

(104) *Ibid.*, 39, 124.

(105) *BVerfGE* 12, 113, 126, e segs.

(106) *Loc. cit.*, pág. 130.

titucional Federal procedeu aqui, no fundo, segundo a máxima: «conforme se toca, assim se dança». Tem certamente que pôr-se em dúvida se uma máxima desta espécie representa um princípio útil para uma «ponderação de bens».

De especial interesse, relativamente aos princípios segundo os quais a jurisprudência «pondera» uns face aos outros os bens constitucionalmente protegidos, é o acórdão do Tribunal Constitucional Federal em relação ao romance *Mephisto*, de KLAUS MANN (107). Tratava-se aqui, por um lado, da liberdade artística, garantida pelo art.º 5.º, parágrafo 3., da Lei Fundamental e, por outro lado, do direito de personalidade da honra (108). No final, a opinião dos juízes divergia. Todos estavam de acordo em que o art.º 5.º, parágrafo 3., da Lei Fundamental, atribui ao artista, como indivíduo, um direito fundamental e que este direito fundamental não está sujeito aos limites das leis gerais, das disposições legais para a protecção da juventude e do direito à honra pessoal, mencionados no art.º 5.º, parágrafo 2., da Lei Fundamental. Isto não significa, contudo, que o direito fundamental da liberdade artística não tenha qualquer limite, mas tão-só que os seus limites haveriam de estar determinados pela própria Constituição. A liberdade artística pode, por isso, entrar em conflito com a também jurídico-constitucionalmente protegida esfera da personalidade. Todos os juízes estiveram de acordo em que, num tal caso, tinha que haver lugar a uma ponderação «sobre a base das circunstâncias concretas do facto em questão».

A diferença de opinião dos juízes começa por surgir na valoração dos factores incluídos na ponderação. Metade dos juízes sublinhou muito intensamente que uma obra artística como um romance, que se orienta, como aqui, até certo ponto, a acontecimentos reais desencadeia os seus efeitos não só no plano estético mas também no plano social e, nomeadamente pelo facto de muitos leitores equiparem a figura do romance, sem atender ao seu significado no âmbito da obra artística, com a personagem histórica tomada mais ou menos como modelo pelo autor. Pelo facto de os leitores alargarem esta equiparação também àqueles

aspectos de carácter negativo da figura do romance, que foram inventados livremente pelo autor, a honra da personagem histórica pode ser sensivelmente prejudicada. Os juízes admitiram que era este o caso. A tal se opôs especialmente o juiz Dr. STEIN com o seu voto discordante, dizendo que não se faria justiça ao elevado escalão que a Constituição atribui à liberdade artística, realizando a ponderação de bens somente da perspectiva de um público leitor que toma o conteúdo do romance por realidade, «quer dizer, adopta face ao romance uma atitude não especificamente artística». O julgamento do romance «unicamente pelos efeitos que desencadeia à margem do seu ser estético», não atende à relação específica da arte com a realidade e restringe, com isso de modo inaceitável o direito de liberdade, garantido no art.º 5.º, parágrafo 3.º, 1.º período. Além disso, aduz-se neste voto que na apreciação do romance como obra artística a relação puramente material com o modelo histórico (GRÜNDGENS), «é claramente relegada para segundo plano, ao unir o fáctico e o poético, ainda que aquela relação continue a ser reconhecível na realidade». Acrescenta-se também que na «ponderação dos interesses em colisão, no sentido das decisões de valor jurídico-constitucionais», não pode por aquela razão a diminuição da dignidade da pessoa do falecido «ser de tanto peso, que pudesse justificar uma proibição de divulgação». Aqui tem eco novamente a ideia da proporcionalidade. Se se parte de um público de leitores que sabe distinguir devidamente entre a figura do romance e a realidade, então a diminuição a ter em conta do prestígio da personagem histórica não tem relação com a gravidade do prejuízo que existiria numa proibição da divulgação do romance. Indo mais longe, a juíza RUPP-v. BRÜNNECK opinava que do facto de a Lei Fundamental não mencionar limite algum em relação à liberdade artística tem que inferir-se que o autor da Constituição «quis, *in dubio*, atribuir prevalência à liberdade artística». A intromissão que se verifica no interesse da protecção da personalidade só deveria, por isso, «representar uma excepção, a delimitar muito estritamente». Só seria justificada quando o romance, «numa consideração genérica, persegue muito preponderantemente o objectivo de injuriar ou difamar determinadas pessoas», se se utiliza abusivamente a forma artística do romance para esse fim.

Destes acórdãos podem deduzir-se os seguintes princípios para a ponderação de bens: trata-se, em primeiro lugar, de saber se,

(107) *BVerfGE* 30, 173.

(108) E nomeadamente da honra de alguém já falecido. Na exposição que se segue não entraremos na problemática a isso subjacente.

segundo a «ordem de valores» contida na Lei Fundamental, se pode estabelecer uma clara prevalência valorativa de um dos bens aqui em questão face ao outro. Haverá que dizer, sem vacilar, que à vida humana e, do mesmo modo, à dignidade humana, corresponde uma escalão superior ao de outros bens, em especial os bens materiais. O Tribunal Constitucional Federal dá claramente uma prevalência valorativa, mesmo frente a outros direitos fundamentais, aos direitos de liberdade de opinião e de liberdade de informação, por causa do seu «significado, pura e simplesmente constitutivo»⁽¹⁰⁹⁾ para a convivência democrática. Mas, na maioria dos casos, tratar-se-á ou de direitos de igual escalão, por exemplo, de iguais direitos de personalidade, ou de bens cuja disparidade exclui uma comparação abstracta. Assim acontece no caso de colisão entre o direito à liberdade de um indivíduo e um bem da comunidade como a saúde pública, ou entre a liberdade de imprensa e o interesse da segurança da República Federal. Então, trata-se, em primeiro lugar, da medida em que o bem jurídico protegido é realmente afectado, por exemplo, até que ponto existe aqui um sério interesse da opinião pública na informação ou do Estado na manutenção do segredo destes factos; e, além disso, do grau de prejuízo que haveria de sofrer um ou outro bem, no caso em que tivesse de ceder face ao outro. Finalmente, têm validade os princípios da proporcionalidade, do meio mais idóneo ou da menor restrição possível. Nestes termos, a lesão de um bem não deve ir além do que é necessário ou, pelo menos, é «defensável», em virtude de outro bem ou de um objectivo jurídico reconhecido como de grau superior. Trata-se, em relação ao princípio da proporcionalidade, de um princípio jurídico material⁽¹¹⁰⁾, que se converte em fio condutor metodológico da concretização judicial da norma. É evidente que, mesmo observando estes princípios, fica ainda uma margem livre muito ampla para uma valoração judicial pessoal, como se torna particularmente claro nos diferentes votos, no caso do romance *Mephisto*. Mas, por outro lado, também se torna manifesto que

⁽¹⁰⁹⁾ *BVerfGE* 12, 125.

⁽¹¹⁰⁾ Decorre directamente da noção de justiça, da «justa medida», da «moderação», e modifica, não raras vezes, o princípio da igualdade. Cf. o meu escrito *Richtiges Recht*, págs. 40 e segs.; 124 e segs.

a «ponderação de bens» não é simplesmente matéria do sentimento jurídico, é um processo racional que não há-de fazer-se, em absoluto, unilateralmente, mas que, pelo menos até um certo grau, segue princípios identificáveis e, nessa medida, é também comprovável. LERCHE constatou (111), para além disso, que a jurisprudência relativa a direitos fundamentais do Tribunal Constitucional Federal fez ceder cada vez mais o «peso relativo» de bens jurídicos face à observância de princípios gerais do Estado de Direito, como o da proporcionalidade, da «igualdade de oportunidades» das partes, e de outros «critérios que se desligam em grande medida dos valores de direitos fundamentais objectivos de *per si* e que são de natureza expansiva».

A «ponderação de bens no caso concreto» é um método de desenvolvimento do Direito, pois que serve para solucionar colisões de normas - para as quais falta uma regra expressa na lei -, para delimitar umas das outras as esferas de aplicação das normas que se entrecruzam e, com isso, concretizar os direitos cujo âmbito, como o do direito geral de personalidade, ficou em aberto. Do mesmo modo que na concretização paulatina pela jurisprudência de pautas de valoração que carecem de ser preenchidas de conteúdo, também aqui é de esperar que, com o acréscimo de sentenças dos tribunais superiores, se hão-de criar possibilidades de comparação, mediante as quais serão tornadas mais estreitas as margens residuais de livre apreciação. Mas, posto que de cada vez se requererá a consideração de todas as circunstâncias do caso concreto, que nunca são iguais em tudo, não se deve esperar que, com o tempo, se venham a formar regras fixas que possibilitem uma subsunção simples do caso concreto. A comparação de casos possibilita analogias e porventura uma certa tipificação dos casos; a «ponderação» de bens será desse modo aliviada, mas não se tornará supérflua.

⁽¹¹¹⁾ No volume editado por KLAUS VOGEL, *Grundrechtsverständnis und Normenkontrolle*, 1979, pág. 33 e segs. (para decisões de controlo de normas) e pág. 37 e segs. (para acções constitucionais de defesa)*.

* No Direito constitucional alemão, o controlo da constitucionalidade por via principal tanto pode consistir num controlo abstracto de leis ou actos normativos (*Normenkontrolle*), como numa garantia concreta dos direitos fundamentais no caso das acções constitucionais de defesa (*Verfassungsbeschwerde*) (N. do T.).

4. Desenvolvimento do Direito para além do plano da lei (desenvolvimento do Direito superador da lei)

Uma lacuna da lei é, como dissemos, um «inacabamento contrário ao plano» da lei. O juiz tem que integrá-la para aplicar a lei adequadamente, o que quer dizer, no sentido do plano subjacente à regulação e no das valorações a ele imanentes. Mas a jurisprudência dos tribunais desenvolveu, igualmente, a ordem jurídica em muitos casos em que não se pode decerto falar de um inacabamento da lei «contrário ao plano». Criou novos institutos jurídicos que não estavam presentes no plano originário da lei e, mais, que lhe eram contrários; seja em atenção a uma necessidade ineludível da ordem jurídica, a um princípio jurídico cujo significado só foi conhecido posteriormente ou a um princípio constitucional. Mesmo se, em regra, ainda pudesse achar-se na lei certos pontos de apoio para um tal «desenvolvimento do Direito superador da lei», ele transcende, na verdade, o âmbito de uma mera integração de lacunas. Tal desenvolvimento já não se orienta somente à *ratio legis*, à própria teleologia imanente à lei, mas, além disso, a uma ideia jurídica que lhe é transcendente. Compreende-se que também um tal desenvolvimento do Direito tem que permanecer em consonância com os princípios gerais da ordem jurídica e com a «ordem de valores» conforme à Constituição; mas, só pode ser justificado mediante essa consonância. Trata-se, portanto, de um desenvolvimento do Direito certamente *extra legem*, à margem da regulação legal, mas *intra jus*, dentro do quadro da ordem jurídica global e dos princípios jurídicos que lhe servem de base. Se, a esse respeito, tão-pouco são já suficientes os meios auxiliares metodológicos, já discutidos, da interpretação da lei e do desenvolvimento do Direito imanente à lei, então um tal desenvolvimento do Direito precisa também de ser fundamentado com ponderações jurídicas. Vai em seguida discutir-se de que espécie são estas ponderações e onde residem os limites de um tal desenvolvimento do Direito.

a) Desenvolvimento do Direito de acordo com as necessidades do comércio jurídico

No campo do Direito civil encontramos hoje alguns institutos jurídicos que não estão previstos na própria lei, mas que a juris-

prudência dos tribunais, em parte só depois de algumas vacilações, admitiu e desenvolveu ulteriormente, porque existe manifestamente em relação àqueles uma necessidade do tráfego. Convém mencionar a transmissão de garantia, a autorização para a cobrança e a expectativa jurídica, especialmente a sua transmissibilidade. Em todos estes casos não se trata de uma jurisprudência *contra legem*, não permitida ao juiz, porque não pode dizer-se que o legislador tenha querido excluir estes institutos. Mas a sua admissão tão-pouco pode ser inferida da lei, apesar de isto ter sido tentado com bastante frequência; no caso da transmissão de garantia, a teleologia da lei propende antes em sentido contrário à sua admissão. Do facto de a lei, no § 398 do BGB, considerar admissível a cessão de um crédito não pode ainda inferir-se que também seja admissível a sua cessão para a cobrança, de certo modo, como uma transmissão menos ampla, visto que as consequências para o devedor são diferentes. A expectativa jurídica, que chegou a ser de grande importância principalmente em conexão com a reserva de propriedade no contrato de compra e venda, não era conhecida ainda pelos autores da lei como tipo jurídico próprio. A admissão e o posterior desenvolvimento destes institutos jurídicos de modo algum eram exigidos pelo «plano» da lei; a ausência de uma regulação correspondente não era, por isso, uma lacuna da lei. Havia contra a sua admissão inconvenientes dogmáticos e, no caso da transmissão da garantia, também jurídico-políticos. Para o seu reconhecimento pela jurisprudência dos tribunais terá sido decisivo o ponto de vista de que com isso se havia satisfeito uma necessidade urgente do comércio jurídico.

No que toca à transmissão da garantia, há que dizer que a sua admissibilidade não resulta, sem mais, do § 223, parágrafo 2, do BGB. É verdade que este preceito dá a entender que um direito, mesmo que vise apenas a garantia de uma pretensão, pode ser transmitido; contudo, na transmissão da garantia trata-se especialmente da questão de saber se uma coisa móvel pode ser transmitida em garantia na forma de transmissão do § 930 do BGB, quer dizer, sem a mudança da posse. A isso se opõe o facto de que a transmissão da garantia prossegue um fim semelhante ao do direito de penhora sobre coisas móveis; mas esta, segundo a decisão do legislador, só pode ser constituída na forma de penhora da posse (§ 1205 do BGB). O legislador do BGB não quis admitir um direito de penhora não susceptível de ser reconhecido por

terceiros. Partindo desta valoração da lei, só seria consequente a não admissão de uma propriedade da garantia sem posse. Acresce que quando a propriedade da garantia não é tratada em todos os aspectos como propriedade «plena» - por exemplo, nos aspectos da responsabilidade civil e da execução - a sua admissão Supõe uma quebra do princípio jurídico-real do «números clausus» dos direitos reais⁽¹¹²⁾. As objecções jusdogmáticas, de política do Direito e de política económica contra a admissibilidade de transmissão da garantia, especialmente sobre depósitos de mercadorias, foram expostas de forma muito sugestiva para o seu tempo por HüENIGER⁽¹¹³⁾. A jurisprudência dos tribunais não deu importância a estas objecções e hoje já não se põe em dúvida a admissibilidade da transmissão da garantia. Na opinião de SERICK ("4), esta vale «em virtude do Direito não escrito, em virtude do Direito consuetudinário». Mas só se chegou a isso pela via da jurisprudência dos tribunais. Único instituto da transmissão da garantia - pelo menos na sua forma actual - não pertencia desde início à lei e tão-pouco era exigido pela teleologia imanente à lei, antes é uma criação da jurisprudência dos tribunais.

Não é necessário abordar aqui mais em pormenor os múltiplos problemas com que se deparou a jurisprudência dos tribunais para o reconhecimento da transmissão da garantia sobre coisas móveis, em especial sobre depósitos de mercadorias. Trata-se, entre outras, da questão de como há-de ser tratada a propriedade transmitida para efeitos de garantia, em relação com os demais credores daquele que oferece a garantia e na execução daquele que oferece e daquele que recebe a garantia. Além disso, trata-se da relação existente entre uma transmissão da garantia acordada de antemão e a reserva de propriedade do fornecedor de mercadorias, e trata-se também das faculdades daquele que recebe a garantia em relação à valorização

(112) Diz acertadamente BOEHMER, *Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung*, vol. 11,2, pág. 148: «Entre a propriedade plena e o direito de penhora mobiliária tipificado na lei surgiu como tipo jurídico inovador autónomo, quebrando o sagrado *numerus clausus* das figuras jurídicas reais, o fenómeno intermédio da propriedade da garantia».

(113) HOENIGER, *Die Sicherungsübertragung von Warenlagern*, 2.ª ed., 1912.

(114) SERICK, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung*, vol. I, pág. 2, vol. 2, pág. 4.

dos objectos transmissíveis em forma de garantia, no caso de o contrato não conter disposição alguma a esse respeito. Esta questão só pode ser solucionada, em parte, mediante uma analogia com o direito de penhora sobre coisas móveis, visto que a transmissão de garantia como uma espécie de «hipoteca mobiliária», que serve particularmente para a garantia de créditos a longo prazo, não desempenha exactamente as mesmas funções económicas da penhora da posse. Como mostrou PAULUS⁽¹¹⁵⁾, na actual propriedade da garantia há lugar a uma separação entre a legitimidade para a disposição, normalmente incluída na propriedade, e a pertença da coisa ao património, como objecto de responsabilidade. Ao passo que a legitimidade para a disposição é transmitida ao receptor da garantia, enquanto durar a propriedade da garantia, os objectos transmitidos por causa da garantia continuarão a ser imputados ao património daquele que oferece a garantia.

Qualquer que seja a posição que em concreto se tome sobre estes problemas, ficará claro que a propriedade da garantia, como tipo jurídico novo não previsto como tal ao nível da regulação legal, se situa mais ou menos no ponto intermédio entre a propriedade normal de uma coisa e o direito de penhora sobre uma coisa móvel. Pode, certamente, incorporar-se na regulação legal, se bem que não sem algumas dificuldades, mas não estava já contida nela ou pelo menos, não era por ela reclamada.

Tão-pouco a autorização para a cobrança está prevista, ao menos expressamente, na regulação legal. Isto não implica ainda, porém, nenhuma decisão valorativa negativa do legislador. Este era de opinião que a admissão expressa da cessão de crédito, o velho mandato de cobrança, que hoje corresponde à autorização para a cobrança, se tinha tornado supérfluo⁽¹¹⁶⁾. A admissibilidade da autorização para a cobrança, segundo o novo Direito, não era «evidente». Mas esta autorização deixa àquele que a concede a plena titularidade do crédito, com todas as faculdades que lhe são inerentes, ao passo que, segundo aquela, as mais importantes destas faculdades devem caber também ao autorizado. Contudo, contra a expectativa dos autores da lei, revelou-se que existe

(115) PAULUS, em ZZP 64, 169 e segs.

(116) Cf. JAHR, AcP 168, pág. 10.

também uma necessidade prática importante para a autorização para a cobrança, conjuntamente com a cessão do crédito (117). Por esse motivo, a jurisprudência dos tribunais admitiu-a. Mas como a lei não regulou a autorização para a cobrança, com a sua admissão origina-se uma lacuna. Esta consiste em que faltam preceitos que protejam o devedor; por exemplo, para o caso em que o credor tenha comunicado a autorização ao devedor ou tenha exarado um documento sobre isso que, logo de seguida, contudo, revogou, sem o comunicar ao devedor. A lacuna tem que ser integrada por meio da aplicação analógica dos preceitos vigentes para a cessão de créditos, neste caso, do § 409 do BGB.

Também se buscará inutilmente na própria lei a expectativa jurídica como um tipo jurídico próprio, que, além do mais, tão-pouco hoje possui, de algum modo, perfis definidos. A lei, nas prescrições sobre disposições submetidas a condição suspensiva, contém todavia regras na base das quais se pode desenvolver, em grande parte, a posição jurídica do «titular da expectativa». Contudo, é obra da doutrina (118), que foi seguida pela jurisprudência, o assinalar a esta posição jurídica a categoria de «direito subjectivo» nos moldes do direito pleno correspondente, com a consequência de que possa ser transmitido em conformidade com os preceitos vigentes sobre a transmissão do direito pleno. Contra a jurisprudência anterior do Tribunal do Reich, o Supremo Tribunal Federal, se bem que só no ano de 1956, levou a cabo a consequência mais importante na prática, a saber: que no caso de uma transmissão da expectativa jurídica com base numa disposição da propriedade, submetida a condição suspensiva, esta, verificada a condição, transmite-se imediatamente ao adquirente da expectativa jurídica (119). A este respeito, era inteiramente claro para o Supremo Tribunal Federal que se tratava de um desenvolvimento do Direito. Para a resolução da questão, dizia, nada se infere imediatamente dos preceitos do Código Civil. «Por isso é tarefa da jurisprudência e da doutrina achar as normas jurídicas reguladoras da valoração jurídica da transmissão da expectativa

(117) A este respeito, pormenorizadamente, STATHOPOULOS, *Die Einziehungsermächtigung*, 1968, pág. 9 e segs.

(118) Cf. a propósito RAISER, *Dingliche Anwartschaften*, pág. 2 e segs.

(119) BGHZ 20, 88.

jurídica. Aqui hão-de ter-se em conta os pontos de vista gerais que se inferem da natureza das coisas e, além disso, considerar-se os interesses legítimos afectados por uma tal transmissão do Direito. E nomeadamente as normas jurídicas assim averiguáveis têm que estar em consonância com as construções jurídicas realizadas no Direito vigente». O Supremo Tribunal Federal caracterizou, deste modo, claramente, alguns dos critérios que hão-de ter em conta a doutrina e a jurisprudência num «desenvolvimento do Direito superador da lei».

Para nós é de especial interesse, neste contexto, a alusão à «natureza das coisas».

b) O desenvolvimento do Direito de acordo com a natureza das coisas

Tem-se escrito muitíssimo acerca do conceito de «natureza das coisas», sem que sobre ele se haja conseguido, até agora, um acordo generalizado ou uma delimitação clara (120). A discussão

(120) RADBRUCH, *Festschrift für Laun*, pág. 157; COING, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 1950, 4.ª ed., 1986, pág. 183 e segs.; FECHNER, *Rechtsphilosophie*, 1956, pág. 146 e segs.; STRATENWERTH, *Das rechtstheoretische Problem der Natur der Sache*, 1957; BALLWEG, *Zu einer Lehre von der Natur der Sache*, 2.ª ed., 1963; ARTHUR KAUFMANN, *Analogie und «Natur der Sache»*, 1965. 2.ª ed., 1982; KAUFMANN, in: *Rechtsphilosophie im Wandel*, pág. 272 e segs.; ERIK WOLF, *Das Problem der Naturrechtslehre*, 3.ª ed., 1964, pág. 106 e segs.; FRIEDRICH MÜLLER, *Normstruktur und Normativität*, 1966, pág. 94 e segs.; *ejusdem, lüristische Methodik*, 3.ª 00., págs. 38 e 101 e segs.; BYDLINSKI, *lüristische Methodenlehre*, págs. 51 e segs. e 459 e segs.; GERHARD SPRENGER, *Naturrecht und Natur der Sache*, 1976; HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 2.ª ed., 1977, pág. 371 e segs.; ENGISCH, *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit*, 1971, pág. 232 e segs.; ZIPPELIUS, *Rechtsphilosophie*, 2.ª ed., 1989, pág. 46 e segs.; cf. ainda os ensaios de BOBBIO, ARSP 58, pág. 305; MAIHOFFER, ARSP 58, pág. 145; ENGISCH no *Festschrift für Eberhard Schmidt*, pág. 90, que foram reimpressos por ARTHUR KAUFMANN, *Die ontologische Begründung des Rechts*, 1965, e os ensaios, igualmente aí impressos, de BARATTA e SCHAMBECK, bem assim como o meu ensaio sobre «Guias para a criação judicial do Direito» (*Wegweiser zu richterlicher Rechtsschöpfung*), in: *Festschrift für A. Nikisch*, 1958, pág. 275 (especialmente sobre a «natureza das coisas», pág. 281 e segs.).

incide amplamente sobre questões jusftlosóficas fundamentais; trata-se da relação entre ser e dever ser, ser material e ser espiritual, realidade e valor. Quem aí vê não só elementos distinguíveis do ser humano, no sentido mais amplo - ao qual pertence também o Direito como «espírito objectivo» - , mas antíteses reciprocamente excludentes, não precisa da «natureza das coisas» para nada. É que quem descortina na «natureza das coisas» uma ajuda orientadora, tanto para o legislador como para o juiz que desenvolve o Direito, atribui-lhe já, com isso, uma importância que transcende a mera factualidade e que penetra na esfera do que é susceptível de sentido e de valor. O que se quer dizer com isto é, em primeiro lugar, que certos dados fundamentais pertencentes à natureza corpórea ou à natureza anímica e espiritual do homem, que não são mutáveis, ou o são dificilmente e em períodos mais longos, têm que ser tidos em conta pelo Direito; se servem ao homem, não se lhes deve exigir de mais. Pretende-se dizer, além disso, que certas instituições, criadas e usadas pelos homens, precisam, quando e na medida em que existam, de certas regras, se é que hão-de cumprir o seu fim e funcionar de acordo com ele. Não se quer dizer que daí resulte já uma ordem jurídica acabada, algo assim como um «Direito natural de conteúdo variável». A «natureza das coisas» deixa constantemente margem para as mais variadas possibilidades de configuração, mas também exclui algumas por plenamente «alheias às coisas», inadequadas às coisas. Contém, como diz HENKEL⁽¹²¹⁾, «unicamente elementos de ordenação e estruturação que, por certo, operam decisivamente no processo de formação do Direito, mas que deixam contudo aberta, mais ou menos amplamente, a normação jurídica em relação a outros factores de configuração». Não se pode aqui adiantar mais nada sobre a controversa questão.

A natureza das coisas é de grande importância em conexão com a exigência da justiça de tratar igualmente aquilo que é igual e desigualmente aquilo que é desigual; ela exige ao legislador e, dado o caso, ao juiz que diferencie adequadamente. Além disso, ela é importante para a questão de saber o que carece realmente de uma regulamentação e que factores se hão-de considerar na

(121) *Einführung in die Rechtsphilosophie*, pág. 381.

regulamentação. Assim, a natureza das coisas exige distinguir, tanto no tráfego jurídico-negocial como em relação à responsabilidade jurídico-civil e jurídico-penal, entre crianças, adolescentes e adultos. Disso se infere que hão-de considerar-se, a esse respeito, o grau de maturidade intelectual - característica da idade respectiva ou que se há-de averiguar no caso concreto - e a capacidade de sentir a responsabilidade e de actuar em conformidade com ela. Da natural necessidade de ajuda que tem a criança, em especial a criança de tenra idade, resulta a necessidade de regular o direito e o dever de cuidar da criança; para esse efeito, parece conforme à natureza das coisas, neste caso do homem, que em geral sejam os pais mais directamente indicados para isso. Se existe um direito sucessório privado, então está de acordo com a natureza das coisas que o herdeiro responda pelas dívidas do autor da sucessão, pois que estas representam em termos económicos elementos do passivo do património que aquele transmite, e não existe nenhuma razão para se deixar enriquecer o herdeiro à custa dos credores do autor da sucessão. Do mesmo modo, não se justifica que os credores possam ater-se também agora ao património restante do herdeiro; a partir da coisa, coloca-se assim, portanto, o problema de uma restrição da responsabilidade do herdeiro aos bens deixados. Fica em aberto a questão de como uma ordem jurídica soluciona em concreto estes problemas. Da natureza da coisa «dinheiro» resulta, para a dívida pecuniária, que esta não pode simplesmente equiparar-se a uma obrigação real normal. O devedor de dinheiro está obrigado a proporcionar um valor em dinheiro nominal expresso em cifras, não à entrega de uma determinada mercadoria. Ninguém terá a ideia de «alugar» notas de banco, quer dizer, de se obrigar a devolver as mesmas notas depois do uso. Isto seria contrário à coisa, porque o único uso possível das notas de banco consiste em gastá-las. O uso temporário de uma soma de dinheiro não é por isso possível na forma jurídica de aluguer, mas apenas na de mútuo. Daí resulta também a identidade de função dos juros do mútuo e dos rendimentos do aluguer e, portanto, a «natureza» jurídica do mútuo oneroso como um contrato sinalagmático.

A natureza das coisas é um critério teleológico-objectivo de interpretação, sempre que não se possa supor que o legislador tenha querido desatendê-la. Contudo, precisamente aqui, há que ter em conta que aquela permite em concreto, as mais das vezes,

diferentes possibilidades de regulação. Não deve, portanto, atribuir-se-lhe a que justamente se deseja obter como resultado. A natureza das coisas é de grande importância em ordem à «ponderação de bens no caso concreto». Dois exemplos, a esse respeito, da jurisprudência já discutida. No acórdão das farmácias⁽¹²²⁾, o Tribunal Constitucional Federal distingue entre as restrições à liberdade de assunção da profissão, que resultam da exigência de uma qualificação profissional comprovável de modo determinado, e as «condições objectivas de admissão, que não têm a ver com a qualificação daquele que aspira à profissão e nas quais ele não pode exercer qualquer influência». Só em relação às últimas restrições considera que se pode dar um conflito com o direito fundamental à livre escolha de profissão; em contrapartida, as restrições do primeiro tipo legitimam-se «a partir das coisas». Estas baseiam-se em que muitas profissões requerem determinados conhecimentos técnicos e habilitações, que só se adquirem pela instrução teórica e prática, e o seu exercício, sem tais conhecimentos, «seria ou impossível ou inadequado às coisas». O legislador concretizou e formalizou aqui somente este «requisito resultante de uma relação da vida previamente dada». No acórdão «Mephisto» (*BVerfGE* 30, 133), trata-se também da natureza da coisa «arte». Se é próprio da natureza, quer dizer, da estrutura espiritual de uma obra de arte que as pessoas nela descritas tenham uma existência própria, inconfundível face, por exemplo, a um modelo pré-existente na realidade histórica, então é muito escassa a possibilidade de que a representação na obra de arte afecte a honra ou memória de uma personagem histórica.

Onde a regulação legal falseie de modo grosseiro a natureza das coisas, a jurisprudência dos tribunais corrigiu-a aqui e ali, mediante um desenvolvimento do Direito superador da lei. É um caso deste tipo que constitui a jurisprudência relativa à regulação da associação sem capacidade jurídica⁽¹²³⁾. HEINRICH STOLL observou, a esse propósito, já no ano de 1929: «mas se o legislador passa por alto ou deprecia a natureza das coisas e crê poder

(122) *BVerfGE*, 7, 377, 406.

(123) Sobre este ponto, agora DIESSELHORST, «Die Natur der Sache, verfolgt an der Rechtsprechung zum nichtrechtsfähigen Verein» in: *Rechtsdogmatik und praktische Vemunft*, ed. a cargo de BEHRENDS *et alii*, 1990, pág. 258.

configurar o mundo segundo os seus desejos, em breve terá que experimentar a verdade da máxima horaciana: «*naturam expellas jurca tamen usque recurret*». O legislador do BGB submeteu as associações não personalizadas às regras sobre a sociedade (§ 54, parágrafo 1 do BGB). Com isso menosprezou a principal diferença estrutural que existe entre uma sociedade típica do Direito civil e uma associação não personalizada. A sociedade do Direito civil é tipicamente uma união que comprehende poucas pessoas, unidas por uma relação de confiança recíproca. Por isso, a subsistência da sociedade depende, em princípio, de que precisamente lhe pertençam essas pessoas determinadas; em relação ao exterior manifesta-se também como pluralidade de pessoas, não como unidade; a defesa dos assuntos comuns compete, em princípio, a todos os sócios em conjunto. Diferentemente, a associação, ainda que não tenha personalidade jurídica, é, segundo o seu tipo estrutural, um agrupamento de pessoas que, independentemente dos membros que concretamente tenha, prossegue um determinado fim com ajuda da organização para ele criada. Um tal agrupamento de pessoas carece de uma regulamentação da entrada e saída de membros, da formação de vontade e representação para o exterior. Certamente que a maioria dos preceitos sobre a sociedade são Direito dispositivo e, por isso, podem ajustar-se até certo ponto, por meio dos estatutos e da sua interpretação pela jurisprudência, à estrutura de uma associação. Mas aqui trata-se, pelo menos em parte, apenas de um artifício. GUSTAV BOEHMER observou acertadamente⁽¹²⁴⁾ que, na verdade, se trata também aqui de uma criação judicial do Direito, que substitui os preceitos legais-inadequados por outros por si criados. Tão-pouco por esta via podem solucionar-se todas as questões⁽¹²⁵⁾. Entre elas estão o direito ao nome da associação - que o Tribunal do Reich desde muito cedo afirmou^(125a) - , a questão da responsabilidade por dívidas e a questão da responsabilidade da associação por actos lesivos da sua direcção e dos seus representantes segundo os estatutos. Na questão da capacidade judiciária activa, o Supremo

(124) BOEHMER, *Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung*, 11, 2, pág. 173.

(125) Cf. o meu *Lehrbuch des Allgemeinen Teils*, § 10, VI.

(125a) RGZ 78, 101. A este respeito, DIESSELHORST, *ob. cit.*, pág. 270 e sego

Tribunal Federal corrigiu claramente a lei, se bem que limitando-se provisoriamente aos sindicatos com a forma jurídica de uma associação não personalizada⁽¹²⁶⁾. Inferiu essa faculdade do facto de a negação da capacidade judiciária activa no processo civil já não ser compatível, no que respeita aos sindicatos, com a sua importância actual, reconhecida na Constituição. O tribunal deixou expressamente por dizer se a plena capacidade de ser parte, de acordo com a natureza das coisas, há-de ser afirmada para todas as associações não personalizadas *ou*, pelo menos, para as que incluem um grande número de membros.

A natureza das coisas desempenha um papel especial na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. É, por um lado, de todo em todo, o critério mais importante para saber se pode ter subsistência uma diferenciação aceite face ao espírito da igualdade do artigo 3.º da Lei Fundamental. Por outro lado, serve também ao tribunal para o preenchimento de «lacunas» da lei constitucional, e na medida em que delas se possa em absoluto falar, também de lacunas «ocultas». A Lei Fundamental regula a repartição da competência legislativa entre Federação e Estados de modo que essa competência cabe aos Estados, sempre que não seja expressamente atribuída à Federação. O Tribunal Constitucional Federal admite igualmente a possibilidade de uma competência federal «com base na natureza das coisas», que restringe a atribuição geral de competência aos Estados, e nesta medida corrige a Constituição escrita. Assim diz, por exemplo⁽¹²⁷⁾, que se reconhece a ordenação do espaço como uma tarefa do Estado moderno, então teria também de haver no Estado Federal uma ordenação espacial para o maior espaço a conformar, o território federal; a competência para isto caberia segundo a natureza das coisas à Federação. Considerou uma tal competência como fundamentada com base na natureza das coisas, mediante o apelo à doutrina do Direito estadual da época de Weimar, agora mais utilizada do que naquela época, quando as deduções a partir da natureza das coisas são «conceptualmente necessárias» e quando «requerem necessariamente uma determinada solução com exclusão de outras possibilidades de solução materialmente adequadas»⁽¹²⁸⁾.

(126) BGHZ 42, 210; 50, 325.

(127) BVerfGE 3, 427 e segó

(128) BVerfGE 12, 251; 22, 217; 26, 257.

c) Desenvolvimento do Direito de acordo com um princípio ético-jurídico

Os princípios éticos-jurídicos são pautas orientadoras da normação jurídica que, em virtude da sua própria força de convicção, podem «justificar» decisões jurídicas. Distinguem-se dos princípios técnico-jurídicos, que se fundam em razões de oportunidade, pelo seu conteúdo material de justiça; por este motivo, podem ser entendidos como manifestações e especificações especiais da ideia de Direito, tal como esta se revela na «consciência jurídica geral», neste estádio de evolução histórica. Enquanto «princípios» não são regras imediatamente aplicáveis aos casos concretos, mas ideias diretrizes, cuja transformação em regras que possibilitem uma resolução tem lugar em parte pela legislação, em parte pela jurisprudência, segundo o processo anteriormente descrito da concretização e do aperfeiçoamento de princípios mais especiais mediante a formação de grupos de casos. Alguns deles têm, como vimos, o escalão de normas constitucionais; outros, como o princípio da «boa-fé», estão expressos nas leis ou inferem-se delas, recorrendo à *ratio legis*, o fundamento justificante de uma regulação legal. Enquanto «critérios teleológicos-objectivos» são coadjuvantes para a interpretação, bem como para a integração de lacunas; aqui constituem o fundamento para uma «analogia global» e, por vezes, também para uma redução teleológica.

Trata-se de um desenvolvimento do Direito superador da lei de acordo com um princípio ético-jurídico, sempre que um tal princípio, ou também um novo âmbito de aplicação de tal princípio, é conhecido pela primeira vez e expresso de modo convincente. O motivo para isso constitui-o, as mais das vezes, um caso, ou uma série de casos de igual teor, que não pode ser solucionado de um modo que satisfaça a sensibilidade jurídica com os meios da interpretação da lei e de um desenvolvimento do Direito imanente à lei. Segundo ESSER⁽¹²⁹⁾, os princípios jurídicos que não estão ainda positivados irrompem «no pensamento jurídico pelo umbral da consciência, devido a um caso paradigmático». Um dia serão formulados pela doutrina ou por um tribunal, e acham logo, de modo mais ou menos rápido, devido

(129) ESSER, *Grundsatz und Norm...*, pág. 53.

à força de convicção a eles inerente, reconhecimento geral na consciência jurídica do momento. Muitas vezes contribui para isso a comprovação de que, apesar de serem desconhecidos, serviram já de base à jurisprudência anterior. Aquilo a que DOLLE⁽¹³⁰⁾ chamou uma «descoberta jurídica» não é na verdade mais do que a formulação, pela primeira vez, de um tal princípio (ou de um novo âmbito de aplicação do princípio), mediante o qual se tornou apto a converter-se em parte integrante do Direito actual (como um «todo de sentido»). Dela faz também parte a comprovação da sua compatibilidade com os princípios já reconhecidos, especialmente com os de escalão constitucional. Ao conhecimento e formulação do princípio vai ligado o seu esclarecimento mediante casos paradigmáticos, a delimitação do seu alcance em relação com outros princípios e com uma regulação positiva, a sua concretização relativamente a grupos de casos e, finalmente, o plasmar-se numa «doutrina» bem estruturada. Assim, nos últimos decénios desenvolveram-se no Direito civil, as mais das vezes apelando ao princípio fundamental da «boa-fé»: as doutrinas do abuso do direito, da caducidade (*Verwirkung*), da queda da base do negócio, do «dever de fidelidade» do sócio, do «dever de assistência» na relação laboral, dos «deveres de protecção» e da responsabilidade por *culpa in contrahendo*. É certo que para todas estas doutrinas se encontra o ponto de arrimo legal no § 242 do BGB; mas, de facto, elas vão mais além do que pode inferir-se pela via da interpretação e concretização casuística da lei.

No exemplo da *culpa in contrahendo* pode reconhecer-se com especial clareza como se realiza a formação de uma tal doutrina. JHERING, que a desenvolveu pela primeira vez no ano de 1861⁽¹³¹⁾, descreve, no princípio do seu estudo, como chegou a ela. Já há anos, diz, que lhe causava grandes dificuldades, ao interpretar a doutrina do erro, a questão de saber se a parte que erra não ""responde perante a outra parte pela indemnização do dano que por sua culpa lhe causou". As fontes pareciam exigir uma resposta negativa à pergunta; só que «é evidente a falta de equidade e o desconforto prático de um tal resultado». A sensibilidade ético-jurídica de JHERING não se conformava, portanto, com o resul-

(130) Na sua comunicação ao 42.º Congresso dos Juristas Alemães.

(131) Em *Jhb*, vol. 4, pág. 1.

tado das regras das Pandectas. Pois bem, ele esclareceu-se da sua insuficiência com vários casos paradigmáticos e perguntou-se em que se baseava a sua peculiaridade em relação a outros casos. Achou que esta se baseava em que a culpa é cometida «por ocasião de uma relação contratual intentada». Com isso tinha conseguido o conhecimento decisivo para a sua valoração: tratava-se de casos de uma culpa na celebração de contratos, de uma *culpa in contrahendo*. Só então - e isto é especialmente digno de nota no seu relato - se voltou para a bibliografia de Direito Romano e encontrou nela «uma série de outros casos, nos quais se representava a mesma hipótese legal e entre eles, para minha satisfação, também um em que a necessidade de uma acção judicial, certamente sem suficiente fundamentação, tinha sido já reconhecida pela teoria. Mas a descoberta mais importante de todas para mim foi, não obstante, a de que o mesmo Direito Romano tinha declarado em dois casos, o da venda de uma *res extra commercium* e o de uma herança inexistente, a obrigação de indemnização por danos». Com isto, JHERING acreditava ter encontrado suficientes pontos de apoio no Direito positivo do seu tempo para, mediante uma interpretação das fontes e uma analogia geral, «trazer à luz o conteúdo mais oculto que explicitado nas decisões das fontes, tal como agora há-de ser intentado».

O louvável relato de JHERING não deixa dúvidas sobre a forma como se gerou nele a consciência do princípio de uma responsabilidade especial por uma *culpa in contrahendo*. De início, teve lugar a sua valoração ético-jurídica; a ela seguiu-se uma análise dos casos a que se referia e a sua comparação com outros casos; com base nisso, formulou o princípio. Só depois procurou casos de aplicação deste princípio no Direito Romano e na jurisprudência do seu tempo. Não obstante, os casos de aplicação por ele encontrados, escassos e, de certo modo, remotos, não satisfaziam. Por isso, tentou «comprovar e fundamentar, com a generalidade que lhe correspondia, o conceito de *culpa in contrahendo*, até então desenvolvido unicamente por aplicação aos dois casos transmitidos pelas fontes»⁽¹³²⁾. Procurou a fundamentação intrínseca ou a justificação da responsabilidade por ele postulada e achou-a nesta ideia: «Aquele que contrata passa com isso do círculo de deveres puramente negativo do tráfego extracontratual

(132) *Ob. cit.*, pág. 41 e segs.

ao círculo dos deveres positivos da esfera contratual». Isto significa, dito de uma forma mais moderna, que aquele que mantém negociações contratuais com outrem aceita já, por via disso, deveres acrescidos, não só os relativos à omissão de actos lesivos, mas também os relativos a um agir positivo, sempre que a outra parte possa, segundo as circunstâncias, esperar isso de si. Evidentemente que isto não era ainda mais do que a expressão de uma ideia jurídica, cuja validade geral para o Direito positivo de então não passava de uma afirmação. Mas a ideia foi-se impondo paulatinamente na literatura e também, cada vez mais, na jurisprudência. Apesar de o BGB só a haver reconhecido em alguns preceitos concretos dispersos, mas de modo nenhum com a generalidade que, segundo JHERING, lhe correspondia, a jurisprudência esforçou-se por realizá-la por meio de um contrato-promessa fictício ou de outros artifícios, até que HEINRICH STOLL a associou, em 1923, ao princípio da confiança e pensou que, desse modo, a havia formulado tão convincentemente⁽¹³³⁾, que a doutrina sobre a responsabilidade por *culpa in contrahendo* passava a estar genericamente imposta daí em diante. Esta doutrina sofreu, entretanto, um desenvolvimento cada vez mais amplo devido à sua conexão com os «deveres de protecção» procedentes da «boa-fé» e à sua aplicação a diferentes configurações de casos⁽¹³⁴⁾. O que fora iniciado por JHERING prosseguiu-no autores posteriores, sobretudo HEINRICH STOLL e BALLERSTEDT⁽¹³⁵⁾. Também a ligação da ideia de uma responsabilidade por *culpa in contrahendo* com o princípio da confiança e com a doutrina dos deveres de protecção foi uma «descoberta jurídica» com a qual se logrou a possibilidade de um desenvolvimento do Direito que transcende em muito as indicações contidas na lei. A jurisprudência seguiu aqui a doutrina, pelo que se esclarece a grande importância da dogmática - entendida esta como «pensamento orientado a valores» - para o desenvolvimento do Direito.

O Tribunal Constitucional Federal derivou diferentes princípios jurídicos gerais do princípio do Estado de Direito, sem decerto

(133) Em *Leipz Z* 23, pág. 532.

(134) Sobre a situação actual, cf. o meu *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. I, 14.ª ed., § 9.

(135) In *AcP* 151, pág. 501.

haver feito demasiado esforço para demonstrar que estavam contidos nele. Considera-os claramente como evidentes. A estes pertence, em primeiro lugar, o princípio, várias vezes mencionado, da proporcionalidade, nas suas diferentes manifestações, enquanto exigência da medida indicada, da adequação entre meio e fim, do meio «mais idóneo» ou da «menor restrição possível» do direito ou bem constitucionalmente protegido que, no caso concreto, tem de ceder perante outro bem jurídico igualmente protegido⁽¹³⁶⁾. De facto, a ideia de «justa medida» tem uma relação estreita com a ideia de justiça, tanto no exercício dos direitos como na imposição de deveres e ónus, de equilíbrio de interesses reciprocamente contrapostos na linha do menor prejuízo possível. É que aquela, no fundo, não significa outra coisa senão precisamente a justa medida na relação dos homens entre si e com as coisas submetidas à sua disposição. Decerto que isto é apenas uma descrição muito genérica e vaga, em relação à qual o princípio da proporcionalidade, tal como o entende o Tribunal Constitucional Federal, representa já uma certa concretização.

Outro princípio jurídico que o Tribunal Constitucional Federal derivou, do mesmo modo, do princípio do Estado de Direito é o princípio da confiança na relação do cidadão com a legislação. Tal princípio proíbe em geral uma retroactividade das leis a hipóteses legais já verificadas, tanto quanto e na medida em que o cidadão devesse confiar na permanência da posição jurídica que daí para si deriva⁽¹³⁷⁾. O princípio da confiança é um princípio imanente à nossa ordem jurídica, que, dentro dos limites que em cada caso se lhe assinalem, pode almejar a ser tido em conta em todos os ramos do Direito. Nem toda a confiança merece protecção, mas só aquela que parece estar justificada pelas circunstâncias. Além disso, o princípio da confiança pode estar em colisão com outros princípios jurídicos a que pode caber a prevalência, tanto em geral, como no caso concreto. Disso deu também conta o Tribunal Constitucional Federal. A protecção da confiança, como disse⁽¹³⁸⁾, não poder ser tida em conta quando a confiança

(136) Cf. *supra*, capo V, 3.

(137) *BVerfGE* 7, 89,92; 11,64,72; 13,261,271; 31, 222, 225 e segs.

(138) *BVerfGE* 13, 271 e segs.

numa determinada situação jurídica não esteja objectivamente justificada. Por isso, a confiança não é digna de protecção «se o cidadão, de acordo com a situação jurídica no momento com o qual a lei relaciona a entrada em vigor da consequência jurídica, tinha de contar com esta regulação», se o Direito até então vigente «é obscuro ou confuso» ou se a lei, até então aparentemente vigente e na qual o cidadão acreditava poder confiar, não era válida. O legislador tem que poder substituir uma disposição retroactiva nula por uma norma à qual não possam opôr-se objecções jurídicas. Finalmente, poderiam «justificar uma disposição retroactiva razões de bem comum prementes e que estão supra-ordenadas ao imperativo da segurança jurídica». Trata-se, em todos estes tipos de casos, de «manifestações da ideia fundamental de que apenas razões concludentes de bem comum ou uma confiança do indivíduo que não carece - ou já não carece - de protecção podem justificar ou mesmo exigir uma derrogação ao princípio do Estado de Direito de proibição de retroactividade a favor da liberdade de conformação do legislador» (139).

Da retroactividade «própria» das leis, o Tribunal Constitucional Federal distingue a «imprópria», em que a lei não actua sobre previsões já verificadas por inteiro, mas sim sobre aquelas previsões cuja realização já começou. Também nestes casos, considera o Tribunal Constitucional Federal (140), é pensável «que se lese a protecção da confiança, quando a lei efectua uma introdução ablatória com a qual o cidadão não pôde contar, quer dizer, que ele não podia ter em conta face às suas disposições». Mas enquanto uma retroactividade própria só é admissível quando «a justificam razões de bem comum prementes, supra-ordenadas ao imperativo de segurança jurídica», no caso de uma lei com retroactividade imprópria, a confiança do indivíduo na permanência de uma regulação legal há-de ponderar-se juntamente com a importância da preocupação do legislador com o bem público; é decisiva, a esse respeito, «por um lado, a dimensão do dano à confiança e, por outro lado, a importância da preocupação do legislador com o bem público» (141). Em vez de atender à

(139) *BVerfGE* 72, 200 e segs., 258.

(140) *BVerfGE*, 14, 297; 31, 226.

(141) *BVerfGE* 31, 229.

dimensão do dano à confiança causado a cada cidadão, que, com frequência, será dificilmente demonstrável, teria sido melhor, decerto, atender à conveniência em proteger a confiança. Quem - como no caso ultimamente decidido - confia em que subsiste a possibilidade de acordar uma cláusula nas condições gerais do negócio jurídico, que, com frequência, comporta injustiças e, por isso, já desde algum tempo a considera problemática, não merece esta protecção. Tinha que contar também com a possibilidade de um tribunal negar a validade a esta cláusula pela via de um controlo do conteúdo. O limite do princípio da confiança resulta já, portanto, dele próprio.

Da prevalência da dignidade da pessoa humana e do direito fundamental do art.º 2.º da Lei Fundamental inferiu o Supremo Tribunal Federal que o por ele denominado «direito geral da personalidade» é um dos «demais direitos», no sentido do § 823, parágrafo 1, do BGB (142). Como para o Supremo Tribunal Federal se tratava de uma protecção, tanto quanto possível omnicompreensiva, da esfera da personalidade, renunciou a toda e qualquer delimitação em conformidade com a previsão e contentou-se, em vez disso, com descrições gerais que deixam uma ampla margem para a necessária concretização. A delimitação dos direitos de personalidade e dos direitos de liberdade que colidam entre si leva-a a cabo, como vimos, segundo o método de ponderação de bens no caso concreto. Com a sua concepção de um «direito geral de personalidade», o Supremo Tribunal Federal não se importou com o facto de que um tal direito do tipo de cláusula geral, cujos limites só podem ser determinados caso a caso, faça romper necessariamente o sistema de tipos de ilícito rigidamente recortados, que serve de base ao § 823 do BGB. Por esta razão, não se trata aqui, certamente, de um desenvolvimento do Direito imanente à lei, mas superador da lei. Este último justifica-se pelo mais elevado escalão ético, reconhecido pela Constituição, da personalidade humana, assim como pelo facto de que as disposições legislativas - por exemplo, sobre a protecção da honra ou do direito ao nome - , como demonstrou a experiência, não são suficientes para garantir, na medida requerida, o direito de perso-

(142) Primeiramente no acórdão *BGHZ* 13, 334.

nalidade. O que, em minha opinião, já não é admissível é que o Supremo Tribunal Federal pensasse que a proteção jurídico-civil da personalidade exige, também no caso de uma grave introdução no direito de personalidade, garantir ao lesado, contra a regra do § 253 do BGB, uma pretensão de indemnização pecuniária⁽¹⁴³⁾. O legislador do BGB excluiu reflectidamente uma indemnização pecuniária devida a lesão de bens da personalidade distintos dos mencionados no § 847 do BGB, porque temia que dela surgisse uma «comercialização da honra». Este receio tão-pouco carece hoje, totalmente, de fundamento, de modo que, em nossa opinião, teria sido necessária uma nova decisão do legislador para se sobrepor à valoração do legislador de então. A necessidade de uma indemnização pecuniária - segundo o Supremo Tribunal Federal, pelo menos no caso de um prejuízo «grave» que não pode evitarse de outro modo - não resulta obrigatoriamente, sem mais, do escalão constitucional dos valores de personalidade. Pode, ao invés presumir-se que, deste modo, a indemnização jurídico-civil por danos deve assumir uma função preventiva geral que habitualmente cabe à pena; o que, certamente, não deixa de ter inconvenientes. No entanto, o Tribunal Constitucional Federal, confirmou como «conforme à Constituição» a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁽¹⁴⁴⁾; apesar das reservas existentes⁽¹⁴⁵⁾, o tráfego jurídico já se acomodou, entretanto, de tal maneira à jurisprudência que esta deveria ter já podido alcançar hoje a força de um Direito consuetudinário.

d) Limites do desenvolvimento do Direito superador da lei

Assinalámos como limite da interpretação, em sentido estrito, o sentido literal possível; como condição prévia de um desenvolvimento do Direito *imanente à lei*, uma lacuna da lei; e como limite deste último, a possibilidade de integrar a lacuna de acordo com a teleologia imanente à regulamentação legislativa, em concordância com as valorações expressas na lei. Para isso dispõe-se,

⁽¹⁴³⁾ Cf. *BGHZ* 26, 349; 35, 363; 39, 124.

⁽¹⁴⁴⁾ *JZ* 73, pág. 662.

⁽¹⁴⁵⁾ Cf. a este respeito o meu artigo no *Archiv für Presserecht*. 1973, pág. 450.

sobretudo, dos meios da analogia particular e geral, do recurso a um princípio imanente à lei, da redução e extensão teleológicas e bem assim de uma correcção teleologicamente fundamentada da lei. Condição prévia de um desenvolvimento do Direito *superador da lei* é, em primeiro lugar, a existência de uma questão jurídica, quer dizer, de uma questão que exige uma resposta jurídica. Deste modo se eliminam as questões que são irrelevantes para a ordem jurídica, porque incidem no «espaço livre de Direito». A segunda condição é que a questão não possa ser resolvida nem por via de uma simples interpretação da lei nem de um desenvolvimento do Direito *imanente à lei*, de maneira que satisfaça as exigências mínimas que resultam de uma necessidade irrecusável do tráfego jurídico, da exigência de praticabilidade das normas jurídicas, da natureza das coisas e dos princípios ético-jurídicos subjacentes à ordem jurídica no seu conjunto. A impossibilidade de uma solução pela via de um desenvolvimento do Direito *imanente à lei*, que haja de ajustar-se a estas exigências, tem que estar fora de dúvida. O limite do desenvolvimento do Direito *superador da lei* levado a cabo pelos tribunais situa-se onde já não é possível uma resposta no quadro do conjunto da ordem jurídica vigente e, por isso, não é possível com *considerações especificamente jurídicas*; em especial, portanto, quando se trata de questões de oportunidade ou quando seja requerida uma regulamentação pormenorizada que só o legislador pode encontrar, pois que só ele dispõe das informações para tal necessárias e de legitimação para isso.

O limite assim exposto, que resulta da divisão de funções entre actividade legislativa e administração da justiça, foi reconhecido também pelo Tribunal Constitucional Federal. Pode, na verdade, disser⁽¹⁴⁶⁾, declarar-se nulo o Direito que não está de acordo com a Constituição. Mas não se pode «estabelecer por si um Direito novo, que só um preceito constitucional haveria de realizar, mas que não tem nenhum conteúdo determinado inequívoco - que necessita, portanto, de ser precisado mais em pormenor pelo legislador -, resolvendo um caso que se lhe apresenta como se este Direito fosse já vigente. Isto significaria

⁽¹⁴⁶⁾ *BVerfGE* 20, 162, 219.

anticipar-se à liberdade de configuração do legislador. O Tribunal Constitucional Federal pode, em todo o caso, constatar que o legislador não cumpriu o seu dever de criar tal Direito». Que o legislador dispõe de uma margem, relativamente mais ampla, também em relação à concretização do preceito constitucional de igualdade, reconheceu-o o Tribunal Constitucional Federal⁽¹⁴⁷⁾ com as seguintes palavras: «O legislador, em princípio, pode escolher ele próprio os factos a que liga as mesmas consequências jurídicas, isto é, que quer considerar iguais em sentido jurídico. Em princípio é, portanto, livre para onerar com impostos certos grupos profissionais e, diferentemente, isentar outros. A única condição prévia para a conformidade ao princípio da igualdade é que a diferenciação escolhida se apoie em considerações materialmente adequadas». Só pode dizer-se o que são considerações «materialmente adequadas» em cada caso, atendendo à «natureza das coisas». Mas esta, geralmente, contém apenas certos elementos de uma regulação, não mais. O Tribunal Constitucional Federal pode, por isso, constatar em determinados casos que a regulação encontrada, por se apoiar em considerações que são estranhas ao objecto, não é compatível com o princípio da igualdade e é, por isso, inconstitucional; mas dificilmente pode constatar que só uma determinada regulação é materialmente adequada. Por isso, nestes casos, deixa para o legislador a tarefa de achar uma regulação conforme à Constituição. Ao mesmo tempo não se coíbe de dizer por vezes quais os conteúdos de regulação que devem (ainda) ser vistos como conformes à Constituição e quais os que não devem ser vistos. Mas fora destes limites é permitido, em todo o caso, aos tribunais um desenvolvimento do Direito, quando, devido a uma recusa permanente do legislador, sobreveio um *autêntico estado de necessidade jurídico*. O exemplo já clássico, a esse respeito, é constituído pela resolução, que ficou famosa, do Tribunal do Reich⁽¹⁴⁸⁾, com a qual, no termo da inflação subsequente à primeira Guerra Mundial, ele quebrou o princípio «um marco = um marco», abrindo assim o caminho para a reavaliação. Abstraindo de tais casos extremos, o limite do desenvolvimento judicial do Direito radica aí onde a resolução exigida já

⁽¹⁴⁷⁾ BVerfGE 26, 1,8.

⁽¹⁴⁸⁾ RGZ 107, 78, 87 e segs.

não pode ser fundamentada só em considerações jurídicas, mas exige uma decisão política, orientada a pontos de vista de oportunidade. Encontrá-la é, no Estado democrático, em princípio, matéria do legislador. Os tribunais carecem de competência para promover a conformação social^(48a).

Os tribunais deviam tomar muito a sério este limite, no interesse da sua própria autoridade. De outro modo, haverá o perigo de que os seus juízos sejam interpretados como tomada de partido ante a divergência de opiniões políticas e de que já não sejam aceites como enunciados fundados no Direito. É desnecessário dizer que, com isso, o Estado de Direito cairia numa crise de confiança. Em toda a louvável disponibilidade para desenvolver o Direito de modo criador os tribunais deviam ter sempre presente este perigo, para não defraudarem o limite da sua competência que, em concreto, não é, corri frequência, facilmente cognoscível.

Se lançarmos um olhar rápido pelos casos expostos, a jurisprudência dos tribunais manteve-se, em geral, dentro do limite aqui indicado de um desenvolvimento do Direito superador da lei. Isto é duvidoso no caso da transmissão de garantia. Aqui teria sido melhor, decerto, em consideração aos inconvenientes de política legislativa a ter em conta, deixar ao legislador a decisão sobre a admissão e a configuração mais em pormenor. Que a necessidade do tráfego jurídico era tão urgente que não podia esperar-se pela decisão do legislador é algo que tem que ser posto em dúvida. O reconhecimento da capacidade judiciária activa à associação não personalizada está dificilmente nos limites do admissível ainda que só no caso de se tratar de sindicatos. É que o § 50 do Código de Processo Civil, ainda em vigor — e que não é eventualmente inconstitucional —, concede à associação não personalizada somente a capacidade judiciária passiva. Em princípio, o juiz, vinculado à lei e ao Direito, não tem a faculdade de emitir uma resolução *contra legem*. Uma tal resolução precisa, por isso, de razões especiais, baseadas no todo de sentido da ordem jurídica, para estar excepcionalmente justificada. Não é suficiente dizer que a negação

^(48a) Nestes termos, acertadamente, PICKER, JZ 1988, pág. 71. Ele aponta para o facto de que ao juiz faltam os meios de conhecimento necessário para o conhecimento das consequências, meios esses que estão à disposição do legislador, bem como a possibilidade de conseguir tais conhecimentos mediante a audição de peritos ou dos directamente interessados.

da capacidade judiciária activa, dada a estrutura corporacional da associação não personalizada, não é materialmente adequada e que, em associações com grande número de sócios, não é praticável. Mas a isto acrescenta-se que os fins políticos que o legislador de então prosseguia, ao obrigar a associação não personalizada a aceitar uma forma jurídica não adequada à sua estrutura, não só perderam desde há muito a sua importância, mas estão em contradição precisamente com a valoração positiva da liberdade de associação, expressa no art.º 9.º da Lei Fundamental e, com maior razão, no que se refere aos sindicatos, com a sua função e posição jurídica actuais, por exemplo, no Direito salarial. Nestas circunstâncias, a decisão valorativa do legislador de então já não pode ser determinante. Há de facto, portanto, razões jurídicas de grande peso que aqui confluem e que, no seu conjunto, excepcionalmente justificam uma resolução contra a lei.

5. O significado dos "precedentes) para a constituição do «Direito judiciais»)

Os tribunais resolvem casos concretos. Uma opinião jurídica expressa por um tribunal, quer se apresente como interpretação, como desenvolvimento do Direito imanente à lei ou superador da lei tem, por isso, unicamente importância directa para o caso concreto a resolver. Mas o tribunal pretende que a sua resolução esteja de acordo com o Direito vigente. Deste modo, afirma que a interpretação por ele realizada é «adequada», que é «necessário» integrar as lacunas, que está <<justificado>>, pelos motivos por ele indicados, um desenvolvimento do Direito superador da lei. Aqui inclui-se simultaneamente a afirmação de que, no futuro, todo o caso semelhante há-de ser resolvido de acordo com a máxima assim estabelecida. Na última concretização de uma pauta de valoração que carece de ser preenchida de conteúdo, e numa «ponderação de bens no caso particular», isto só vale contanto que também aqui se tenham em conta no futuro os mesmos pontos de vista, se bem que tenham que ser «ponderados» de novo, atendendo às diferenças de cada caso concreto. Indirectamente, qualquer resolução judicial pode, por isso, actuar mediante o conteúdo da sua fundamentação, para além do caso concreto decidido. Com efeito, na medida em que responda à pretensão nela suscitada, repre-

senta um paradigma, um modelo para futuras resoluções que se refiram a casos semelhantes, nos quais tenha relevância a mesma questão jurídica. De facto, os tribunais, especialmente os tribunais superiores, procuram orientar-se em grande medida por tais resoluções paradigmáticas - pelo precedentes -, o que é útil à uniformidade e à continuidade da jurisprudência e, ao mesmo tempo, sobretudo, à segurança jurídica.

Os «precedentes» são resoluções em que a mesma questão jurídica, sobre a qual há que decidir novamente, foi já resolvida uma vez por um tribunal noutro caso. Vale como precedente, não a resolução do caso concreto que adquiriu força jurídica, mas só a resposta dada pelo tribunal, no quadro da fundamentação da sentença, a uma questão jurídica que se põe da mesma maneira no caso a resolver agora. Tais precedentes desempenham na prática dos tribunais e, portanto, sobretudo no desenvolvimento do Direito, um papel que só dificilmente será sobreavaliado. Se se trata de resoluções de tribunais superiores, que em grande parte são publicadas, os tribunais inferiores procuram orientar-se por elas na maioria dos casos. Mas até o Supremo Tribunal Federal se afasta contrafeito e mesmo assim não com frequência da opinião jurídica por ele uma vez aceite. É certo que, devido à formulação em forma de norma jurídica das máximas por ele encontradas e às generalizações, com frequência inoportunas, que nelas se contêm, ele se vê obrigado a restringir ou modificar posteriormente a regra estabelecida⁽¹⁴⁹⁾. Como, no entanto, existe uma grande probabilidade no plano dos factos de que os tribunais inferiores sigam os precedentes dos tribunais superiores e estes geralmente se atenham à sua jurisprudência, os consultores jurídicos das partes litigantes, das empresas e das associações contam com isto e nisto confiam. A consequência é que os precedentes, sobretudo os dos tribunais superiores, pelo menos quando não deparam com uma contradição demasiado grande, são considerados, decorrido algum tempo, «Direito vigente». Assim se forma em crescente medida,

(149) Cf. a esse respeito *supra*, capo IV, 4 b.

como complemento e desenvolvimento do Direito estatuído, um «Direito judicial»^(149a).

Apesar disso, a questão de se os precedentes são fontes do «Direito vigente», se o «Direito judicial» se equipara ao Direito legal, não pode ser simplesmente respondida de modo afirmativo⁽¹⁵⁰⁾. Tão-pouco os tribunais, segundo a nossa organização jurídica, estão indubitavelmente «vinculados» aos precedentes como estão, por exemplo, à lei. Não é o precedente como tal que «vincula», mas apenas a norma nele correctamente interpretada ou concretizada. Porém, todo o juiz que haja de julgar de novo a mesma questão pode e deve, em princípio, decidir independentemente, segundo a sua convicção formada em consciência, se a interpretação expressa no precedente, a concretização da norma ou o desenvolvimento judicial do Direito são acertados e estão fundados no Direito vigente. Portanto, o juiz não deve aceitar de certo modo «cegamente» o precedente. Não só está habilitado, mas mesmo obrigado, a afastar-se dele se chega à conclusão de que contém uma interpretação incorrecta ou um desenvolvimento do Direito insuficientemente fundamentado, ou que a questão, nele correctamente resolvida para o seu tempo, tem que ser hoje resolvida de outro modo, por causa de uma mudança da situação normativa ou da ordem jurídica no seu conjunto.

Com o ater-se aos precedentes, «apesar de se saber que contradizem a interpretação da lei segundo o seu sentido, que talvez se apoiam mesmo num inadmissível achamento do Direito assente

^(149a) Sobre o Direito judicial na doutrina das fontes do Direito do século XIX, REGINA OGOREK, *Richterkanig oder Subsumtionsautomat. Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*. Demonstra que a existência de um Direito judicial era afirmada de um modo quase geral; o que era contestado era a sua extensão e a questão de se lhe cabia uma força vinculativa.

⁽¹⁵⁰⁾ Cf. para o que se segue, o meu artigo sobre o efeito vinculativo dos precedentes, no *Festschrift für Hans Schima*, 1969; BLAURÖCK (ed.), *Die Bedeutung der Präjudizien im deutschen undfranzasischen Recht*, 1985 (af., FIKENTSCHER, «Die Bedeutung von Präjudizien im heutigen deutschen Privatrecht»); RAISER «Zur Abgrenzung von Gewohnheitsrecht und Richterrecht», ZHR 150 (1986), pág. 117; OSSENBUHL, *Richterrecht im demokratischen Rechtsstaat*, 1988; ELLEN SCHLÜCHTER, *Mittlerfunktion der Präjudizien*, 1986 (sobre o Direito alemão e inglês). De modo veemente, contra qualquer efeito vinculativo formal dos precedentes, PICKER, JZ 1988, pág. 73 e segs.

em valorações pessoais», diz acertadamente GERMANN⁽¹⁵¹⁾, «havia de originar-se o perigo de desrespeitar abertamente a lei e socavar a sua função como garante da igualdade e segurança jurídicas». As interpretações defeituosas, as concepções incorrectas, as valorações insuficientemente fundamentadas, que também se encontram nas resoluções dos tribunais superiores, exigiriam então vigência legal sem esperar pela correcção iminente. Face a este perigo para uma jurisprudência subordinada à ideia de correcção material da resolução, os pontos de vista em favor do seguimento dos precedentes - a salvaguarda da segurança jurídica - têm, que passar para segundo plano. Os precedentes podem contar a seu favor com uma certa presunção de correcção⁽¹⁵²⁾; porém o juiz não deve abandonar-se a eles sem qualquer prevenção, mas tem que fazer um juízo próprio, pelo menos quando surjam dúvidas sobre a correcção do precedente.

⁽¹⁵¹⁾ GERMANN, *Präjudizien als Rechtsquelle*, pág. 43.

⁽¹⁵²⁾ KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung*, págs. 160, 165, 245, 247 e segs., 258 e segs., fala de uma presunção dominante na actividade prática a favor da correcção do precedente e, no decurso subsequente das suas explanações, eleva esta presunção a uma «vinculação presuntiva» dos tribunais aos precedentes. Considero uma «vinculação presuntiva» como supérflua e perigosa. O perigo reside em que os tribunais poderiam ver-se compelidos, por esta razão, a aceitar precedentes sem análise, quando os motivos da sua falta de correcção não se imponham manifestamente. Em contrapartida, a «presunção» de correcção do precedente já não é suficiente quando existam sérias dúvidas a esse respeito. Também para FIKENTSCHER, cuja doutrina sobre a força vinculativa dos precedentes - *Methoden des Rechts*, vol. IV, pág. 241 e segs. - é para ser entendida em conjunção com a sua teoria da «norma do caso» (a este respeito, cf. *supra* Parte I, capo V, 4), a vinculação não significa muito mais do que uma presunção de correcção permanentemente susceptível de revisão, pois que «vincular, traçar normativamente uma resolução, não pode significar isentar da responsabilidade da questão da justiça. Vincular só pode significar oferecer para essa resposta auxílios de valoração e auxílios de ratificação». Todavia, entende-se usualmente por «vinculação» a uma norma mais do que isso, a saber, que o tribunal vinculado pela norma tem de a aplicar, sem que tenha de todo em todo que examinar a justeza do seu conteúdo. É neste sentido que o termo é entendido no texto. FIKENTSCHER recusa também, abertamente, uma vinculação *neste* sentido. Afirma-a, no entanto, para aquilo que denomina de «norma do caso»: cf. apud BLAURÖCK (*supra*, nota 150), pág. 18.

Quando se formaram novas regras e mesmo institutos jurídicos pela via do desenvolvimento judicial do Direito, isto não aconteceu as mais das vezes de forma que, de imediato, se tivesse a regra acabada ou mesmo uma regulação detalhada, mas pouco a pouco, de certo modo por via experimental. Primeiramente, foi expresso somente o princípio, que só foi concretizado em resoluções posteriores; ou então, a regra primeiramente expressa para um grupo de casos rigorosamente delimitados foi posteriormente alargada a outros grupos de casos. O tribunal há-de ocupar-se sempre de um caso determinado e tem que encarregar-se dos casos que lhe são submetidos para resolução; não pode logo a seguir passar por alto as repercussões que um princípio por ele aceite haverá de ter em grupos de casos comparáveis, mas, por sua vez distintos, quais as restrições, diferenciações ou também correcções que podem, por isso, ser necessárias. Tem que se evitar que o processo de ulterior esclarecimento, desenvolvimento e precisão, que só pode ter lugar em relação a outros grupos de casos, seja rompido demasiado depressa pelo comprometimento imediato em relação a um precedente ou seja dirigido numa falsa direcção. Mas era o que aconteceria necessariamente se se quisesse atribuir a todo o precedente a autoridade e vinculatividade de uma lei. Os precedentes e o «Direito judicial» deles procedentes podem, por isso, se os tribunais os seguem e o tráfego jurídico se orienta por eles, conseguir a mesma vigência fáctica ou efectividade que uma lei. Em contrapartida, a validade normativa, no sentido de vinculatividade - quer dizer, uma exigência que *devem* cumprir os tribunais, os órgãos administrativos e, finalmente, os indivíduos - não lhes cabe em regra. Qualificá-los como «fontes do Direito» depende daquilo que por tal se entenda. Se se qualificam como fontes do Direito todos aqueles factores que cooperam na criação e no desenvolvimento posterior do Direito, então a jurisprudência, mas também a ciência do Direito, são fonte de Direito⁽¹⁵³⁾. Em

⁽¹⁵³⁾ A concepção de que os precedentes são uma fonte de Direito é defendida especialmente por GERMANI, *Prajudizien als Rechtsquelle*, pág. 45 e segs.; LIVER, *Der Begriff der Rechtsquelle*, pág. 36 e segs.; GSCHNITZER, no *Festschrift zur Hundertjahrfeier des österreichischen Obersten Gerichtshofes*, 1950. Contra GSCHNITZER, NÜWAKÜWSKI, *OJZ*, 1955, 11. Devem citar-se ainda: LESS, *Vom Wesen und Wert des Richterrechts*; WIEACKER, *Gesetz und Richterkunst*; MEYER-LADEWIG, *AcP* 161, pág. 97; ESSER, *Grundsatz und Norm...*, pág. 137 e segs.; *Festschrift für Fritz von Hippel*, pág. 95.

contrapartida, se por «fonte de Direito» se entende só a base do nascimento de uma norma jurídica que pretende validade normativa, no sentido de vinculatividade, nesse caso fontes de Direito estadual interno só o são a legislação e o uso originário numa convicção jurídica geral (como fonte de Direito consuetudinário). Mas, neste caso, tem que se acrescentar que as normas só podem desenvolver a sua produção de efeitos segundo o modo como sejam entendidas por aqueles que são chamados à sua aplicação. Os precedentes contribuem para isso em grande medida e são, por essa razão, em todo o caso, uma fonte de conhecimento jurídico. Diz acertadamente ESSER⁽¹⁵⁴⁾ que não constituem de nenhum modo fonte genuína do Direito, não têm nenhum «conteúdo normativo para além da adequada compreensão da lei originada pela convicção de rectidão de cada juiz em particular», mas que apenas são um «meio de conhecimento judicial». Decerto que os tribunais entendem em geral as leis e os princípios pertencentes à ordem jurídica e as normas jurídicas complementares tal como se lhes deparam através da jurisprudência, por mediação dos precedentes. Mas o precedente, como tal, não é «vinculante», apenas a máxima de decisão nele expressa, só e enquanto se refere a uma interpretação «acertada» ou à integração das normas, ou concretiza um princípio jurídico de modo paradigmático. Se se trata ou não deste caso, haverá permanentemente que comprova-lo; nenhum juiz é obrigado a seguir irreflectidamente um precedente, seja o seu próprio, seja o de um outro tribunal.

BYDLINSKI considera vinculativos os precedentes no caso especial de o Direito vigente admitir várias resoluções de modo igualmente bem fundamentado, bem como no caso da concretização de uma cláusula geral, quando os casos são tão aproximados entre si que resoluções diferentes não seriam justificadas^(154a). Tal seria exigido pela ideia de continuidade da jurisprudência e de tratamento igual daquilo que é idêntico. A margem de livre apreciação do juiz - que já não seria racionalmente possível fundamentar - teria de ceder perante isto. Considero isto impraticável. Ou o tribunal que vai decidir o caso se atém por si próprio ao precedente: e isto, sobretudo, quando se trata de um precedente

⁽¹⁵⁴⁾ No *Festschrift für Fritz von Hippel*, pág. 113 e segs.

^(154a) In *JZ* 1985, pág. 151 e segs.

de tribunal superior; ou acreditará ter boas razões para se afastar do precedente. Tem de as indicar; se o conseguir, porém, fazer, não deveria ser obrigado a decidir contra o seu próprio convencimento, talvez realmente melhor fundamentado.

Uma jurisprudência constante pode, certamente, adquirir vinculatividade se se converte em base de um Direito consuetudinário. Mas, para isso, de modo algum é já suficiente um período considerável de tempo em que se manifesta constante; o factor tempo não deve sequer considerar-se decisivo. O fundamento da validade do Direito consuetudinário é a convicção jurídica geral que se manifesta num uso constante. Para isso não basta que uma determinada orientação jurisprudencial seja aceite sem contradição ou quase sem contradição; antes é necessária a formação de uma convicção jurídica nos círculos participantes, isto é, não somente entre os juristas. Por «convicção jurídica» não se há-de entender só a expectativa de que os tribunais procederão segundo esta máxima, mas, para além disso, a convicção de que isto deve ser, de Direito, assim, de que se trata de uma exigência que indubitablemente é a do Direito. Nem sempre, decerto, é fácil julgar se existe uma tal convicção jurídica. Dependerá de se a jurisprudência em questão acha predominante aceitação ou também contradição na literatura e na «opinião pública», de quanto rapidamente se impõe e da medida em que está de acordo com convicções já anteriormente manifestadas. Onde mais genuinamente se poderá afirmar a formação do Direito consuetudinário pela via da jurisprudência dos tribunais é quando se trata de uma concretização de princípios éticos-jurídicos que há muito tempo foram acolhidos como tais na consciência jurídica geral; em contrapartida, sé-Io-á em termos mínimos no âmbito de regulações predominantemente técnico-jurídicas, como, por exemplo, a realização da redibição⁽¹⁵⁵⁾ ou dos preceitos sobre a prescrição. Hoje há-de considerar-se vigentes, enquanto Direito consuetudinário, a responsabilidade por *culpa in contrahendo*, o direito geral de personalidade e também a indemnização pecuniária por causa de uma lesão grave do direito de personalidade. Uma vez que surgiu um Direito consuetudinário, tão-pouco importa já se a jurisprudência da qual surgiu era originariamente compatível com o Direito estabelecido; é sufi-

⁽¹⁵⁵⁾ Cf. a este respeito o meu artigo em *NJW*, vol. 51, 495 e segs.

ciente que o Direito consuetudinário, agora surgido, não contradiga a Constituição ou outros princípio, jurídicos de escalão superior. Sobre a interpretação dos precedentes e de um Direito consuetudinário deles surgido, já se disse o necessário (*supra*, capo IV, 4b).

Se, nestes termos, tão-pouco os tribunais estão vinculados aos precedentes - na medida em que, por exemplo, não haja deles surgido um Direito consuetudinário -, cabe entretanto perguntar se não tem o seu próprio peso determinante o facto de um tribunal superior ter já resolvido num certo sentido uma determinada questão jurídica sobre a qual são possíveis diferentes opiniões, sobretudo a existência de uma <<jurisprudência constante>>. É imaginável que os particulares, confiando na informação proporcionada pelos peritos em Direito, tenham tomado medidas e proposto determinados negócios jurídicos. Ora, se a jurisprudência muda, sem que tal fosse previsível, podem advir para eles, por esse motivo, sérios inconvenientes. O Supremo Tribunal Federal⁽¹⁵⁶⁾ reconheceu que uma mudança da jurisprudência pode dar lugar ao desaparecimento da base do negócio, quando as partes de um acordo partiram, em consonância, da situação Jurídica que resultava da jurisprudência anterior. Mas recusou, com razão, ater-se a uma jurisprudência que se sabe não ser adequada, somente porque as partes do respectivo processo tinham confiado na sua subsistência. No entanto, declarou possível aplicar, por analogia, a uma mudança da jurisprudência os princípios que há-de ter-se em conta no caso de leis retroactivas, «uma vez pressuposto que tal analogia é obrigatória dado o estado de coisas»⁽¹⁵⁷⁾. Mas, no caso concreto, não se quis abster de aplicar à situação de facto pretérita uma interpretação que estava em contradição com a jurisprudência anterior⁽¹⁵⁸⁾. Também o Tribunal Constitucional Federal considera⁽¹⁵⁹⁾ que os princípios de proibição da retroactividade das leis não poderiam estender-se, sem mais, às resoluções dos tribunais. «Isto conduziria a que os tribunais houvessem de estar vinculados a uma jurisprudência outrora consolidada, mesmo quando esta se revela

⁽¹⁵⁶⁾ BGHZ 58, 355, 363.

⁽¹⁵⁷⁾ Ibid., 52, 365, 369.

⁽¹⁵⁸⁾ Do mesmo modo, no acórdão BGHZ 60, 98, 101.

⁽¹⁵⁹⁾ BVerfGE 18, 224, 240.

insustentável à luz do conhecimento apurado ou em vista da mudança das relações sociais, políticas ou económicas».

Mas com isso não está, todavia, resolvida a questão⁽¹⁶⁰⁾. Nos casos de uma «ruptura ético-jurídica», como na resolução da revalorização do marco pelo Tribunal do Reich ou no reconhecimento do direito geral de personalidade pelo Tribunal Constitucional Federal, o tribunal já não podia voltar atrás em relação ao princípio por ele estabelecido sem gravíssima quebra da confiança. Em tais casos, pode aceitar-se uma imediata vinculação, sem que tivesse que se esperar, primeiramente, pela formação de um Direito consuetudinário. Mas em tudo o mais tem que ser suficiente que os tribunais, no caso em que intentem desviar-se de uma jurisprudência, tenham também em conta a confiança na permanência dessa jurisprudência. Quando esta confiança exista em considerável medida, só se desviaria na medida em que o desvio se lhes afigure indubitavelmente como obrigatório. Em contrapartida, existem objecções em relação à proposta de KNITTEL⁽¹⁶¹⁾ de que os tribunais, em casos de confiança fundada, devem porém resolver o caso que se lhes submeta - que, bem entendido, se refere a um facto ocorrido no passado - em conformidade com a jurisprudência de até então, mas ao mesmo tempo anunciar que no julgamento dos casos que ocorram no futuro estabeleceriam como base outra opinião jurídica. Os tribunais haveriam de resolver então o caso a julgar segundo uma máxima que eles próprios reconheceram agora como incorrecta; ao mesmo tempo, relativamente ao julgamento de casos futuros, que eles ainda em absoluto não conhecem, haveriam de ater-se a uma determinada opinião jurídica. Mas também esta opinião jurídica poderia necessitar de uma revisão quando nos casos futuros surgissem aspectos que o caso em questão não deu azo a considerar. Os tribunais haveriam de evitar tais compromissos, por causa da necessária flexibilidade da jurisprudência^(161a).

(160) Sobre o que segue, cf. KNITTEL, *Zum Problem der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung*, 1965; CANARIS, em SAE 71, pág. 113.

(161) *Ob. cit.*, pág. 50 e segs.

(161a) O Tribunal Federal do Trabalho procedeu uma vez deste modo, por quanto disse, mesmo que com cautelas, que «ponderava» decidir no futuro, em casos do mesmo género, num determinado sentido; cf. NJW 82, pág. 788. Justificadas objecções em contrário em PICKER, JZ 84, pág. 153.

Na jurisprudência do Tribunal Federal de Trabalho e do Tribunal Social Federal encontram-se acórdãos em que estes tribunais concretizaram uma pauta, que carecia de ser concretizada, não só para o caso a resolver, mas também para todos os casos análogos, com a observação de que em todos os casos futuros haveriam de proceder do mesmo modo⁽¹⁶²⁾. Os tribunais adoptaram aqui, em lugar de uma resolução do caso particular, uma *regulação geral* que desce ao pormenor, como só o legislador costuma adoptar. Não pode ignorar-se que a delimitação numérica de quantidades, prazos e percentagens, realizada aqui pelos tribunais, comporta uma certa medida de arbitrariedade. WANNAGAT qualifica claramente de «quantidade generalizada», cuja grandeza é discutível, uma percentagem determinada, fixada pelo tribunal. Não pode ignorar-se que este procedimento possa conduzir a uma esquematização insatisfatória. Mas este perigo há-de admitir-se no interesse da praticabilidade e de um tratamento na medida do possível igual de todos os que buscam o Direito. A justificação deste procedimento divisam-na os seus partidários em que nestes casos se trata de acontecimentos que em grande número se repetem sempre do mesmo modo; e, além disso, em que aos participantes no processo importa aqui menos uma resolução individual do caso concreto submetido casualmente aos tribunais do que conseguir uma regra fixa a que possam ater-se daí em diante em todos os casos análogos⁽¹⁶³⁾. Isto não poderá refutar-se totalmente. A massificação de acontecimentos e a necessidade que daí decorre de uma legislação simples, detalhada, fácil de ter à mão, deveriam induzir aqui o legislador a criar uma tal regulação, em vez de se dar satisfeita com uma cláusula geral. A ausência aqui dessa regulação representa uma falha da ordem jurídica, que os

(162) Da jurisprudência do Tribunal Federal do Trabalho hão-de considerar-se aqui os acórdãos em que ele estabelece regras fixas acerca de quando é nula e quando não o é a cláusula incluída no contrato de trabalho sobre a devolução de uma gratificação de Natal recebida pelo trabalhador, em caso de uma imediata denúncia por «contrária à moral». A esse respeito cf. os acórdãos AP, n.os 15, 22, 23, 24 sobre a gratificação do § 611 do BGB. Para acórdãos semelhantes do Tribunal Social Federal - cf. BSG 22, 44; 30, 167, 182 e segs. -, WANNAGAT no *Schweizerischer Zeitschrift für Sozialversicherung*, 1972, pág. 163.

(163) Cf. MARIE LUISE HILGER, no *Festschrift für Karl Larenz*, 1973, pág. 121 e sego

tribunais se sentiram obrigados a remediar. Todavia, não se deve ignorar que os tribunais ultrapassaram aqui a sua missão genuína, administrar justiça no caso concreto e, de certo modo, actuaram substituindo o legislador. Decerto que também a fundamentação jurídica da resolução de um caso concreto formula uma máxima que pretende validade para todos os casos análogos. Por isso, o tribunal há-de perguntar se esta norma é adequada, não só para a resolução do caso em questão, mas também de outros casos semelhantes. Algo diferente se passa, contudo, quando um tribunal formula regras que, em parte, não eram em absoluto necessárias para a resolução deste caso e declara, a propósito, que no futuro procederá em todos os casos segundo esta regra. Aqui, na verdade, não se trata já para o tribunal, de todo em todo, do caso concreto a resolver, mas somente da regra geral. Um tal procedimento contradiz claramente a repartição de funções entre os órgãos da legislação e os da administração da justiça⁽¹⁶⁴⁾. Não obstante, se em casos excepcionais este procedimento deve ser admissível, então só o será sob duas condições: a ausência de uma regulamentação legislativa pormenorizada do correspondente âmbito de questões tem necessariamente como consequência uma insegurança jurídica que é incomportável para os círculos em causa; e não se pode contar com uma rápida intervenção do legislador. Além disso, as relações têm que ser tais que o tribunal possa divisar claramente as repercussões económicas, sociopolíticas e outras da sua regra; os dados empíricos para tal necessários têm que estar à sua disposição. Mesmo quando estas condições estão ""preenchidas, este procedimento não deixa de ter inconvenientes, pelas razões expostas. Não deveria ser aceite nos domínios «clássicos» da jurisprudência: os dos tribunais civis, penais e administrativos gerais.

⁽¹⁶⁴⁾ A este respeito, cf. o meu ensaio «Der Richter als Gesetzgeber?» (O juiz como legislador?) no *Festschrift für Heinrich Henkel*, 1974.

VI

A FORMAÇÃO DO CONCEITO E DO SISTEMA NA JURISPRUDÊNCIA

1. O sistema "externo" ou conceptual-abstracto

a) Tarefa e possibilidades da formação jurídica do sistema

As normas jurídicas, tal como foi continuamente referido, não estão desligadas umas das outras, mas estão numa conexão multímoda umas com as outras. Assim, por exemplo, as regras de que se compõe o Direito da compra e venda, o Direito locatício e o Direito hipotecário são partes sintonizadas de uma regulamentação a que subjazem determinados pontos de vista directivos. Por seu lado, tais regulamentações são regulamentações parciais de uma regulação mais ampla - por exemplo, do Direito dos contratos ou do Direito das garantias reais e ambas, por sua vez, do Direito privado. De acordo com isto, toda a interpretação de uma norma tem de tomar em consideração, como vimos, a cadeia de significado, o contexto e a sede sistemática da norma, a sua função no contexto da regulamentação em causa. Além disso, como vimos também, o ordenamento jurídico no seu conjunto, ou pelo menos grande parte dele, está subordinado a determinadas ideias jurídicas directivas, princípios ou pautas gerais de valoração, a alguns dos quais cabe hoje o escalão de Direito Constitucional. A sua função é justificar, subordinando-as à ideia de Direito, as decisões de valor que subjazem às normas, unificá-las, e, deste modo, excluir na medida do possível as contradições de valoração. São de grande préstimo para a interpretação, mas ainda mais, porém, para o desenvolvimento do Direito imanente à lei e do Direito transcidente à lei. A descoberta das conexões de sentido em que as normas e regulações particulares se encontram entre si e com os princípios directivos do ordenamento

jurídico, e a sua exposição de um modo ordenado, que possibilite a visão de conjunto - quer dizer, na forma de um sistema - é uma das tarefas mais importantes da Jurisprudência científica.

Ao realizar esta tarefa, surgem de imediato distintas possibilidades⁽¹⁾. O sistema de conceitos gerais abstractos, formado segundo regras da lógica formal, que serve de base à sistemática de numerosas leis, especialmente à do BGB - se bem que este não se identifique em toda a sua extensão com ele⁽²⁾ - é apenas uma destas possibilidades. Esse sistema, que na exposição que se segue denominamos de «externo», baseia-se em que se hão-de separar e generalizar, a partir dos factos-tipo que são objecto de uma regulação jurídica, determinados elementos. A partir deles formar-se-ão conceitos de género, que são ordenados de modo a que, acrescentando ou subtraindo notas específicas particulares, se possam alcançar diversos graus de abstracção. Os conceitos «inferiores» respectivos, que são os de menor grau de abstracção, ao serem subsumidos aos conceitos «superiores» correspondentes, permitem, finalmente, reconduzir a massa do material jurídico a alguns poucos conceitos «supremos». Um tal sistema garante em ampla medida não só a clareza, mas também a segurança jurídica; porque, nos quadros de um tal sistema, se ele fosse «completo», poder-se-ia dar a toda a questão jurídica uma resposta, por via de uma operação lógica de pensamento. Garante a ausência de contradição lógica de todas as consequências dele derivadas e com isso, segundo parece, a «cientificidade» da Jurisprudência, no sentido do conceito científico de ciência. Com efeito, a questão

(1) Sobre o que se segue, cf. também a secção 7, capítulo V, da Parte I.

(2) A sistemática do Direito privado alemão actual baseia-se, por um lado, no sistema conceptual e, por outro lado, na diferenciação dos sectores da vida regulamentados. Baseiam-se no sistema conceptual a distinção entre o Direito das obrigações e direitos reais, o direito de propriedade e os «direitos reais limitados», mas sobretudo, a Parte Geral do BGB. Estão orientados a determinados sectores da vida: o Direito da Família (com a sua subdivisão em Direito do casamento, da filiação e do exercício do poder paternal), o Direito do Trabalho e o Direito das sociedades. Não obstante, distinções conceptuais como, por exemplo, entre pessoa colectiva e compropriedade, negócios de disposição e de obrigação, responsabilidade na «relação interna» e na «relação externa», desempenham aqui também um papel muito importante.

sobre a valoração apropriada será, num tal sistema, suplantada - enquanto nos mantivermos nos seus quadros - pela da subsunção adequada; a lógica formal ocupa o lugar da teleologia e da ética jurídica. Este sistema exerceu sobre muitas gerações de juristas um fascínio que nunca será de mais acentuar.

Desde a viragem de JHERING, e em especial desde os dias da Jurisprudência dos interesses, não faltaram, contudo, os críticos deste sistema. Foram sobretudo discutidas - e sé-Io-ão em crescente medida - as pretensões de plenitude e unidade lógica, e a sua idoneidade em ordem à obtenção de conhecimentos jurídicos e de resoluções, que sejam materialmente adequadas. Mas esta crítica raramente avançou até ao ponto a partir do qual pode apenas ser julgada a potencialidade e a insuficiência de um tal sistema: até à função do conceito «abstracto», nos quadros de uma ciência que não tem que ver simplesmente com a descrição e ordenação de factos, mas com pautas de valoração e com as valorações a elas correspondentes. Só nas duas últimas décadas se começou a utilizar na Jurisprudência, ao lado e no lugar de conceitos abstractos, outras formas de pensamento, como o tipo, a ideia directiva, o princípio que precisa de ser concretizado e o conceito determinado pela função. Daqui surgiram indicações para a formação de um sistema de outra espécie. Os tipos jurídicos são em si próprios «sistemas móveis» de elementos ordenados entre si, sob um determinado critério directivo. Como tais, podem ordenar-se em «séries de tipos» que, por seu lado, podem ser concebidas como «sistemas móveis parciais». Os princípios directivos que estão mais ou menos concretizados na regulação dada, mas que precisam ainda de ser concretizados, representam elementos de um «sistema interno», que tem por missão tornar visível e pôr em evidência a unidade valorativa interna do ordenamento jurídico. Como elemento de união, de certo modo, entre estes princípios e os conceitos «abstractos», que não são tão-pouco de eliminar por completo, servem, finalmente, os conceitos «determinados pela função».

Até agora, só se realizaram em esboço na ciência do Direito as possibilidades, a que aqui se aludi, de formação de um sistema que não se serve, ou não se serve exclusivamente, do conceito «abstracto» e do procedimento lógico, a ele associado, da abstracção ou da subsunção, mas de outros modos de pensamento. Muitos juristas continuam a identificar a ideia de sistema com

o sistema conceptual-abstracto⁽³⁾. Ainda hoje poucos juristas, mesmo aqueles que são defensores de uma «Jurisprudência de valoração», são capazes de libertar-se do fascínio exercido pelo sistema conceptual-abstracto. Deslumbrados pelo conceito cientificista de ciência, receraram abandonar, conjuntamente com o sistema conceptual-abstracto, a pretensão de científicidade da Jurisprudência. Descuram assim o facto de que a ciência do Direito, que pertence às ciências «compreensivas» em sentido estrito, só pode justificar a sua pretensão mediante o desenvolvimento de modos de pensamento adequados ao seu objecto e hermeneuticamente garantidos, e não mediante o intento inútil de uma acomodação aos métodos das ciências «exactas». Na realidade, porém, muitos juristas, sem que disso tenham plena consciência, já não argumentam actualmente com conceitos do sistema conceptual-abstracto, mas com conceitos determinados pela função e com princípios, isto é, tendo em conta o sistema «interno», se bem que este só se tenha até agora manifestado de modo perfunctório.

b) O conceito abstracto e o sistema ccexterno» por seu intermédio articulado

Indicámos os conceitos abstractos como elementos básicos do sistema externo. Chamam-se «abstractos» porque são formados de notas distintivas que são desligadas, abstraídas dos objectos em que aparecem e, na sua generalização, são isoladas, separadas, tanto,umas das outras como em relação aos objectos a que sempre estão ligadas de um modo determinado. A abstracção, diz HEGEL⁽⁴⁾, que contrapôs o conceito concreto ao abstracto (cf. a este respeito o *Excuso, infra, f*) é «uma separação do concreto e um isolamento das suas determinações; mediante ela só se apreendem propriedades ou momentos particulares». Isto quer dizer: o pensamento abstractor apreende um objecto da experiência

(3) Esta identificação encontra-se não só, como diz CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff der Jurisprudenz*, pág. 41, entre os partidários da «Jurisprudência dos conceitos», mas também entre os seus adversários, cuja atitude, não raras vezes negativa, em relação à ideia de sistema, assenta nesta identificação.

(4) Obras completas de HEGEL, ed. GLOCKNER, vol. 5 (*Lógica*), pág. 61.

sensorial - por exemplo, uma determinada planta, um determinado animal, um determinado edifício - não na plenitude «concreta» de todas as suas partes e das suas particularidades, como todo único, mas só na medida em que nele sobressaem propriedades particulares ou <<notas>>, que considera como gerais, desligadas da sua união com outras e assim, «isoladas» (5). Das notas presentes, isoladas deste modo, formam-se de imediato conceitos que tornam possível subsumir a elas todos aqueles objectos que apresentem todas as notas recolhidas na definição do conceito - qualquer que seja a sua vinculação concreta. Mediante a eliminação de notas particulares podem ser formados conceitos de mais elevado grau de abstracção aos quais se podem subsumir todos aqueles que lhe estão subordinados. Vale aqui a lei lógica de que o conceito «supremo» - quer dizer, aquele ao qual (mediante a introdução de notas distintivas) se podem subsumir muitos outros - tem o conteúdo mais diminuto, uma vez que é caracterizado apenas por poucas notas, e, em contrapartida, tem a extensão ou o âmbito de aplicação mais amplos; enquanto que o mais rico em conteúdo, que apresenta um maior número de notas distintivas, tem, na contrapartida, a extensão mais diminuta.

A selecção das notas distintivas, que hão-de ser recolhidas aquando da formação de um conceito abstracto na sua definição, é essencialmente co-determinada pelo fim que a ciência em causa persegue com a formação do conceito. Daí resulta que o conceito jurídico que designa uma determinada classe de objectos nem sempre se identifica plenamente com o conceito correspondente de outra ciência, ou nem sequer com o que o uso linguístico corrente por ele entende. Assim, o conceito jurídico de animal

(5) A formação de conceitos por meio de abstracção tem sempre estas duas vertentes: a «abstracção negativa» (cf. ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung*, pág. 24 e seg.), quer dizer o abstrair do objecto concreto, na totalidade dos seus predicados e na sua unidade, e a «abstracção positiva», quer dizer, o «ater-se ao geral empiricamente dado». Cf. também as obras de HEGEL, vol. 5, pág. 48 (<<a firmeza que ele - o entendimento - dá às determinações consiste na forma considerada da generalidade abstracta; mediante esta, aquelas tomam-se imutáveis>>) e no vol. 8 (*System der Philosophie*, 1.ª parte), pág. 185 «O pensamento, enquanto entendimento, continua a estar numa firme determinabilidade e diversidade face a outros; uma abstracção assim tão restringida vale para ele como subsistindo e existindo por si»).

- em relação com a responsabilidade do detentor do animal, § 833 do BGB - conjuga-se certamente com a ideia que o uso linguístico corrente liga a este termo. Mas do sentido e fim da regulação legal inferir-se-á em geral que, por exemplo, as bactérias não hão-de considerar-se «animais» no sentido do conceito jurídico, qualquer que seja o modo como possam ser classificadas zoologicamente. O mesmo vale para a formação de conceitos subordinados. Ao jurista não interessa a classificação zoológica dos animais, nem sequer a distinção entre mamíferos, peixes, aves, etc. Ele distingue, ao invés, entre animais domésticos, animais selvagens e animais domesticáveis. Esta distinção, que ao zoólogo não interessa, é tomada da relação do animal com o homem. O jurista, que pensa com os conceitos do sistema externo, tão-pouco subsume o conceito de «animal» ao de «ser vivo», mas, o que aos olhos do vulgo é mais uma vez estranho, ao de coisa móvel. A razão disto é que a lei contém numerosos preceitos sobre coisas móveis, por exemplo, sobre a aquisição e perda da sua propriedade, que quer ver também aplicados a animais. Em virtude daquela subsunção isto torna-se possível de modo mais fácil.

Deste modo, torna-se claro o fim e a grande utilidade de uma tal formação de conceitos. A lei tem como missão classificar, de modo claro, uma enorme quantidade de fenómenos da vida, muito diferentes entre si e altamente complexos, caracterizá-los mediante notas distintivas facilmente identificáveis e ordená-los de modo a que, sempre que sejam «idênticos», se lhes possam ligar idênticas consequências jurídicas. Para levar a cabo esta missão, o caminho mais curto parece ser formar, a partir de conceitos abstractos, previsões às quais possam ser subsumidos sem esforço todos os fenómenos da vida que apresentam as notas distintivas do conceito. Não só são caracterizáveis mediante conceitos abstractos as situações de facto a regular, mas também as consequências jurídicas e conteúdos de regulação a elas associados. Assim se formam os conceitos de crédito e de direitos reais; dentro dos direitos reais, os de propriedade e de direitos reais menores; dentro destes, os de servidão, os direitos de aproveitamento de coisas imóveis (hipoteca, dívida hipotecária) e móveis. A formação de conceitos ainda mais gerais, como os de sujeito de direito, objecto de direito e negócio jurídico, possibilita a formulação de regras para todo o âmbito de aplicação desses conceitos, quer dizer, de uma «Parte Geral». Em vez de repetir as regras

sobre a celebração de um contrato nos diferentes tipos contratuais - que, aliás, não poderiam ser exaustivamente enumerados na lei - o Código declara-as só uma vez, precisamente na sua «Parte Geral», com validade para toda a espécie de contratos. Do mesmo modo, o Código contém na «Parte Geral» do Direito das obrigações regras que valem para todos os contratos obrigacionais, ou, pelo menos, para os «contratos sinalgmáticos», sempre que perante elas não tenham precedência regras mais especiais. Deste modo poupa-se, decerto, uma grande quantidade de casuística, mas, por outro lado, surgem também por sua vez algumas dificuldades desta justaposição de preceitos muito gerais e de preceitos mais especiais. Se se pensar no encadeamento multímodo de disposições mais gerais e mais especiais do BGB (^{5a}), a sua arquitectura não é de modo algum tão diáfana como à primeira vista possa parecer.

c) A «construção» jurídica como instrumento de sistematização

A apresentação do conteúdo regulador de uma norma ou de um modelo contratual por intermédio de tais conceitos que, ou já pertencem ao sistema (<<externo>>), ou devem inserir-se sem ruptura, é a missão da chamada «construção» jurídica. Ela esteve durante muito tempo no centro dos esforços da Jurisprudência, e valia como prova da sua científicidade; seja aqui recordada a metodologia do JHERING da primeira fase. Hoje fala-se dela com bem mais comedimento; mas ela é, no entanto, praticada por toda a parte e é imprescindível na medida em que nos atenhamos à exigência de um sistema abrangente de conceitos, que seja isento de contradições e possibilite deduções. Duvidoso é o valor de tais construções para a tarefa do achamento do Direito (⁶); duvidosa é também a questão de se nelas se trata realmente, como durante muito tempo se defendeu, de conhecimentos valorativamente isentos, que podem ser obtidos por intermédio apenas de operações lógicas, ou se não desempenham também aqui um papel os pontos de vista valorativos.

(5.) Cf., a este respeito, ^o meu *Lehrbuch des Allgemeinen TeUs*, § 1, IV c.

(6) A este respeito, HASSOLD, *AcP* 181, 131.

Fala-se também de «construção» no contexto do tratamento jurídico de uma situação de facto, onde têm aplicação os modos de proceder delineados no Capítulo III. É mais correcto falar aqui de «qualificação» jurídica⁽⁷⁾. Na exposição que se segue, empregamos o termo «construção» apenas para aquela actividade que serve para inserir de tal maneira no sistema - em regra só num sistema parcial⁽⁸⁾ - uma regulação precisamente encontrada na lei ou um modelo de contrato desenvolvido no tráfego - não apenas um contrato individual concreto, portanto - de modo a que resulte uma concatenação isenta de contradições e que possam ser traçadas comparações com outras regulações, que permitam pôr claramente em evidência tanto as diferenças como o que têm em comum. Mesmo que na maior parte das vezes a busca de soluções de casos esteja como pano de fundo, não é delas que, todavia, se trata, em primeira linha, na construção, mas do conceito lógico que fundamenta a concatenação, pelo que uma construção «estranya» não pode ser julgada como despicienda, porque as consequências que dela resultam para a aplicação da norma também se podem fundamentar de outra maneira. Vamos esclarecer o que temos em vista, em primeiro lugar mediante alguns exemplos.

Sirva-nos como primeiro exemplo a construção do direito de preferência. Diz a lei: «O exercício do direito de preferência realiza-se mediante declaração ao obrigado» (§ 505, parágrafo 1, 1.º período, do BGB). E mais à frente: «Com o exercício do direito de preferência, a compra e venda realiza-se entre o titular e o obrigado.. de acordo com as disposições acordadas entre o obrigado e o terceiro» (§ 505, parágrafo 2, do BGB). É indubitável que o efeito é precisamente aquele que o titular, que exerce um direito de preferência, quer alcançar com a sua declaração. Nada obsta, portanto, a que se veja nesta declaração uma declaração de vontade dirigida à celebração da compra e venda, e no direito de preferência, o direito de produzir esta consequência jurídica mediante a declaração. Um direito de fundar, mediante declaração unilateral de vontade, uma relação jurídica, aqui uma

⁽⁷⁾ Assim também PAWLOWSKI, *Methodenlehre für Juristen*, n.º 481 e segs. De maneira diferente, em parte, HASSOLD, ob. cit., pág. 139 e segs.

⁽⁸⁾ Cf. PAWLOWSKI, ob. cit., n.º 455.

relação de compra e venda, pode classificar-se no grupo dos «direitos potestativos». Assim seria o direito de preferência classificado como um direito potestativo, sem que daí se pudessem extraír outras consequências, pois que não existem proposições jurídicas que valham em geral para todos os direitos potestativos. Mais em pormenor, trata-se de um direito potestativo condicionado; condição do seu exercício é que o obrigado celebre com terceiro um contrato de compra e venda sobre o objecto do direito de preferência (§ 504 do BGB). Não existem quaisquer reparos contra a aceitação de um direito potestativo assim condicionado.

Uma parte da doutrina rejeita no entanto a classificação do direito de preferência como direito potestativo, e constrói, em vez disso, o contrato pelo qual um direito de preferência é atribuído como uma compra e venda duplamente condicionada⁽⁹⁾. A primeira condição vê-a na conclusão de um contrato de compra e venda com um terceiro, a segunda na declaração do titular que exerce o seu direito. Que espécie de direito é este, o que ele exerce, permanece todavia na sombra. Esta construção tem uma tradição já no Direito comum; foi mencionada pela primeira comissão legislativa como uma de entre várias possíveis⁽¹⁰⁾. Mas não se considera que seja missão da lei resolver a questão da construção. De ter em consideração é o facto de que a figura do direito potestativo não era nessa altura tão genericamente reconhecida como hoje⁽¹¹⁾. A comissão mencionou, porém, como uma outra possibilidade da construção uma oferta de venda (a longo prazo e condicionada), de conteúdo inicialmente indeterminado, que o titular do direito de preferência aceitaria, mediante a declaração de exercer o direito de preferência. Esta construção aproxima-se já da de um direito potestativo, pois que muitos vêm na posição do destinatário de uma oferta contratual vinculativa

⁽⁹⁾ Cf. a este respeito as indicações no meu *Lehrbuch des Schuldrechts*, 13.ª ed., vol. II, § 44 II e III.

⁽¹⁰⁾ Através da referência ao - mais tarde abandonado - § 79 do 1.º Projecto. Cf. a este respeito, MUGDAN, *Die gesamten MateriaZien zum BGB*, vol. 2, pág. 192.

⁽¹¹⁾ Teve uma influência essencial o ensaio de SECKEL, na *Festgabe der BerZiner Juristischen Gesellschaft*, 1903; pormenorizadamente, von TUHR, *Der Allgemeine TeU des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, vol. I, 1910, pág. 161 e segs.

por longo prazo um direito potestativo⁽¹²⁾. Evita a ideia obscura de uma «condição do querer», com a qual é obrigada a operar a teoria da compra e venda duplamente condicionada. Por «condição», no sentido da doutrina do negócio jurídico, entendemos uma circunstância futura de cuja ocorrência - de início ainda incerta - deve depender a produção de efeitos do negócio jurídico (como tal desde logo considerados). A chamada condição do querer, aqui a declaração do titular de que exerce o seu direito de preferência, é, porém, na verdade apenas o negócio jurídico que realiza o contrato de compra e venda, que o constitui como válido. Antes, este não emitiu ainda em relação ao contrato de compra e venda uma declaração que de algum modo o vincule, não está, nessa conformidade, portanto, em posição diferente da do destinatário de uma proposta contratual. A ideia de uma condição jurídico-negocial que consiste na execução do efeito jurídico produzido pelo próprio negócio jurídico é em si contraditória⁽¹³⁾, e deveria por isso ser evitada.

Contra a construção de uma venda duplamente condicionada, mas também contra a de uma oferta de compra condicionada, vinculativa a longo prazo, vai a circunstância de que estas construções só podem ser aplicadas aos direitos de preferência fundados em negócio jurídico, mas não já aos direitos de preferência fundados na lei, no Direito público, pois que mediante o seu exercício se constitui uma relação jurídica que subjaz às regras da compra e venda, sem que para tal se necessite duma colaboração do que está obrigado à venda. BALLERSTEDT, que defende para o direito de preferência fundado em negócio jurídico a teoria do contrato de compra e venda duplamente condicionado, concede, porém, também que isto não é adequado para os direitos legais de preferência; para estes, considera materialmente mais adequada a sua análise como direitos potestativos⁽¹⁴⁾. Mas é inconsistente

(12) Assim, von TUHR, *ob. cit.*, vol. II, 1, pág. 468. Cf., porém, o meu *Lehrbuch des Allgemeinen TeUs*, 7.ª ed., § 27 I.

(13) Cf. a este respeito o meu *Lehrbuch des Allgemeinen TeUs*, 7.ª ed., § 25 I; o meu *Lehrbuch des Schuldrechts*, 13.ª ed., vol. II, § 44 I. Numa posição crítica sobre a «condição do querer», também FLUME, *Allgemeiner TeU*, vol. II, § 38 II.

(14) Comentário de SOERGEL 10.ª ed., vol. II, n.º 6 ao § 504.

aplicar duas construções diferentes a um direito cuja eficácia - a saber: que mediante o seu exercício se constitui uma relação de compra e venda - é, ambas as vezes, idêntica. Isto contradiz, em todo o caso, o almejado efeito de simplificação por meio da sistematização. A objecção principal de BALLERSTEDT contra a teoria do direito potestativo é a de que seria uma «faculdade sistematicamente indefensável» constituir uma relação jurídico-obrigacional apenas mediante declaração unilateral⁽¹⁵⁾. Uma vez que ele afirma, no entanto, uma tal faculdade para os direitos legais de preferência, isto só pode ser dito - que uma tal faculdade seria «indefensável» no Direito privado - porque contraria o princípio fundamental da autonomia privada. Este princípio será, no entanto, satisfeito com o facto de que, no Direito privado, um direito de preferência só poderá ser estabelecido mediante um contrato, ou seja, com o assentimento do obrigado. Quem, mediante contrato, atribui a outrem um direito de preferência sujeita-se à sua celebração futura de modo não diferente daquele que se vincula à oferta contratual que fez, ou daquele que atribui à contraparte um direito de opção ou de resolução. A objecção de BALLERSTEDT carece de fundamento. Logo, a construção do direito de preferência como direito potestativo poderia corresponder muitíssimo melhor à situação objectiva.

Surgem não raras vezes, no tráfego, contratos pelos quais alguém atribui a outrem uma «opção», como, por exemplo, na compra de um conjunto de acções. Tais contratos podem ser diferentemente analisados. Pode tratar-se apenas de um contrato-promessa de compra e venda, com a consequência de que alguém se obriga a celebrar com outrem, a pedido deste, um contrato de compra e venda (o «contrato principal»), cujos pormenores há ainda que ajustar. Pode tratar-se de uma oferta de venda vinculativa a longo prazo, ou da atribuição de um direito potestativo, de um «direito de opção», num contrato específico, o «pacto de preferência». Através do direito de opção, o titular adquire a faculdade de constituir mediante declaração unilateral um contrato de compra e venda com o conteúdo estabelecido no pacto de preferência⁽¹⁶⁾. Se se começou por incluir o conceito

(15) *Ob. cito* n.º 8 ao § 497.

(16) Cf. a este respeito o meu *Lehrbuch des Allgemeinen TeUs*, 7.ª ed., § 27 I e a bibliografia sobre direitos de opção aí indicada.

de «direito de opção» como uma subespécie dos direitos potestativos, então pode-se contar também entre os direitos de opção (17) os direitos de preferência e de reaquisição, e pode-se então, por via de analogia, verter preceitos particulares, como, por exemplo, o do § 505, parágrafo 1, 1.º período, nos direitos de opção atribuídos por um pacto de preferência. Exclui também a sua classificação como direitos potestativos (em vez de, por exemplo, pretensões condicionadas emergentes de contrato de compra e venda) o subordiná-los a prescrição, porque a esta só as pretensões estão submetidas. Em vez delas encontram-se regularmente nesses contratos prazos de exclusão. Se bem que nas construções referidas a classificação adequada esteja em primeiro plano no sistema conceptual, a construção não deixa de ter préstimos no achamento do Direito, na medida em que permite reconhecer semelhanças e diferenças e nos livra de sofismas.

Escolha-se, como exemplo seguinte, a construção da redibição. Aqui confrontam-se a (primitiva) teoria do contrato, a teoria da autoria e a «teoria modificada do contrato». Segundo a teoria do contrato, a redibição, quer dizer a transformação de um contrato de compra e venda numa relação obrigacional de restituição, nos termos dos §§ 467 e 346 do BGB, ocorre mediante um contrato entre o comprador e o vendedor a cuja celebração o vendedor está obrigado a requerimento do comprador, quando se verifiquem os pressupostos do § 462 do BGB. Faz decorrer isto do § 465 do BGB, de acordo com o qual a redibição ou a minoração estariam «efectivadas» quando o vendedor, a requerimento do comprador, se declarasse de acordo com ele, bem como da não referência ao § 349 (na sequência da qual a resolução ocorre mediante declaração unilateral do titular do direito da resolução) no § 467 do BGB, o qual em relação à execução da redibição remete para as regras da resolução. Esta concepção era também a da primeira comissão, que dizia neste caso que a lei «tinham que dar à aplicação do Direito uma clara indicação da construção que lhe era subjacente». A lei, dizia-se, «construía o direito à redibição (e correspondentemente o direito à minoração) não como o direito a conduzir à anulação do contrato mediante declaração unilateral,

mas como pretensão do comprador, por força do qual ele poderia exigir do vendedor o assentimento à anulação da compra, a aceitação das propostas contratuais a esta dirigidas. A redibição seria consumada com a declaração de assentimento por parte do vendedor ou com a condenação do mesmo, em sua substituição» (18). É dificilmente contestável o facto de que esta concepção da comissão encontrou expressão também no texto da lei.

Se, apesar disso, logo em seguida se buscou uma outra construção, foi exclusivamente por causa dos efeitos inapropriados da construção contratual para o processo relativo à redibição, pois que, em rigor, teria o comprador, nesta conformidade, de orientar a sua acção, em primeiro lugar, à condenação do vendedor à declaração do seu assentimento. Só o trânsito em julgado da sentença substituiria, nos termos do § 849, parágrafo 1, do Código do Processo Civil, a declaração do vendedor e assim seria efectivada a redibição, de tal modo que o comprador que já tivesse pago o preço só agora poderia interpor, com perspectiva de sucesso, a acção para a devolução integral do preço contra a devolução da coisa. Um tal procedimento contrariaria toda a economia processual e dificultaria em grande medida ao comprador o asseguramento dos seus direitos. Tentou-se, em boa verdade, minorar esta consequência, admitindo a cumulação de ambos os pedidos - o da declaração de assentimento e o da devolução do preço - no mesmo processo. Restaria então a necessidade de uma formação correspondente dos pedidos e do teor da sentença. A prática renunciou também a isso e para lhe dar satisfação descobriu-se a «teoria da autoria». Constrói o direito à redibição não como uma pretensão à celebração de um contrato de redibição, mas como pretensão directa àquilo que o comprador deseja com a redibição, a saber (em regra): a devolução do preço da compra e/ou a exoneração das suas obrigações ainda não satisfeitas. A declaração do vendedor de que está de acordo com a redibição deve, segundo a «teoria da autoria», ter apenas o significado que de agora em diante o vendedor está vinculado ao seu pedido de redibição, quer dizer, que perde o direito de, em vez dele, escolher ainda a minoração.

(17) Assim, expressamente, ESSER, *Schuldrecht*, 4.ª ed., val. 11, § 66 II e III.

(18) MUGDAN, *oh. cit.*, pág. 666.

A teoria da autoria combina-se dificilmente com a lei. Não pode deixar de atribuir à exigência do comprador à redibição (*ou* à minoração) um efeito de transformação da relação jurídica. Então, mediante o que é que deveria a transformação ser actuada? Contudo, a exclusão do § 349 no § 467 é dificilmente compatibilizável com isto. Mais importante ainda são, porém, as consequências que dela decorrem para a prescrição da «pretensão à redibição ou minoração» (§ 477, parágrafo 1, do BGB). É que se esta pretensão disser directamente respeito, como quer a teoria da autoria, aos efeitos da redibição ou da minoração, ou seja, por exemplo, à devolução ou devolução parcial do preço da compra, então *esta* pretensão prescreve o prazo curto do § 447*, e assim também quando o vendedor se tenha declarado de acordo com a redibição ou minoração. Se, em contrapartida, a pretensão «à redibição» disser respeito tão-somente à declaração de assentimento do vendedor, então está satisfeita logo que esta tenha ocorrido, e as pretensões que de ora em diante se apresentem «com base» na redibição'(efectuada), estão sujeitas ao prazo normal. Isto é também razoável (no sentido da teleologia da lei), como demonstra o raciocínio seguinte: o prazo curto de prescrição deve garantir o vendedor contra vir a ser confrontado mais tarde com pretensões relativas a deficiências com que não contou. Mas se se declarou de acordo com a redibição ou minoração requerida, então sabe ao que deve ater-se e pode orientar-se nesse sentido. O comprador, em contrapartida, depois da declaração de assentimento do vendedor, não verá nenhuma oportunidade de interpor acção, ainda mesmo antes do decurso do prazo curto de prescrição. O que a lei quer alcançar com o prazo curto de prescrição da pretensão «à» redibição ou minoração, um tanto quanto possível rápido esclarecimento da situação objectiva e da situação jurídica, é alcançado com a declaração de assentimento; para as pretensões derivadas pode ater-se à prescrição normal. Com isto está de acordo a teoria do contrato.

Para evitar as desvantagens tanto de uma como de outra teoria, BOTTICHER desenvolveu no ano de 1938 uma teoria modificada

* Seis meses, se se tratar de coisa móvel; um ano, se se tratar de imóvel. O prazo de prescrição pode ser alargado por contrato (N. do T.).

do contrato⁽¹⁹⁾. Segundo esta teoria, a redibição - e com ela a transformação da relação obrigacional - ocorre ou mediante um contrato, como está previsto no § 465 do BGB, *ou*, no caso de o vendedor denegar o seu assentimento, através da sentença que condene o vendedor à devolução do preço ou que recuse, porém, a condenação do vendedor ao preço da compra, uma vez que o réu requereu devidamente a redibição. A sentença que executa, sem o dizer expressamente, a redibição da coisa é, segundo BOTTICHER não só uma sentença de condenação, mas simultaneamente uma «sentença constitutiva camouflada». Pode aqui deparar-se a questão de como é que a figura de uma «sentença constitutiva camouflada» se insere na legislação processual. A «teoria modificada do contrato» está, de qualquer modo, em consonância com a regulação do BGB, em particular também na questão da prescrição, permitindo por outro lado que a prática se comporte tal como o faz e corresponde assim às preocupações da teoria da autoria sem as suas desvantagens. Encontrou por isso na literatura uma adesão crescente⁽²⁰⁾.

O exemplo permite reconhecer claramente que, quanto ao «sucesso» de uma construção, são frequentemente só as suas consequências práticas que decidem. Aí não se trata já de operações lógicas, mas, como na interpretação da lei e no desenvolvimento judicial do Direito, da teleologia da lei, necessidades do tráfego, ou fins jurídicos como a economia processual. Característica é também a formação de duas teorias que reciprocamente se excluem, bem como de uma terceira, «intermédia», que procura evitar as desvantagens das outras, o que neste caso consegue mediante uma transposição do problema para o Direito Processual.

Tomemos como último exemplo a cessão da posição contratual. Com isso entendemos a cessão da posição jurídica global de uma das partes do contrato com base numa relação obrigacional - por exemplo, como locatário ou locador, como forne-

(19) BÓTTICHER, *Die Wandlung als Gestaltungsakt*, 1938. A este respeito, também o meu ensaio em NJW 51, pág. 500.

(20) Cf. o meu *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. 11, § 41 IIa; FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, § 70 IV 2d; STAUDINGER/HONSELL 4 ao § 465; MÜNCH. KOMM./WESTERMANN 5 ao § 462 BGB.

cedor ou cliente de determinadas mercadorias com base num contrato de fornecimento de longa duração - a um terceiro; a cessão com base nela de todos os direitos, deveres e competências que lhe estão associados. Que isto é possível, se bem que, em geral, só com o assentimento da outra parte do contrato, que deve prosseguir a relação obrigacional com o cessionário, comprehende-se por si com base no princípio da autonomia privada, que domina o Direito dos contratos. O problema é se uma cessão de tal espécie da posição jurídico-contratual no seu conjunto através de um negócio jurídico unitário, em que intervêm pelo menos três pessoas, é compatível com o Direito dos contratos obrigacionais em vigor⁽²¹⁾, pois que o BGB desconhece um negócio jurídico de tal espécie; contém apenas regras sobre a transmissão de um critério individual e a assunção de vinculações obrigacionais individuais. Por «relação obrigacional» entende-se em regra somente o crédito individual e a correspondente vinculação. À relação obrigacional que se deve distinguir dessa, enquanto conjunto de vínculos jurídicos que se mantém como uma «estrutura»⁽²²⁾ com dimensão temporal, apesar da alteração dos seus elementos singularmente considerados, não prestaram os autores do BGB, ou prestaram apenas escassa atenção. Não lhe foi atribuído qualquer lugar no sistema conceptual, que se preocupava com o conceito central de direito subjectivo e não com o de relação jurídica - unindo em si direitos e vinculações⁽²³⁾. Assim, a ideia de cessão da posição jurídica no seu conjunto tinha forçosamente de deparar com **dificuldades**. Por outro lado, não se podia porém ignorar que se procedia não raramente a arranjos desse tipo no tráfego jurídico e que existia uma efectiva necessidade dela⁽²⁴⁾.

Perante este embaraço, lançou-se mão, a princípio, da suposição de uma renúncia a todos os créditos (presentes ou futuros) e uma assunção de todas as vinculações decorrentes dessa relação obrigacional, mesmo as futuras, ou seja, duma combinação das duas espécies de dois negócios jurídicos conhecidos e regulados

(21) A este respeito, PIEPER, *Vertragsüberenahme und Vertragsbeitritt*, 1963.

(22) Cf. o meu *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. I, § 2 V.

(23) Cf. PIEPER, ob. cit., pág. 137 e segs.; sobre a relação jurídica como conceito central, o meu *Lehrbuch des Allgemeinen Teils*, § 12.

(24) Cf. PIEPER, ob. cit., pág. 16 e segs.

na lei («teoria da combinação»). Face a isto, chamou-se a atenção para o facto de que, com a transmissão, só os créditos singularmente considerados e não já também direitos potestativos, como o direito de denúncia, que se prendiam à relação obrigacional no seu conjunto, eram transmitidos⁽²⁵⁾; a sua transmissibilidade autonomizada é, no mínimo, duvidosa. E ainda menos se transmite ao destinatário mediante tais transmissões autonomizadas também a faculdade, por exemplo, de recepção de uma denúncia da relação obrigacional no seu conjunto. Não se trata aí também de «direitos adjacentes» ao crédito singular. A transmissão de todos estes direitos e faculdades tidos em conta na relação obrigacional como um todo, tal como em tais casos as partes a pretendem, só pode, ao invés, ser fundamentada quando se afirmar a possibilidade de uma cessão da posição contratual, no sentido de um negócio jurídico unitário, dirigido precisamente a estes efeitos. Esta concepção («teoria unitária») impôs-se entretanto, pelo menos na literatura⁽²⁶⁾. Só se tornou possível depois de se ter reconhecido que a relação obrigacional como um conjunto de vínculos jurídicos, como «estrutura», é algo de diverso, porém, de um simples somatório de créditos e vinculações singularmente considerados, é, por assim dizer, um objecto negocial específico.

Quem se pronuncia a favor da teoria unitária trata de chamar a atenção para o facto de o nosso Direito privado conhecer, pelo menos, a transmissão de uma relação obrigacional com base em preceitos legais. Tais preceitos são os §§ 571, parágrafo 1, 1251, parágrafo 2, e desde 1972 também o 613 a, parágrafo 1, do BGB, bem como o § 69, parágrafo 1, da Lei do Contrato de Seguro. Aquilo que pode ser ordenado pela lei, diz-se, deveria também poder ser introduzido por via de um contrato no quadro da liberdade contratual, que existe como princípio no Direito das obrigações. Já foi referido que aqui também é necessário o assentimento daquele que permanece como parte no contrato. Hoje está-se de acordo em que a cessão da posição contratual pode ocorrer quer mediante um contrato trilateral, quer por via de um contrato entre o cedente e o cessionário com autorização do contraente

(25) v. TUHR, *Der Allgemeine Teil des Deutschen bürgerlichen Rechts*, vol. I, pág. 226; PIEPER, ob. cit., pág. 166 e segs.

(26) Cf. as indicações in MÜNCH. KÜMM. IRÜTH 4 ao § 398 do BGB; o meu *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. I, § 35 I.

cedido (analogamente ao § 415, parágrafo 1). Os seus efeitos considerados em si são orientados, na falta de preceitos legais, apenas de acordo com cada contrato de per si. Assim, as partes podem excluir a transmissão de certos créditos ou dívidas em mora; podem combinar que o cedente fique responsável de par com o cessionário perante o contraente cedido por determinadas ou mesmo por todas as vinculações (cf. os §§ 571, parágrafo 2, 613 a, parágrafo 2, do BGB). Depois da possibilidade de uma cessão da posição contratual ter sido reconhecida de ora em diante, afirma-se também a transmissibilidade jurídico-negocial, não prevista na lei, da qualidade de sócio de uma sociedade civil sob forma civil, ou seja, da posição de sócio com todas as consequências que daí decorrem⁽²⁷⁾. Também aqui se tinha visto originariamente como possível apenas a combinação da saída de um sócio (§ 736 do BGB) e a entrada de um outro. Assim, o progresso da dogmática numa sede - aqui a percepção da situação jurídica numa relação obrigacional como posição jurídica unitária, disponível em certos limites - produz efeitos também em outras sedes. Conduz a uma ampliação do sistema, com a consequência de que este pode agora acolher em si quer fenómenos anteriormente descurados, quer erroneamente classificados, ou fenómenos novos⁽²⁸⁾. Se se tratar aí, como na cessão da posição contratual ou na transmissão da qualidade de sócio, de modelos contratuais, então o valor da construção reside no facto de permitir que o que foi almejado pelas partes seja expresso de maneira facilmente comprehensível e de tal modo que sejam evitados desvios desnecessários, meras construções coadjuvantes, como as representadas pelas teorias combinatórias.

d) As teorias jurídicas e a sua corroboração

As construções jurídicas assumem de diversos modos a forma de uma «teoria»; evoque-se tão-somente aqui a «teoria da autoria» e a «teoria modificada do contrato», a propósito da redibição.

⁽²⁷⁾ Cf. FLUME, *Allgemeiner TeU des Bürgerlichen Rechts*, vols. I, *Die Personengesellschaft*, § 1711; o meu *Lehrbuch des Schuldrechts*, vols. II, § 60 VI c.

⁽²⁸⁾ A este respeito, PAWLÜWSK1, *ob. cit.*, n.º 404.

Neste contexto, fala-se de uma «teoria» decerto apenas onde é controversa a construção «correcta»; se não for este o caso, não é precisa qualquer «teoria». Por outro lado, as «teorias» não se formam apenas para resolver problemas de construção. Na «teoria» da cessão da posição contratual trata-se da sua compatibilidade com a lei, e em segunda linha da sua realização como contrato trilateral ou em analogia com o § 415, parágrafo I, do BGB. Existem, contudo, também teorias em que se trata de um princípio jurídico, da comprovação da sua validade, da demonstração do seu âmbito de aplicação e casos de aplicação «típicos», da sua concretização e dos seus limites - seja aqui evocada, a título de exemplo, a teoria da responsabilidade pela confiança de CANARIS. Não se trata aqui, ou não se trata tanto, do sistema «externo», conceptual, do Direito, mas do seu sistema «interno», da sua irradiação num sistema parcelar, aqui precisamente o da «responsabilidade pela confiança». Noutros casos trata-se da delimitação de dois sectores jurídicos - por exemplo, o do Direito público e o do Direito privado - ou de um conceito como o de ilicitude, onde se trata da sua função no sistema de normas, bem como, uma vez mais, do contexto sistemático e dos fins de regulação. É portanto difícil dizer o que se deve entender mais em pormenor por uma «teoria» jurídica; o que é certo é que a formação, a crítica e a defesa de «teorias» representa uma das preocupações fundamentais da Jurisprudência, e também, bem entendido, que ela tem quase sempre que ver com a formação do sistema. DREIER⁽²⁹⁾ distinguiu nada menos do que sete modalidades diferentes de teorias jurídicas, das quais eu, todavia, desejaría separar as que ele denomina de «teorias interpretativas», porquanto nelas se trata apenas de propostas para a interpretação (adequada) de proposições jurídicas ou termos particulares. No restante, as observações subsequentes valem sobretudo para as teorias em que se trata de questões de construção, de formação de conceitos e do sistema externo.

Na falta de um uso linguístico firmado, aceito a definição de DREIER⁽³⁰⁾ de uma teoria científica. Segundo essa defi-

⁽²⁹⁾ DREIER, «Zur Theoriebildung in der Jurisprudenz», in: *Recht-Moral-Ideologie*, 1981, pág. 70 e segs. Sobre as modalidades de teorias jurídicas, cf. pág. 73 e segs., mas também pág. 93 e segs.

⁽³⁰⁾ *Ob. cit.*, pág. 82.

nição, uma tal teoria é um sistema de enunciados, entre os quais existem relações de inferência e que satisfazem pelo menos as exigências de consistência e de comprovação. Uma vez que nas teorias jurídicas se trata de enunciados sobre aquilo que está normativamente em vigor, as proposições que delas se podem inferir são aquelas para as quais, para além da sua correcção enquanto enunciados, se aspira a validade normativa. O requisito de consistência, da inexistência de contradições dos enunciados uns com os outros, não necessita de qualquer fundamentação. DREIER⁽³¹⁾ observa com razão que este requisito deveria conter nas teorias normativas não só a ausência de contradições lógicas, mas também a ausência de contradições valorativas. Isto vale em todo o caso para as teorias em que se trata do desenvolvimento de um princípio jurídico, do sistema interno do Direito. Probleática é a outra exigência de «comprovação». São as teorias jurídicas, tal como as das ciências naturais, comprováveis, quer dizer verificáveis ou falsificáveis, na sua correcção (enquanto sistemas de enunciados), e como? Aqui depara-se-nos outra vez a questão de se a ciência do Direito pode suscitar a pretensão de correcção (no sentido de conhecimento adequado) para os seus enunciados e se sim, como é que esta pode ser fundamentada. Nesse caso, pressupomos que nas teorias jurídicas, qualquer que seja a sua espécie, não se trata de modo algum somente de inferências lógicas a partir de axiomas fixos - pois que então escapariam ao requisito da comprovação, seria suficiente o da consistência lógica -, mas, e nisso são comparáveis às teorias das ciências naturais, de enunciados que em todo o caso não podem ser obtidos apenas de modo dedutivo.

É aconselhável neste ponto lançar uma vista de olhos para as teorias das ciências naturais e arrimar-nos para este fim a POPPER, como autor que é hoje porventura o mais competente nesta matéria. Segundo ele, uma teoria (relativa às ciências naturais) não é, de início, em nada diferente de uma «ideia súbita», de uma suposição; nessa medida, a sua concepção inicial «não é susceptível nem carece de análise lógica»⁽³²⁾. Lembremo-nos

da descrição de JHERING da génese da sua doutrina da culpa *in contrahendo* (*supra*, pág. 512) e teremos assim de concordar com isso em relação às teorias jurídicas, com a particularidade de que a «ideia súbita» - isto não será diferente nas ciências naturais - foi precedida por uma mais longa familiarização com o estado do problema, impulsionada por um sentimento do carácter insatisfatório das soluções até aí praticadas. Mas uma «ideia súbita» não representa enquanto tal, de modo algum, um conhecimento cientificamente assegurado. Para isso necessita em primeiro lugar da sua elaboração em ordem a um sistema de proposições constatativas, uma «teoria» precisamente, e ainda da sua comprovação - nas ciências naturais, com base em experiências, na observação e na experimentação. Isto acontece, segundo POPPER, de modo a que possam ser inferidas da teoria determinadas proposições que se referem a um comportamento que segundo ela é de esperar - por exemplo uma determinada matéria sob determinadas condições - e que podem ser confirmadas ou refutadas pela experiência. Se forem confirmadas, tal não é, segundo POPPER, nenhuma prova definitiva da correcção da teoria, porque experiências futuras podem ter resultados diversos. Em virtude destas conhecidas debilidades do raciocínio indutivo, as teorias das ciências naturais não se deixam, segundo ele, verdadeiramente *verificar*⁽³³⁾. Contudo, se se deixam falsificar através de experiências que não estão de acordo com as suas proposições derivadas — ou com uma delas —, então a experiência que diverge da teoria deve ser suficientemente explicada mediante suposições auxiliares não falsificadas⁽³⁴⁾. Uma teoria aparece então tanto mais consolidada quanto menos tenha resistido a todas as tentativas de a falsificar⁽³⁵⁾.

Se olharmos agora para as teorias jurídicas, é esclarecedor que as suas proposições derivadas, uma vez que se referem ao normativamente vigente, não podem ser falsificadas nem de modo algum *verificadas*. Mas há agora que atender aos objectivos que se propõem as CienClas: as teorias das ciências naturais devem explicar fenómenos da natureza, reconduzi-los às leis científicas

(31) *Oh. cit.*, pág. 83.

(32) POPPER, *Logik der Forschung*; a ed. citada é a 6.ª, 1976, pág. 31.

(33) *Oh. cit.*, pág. 14.

(34) *Oh. cit.*, pág. 8 e 45.

(35) Criticamente em relação a esta posição de POPPER, KELL-MANN, in *Rth* 1975, pág. 88 e segs.

mais gerais; as teorias jurídicas não devem de modo algum «explicar», mas tornar claras conexões jurídicas, especialmente proposições jurídicas ou conteúdos de regulação mais extensos num sistema - ou sistema parcelar - lógica e valorativamente isento de contradição. Isto requer a sua comprovação, não com base em quaisquer factos, mas antes com base nas normas jurídicas vigentes, nos princípios jurídicos reconhecidos e no sistema parcelar - pelo menos a princípio aceite como dado -, ao qual a teoria se deve «ajustar». As proposições derivadas - no exemplo da redibição, a relativa à caducidade dos direitos «decorrentes» da redibição («efectivada») - são comprovadas com base na sua compatibilidade com outras normas, com a teleologia da lei ou também em consequência de se são «materialmente adequadas».

Poder-se-ia na verdade ver, para continuar a manter um pouco mais o paralelismo com as teorias das ciências naturais, na comprovação face às normas vigentes - sejam elas as da lei ou as do Direito judicial reconhecido - uma comprovação face a «factos». Só que se passaria por alto que estas normas não podem aí, mais uma vez, ser tomadas em consideração enquanto simples dado, mas no seu conteúdo de sentido normativo, averiguado por meio da sua interpretação. Os problemas de construção jurídica são em regra também problemas de interpretação. Nos casos das teorias sobre a redibição trata-se, entre outras coisas, da interpretação adequada do § 465 do BGB. Na questão da admissibilidade de uma cessão da posição contratual é pertinente a referência à transmissão geral da relação locatícia, e com isso à interpretação do § 571, parágrafo 1, do BGB. O facto de que as normas jurídicas a que se recorre para a comprovação de uma teoria são, por seu lado, frequentemente carecidas de preenchimento, e a sua própria interpretação pode ser de novo comprovada, não as torna desde logo inadequadas a servir como critérios na prova. Dificulta apenas o procedimento de prova, na medida em que o complica. Várias monografias constituem um testemunho eloquente nesse sentido.

Uma outra dificuldade resulta de que no decurso do processo de prova pode revelar-se necessária uma ampliação, uma transformação ou qualquer outra modificação do sistema parcelar que se toma por base. Significa uma ampliação do sistema dos direitos subjectivos a «descoberta» dos direitos potestativos e das expectativas jurídicas; uma modificação, a aceitação por BOTTICHER

de «um juízo de conformação oculto», na esteira da «teoria modificada do contrato». Aqui é nítido que o sistema, mesmo o externo ou conceptual, nem é nem pode ser um sistema logicamente fechado; uma vez que tem de estar «aberto» para novas construções jurídicas, bem como para novos conhecimentos jurídicos, e que, por esse motivo, ele próprio tem por sua vez de ser comprovável enquanto padrão para uma determinada teoria, se se não chegar entremesmo a uma resolução «plausível», terá de ser revisto. No que diz em última análise respeito à comprovação das proposições derivadas, trata-se aí de questões de conveniência (por exemplo, a economia de processos nas teorias da redibição), a realização optimizada da vontade das partes (na cessão da posição contratual; também nas teorias mais recentes sobre os efeitos da resolução), de soluções de casos sentidas como «plausíveis», como «ponderadas» ou simplesmente como «justas». Tudo isto constitui, como é de admitir, critérios dificilmente determináveis, que certamente não podem permitir que se espere a medida de indubitabilidade dos resultados de medições ou outras experimentações das ciências naturais. Mas é sempre este o caso em todas as ciências do espírito.

Se as teorias jurídicas são comprováveis, então são também em princípio falsificáveis. Assim, a teoria da autoria na redibição revela-se a meu ver como incorrecta, «não conforme», pois que não permite concluir em que é que se baseou a supressão ou modificação da relação de compra e venda, dado que não o foi na declaração unilateral do comprador de que pretende a redibição, uma vez que a lei (mediante o afastamento do § 349 no § 467) exclui precisamente um tal efeito da declaração. Além disso, existem os efeitos melindrosos face à caducidade. Em contrapartida, não se pode qualificar de «errónea» a «teoria do contrato» na sua configuração originária, uma vez que ela é em si isenta de contradições e também conforme à lei; dá-se preferência à «teoria modificada do contrato» apenas porque ela evita os efeitos inconvenientes para o processo. No caso da admissibilidade de uma «cessão da posição contratual» gostaria de supor, face à evolução da dogmática jurídico-obrigacional e também da legislação mais recente, que a teoria de uma transmissão da posição jurídica no seu conjunto a partir do contrato se verificou entretanto. As teorias jurídicas não são, portanto, meras expressões de opinião, de entre as quais se pudesse livremente escolher - todavia, é

isso que muitos práticos parecem defender, utilizando-as como uma pedreira de onde retiram os pedaços que lhe são exactamente convenientes –, mas são, do mesmo modo que as teorias das ciências naturais, sistemas de enunciados que manifestam a pretensão de ser «correctamente», adequadamente, fundamentados. A sua comprovação (com vista à sua correcção como sistema de enunciados) não é, na verdade, possível do mesmo modo em que os enunciados das ciências naturais são comprovados, mas antes de um modo que é peculiar à ciência do Direito⁽³⁶⁾. Aí têm um papel, conjuntamente com as ponderações lógicas, sobretudo as ponderações teleológicas; em última instância, é decisiva a adequação objectiva das proposições derivadas, que decorrem da teoria, sobre o que é normativamente vigente.

Se a teoria disser respeito à introdução de uma regulação no sistema externo, então ela facilita a subsunção e, simultaneamente, a resolução de casos singulares, tanto quanto a subsunção seja aqui suficiente. Se disser respeito ao «sistema interno», serve sobretudo para o esclarecimento e unificação das valorações determinantes. Em ambos os casos trata-se, sobretudo no modo de expressão de FIKENTSCHER, da «justiça equitativa».

e) **A tendência inherente ao pensamento abstractor para o esvaziamento de sentido**

Com a perfeição do sistema externo preencher-se-ia o ideal da possibilidade de subsunção de todos os casos jurídicos em presença aos conceitos do sistema, e com isso a uma regra dada na lei. Não há dúvida que este ideal é inatingível. Nem o sistema foi em qualquer época perfeito nem fechado em si, de modo a que todas as relações jurídicas e previsões juridicamente significativas tivessem achado nele o seu lugar perfeitamente determinável. Isto atestam já as denominações usuais no século XIX de «quase-contratos» e «quase-delitos». Nem é verdade que todos ou

⁽³⁶⁾ Assim, com o mesmo resultado, também DREIER, *oh. cit.*, pág. 89.

apenas a maioria das previsões legais sejam construídas a partir de conceitos, aos quais se pudessem facilmente subsumir os processos da vida. A este respeito, pode remontar-se ao que atrás foi dito (cap. 11, 5 b; capo 111, 3). O que o jurista frequentemente designa, de modo logicamente inadequado, como «subsunção», revela-se em grande parte como apreciação com base em experiências sociais ou numa pauta valorativa carecida de preenchimento, como coordenação a um tipo ou como interpretação da conduta humana, particularmente do sentido juridicamente determinante das declarações de vontade. A parte da subsunção lógica na aplicação da lei é muito menor do que a metodologia tradicional supôs e a maioria dos juristas crê. É impossível repartir a multiplicidade dos processos da vida significativos sob pontos de vista de valoração jurídicos num sistema tão minuciosamente pensado de compartimentos estanques e imutáveis, por forma a que bastasse destacá-los para os encontrar um a um em cada um desses compartimentos. Isto é impossível, por um lado, porque os fenómenos da vida não apresentam fronteiras tão rígidas como as exige o sistema conceptual, mas formas de transição, formas mistas e variantes numa feição sempre nova. É impossível ainda, porque a vida produz constantemente novas configurações, que não estão previstas num sistema acabado. É também impossível, por último, porque o legislador, como várias vezes sublinhámos, se serve necessariamente de uma linguagem que só raramente alcança o grau de precisão exigível para uma definição conceptual. Não pode portanto causar espanto que o ideal de um sistema abstracto, fechado em si e isento de lacunas, construído com base em conceitos abstractos, nem mesmo no apogeu da «Jurisprudência dos conceitos» tenha sido plenamente realizado.

O facto de um ideal não poder ser plenamente realizado, não se pronuncia, todavia, contra o desiderato de dele nos aproximarmos o mais possível. A verdadeira objecção contra o método descrito da formação do conceito e do sistema não reside pois também em que não conduza em todos os casos ao resultado desejado, mas em algo de diverso. Segundo a mencionada lei lógica de que quanto maior é a extensão (o âmbito da aplicação) tanto menor será o conteúdo do conceito abstracto, este pode englobar em si tanto menos conteúdo de sentido das normas jurídicas e

das regulações dela resultantes - dos institutos jurídicos - quanto mais avançar a abstracção, quanto maior for o grau de abstracção. Deixando de lado que não só se abstrairá de muitos traços particulares do fenómeno da vida em causa ou do complexo de regulação correspondente, mas também daquilo que em cada caso une esses traços particulares entre si e sobre o qual se baseia a relevância jurídica destes fenómenos da vida, ou a concatenação de sentido desta regulação. A verdade é que sobressairão sempre aquelas notas distintivas particulares, isoladas umas das outras; mas estas de modo algum esgotam o tipo da vida considerado, o tipo de conduta ou a concatenação jurídica de sentido. Não raras vezes se exagerará a sua importância, ao considerá-las como «conceptualmente necessárias», e portanto, pressupostos indispensáveis. A sua simples presença ou ausência decidem da aplicação do conceito a uma tal situação de facto. A ideia de que uma destas notas distintivas pode, ao menos numa «zona intermédia», ser substituída até certo ponto por outra não tem cabimento neste modo de pensar. Para o pensamento por conceitos abstractos não há um «mais ou menos», mas um «ou isto ou aquilo». Um tal «pensamento por alternativas»⁽³⁷⁾ vai certamente contra a obrigação de decidir que impende sobre o juiz. Não presta frequentemente atenção, todavia, ao peso diferenciado, aos finos matizes de que pode precisamente depender o caso a julgar.

Um sistema construído de tal modo requer, para a sua perfeição, que os conceitos de grau mais elevado de abstracção só admitam em cada caso dois conceitos deles inferidos, que estejam entre si numa relação de contraposição excludente, porque só assim pode ser garantida a plenitude exigida. De facto, no sistema científico que serve de base ao BGB encontra-se um certo número de pares de conceitos que reciprocamente se excluem e que não admitem um terceiro. Um «*quid*» juridicamente relevante ou é um sujeito de direito ou um objecto de direito; uma coisa ou é um imóvel ou uma coisa móvel; um direito subjectivo ou é um direito «relativo» ou «absoluto»; um

⁽³⁷⁾ Segundo RÓDIG, *Die Denkform der Alternativen in der Jurisprudenz*, pág. 1, o jurista pensa «continuamente por alternativas».

direito real é ou um «direito pleno» (propriedade) ou um «direito real menor». Uma associação de pessoas pode ser pensada, neste modo de pensamento, ou como uma unidade de pessoas (pessoa colectiva) ou como uma pluralidade de pessoas (sociedade). Direito (no sentido de direito subjectivo) e dever excluem-se mutuamente, de modo que «direitos dever», como os admite GERNHUBER⁽³⁸⁾ para o Direito de Família, seriam «contraditórios com o conceito», quer dizer, impossíveis de pensar no quadro do sistema conceptual. Com este sistema cai-se sempre numa dificuldade intransponível sempre que se trate de um «tanto como» ou de uma forma intermédia. Isto é válido, por exemplo, para todos os casos de uma «coisificação» dos direitos obrigacionais⁽³⁹⁾ (trespasso de arrendamento de imóvel, registo prévio, direito à posse derivado de uma relação jurídica obrigacional e a acção judicial derivada de um direito à posse, anterior, efectivo e aceite de boa-fé). Isto é válido para a compropriedade, em especial para a forma intermédia da sociedade comercial aberta*,

⁽³⁸⁾ GERNHUBER, *Lehrbuch des Familienrechts*, 3.^a 00., § 2, II, 6.

⁽³⁹⁾ Cf. DULCKEIT, *Die Verdinglichung obligatorischer Rechte*, 1951.

* Análoga, em termos gerais, à sociedade em nome colectivo do Direito português. A sociedade comercial aberta (*Offene Handelsgesellschaft*, por abreviação OHG) é basicamente regulada pelas normas da sociedade civil (cf. § 105, 2, do Código Comercial alemão); mas, por outro lado, pode a OHG adquirir em seu próprio nome (*unter ihrer Firma*) direitos e contrair obrigações, adquirir direito de propriedade bem como outros direitos reais sobre imóveis, comparecer em juízo para accionar ou ser accionada (cf. o § 124 do Código Comercial alemão). Mas se o teor do § 124 propende a fazer crer que a OHG seja pessoa colectiva, a doutrina dominante entende que os direitos e obrigações são imputados, *em mão comum* (*zur gesamten Hand*), ao conjunto dos sócios e não à sociedade. Do aparente conflito entre as duas disposições mencionadas surgem teses divergentes sobre a natureza da OHG: para alguns autores, esta seria uma forma intermédia (*Übergangsform*) entre a co-titularidade de várias pessoas inteiramente independentes umas das outras, de um lado, e a imputação dos direitos a uma unidade autónoma, que é a pessoa colectiva, por outro lado (HUECK); para outros, a OHG seria dotada de uma dupla natureza, ao mesmo tempo unidade colectiva e unidade individual, sendo unilateral querer ver nela só o princípio da *Gesamthand* ou só a ideia de pessoa colectiva (FABRICIUS). Trata-se de um conjunto de questões que não são suscitadas a propósito da nossa sociedade em nome colectivo, que é inequivocadamente pessoa colectiva. (N. do T.).

e não o é menos para aqueles direitos reais que não se ajustam ao sistema do BGB, como a propriedade da casa de morada e a propriedade da garantia. No que toca aos direitos subjetivos, a distinção entre «absolutos» e «relativos» é apenas uma distinção conceptual; as diferentes espécies de direitos, segundo o seu conteúdo, como direitos da personalidade, direitos de família pessoais, direitos de domínio sobre coisas e sobre outros bens, créditos, direitos de cooperação, direitos potestativos e expectativas jurídicas são tipos, não conceitos⁽⁴⁰⁾. Não existe por isso um *numerus clausus* de tais tipos jurídicos; a formação de outros tipos dessa espécie seria inteiramente possível. Neste ponto mostra-se, com particular clareza, que a Jurisprudência actual já não se basta com o sistema conceptual-abstracto, mas apresenta também indícios de formação de um sistema de outra espécie.

O esvaziamento de sentido, especialmente dos conceitos mais gerais do sistema externo, torna-se particularmente claro a propósito do conceito de pessoa, tal como o entende a doutrina dominante. Equipara-o ao sujeito de direito, e entende por tal qualquer possível titular de direitos e deveres⁽⁴¹⁾. Este conceito entendido de modo tão amplo permite-lhe englobar nele não só a pessoa, a «pessoa física», mas também as pessoas jurídicas. Com isto, afastam-se todas as referências que caracterizam o homem como pessoa em sentido ético. A pessoa jurídica não é pessoa em sentido ético e só pode ser equiparada a esta algumas relações⁽⁴²⁾. Só o homem enquanto «pessoa» em sentido ético tem uma «dignidade», pode suscitar face ao seu semelhante a pretensão ao respeito e reconhecimento dos seus direitos e ter os correlativos deveres, assumir responsabilidades. Se se parte de um conceito de tal modo formal de pessoa em sentido jurídico, continua também a ser incompreensível a relação deste conceito com os conceitos de capacidade de exercício, de capacidade negocial de exercício e de imputabilidade.

(40) Cf. o meu *Lehrbuch des Allgemeinen Teils*, 7.^a ed., § 13, 11.

(41) Cf. ENNECERUS-NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, § 83.

(42) Cf. a este respeito o meu *Lehrbuch des Allgemeinen Teils des Deutschen bürgerlichen Rechts*, 7.^a ed., § 91.

Não se ignora, por certo, que todas estas aptidões são atributos apenas da pessoa humana; mas isto parece, por sua vez, mais uma casualidade do Direito positivo do que algo fundado na natureza da pessoa humana como pessoa em sentido ético. Decerto que também não é incorrecta a definição usual de negócio jurídico (como um facto hipoteizado que contém uma ou mais declarações de vontade que estão dirigidas à produção de uma consequência jurídica); mas já não permite um bom conhecimento sobre a função do negócio jurídico como o meio com a ajuda do qual o homem pode contribuir para configurar por si as suas relações jurídicas e, deste modo, realizar-se como pessoa no plano das relações jurídicas. Para poder esclarecer este sentido do negócio jurídico é antes necessário, uma vez mais, retomar o conceito de pessoa, eticamente entendido⁽⁴³⁾.

Sem dúvida que a formação de conceitos abstractos, e nomeadamente daqueles com um grau progressivamente crescente de abstracção, que se tornam necessariamente cada vez mais vazios de conteúdo à medida que o grau de abstracção se eleva, facilita em grande medida a clareza, porque com o auxílio de tais conceitos, um grande número de fenómenos, frequentemente de índole muito diversa, pode ser reconduzido a um denominador comum e uniformemente regulado. Mas é à custa da clarificação das concatenações de sentido que resultam das pautas de valoração e princípios jurídicos subjacentes à regulação e que são imprescindíveis para compreender a regulação. Sob pontos de vista formais, podem os negócios jurídicos ser divididos em unilaterais e bilaterais, quer dizer, contratos. Mas só se se conceber o negócio jurídico como meio para o desenvolvimento da personalidade no plano da conformação das relações jurídicas dos indivíduos entre si é que se compreenderá que aqui se precisa, por regra, de declarações concordantes de ambos os interessados, quer dizer, de um contrato, e que os negócios jurídicos unilaterais só podem ter validade sob determinadas condições. A complexa regulação dos chamados vícios da vontade no negócio jurídico, no BGB, só será com-

(43) Cf. a este respeito o meu escrito sobre «Direito justo» (*Richtiges Recht*), pág. 45 e segs. (princípio do respeito) e pág. 57 e segs. (sobre o negócio jurídico, em especial sobre o contrato).

preensível se se conhecerem os princípios - que entram em jogo nesta regulação - da autoconfiguração voluntária, da responsabilidade pelo sentido da declaração objectivamente entendível e da tutela da confiança, bem como da sua participação em cada passo da regulação. Mas isto transcende já o quadro do sistema conceptual-abstrato, que só conhece uma supra e infra-ordenação de conceitos, mas não o «jogo concertado» dos princípios. Mais uma vez temos de referir aqui a incapacidade do pensamento conceptual-abstrato para conceber formas intermédias e «figuras lubridas» que não podem incluir-se integralmente no esquema previamente dado. Na realidade, o ajuste de contas com o sistema, pretensamente isento de lacunas, dos conceitos abstractos nunca chegou ao fim. As contraposições pretensamente excludentes revelam-se apenas opostas; o que conceptualmente está radicalmente separado está ligado entre si de forma multímoda; a abstracção, levada ao extremo, interrompe as concatenações de sentido e acaba por conduzir-se *ad absurdum*, pela vacuidade dos seus conceitos supremos, que já nada dizem sobre a concatenação de sentido subjacente (44). Por isso, o sistema externo, que assenta na formação de conceitos abstractos, será apenas de valor limitado para uma elaboração simplificada da lei, para a orientação inicial e para a subsunção, sempre que esta seja de todo em todo susceptível de se realizar; mas só pode atribuir-se-lhe um valor muito reduzido para o conhecimento das concatenações de sentido do Direito, para o qual é antes um empecilho.

f) **Excuso: a distinção de Hegel entre conceito abstracto e conceito concreto**

Ao dever investigar-se mais de perto, seguidamente, algumas formas de pensamento de que, de par com a do conceito abstracto,

(44) Acresce ainda que estes conceitos, para poderem subsumir outros a si, são de uma precisão extrema, intentada por uma linguagem artificial que se afasta consideravelmente do significado corrente das palavras de que se serve. Observa acertadamente ARTHUR KAUFMANN (*Analogie und Natur der Sache*, 2.ª ed., pág. 73): «A extrema precisão da linguagem só pode ser alcançada à custa de um extremo esvaziamento de conteúdo e de sentido».

lança mão, cada vez mais, a Jurisprudência - a saber: as formas de pensamento do tipo, do princípio jurídico carecido de concretização e do conceito determinado pela função - há-de contar-se com a objecção de que todas estas formas de pensamento são «acentíficas», porque não são compatíveis com as exigências elementares da Lógica. Face a isto, parece digno de nota que HEGEL, na sua Lógica, contrapõe constantemente o «conceito abstracto», cujo iniludível papel no pensamento ele não ignora, a um de índole completamente distinta, o conceito «concreto» ou «geral-concreto», que representa a forma de pensamento central da sua filosofia, e também da sua filosofia do Direito. Se há aqui que fazer uma breve referência a isso, será porque se trata aqui também de uma tentativa de pensar aquilo que é dotado de sentido no conjunto das suas relações com uma forma de pensamento que lhe seja adequada. Far-se-á ver que as formas de pensamento do tipo e do conceito determinado pela função têm alguns traços em comum com o «conceito concreto» de HEGEL, sem que por isso se possam equiparar a ele. Trata-se sempre da apreensão de conexões de sentido, que se interrompem pelo método isolante da formação de conceitos abstractos. Aqui só deve ser trazida à colação a forma de pensamento do «conceito concreto» e não a parte restante do pensamento de HEGEL, se bem que tenhamos consciência de que em HEGEL tudo se encontra interdependente, e que portanto o «conceito concreto», na sua acepção, não pode ser aplicado fora da sua filosofia. Certos paralelismos são, porém, inegáveis e tornam claro que sobre isto não foi, de modo algum, dita ainda a última palavra.

«Ao falar do conceito», lemos em HEGEL (45), «é, habitualmente, só a generalidade abstracta que aí temos em vista, e o conceito procura também na verdade ser definido (como) uma ideia geral. De acordo com isto, fala-se do conceito de cor, de planta, de animal, etc., e estes conceitos surgem em virtude de que, com o abandono do particular, mediante o qual as diferentes cores, plantas, animais, etc., se distinguem entre si, se pode manter o que lhes é comum. Este é o modo como o entendimento

(45) Na *Pequena Lógica*, no quadro do «Sistema da Filosofia», *Obras completas* (ed. GLOCKNER), vol. 8, pág. 358 e segs (§ 163, aditamento 1).

apreende o conceito, e o sentimento tem razão quando declara tais conceitos como ocos e vazios, como meros fantasmas e sombras. Ora bem, o geral do conceito não é simplesmente algo que é comum, em face do qual o particular tem por si consistência, mas antes o que se particulariza (se especifica) por si mesmo e que permanece por si no seu outro, com transparente clareza. É da maior importância, tanto para o conhecimento como para a nossa conduta prática, que o meramente comum se não confunda com o verdadeiramente geral, como o universal». O «verdadeiramente geral ou universal», a que alude o conceito geral-concreto, não se apresenta ao pensamento como uma mera adição de notas pensadas isoladamente, mas como um todo de «momentos» relacionados entre si de modo pleno de sentido, que só nesta vinculatividade recíproca constituem o conceito. Podemos tornar isto mais claro em relação ao conceito «homem». Do ponto de vista zoológico, o homem pode definir-se como um ser vivo que apresenta uma série de notas características, que tem parcialmente em comum com as espécies animais que lhe são mais próximas, enquanto se distingue delas por algumas outras. Obtém-se assim um «conceito abstracto». Se, em contrapartida, se entende o homem «concretamente», o que não quer agora dizer um determinado homem particular, mas o tipo «homem», na plenitude de todas as suas possibilidades, então vemo-lo ao mesmo tempo como ser corpóreo, anímico e espiritual, que se realiza de modo diverso nestas três dimensões e se abre a novas possibilidades. O conceito concreto de homem, assim entendido, é o que se tem em conta quandQ atribuímos ao homem enquanto tal um valor especial, uma dignidade, e, com respeito à sua posição no Direito, certas capacidades, como a capacidade de gozo, de exercício e a imputabilidade. Com um mero conceito zoológico de homem não se registaria aqui qualquer ganho.

HEGEL (46) observa, além disso, que, contrariamente ao que acontece com o conceito abstracto, não formamos o conceito concreto de modo mais ou menos arbitrário, que o conceito «é antes o que é verdadeiramente primeiro», e que o «que as coisas são, são-no pela actividade do conceito a elas inerente e que nelas se há-se revelar». O conceito, no sentido de HEGEL, não é,

(46) *Ob. cit.*, pág. 360 (§ 163, aditamento 2).

portanto, unicamente um produto do pensamento, mas um princípio que actua, constrói e configura; HEGEL diz (47) que é «o princípio de toda a vida e, com isso, ao mesmo tempo, o puro e simplesmente concreto». Esta concepção, que se baseia na interpretação «idealista» do mundo de HEGEL - e que por isso não pode ser aceite pelos partidários do sistema hegeliano interpretado materialisticamente - tropeça permanentemente com uma contradição no campo da natureza, e não é, seguramente, demonstrável. Mas, no campo das criações do espírito, às quais pertence também o Direito, é certo, porém, que aqui se antepõe à explanação particular uma ideia, uma concepção, um pensamento fundamental, e que só nela, mesmo para o próprio agente criador, se torna plenamente clara e apreensível. Não está, portanto, em causa rejeitar de antemão, também para o âmbito do espírito, a concepção de HEGEL do «conceito concreto», como se nela se tratasse de mera metafísica.

Que um conceito, no sentido de HEGEL, é «conceito concreto» significa ainda que «os momentos do conceito não podem ser autonomizados», que, ao invés, «cada um dos seus momentos só pode ser directamente apreendido juntamente com os outros» (48). Daqui resulta ainda que o pensamento deste conceito só pode oferecer garantias enquanto, em primeiro lugar, desenvolva o conceito nos seus momentos e, em segundo lugar, reflecta a partir destes momentos a conexão em que cada um está com os outros todos. «A natureza do conceito» consiste, diz HEGEL (49), «em manifestar-se no seu processo como evolução de si próprio». No movimento do pensamento distinguir-se-ão e, deste modo, clarificar-se-ão, explicitar-se-ão, os momentos que foram pensados de antemão conjuntamente como implícitos; a «desenvolução» do conceito é um movimento de duplo sentido, que vai e vem entre o conceito antecipado no pensamento e os seus momentos que, precisamente ao unirem-se, o constituem. Trata-se de facto de um «movimento circular do pensamento», semelhante ao que repetidamente temos encontrado no chamado «círculo hermenêutico».

(47) *Ob. cit.*, pág. 353 (§ 160, aditamento).

(48) *Ob. cit.*, pág. 361 (§ 164).

(49) *Ob. cit.*, pág. 356 (§ 161, aditamento).

Como exemplo de que um pensamento por «conceitos concretos» «de modo algum é tão estranho ao uso geral da linguagem como a princípio parece», HEGEL aduz um da ciência do Direito⁽⁵⁰⁾. «Fala-se da derivação de um conteúdo - assim, por exemplo, das disposições jurídicas relativas ao direito de propriedade a partir do conceito de propriedade -, e, reciprocamente, do mesmo modo, da recondução de um tal conteúdo ao conceito. Mas com isto reconhece-se que o conceito não é meramente uma forma sem conteúdo em si, pois que, por um lado, o conceito não seria derivado dela e, por outro lado, mediante a recondução de um conteúdo à forma vazia do conceito, ele próprio seria despojado apenas da sua determinabilidade, mas não dado a conhecer». Consideremos este exemplo um pouco mais em pormenor. No âmbito do sistema conceptual-abstracto subjacente ao BGB, define-se a propriedade como o mais amplo direito de senhorio que, segundo a ordem jurídica vigente, é possível sobre uma coisa. Esta definição baseia-se no § 903 do BGB, segundo o qual o proprietário de uma coisa, sempre que a tal se não oponha a lei ou direitos de terceiro, pode proceder com ela de acordo com o seu arbítrio e excluir outros de qualquer ingerência. Um tal conceito de propriedade nada diz sobre o seu conteúdo jurídico, sobre a sua função no contexto global do ordenamento jurídico. Não se consegue derivar dele nada que se não tenha já vertido nele. A indicação de que a propriedade é o direito «mais amplo» possível sobre uma coisa serve unicamente para a delimitação em relação aos «direitos reais menores», mas no fundo nada diz. Não falta certamente a referência aos limites que resultam da lei ou de direitos de terceiros. Mas estes limites parecem ser casuais e arbitrários; o âmbito da propriedade poderia, segundo isto, ficar reduzido a um «conjunto vazio». Um tal conceito de propriedade de nada serve se se tratar, por exemplo, da garantia da propriedade do artigo 14.º da Lei Fundamental. O que teve em conta o legislador da Lei Fundamental não foi evidentemente o conceito abstracto do BGB, mas uma ideia com grande riqueza de conteúdo, que aqui não pode ser desenvolvida mais em pormenor. Se se intenta também conceber a propriedade só no sentido do nosso Direito das coisas como conceito *atinente* ao

sentido, à maneira de HEGEL, então tem que se partir do seu sentido jurídico, que possibilita à pessoa a livre configuração do seu meio ambiente objectivo, que lhe garante, por causa do Direito, uma «esfera externa da sua liberdade», como diz HEGEL⁽⁵¹⁾. A partir daqui haveriam de desenvolver-se logo os momentos particulares ou as determinações deste conceito concreto, que se tornam a encontrar, mais ou menos às claras ou encobertas, nas disposições do Direito positivo, quer dizer, por exemplo, a atribuição duradoura de uma coisa a uma pessoa, que engloba a faculdade de sonhori imediato sobre ela (de posse), de actuação sobre a coisa e de disposição jurídica sobre a propriedade; como reverso disto, a exclusão de qualquer ingerência de terceiros, a tutela jurídica mediante as possibilidades de agir em juízo e, em caso de lesão, as pretensões de indemnização por danos; finalmente, os limites das suas faculdades, que resultam das necessidades da convivência e da referência reCíproca ou da autolimitação voluntária da propriedade em benefício de um terceiro. Fazendo retroagir todas estas disposições à unidade de sentido do «conceito concreto», elas libertam-se do seu isolamento e torna-se comprehensível o jogo concertado das diferentes normas de Direito positivo relativas à propriedade da coisa.

Quem considerar sob esta perspectiva os actuais tratados de Direito das coisas encontrará de facto pontos de apoio para um tal modo de consideração, em conexão com as explanações da garantia constitucional da propriedade. A observação de HEGEL de que um tal modo de pensar não é «de modo algum assim tão estranho» é totalmente ajustada, se a referirmos à Jurisprudência dos dias de hoje. Esta não opera de modo algum com conceitos gerais-abstractos, mas com conceitos *atinentes ao sentido*, ou também com tipos, que têm em comum com o «conceito concreto» de HEGEL o não serem conceitos de género ou de classe. Só que nem sempre se tem consciência de tal.

2. Tipos e séries de tipos

a) O «tipo» como forma de pensamento em geral

Quando o conceito geral-abstracto e o sistema lógico destes conceitos não são suficientes por si para apreender um fenómeno

(50) *Oh. cit.*, pág. 355 (§ 160, aditamento *in fine*).

(51) *Rechtsphilosophie*, § 41.

da vida ou uma conexão de sentido na multiplicidade das suas manifestações, oferece-se então o «tipo» como forma de pensamento. Numerosas ciências servem-se actualmente desta forma de pensamento, se bem que não exactamente no mesmo sentido⁽⁵²⁾. Nas ciências sociais introduziu-o MAX WEBER, na teoria geral do Estado, GEORG JELLINEK. Considera H. J. WOLFF⁽⁵³⁾ que na ciência do Direito existem «pelo menos quatro espécies de emprego de tipos», a saber: 1. «Os tipos da teoria geral do Estado, da ciência da história do Direito e da ciência jurídica comparatística». 2. Os «tipos jurídicos gerais, os tipos jurídicos em sentido estrito». 3. Os tipos jurídico-penais. 4. Os tipos jurídico-fiscais. A estes acresceriam ainda «os que servem a sistematização, os tipos jurídico-científicos em sentido estrito». ENGISCH dedicou um capítulo do seu livro sobre a «ideia de concretização» à «viragem para o tipo no Direito e na ciência do Direito»⁽⁵⁴⁾. Segundo ele, «a todas as conceções modernas do tipo», por distintas que possam ser em particular, e «a todas as contraposições de tipo e conceito geral» subjaz a ideia de que «o tipo, de um ou de outro modo, mas também de um e doutro modo, é mais concreto do que o conceito»⁽⁵⁵⁾.

(52) A revista *Studium Generale* dedicou, nos anos de 1951 e 1953, dois fascículos ao emprego da forma de pensamento do «tipo» nas diversas ciências. São de destacar os artigos de J. E. HEYDE sobre o conceito de «tipo» enquanto tal (vol. 5, pág. 235) e de E. KRETSCHMER sobre o tipo como problema epistemológico (vol. 4, pág. 399), os ensaios sobre o emprego do tipo na ciência do Direito, de HANS JULIUS WOLFF (vol. 5, pág. 195) e nas ciências sociais, de J. von KEMPSKI (vol. 5, pág. 205). Outros artigos tratam do emprego do tipo na biologia, na psicologia, na linguística e na ciência da História. A estrutura lógica do conceito de tipo foi investigada por HEMPEL e OPPENHEIM no escrito *Der Typusbegriff im Lichte der neuen Logik* (1936). Mais bibliografia em ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit!*, 2.ª ed., pág. 308 e segs. (aditamento ao capo VIII); LEENEN, *Typus und Rechtsfindung*, indicação bibliográfica, pág. 194 e segs.

(53) Em *Studium Generale*, vol. 5, pág. 195.

(54) *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, 2.ª ed., pág. 237 e segs.

(55) *Ob. cit.*, pág. 262.

Entre os diferentes significados do termo «tipo» podem distinguir-se, sem pretensões de exaustividade (56), os seguintes:

1. Por um lado, o denominado por ENGISCH «tipo médio ou de frequência», e por outro, o «tipo de totalidade ou configuração». Aludimos ao primeiro quando falamos das reacções típicas de uma pessoa ou de uma multiplicidade de pessoas numa determinada situação; ou quando, por exemplo, dizemos que uma certa situação atmosférica é «típica» desta região e época do ano. Neste caso, a palavra «típico» quer dizer o mesmo que «aquilo que é de esperar segundo o curso normal», «normalmente». Em contrapartida, se falamos de uma «típica montanha de altura média» ou de uma «típica casa rústica da Baixa Saxónia» (exemplos de HEYDE), aludimos a um número maior ou menor de propriedades, de traços característicos que tipificam uma tal imagem na sua globalidade, sem que, por isso, tenham de estar todos presentes. Estes «traços» podem aparecer na imagem particular, que nós associamos ao tipo, com diferente intensidade, com diferentes matizes e combinações; estão associados uns aos outros e constituem, precisamente assim, no seu actual conjunto, a configuração concebida como «tipo» de uma tal montanha, casa, etc. Do tipo neste sentido pode dizer-se, com KRETSCHMER (57), que é uma «imagem geral contemplada comparativamente». De modo mais claro ainda, diz HEYDE (58) que se trata de «uma nota distintiva do todo, quer dizer, de algo geral que se há-de compreender na sua globalidade». Ambas as espécies de tipos são tipos *empíricos*, quer dizer, as reacções e evoluções respectivas podem ser confirmadas pela experiência. Na realidade, é possível encontrar tais configurações, evidenciando os traços referidos, de cunho mais ou menos acentuado, em diferentes exemplares.

2. O tipo só *imaginado* e mentalmente concebido, *reconhecido* na sua particularidade. O tipo de configuração empírico posso representar-mo intuitivamente, actuando habitualmente como modelo, de certo modo, um exemplar que apresenta os traços

(56) Assim, deixamos aqui de lado a distinção entre «tipos estruturais» e «tipos evolutivos», tratada por SCHIEDER, no *Studium Generale* (vol. 5, pág. 228 e segs.), como relevante sobretudo para a ciência histórica.

(57) *Ob. cit.*, pág. 400.

(58) *Ob. cit.*, pág. 238.

do tipo de maneira especialmente pronunciada. É nisto que pensam aqueles que sublinham que o tipo é apreendido intuitivamente, que não é um conceito, mas uma «imagem». A intuição, no entanto, só pode reunir impressões sensoriais numa imagem global; não distingue os traços particulares ou não tem consciência da possibilidade da sua distinção. Distinguir e conjugar é matéria daquela actividade de pensamento que HEGEL - em contraposição à razão - denomina de «entendimento». Se, portanto, o tipo não só há-de ser contemplado e reproduzido na intuição interna, mas há-de ser conhecido por aquilo que na sua peculiaridade o caracteriza e o distingue doutros tipos, então tem que passar do tipo só intuído ao tipo pensado. O primeiro passo nesta via, e isto tem que ser sublinhado, é comum ao pensamento mediante tipos e ao pensamento abstractor. Consiste em separar, das formas concretas de que se trate, certas propriedades gerais, relações ou proporções, designando-as com um nome. Mas, enquanto que o pensamento por conceitos abstractos condensa tais propriedades em notas distintivas isoladas e a partir destas notas forma, por eliminação, conceitos cada vez mais gerais, o pensamento por tipos mantém unidas as notas distintivas do tipo e serve-se delas unicamente para descrever o tipo como uma nota distintiva do todo. Intenta deste modo conservar, também no plano da apreensão intelectual, a totalidade da imagem dada na intuição. Daí os tão repetidos enunciados de que o tipo se situa «de certo modo a meio» entre o individual, o intuído e o concreto, por um lado, e o «conceito abstracto», por outro⁽⁵⁹⁾; é pois «mais concreto que o conceito».

3. O tipo empírico, o tipo ideal lógico e o tipo ideal normativo. Os tipos configurativos empíricos até agora considerados são portanto, ao mesmo tempo, tipos médios, enquanto - pensese na «casa rústica da Baixa Saxónia» - estejam configurados, se bem que de modo distinto, num número maior ou menor de exemplares e se possam encontrar na realidade. O «tipo ideal lógico», no sentido de MAX WEBER, é decerto também deri-

(59) Cf. KRETSCHMER, *oh. cit.*, pág. 400 («no meio-termo entre indivíduo e conceito»), ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung...*, pág. 238 («posição intermédia em direcção ao concreto»), pág. 251 («posição intermédia do tipo entre generalidade abstracta e individualidade»), pág. 260 («grau intermédio de abstracção no tipo»).

vado da experiência, mas não precisa de estar realizado em toda a sua «pureza» em nenhum fenómeno empírico. É, nestes termos, em maior medida um produto do pensamento do que os tipos até agora considerados, uma vez que nele se trata de uma *representação do modelo*, que é conseguida enfatizando alguns traços particulares observados na realidade e descurando outros, e é utilizado como padrão de comparação. O próprio WEBER qualifica-o⁽⁶⁰⁾ como um «produto do pensamento» que se consegue enfatizando unilateralmente algum ou alguns pontos de vista e unindo uma multiplicidade de fenómenos particulares, que se dão «aqui mais, ali menos, mas de modo algum esporadicamente», e que se submetem àqueles pontos de vista. Tais tipos ideais, como, por exemplo, o de «economia livre de mercado» e o de uma «economia totalmente dirigida», servem para esclarecer no modelo certas evoluções que são em cada caso «típicas» e, nessa conformidade, para compreender melhor, mediante a comparação com os tipos «puros», as formas híbridas encontradas na realidade. Se se associa claramente a tais «tipos ideais» a opinião - de que não compartilhava todavia MAX WEBER⁽⁶¹⁾ - de que a *um* tal tipo cabe uma prevalência de valor frente ao outro e frente às diferentes formas híbridas, então o tipo ideal lógico assume o carácter de um tipo ideal axiológico, de um tipo normativo.

O tipo ideal normativo não quer ser «cópia» da realidade, mas «modelo» ou também «arquétipo». Neste sentido, por exemplo, o Estado platónico é um «tipo ideal normativo». O mesmo é válido para a democracia ateniense, erigida em modelo, onde se abstrai de alguns traços da realidade histórica (por exemplo, da escravatura); também é aplicável ao tipo ideal do «verdadeiro» homem de Estado, juiz, médico, educador, cristão, etc., que cumpra

(60) MAX WEBER, *Gesammelte Aufsätze und Wissenschaftslehre*, pág. 191; cf. também *Wirtschaft und Gesellschaft*, 4.ª ed., vol. 1, pág. 9 e segs.

(61) A ideia do que deve ser, do exemplar, há-de «afastar-se cuidadosamente» destas formações «ideais» do pensamento em sentido puramente lógico, sublinha expressadamente WEBER (*Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, pág. 192). Com razão qualifica ENGISCH (*oh. cit.*, pág. 253) o tipo ideal, no sentido de MAX WEBER, como «tipo ideal lógico, distintamente do tipo ideal axiológico».

plenamente a sua missão. Trata-se aqui de um modelo perfeito, a que se deve aspirar, se bem que se não possa realizar em toda a sua pureza. O homem precisa decerto de tais modelos perfeitos para, em conformidade com eles, orientar a sua acção; adquirem o carácter de utopias quando se afastam demasiado da realidade e não contam com o homem tal como ele «tipicamente» é.

Vamos ver agora em que acepções a ciência do Direito se serve do «tipo».

b) A importância do tipo na ciência do Direito

Quando as normas jurídicas remetem para os usos do tráfego ou para o uso comercial, trata-se de um modo de comportamento normalmente esperado, quer dizer, de um tipo de frequência empírico. Os usos do tráfego são «formas de comportamento social típico» que são actuadas, em geral, pelos membros de um determinado grupo social e que se referem, imediata ou mediamente, ao tráfego negocial (62). Convertem-se em «normas» porque a lei ou, num caso particular, um contrato para eles remetem. Na «moral social dominante», à qual, pelo menos em parte, se faz referência com a fórmula de «bons costumes» (63), trata-se, em contrapartida, de regras que têm já um carácter normativo na consciência daqueles que as cumprem ou que julgam segundo elas. Não obstante, só se tornam normas jurídicas igualmente pelo facto de a ordem jurídica para elas remeter e só enquanto estejam de acordo com os princípios e bases de valoração da ordem jurídica vigente. Os usos do tráfego, os usos comerciais e a «moral social», enquanto tais, têm para os juristas o significado de *standards*, quer dizer, «de pautas normais de comportamento social correcto, aceites na realidade social» (64). Tais *standards* não são, como acertadamente observa STRACHE (65), regras configuradas conceptual-

(62) Cf. SONNENBERGER, *Verkehrssitten im Schuldvertrag*, pág. 107.

(63) Cf. o meu artigo «Grundsätzliches zu § 138 BGB», no *Juristen-Jahrbuch*, vol. 7, pág. 98 e segs., e *supra*, capo IU, 3 d.

(64) Segundo STRACHE, *Das Denken in Standards*, pág. 16.

(65) *Ob. cit.*, pág. 17 e segs.

mente, às quais se possa efectuar simplesmente a subsunção por via do procedimento silogístico, mas pautas «móveis», que têm que ser inferidas da conduta reconhecida como «típica» e que têm que ser permanentemente concretizadas, ao aplicá-las ao caso a julgar. O *standard* é, segundo STRACHE (66), «decerto um tipo real - mas é, ao mesmo tempo, sempre um tipo ideal axiológico». Isto não, certamente, no sentido de um tipo de totalidade ou tipo configurativo, mas de um tipo de frequência ou tipo médio, que é elevado a norma.

O tipo médio ou tipo de frequência desempenha, além disso, um grande papel na denominada *prova prima facie*. Trata-se aqui de que se considerará como comprovado um processo causal, quando um tal processo causal corresponde, segundo as circunstâncias constatadas, ao «processamento típico do evento» e não se comprovou qualquer circunstância que sugira aqui a possibilidade de um distinto, quer dizer, não típico, processamento do evento. O «processamento típico do evento» dedu-lo o tribunal de «máximas da experiência» que, por seu lado, podem ser obtidas da «experiência geral da vida» (67). Tais máximas de experiência podem unicamente fundamentar um grau mais ou menos elevado de probabilidade, pois que não podem nunca ser tidas em conta na sua elaboração todas as circunstâncias que possam ter um papel no caso particular. A prova de que, precisamente no caso concreto, possa ter ocorrido de outro modo tem que ficar, portanto, em aberto. Mas se no caso concreto não houver circunstâncias que vão no sentido de um desenvolvimento distinto do habitual, aceitar-se-á que neste caso o desenvolvimento efectivo foi o esperado de acordo com o desenvolvimento «típico».

De maior importância ainda para o Direito e a ciência jurídica é, no entanto, o tipo a que subjaz desde o início um elemento normativo. A lei serve-se dele, em primeiro lugar, para a caracterização de um grupo de pessoas, atendendo a um papel social que se subtrai a uma fixação conceptual. A ele pertencem, como antes vimos (cap. I, 4 a), o «possuidor de animal», o «encarregado de um assunto», o «possuidor em nome alheio», talvez

(66) *Ob. cit.*, pág. 94.

(67) Cf. J. PROLSS, *Beweiserleichterungen im Schadenersatzprozeß*, pág. 14 e segs.

também o «mandatário comercial» e o «chefe de administração». Trata-se, no que a eles diz respeito, de designações de tipos e não de conceitos, porque as notas distintivas dadas em ordem à concretização - como a da vinculação às instruções ou a «dependência social» no caso do encarregado de um assunto ou do possuidor em nome alheio - podem ser pertinentes em grau distinto, não susceptível de fixação em termos genéricos; dependendo no conjunto menos de tais notas distintivas particulares do que da «imagem fenoménica» global (68). Esta «imagem fenoménica», a que subjaz um tipo empírico, é obtida a partir da experiência. Mas a selecção dos fenómenos decisivos e a delimitação mais concreta do tipo são determinadas conjuntamente pelo escopo da norma e pelas ideias jurídicas que estão por detrás da regulação. Efectuam-se sob um ponto de vista normativo. Na formação do tipo e, portanto, também na coordenação concreta ao tipo, entram tanto elementos empíricos como normativos; a união destes dois elementos constitui precisamente a essência deste tipo, que eu gostaria, por isso, de denominar do *tipo real normativo*.

O tipo como forma de pensamento serve também à ciência do Direito para uma caracterização mais pormenorizada de certas espécies de relações jurídicas, em especial de direitos subjectivos e relações contratuais obrigacionais. Os «tipos» de direitos reais reconhecidos e regulados no BGB estão, bem entendido, caracterizados de modo conceptual-abstracto, são «classes», não «tipos». Com «tipos» de direitos subjectivos alude-se aqui antes a tipos como direitos de personalidade, direitos de senhorio, direitos potestativos, direitos de cooperação e expectativas jurídicas, que não podem definir-se em sentido estrito.. Nos tipos legalmente regulados de contratos obrigacionais trata-se, como já antes foi exposto (cap. IH, 5 c), as mais das vezes, de tipos genuínos, se bem que a lei tenha fixado alguns deles conceptualmente, mediante uma definição. A delimitação conceptual impede, como já referimos, que os elementos de vários tipos contratuais possam ser unidos entre si num contrato concreto - de modo único ou também «típico». Recorde-se a «doação mista», os «contratos parciários»,

(68) PETER ULMER, *Der Vertragshindler*, 1969, pág. 187 e segs., distingue notas distintas que ocorrem *sempre* e aquelas que podem ocorrer com diferente intensidade. Considera as primeiras como notas distintivas do conceito e as segundas, do tipo.

o «leasing» e os diferentes tipos de compra a prestações. O característico das «combinações de tipos», que aqui existem em todos os casos, é que nelas se unem elementos de diferentes tipos numa regulação coerente plena de sentido. Tais «tipos mistos» fazem parte do plano de um tráfego económico e comercial fortemente diferenciado; em contrapartida, os tipos básicos - como compra e venda, troca, locação, comodato - acham-se também em relações pouco diferenciadas e conservam-se durante largos períodos como tipos básicos susceptíveis de variação.

Os tipos de relações jurídicas, em especial os tipos contratuais, são *tipos jurídico-estruturais* surgidos na realidade jurídica, que se referem à estrutura particular de cada uma das criações jurídicas. É assim que eu os denomino. Alguns deles, como os dos direitos subjectivos, são produtos da ciência do Direito; a maior parte deles, tais como todos os tipos de contratos obrigacionais, devem o seu surgimento ao tráfego jurídico. O legislador regulamentou-os, porquanto os encontrou previamente na realidade da vida jurídica, apreendeu-os na sua tipicidade e adicionou-lhes as regras que considerou adequadas para um tal tipo de contrato. Não os «inventou», mas «descobriu-os», porquanto não os tomou simplesmente da tradição jurídica. Mesmo no último caso, poderiam ter surgido originariamente na vida jurídica (69). O legislador não precisa, bem entendido, de assumir o tipo precisamente tal como se formou na vida jurídica; pode, mediante a sua regulamentação, introduzir-lhe novos traços e descurar outros. Para o tipo tido em conta na lei é decisiva a regulação que na lei recebeu. A regulamentação contratual, ajustada pelas partes no caso concreto, pode afastar-se mais ou menos daquela outra; a partir de tais acordos podem desenvolver-se na vida jurídica novos tipos extralegais de contrato. Quer sejam legais ou extralegais, trata-se, em todo o caso, de *regulamentações típicas*; é por isso que se distinguem os tipos estruturais dos anteriormente denominados *tipos reais normativos*. Formadora de tipos é aqui a

(69) Como entende também ENGISCH, *oh. cit.*, págs. 269 e 272. KÜLLER, *Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftsrecht* (Friburgo / Suíça, 1967), pág. 63 e segs., sustenta que apenas a sociedade por quotas é na Suíça uma criação artificial do legislador; todas as demais formas societárias o legislador «não as inventou, mas encontrou-as na realidade jurídica e assumiu-as na lei».

estrutura, quer dizer, a conexão provida de sentido de uma regulamentação, no «jogo concertado» dos seus elementos.

c) A apreensão do tipo jurídico-estrutural

Entre os diferentes tipos mencionados que têm importância para a ciência do Direito merecem precisamente a nossa especial atenção os tipos jurídico-estruturais, porque lhes cabe um importante valor cognoscitivo em ordem ao descobrimento de conexões jurídicas de sentido e à compreensão de certas regulações parciais. Vamos, antes do mais, tornar claro aos nossos olhos o modo como são apreendidos tais tipos. Tomemos como exemplo o tipo «contrato de sociedade» e nomeadamente o «tipo normal», tal como o legislador do BGB o teve claramente em vista. A caracterização do contrato de sociedade no § 705 do BGB, extremamente vaga, e por isso inapropriada como definição, não oferece mais que uma indicação inicial. Segundo ela, trata-se de uma união de várias pessoas para a consecução de um fim comum. A índole concreta desta união resulta, antes de mais, da regulação que a lei lhe deu. As disposições sobre a condução dos negócios, a denúncia e a dissolução da sociedade por morte de um sócio, permitem reconhecer que se trata aqui de uma união de relativamente poucas pessoas, que se conhecem umas às outras e confiam umas nas outras. Estas disposições não se ajustam, portanto, à associação sem personalidade jurídica. Fazem depender a subsistência da sociedade da pertença de cada sócio particular e prevêem, para o caso normal, uma gestão comum dos negócios por parte de todos os sócios, quer dizer, exigem uma estreita cooperação. Isto faz referência à necessidade de uma relação pessoal de confiança. Daí resultam deveres pessoais de conduta, que vão muito para além do dever, referido na lei, da realização das entradas acordadas. Que a condição de membro da sociedade está ligada à pessoa, é sublinhado pela não transmissibilidade dos direitos derivados da relação societária (§ 717 do BGB). Está de acordo com isto o facto de que o sócio não pode dispor de mais do que a sua parte no património social e não tem direito a exigir a sua partilha (§ 719), quer dizer, o princípio de mão comum. Bem entendido que estas disposições são todas derrogáveis, o que conduz a uma grande variabilidade do tipo; para o «tipo normal»

é decisivo, não obstante, o quadro que pode extraír-se da globalidade destas disposições. Se se procurar determinar, de acordo com isto, os traços principais do tipo, ter-se-ão que mencionar como tais, ao lado da obrigação de proporcionar o fim comum, a relação de confiança existente entre os membros, a participação de todos nos assuntos comuns e nos resultados, o facto de a subsistência da sociedade depender da pertença precisamente destes membros e a vinculação dos direitos de membro, como também da participação no património comum, à condição e membro da sociedade. Não deve ignorar-se que entre estes traços, que na sua globalidade constituem o tipo, existe uma relação de sentido tal que eles se condicionam ou reclamam reciprocamente até um certo grau, ou pelo menos são compatíveis entre si.

Como mostra o exemplo, a apreensão de um tipo jurídico-estrutural tem o seu ponto de partida no conjunto da regulamentação que este tipo teve, seja na lei, seja já, no caso de se tratar de um tipo contratual extralegal, no respectivo contrato CO). A caracterização antecipada na lei, que não impõe uma definição definitiva e suficientemente precisa, necessita de ser completada com uma multiplicidade de traços, que resultam por dedução da definição legal. Esta «dedução» está subordinada ao pressuposto de que as regras legais se adequam ao tipo pensado, que «se ajustam» a ele. Observa, acertadamente, LEENEN CV que a determinação que frequentemente se encontra das notas distintivas da previsão, partindo da adequação material das consequências jurídicas ordenadas, é «um procedimento legítimo de obtenção do tipo como preparação da coordenação valorativa». Mas para isso há que ater-se sempre a que uma regulação contratual concreta pode apresentar, com *uma marca mais ou menos intensa*, os traços típicos de um contrato de sociedade, podendo aí faltar também em absoluto algum destes traços. Assim, por exemplo, a sociedade não necessita de ter qualquer património comum; alguns sócios podem estar excluídos da condução dos negócios; pode acordar-se no contrato da sociedade, para o caso da saída de um sócio, a continuidade da sociedade entre os demais sócios.

⁽⁷⁰⁾ LEENEN, *Typus und Rechtsfindung*, págs. 171, 179 e segs.; HARM PETER WESTERMANN, *Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personalgesellschaften*, 1970, pág. 105 e segs.

⁽⁷¹⁾ Oh. cit., pág. 181.

Seria, no entanto, errado, ao desenhar a imagem global do tipo, descurar todos aqueles traços que podem estar ausentes no caso particular, pois que então só haveriam de conservar-se algumas notas distintivas isoladas, que seriam mais ou menos insignificantes e que em nada poderiam contribuir para a compreensão da regulação. De acordo com isto, a coordenação de um contrato determinado ao tipo contratual não depende tanto da coincidência em relação a todos os traços particulares, mas da «imagem global». Os desvios notórios da imagem global do «tipo normal» classificam-se como tipos especiais ou como «configurações atípicas». Onde reside em cada caso a fronteira, até onde é possível ainda uma coordenação a este tipo, não pode indicar-se de modo geral; quando as fronteiras são fluídas, como é geralmente o caso tratando-se do tipo, a coordenação só é possível com base numa avaliação global.

Para a averiguação dos denominados *standards*, o jurista tem que servir-se da cooperação do investigador social empírico, sempre que para tal não lhe seja posto à disposição o material de instâncias especializadas, como as câmaras de comércio. A sua missão continua a ser a de indagar se as regras sociais em causa estão compreendidas na referência legal, se foram erigidas em regras jurídicas. Na apreensão de um «tipo real normativo», como, por exemplo, do mandatário comercial ou do «chefe administrativo» o jurista tem de considerar previamente tanto a realidade social a que pertence o tipo tido em conta na lei como os fins da regulação, que oferecem os critérios de selecção para a determinação mais em pormenor do tipo legal. Também o sociólogo do Direito se serve muitas vezes da formação de tipos (72). No entanto, o tipo sociológico, por exemplo, de funcionário, de comerciante ou de artesão, não precisa de modo algum de identificar-se com o tipo legal correspondente. O sociólogo porá possivelmente em relevo no seu tipo traços que para o jurista carecem de importância e descurará outros a que o jurista atribui um peso decisivo. A selecção de traços considerados decisivos depende sempre precisamente do ponto de vista directivo sob o qual se

(72) Cf. ERNST E. HIRSCH, *Das Recht als soziales Ordnungsgefüge*, pág. 323 e segs.; RYFFEL, *Rechtssoziologie*, pág. 215 e segs.

leva a cabo a formação do tipo. O ponto de vista directivo sob o qual o legislador constrói os seus tipos é sempre normativo; o tipo legal só pode, por isso, ser entendido em relação com pontos de vista normativos.

Os tipos jurídico-estruturais são formações que podem ser encontradas na realidade social, bem como as regulamentações que lhes correspondem. Apreendê-los compete somente à Jurisprudência. Aqui o único processo que esta pode seguir é inquirir das normas legais qual o «modelo» do tipo, que precisamente se revela na sua missão plena de sentido, modelo a partir do qual as normas particulares hão-de ser de novo interpretadas. Trata-se, uma vez mais, nos processos de pensamento que aqui decorrem, de uma forma de manifestação do «círculo hermenêutico»: o tipo é deduzido das disposições particulares na sua união dotada de sentido e serve, por seu lado, para melhor compreender e mais acertadamente apreciar estas disposições, o seu alcance e a sua importância para a coordenação ao tipo (73). Se se trata de um tipo contratual extralegal que se desenvolveu no tráfego jurídico, então o lugar das regras legais é ocupado, em primeiro lugar, pelos modelos contratuais que se tornaram usuais. Estas hão-de ver-se, tendo como pano de fundo os fins económicos perseguidos pelas partes, a situação «típica» dos seus interesses e os riscos por elas tidos em conta. De acordo com isto, podem destacar-se os traços característicos da regulação contratual e apreciar a sua importância. Mediante a comparação com outros tipos contratuais podem então constatar-se as diferenças e as similitudes e retirar daí consequências para a apreciação jurídica (74).

d) A importância dos tipos jurídico-estruturais para a formação do sistema (séries de tipos)

As nossas últimas explanações permitiram conhecer já o modo como a formação de tipos jurídico-estruturais pode trazer um contributo para a formação jurídico-científica do sistema. Trata-se,

(73) Do mesmo modo LEENEN, *ob. cit.*, pág. 181.

(74) Alguns destes novos tipos contratuais desenvolvidos no tráfego jurídico expu-los no meu *Lehrbuch des Schuldrechts*, 12.^a ed., § 63.

nestes tipos, de complexos de regulação relacionados entre si, cujos elementos são conteúdos normativos conjuntamente com as relações da vida neles tidos em conta. Pelo menos alguns destes elementos podem variar de caso para caso ou estar ausentes no caso particular, sem que por isso desapareça a pertença ao tipo. A globalidade destes elementos pode conceber-se com um «sistema móvel», no sentido em que WILBURG introduziu este conceito na ciência do Direito⁽⁷⁵⁾. WILBURG, na sua investigação sobre o Direito de indemnização por danos na Áustria e na Alemanha, surgida em 1941, não pensava decerto numa combinação de elementos regulativos relacionados entre si, que caracteriza um determinado tipo de regulação, mas numa combinação de «elementos», a saber, de princípios ou de fundamentos justificativos, dos quais devia resultar, caso a caso, um dever de indemnização por danos. A responsabilidade por danos, diz ele, pode «reconduzir-se a vários elementos que se unem em diferentes enlaces e graus de intensidade para a fundamentação do dever de indemnizar»⁽⁷⁶⁾. A responsabilidade não pressupõe a convergência de todos ou de determinados elementos, mas pode resultar de enlaces arbitrários de elementos, que poderiam apresentar-se com diferentes graus de intensidade. De modo semelhante descreve LEENEN⁽⁷⁷⁾ o tipo como uma «estrutura elástica de notas distintivas»; ENGISCH⁽⁷⁸⁾ sublinha a «variabilidade e graduabilidade das notas distintivas»; LEENEN⁽⁷⁹⁾ sublinha, por sua vez, a «interdependência dos traços tipológicos», bem como a possibilidade de que alguns destes traços só estejam configurados de modo ténue ou mesmo que estejam ausentes no caso concreto. Se substituirmos a palavra «elástico» por «móvel», «nota distinta» por «elemento» e «estrutura» por «sistema», vemos que existe uma ampla coincidência em relação à forma de pensamento.

⁽⁷⁵⁾ WILBURG, *Die Elemente des Schadenrechts*, pág. 26 e segs.; *Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht*, 1950; «Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts», in *AcP*, tomo 163, pág. 346. A este respeito, BYDLINSKI et alii (eds.), *Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht*, 1986.

⁽⁷⁶⁾ *Dei Elemente des Schadenrechts*, pág. 28.

⁽⁷⁷⁾ LEENEN, *Typus und Rechtsfindung*, pág. 34.

⁽⁷⁸⁾ ENGISCH, *Die Idee Konkretisierung*, pág. 242.

⁽⁷⁹⁾ *Ob. cit.*, pág. 47.

CANARIS suscitou a questão⁽⁸⁰⁾ de se o «sistema móvel» de WILBURG mereceria ainda, de todo em todo, a designação de «sistema», justamente porque WILBURG renuncia ao estabelecimento de um catálogo fixo de elementos, permite substituir um elemento por outro e suprime claramente a sua «combinação» em diferentes variações. CANARIS responde afirmativamente à questão, porque também um tal sistema torna evidente a «unidade na pluralidade». Torna-a mesmo mais evidente do que um sistema conceptual-abstrato, porque os momentos de unidade e pluralidade de forma alguma podem aqui ser pensados separados uns dos outros, de modo semelhante ao «conceito concreto» de HEGEL. Por isso poderia estar justificado transferir para o tipo jurídico-estrutural, como forma de pensamento, o conceito de «sistema móvel» de WILBURG, com as suas implicações de «combinação» dos «elementos», que ocorrem em cada caso com intensidade e enlace distintos.

Uma ampliação da formação do sistema correspondente ao tipo estrutural consegue-se mediante a formação de «séries de tipos». Esta assenta em que os tipos, precisamente por causa da variabilidade dos seus elementos, podem transformar-se uns aos outros, de tal modo que alguns elementos desaparecem totalmente, outros novos surgem ou passam a primeiro plano, sendo a transição entre os tipos, uma vez mais, «fluida»⁽⁸¹⁾. Numa «série de tipos», os tipos que são afins entre si, mas que, não obstante, têm de distinguir-se, são alinhados de modo a que as coisas em comum e as diferenças e, portanto, também os fenómenos de transição sejam claros como tais.

As séries de tipos podem constituir-se sob diferentes pontos de vista. Pode-se, por exemplo, formar uma série de tipos de associações de pessoas sob o ponto de vista de em que medida a estrutura associativa, a formação da «vontade comum» - possi-

⁽⁸⁰⁾ CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, pág. 75 e segs.

⁽⁸¹⁾ Na formação de séries de tipos procede-se segundo o modelo de que «quanto mais fortemente» estejam marcados certos elementos (ou quanto mais debilmente o estejam) «tanto mais próximo» está um tipo de um polo da série. Trata-se aqui de um enunciado em forma de uma proposição «comparativa». Sobre a importância de tais proposições, OTTE, in *Rth I*, pág. 183; *JbRsozRth 2*, pág. 30 e segs.

bilitada deste modo e distinta da vontade individual - e uma esfera jurídica da totalidade, distinta das esferas jurídicas dos membros, se sobreponem neles ao momento de uma união jurídica de determinadas pessoas singulares. Num dos extremos de uma tal série haveria de situar-se aquela sociedade do BGB em que, segundo o contrato de sociedade, se requer a unanimidade de todos os sócios para a tomada de decisões sobre todos os assuntos comuns. A este seguir-se-ia o tipo societário em que é suficiente a maioria dos membros para a tomada de decisões - pois que o princípio maioritário pressupõe já um primeiro elemento de estrutura associativa -, ou em que alguns sócios são excluídos da condução dos negócios e se limitam unicamente a certos direitos de controlo. Se se adopta aqui o princípio da mão comum, com a sua vinculação da participação patrimonial à posição de sócio, então dá-se aí um fortalecimento do elemento «colectivo». Este elemento experimenta um fortalecimento ainda maior precisamente na relação da sociedade com um terceiro, na sociedade comercial aberta. A estrutura associativa prevalece claramente sobre os traços «individualistas» da sociedade do BGB na associação sem personalidade jurídica, que se funda numa organização independente da pessoa do membro individual e na formação da vontade corporacional. No outro extremo da série, situam-se as associações com personalidade jurídica e aquelas sociedades comerciais que são pessoas colectivas, divididas estas, por sua vez, em sociedades de pessoas e sociedades de capitais. Se se forma a série de acordo com a medida em que a associação aparece para o exterior só como uma pluralidade unida dos seus membros e a medida em que surge como unidade autónoma, então à sociedade do BGB seguem-se a associação sem personalidade jurídica (de seu nome, mas pelo menos com capacidade judiciária passiva), em seguida a sociedade comercial aberta e, finalmente, as pessoas colectivas. Nesta série, a «sociedade interna» haveria de aparecer como o caso-limite de uma sociedade que não está destinada em absoluto a aparecer para o exterior. São pensáveis ainda outros agrupamentos, por exemplo de acordo com os elementos da condição de membro pessoal com certas consequências patrimoniais (sociedade de pessoas) e a condição de membro obtida mediante uma entrada patrimonial e vinculada a uma participação no capital (sociedades de capital). Aqui a associação com personalidade jurídica haveria de estar situada junto à sociedade sem personalidade

jurídica, a sociedade do BGB e a sociedade comercial aberta, no sector das associações de pessoas; a sociedade em comandita deveria constituir a transição para as sociedades de capital; a sociedade por quotas haveria de aparecer como sociedade de capital com certos elementos pessoais e a sociedade anónima como pura sociedade de capital. BRECHER fala (82) de uma «escala gradativa» que compreende os seguintes graus: «contrato sinalagmático-sociedade-corporação sem personalidade jurídica-pessoa colectiva»; e sublinha que entre estes graus existem, como é sabido, transições e formas híbridas. Com um tal tipo de transição trata em especial a sociedade comercial aberta; esta é «mais que mão comum e menos que pessoa». A locução «mais ou menos» apontada imprecisamente para a consideração tipológica; uma divisão conceptual não conhece nenhum «mais ou menos», mas só um «ou isto ou aquilo».

De acordo com o estado actual da doutrina da relação obrigacional, poder-se-ia pensar nos seguintes tipos de relações obrigacionais: de um lado, como caso-limite, uma relação obnigacional que se esgota numa única relação de prestação (por exemplo, um crédito cambiário); em seguida, a relação obrigacional no sentido hoje reconhecido, como um complexo ou articulação de deveres de prestação primários e secundários, deveres de proteção e outros deveres de conduta, de faculdades e vinculações de diferente espécie, de certo modo o «tipo normal» de relação obrigacional; logo depois, a relação obrigacional duradoura, a que é peculiar uma vinculação pessoal mais forte, com a elevação desta vinculação a «deveres de fidelidade» em algumas destas relações obrigacionais (relação laboral, sociedade), alcançando com a relação societária o contacto com a série de tipos societários. As fronteiras são também aqui, por toda a parte, fluidas - pense-se, por exemplo, num contrato de arrendamento parciário por longo prazo com traços societários.

O valor de uma tal formação de tipos reside, em primeiro lugar, na mais clara compreensão dos tipos de transição e dos tipos híbridos. Ao assinalar o seu lugar a um tipo na série de tipos, evidenciam-se os traços que lhe são característicos, mas também os que o ligam a tipos vizinhos. Será então possível,

(82) No *Festschrift für Alfred Hueck*, pág. 244.

por exemplo, aplicar a um contrato parcmflo de serviço ou de arrendamento certas regras do Direito das sociedades, atendendo aos traços societários que lhe são inerentes. Mas não se trata nesta sede tanto do valor da formação do tipo em ordem à criação do Direito no caso particular, quanto do valor de formação de tipos e séries de tipos em ordem ao conhecimento da conexão «interna» e capaz de sentido de diferentes complexos de regulação. O valor cognoscitivo do tipo como uma forma de pensamento reside em que, ao invés do conceito abstracto, põe a claro e permite conservar a plenitude de traços particulares neles contidos, precisamente na sua união plena de sentido. Na plenitude destes traços particulares reflecte-se a «natureza da coisa». Pois que aqueles não são outra coisa senão os aspectos jurídicos especiais das relações interpessoais concretas, permanentemente efectivadas na realidade da vida jurídica. Por isso, como sublinha ARTHUR KAUFMANN (83), «o pensamento com base na natureza da coisa é pensamento tipológico».

A situação actual, pelo menos na ciência juscivilística alemã, é caracterizada por uma mescla peculiar de conceitos abstractos e de tipos. A distinção entre direitos de crédito (relativos) e direitos reais (absolutos) é, sem dúvida alguma, conceptual-abstracta. As notas conceptuais «relativo» e «absoluto» excluem-se reciprocamente. Em contrapartida, se virmos nos «direitos de crédito» e nos «direitos de senhorio» tipos jurídicos, serão mais compreensíveis formas intermédias como o direito de crédito garantido mediante registo prévio e, devido a isso, eficaz também perante terceiros. O direito garantido continua certamente a ser um direito, especialmente dirigido contra o devedor, a uma prestação que por ele deve ser realizada; não assegura ainda ao credor qualquer senhorio imediato sobre a própria coisa. Mas restringe o poder de disposição do devedor, e assim o seu poder jurídico-real, com eficácia perante terceiros, e garante ao titular o direito, em caso de insolvência do devedor, um privilégio face a outros credores. O titular do direito pode, por conseguinte, impedir que o terceiro frustre ou prejudique a realização da sua pretensão mediante a

(83) ARTHUR KAUFMANN, *Analogie und «Natur des Sache»*, pág. 37 (= *Rechtsphilosophie im Wandel*, pág. 310). Sobre A. KAUFMANN, cf. na Parte I, capo V, 3.

aquisição de um direito à coisa. Este poder de exclusão foi caracterizado como «direito negativo de senhorio». No entanto, não se trata aí de um direito real autónomo em relação ao crédito, mas precisamente de um fortalecimento do direito de crédito mediante um dos traços que, no restante, são próprios apenas de um direito real. Outro direito que não pode ser encaixado no sistema conceptual-abstracto é o direito relativo à posse decorrente de uma relação obrigacional, e que pode contrapor-se à pretensão do proprietário de restituição de propriedade, e que, nessa medida, restringe o seu poder jurídico-real (84). Enquanto «direito relativo de senhorio» apresenta traços tanto de direito de crédito como de um direito à coisa.

O valor da formação de tipos para o conhecimento das conexões internas do ordenamento jurídico é, não obstante, limitado. Isto depende da frequentemente sublinhada proximidade do tipo ao concreto. Os tipos jurídico-estruturais, quer dizer, os direitos subjectivos, relações obrigacionais, tipos societários, referem-se sempre a regulações parcelares, encadeadas entre si. Estas estão, por seu lado, ajustadas a regulações mais amplas, como as do Direito dos contratos ou do Direito privado no seu conjunto, e, pelo menos os princípios fundamentais destas regulações mais amplas têm, por seu lado, que estar em consonância com os princípios e bases de valoração do ordenamento jurídico no seu conjunto. Para compreender estas conexões não é suficiente o método tipológico. Mas muito menos o é aqui o pensamento conceptual-abstracto, porque, como vimos, conduz a um cada vez maior esvaziamento de sentido, precisamente nos seus conceitos «supremos», quer dizer, mais gerais. O poder tornar visíveis as ideias jurídicas e pautas de valoração gerais que enunciam os complexos de regulação particulares é missão do «sistema interno». Para responder à questão da possibilidade de um tal sistema, temos que voltar agora, uma vez mais, aos princípios jurídicos.

(84) DIEDERICHSEN, *Das Recht zum Besitz aus Schuldverhältnissen*.

3. O sistema «interno»

a) A importância dos princípios jurídicos para a formação do sistema

Ocupámo-nos dos «princípios éticos-jurídicos» como critérios teleológico-objectivos da interpretação e em conexão com o desenvolvimento do Direito, atendendo a um tal princípio. Qualificámos os de «pautas directivas de normação jurídica que, em virtude da sua própria força de convicção, podem justificar resoluções jurídicas». Enquanto «ideias jurídicas materiais» são manifestações especiais da ideia de Direito, tal como esta se apresenta no seu grau de evolução histórica. Alguns deles estão expressadamente declarados na Constituição ou noutras leis; outros podem ser deduzidos da regulação legal, da sua cadeia de sentido, por via de uma «analogia geral» ou do retorno à *ratio legis*; alguns foram «descobertos» e declarados pela primeira vez pela doutrina ou pela jurisprudência, as mais das vezes atendendo a casos determinados, não solucionáveis de outro modo, e que logo se impuseram na «consciência jurídica geral», graças à força de convicção a eles inerente. Decisiva permanece a sua referência de sentido à ideia de Direito (85). Tudo isto discutimo-lo na sede indicada. Trata-se agora da idoneidade de tais princípios para a formação do sistema.

Os princípios jurídicos não têm o carácter de regras concebidas de forma muito geral, às quais se pudessem subsumir situações de facto, igualmente de índole muito geral. Carecem antes, sem excepção, de ser concretizados. Mas cabe a este respeito distinguir vários graus de concretização. No grau mais elevado, o princípio não contém ainda nenhuma especificação de previsão e consequência jurídica, mas só uma «ideia jurídica geral», pela qual se orienta a concretização ulterior como por um fio condutor. Desta espécie são, por exemplo, o princípio do Estado de Direito, o princípio do Estado Social, o princípio do respeito da dignidade da pessoa humana, da autodeterminação e da responsabilidade pessoal. Os primeiros indícios de uma especificação

(85) Cf. a este respeito o meu escrito sobre Direito justo (*Richtiges Recht*), págs. 33 e segs., 174 e segs.

de previsão e consequência jurídica e, portanto, do começo da formação de regras, mostram-nos princípios tais como o preceito de igual tratamento jurídico de situações de facto idênticas, o princípio da confiança, nas suas diversas vertentes, como, por exemplo, enquanto proibição de retroactividade de leis desvantajosas ou como base de uma «responsabilidade por confiança» no Direito privado, o preceito da salvaguarda da «boa-fé» em todas as relações jurídicas especiais, o princípio da culpa, o princípio da responsabilidade pelo risco e o de uma imputação daqueles riscos que alguém há-de suportar «mais directamente» que outrem, enquanto critérios de uma responsabilidade por danos. Mas tais «subprincípios» (86) estão também ainda longe, todavia, de representar regras de que pudesse resultar directamente a resolução de um caso particular. Ao invés disso, são aqui precisas concretizações ulteriores, que, em primeiro lugar, já o legislador levou a cabo. Da lei decorre sob que pressupostos emerge uma «responsabilidade pelo risco», que riscos especiais se hão-de imputar e a quem, quando um dever de indemnizar tiver fundamento só em caso de «culpa» daquele que causou o dano. Mas também o critério de culpa da lei necessita de uma concretização ulterior, como mostraram as discussões, sobretudo em relação ao conceito de negligência. O hoje reconhecido, no Direito Civil, «critério objectivo de negligência» contém já, se bem que o legislador o conceba em princípio como uma forma de culpa, alguns elementos de uma «imputação» objectiva. A concretização final efectua-a sempre a jurisprudência dos tribunais, atendendo ao caso particular em concreto. A forma como ela procede a este respeito, para orientar o juízo de valor definitivo, que ela mesma exige, a pautas de valor que estão contidas e expressas no princípio e nas suas concretizações, vimo-lo anteriormente (cap. M, 3 d e e).

Os princípios podem entrar em contradição entre si. A sua actuação pode ocorrer, diferentemente daquilo que acontece com a aplicação das regras, numa medida maior ou menor. Segundo ALEXY, que aqui segue DREIER (800), prescrevem «que algo seja

(86) CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff...*, pág. 57.

(88) ALEXY, ARSP, Beiheft 25 (1985), pág. 19; *ejusdem*, *Theorie der Grundrechte*, 1985, pág. 75 e segs.; RTh 1987, pág. 407; DREIER, NJW 1986, pág. 892; RTh 18 (1987), pág. 379; *ejusdem*, *Festschr. für Maihofer*, 1988, pág. 87. De modo semelhante, uma acção só pode ser ou conforme ou contrária ao dever, mas já não mais ou menos conforme ao dever. Chamam também a atenção para isto ECKHÜFF e SUNDBY, no seu escrito *Rechtssysteme*, 1988, pág. 64.

realizado na medida mais elevada possível, tendo em conta as possibilidades jurídicas e fácticas». No caso de uma contradição entre princípios, tem, portanto, cada princípio de ceder perante o outro, de modo a que ambos sejam actuados «em termos óptimos» (<<mandado de optimização>>). Em que medida seja este o caso depende do escalão do bem jurídico em causa em cada caso e requer, ademais, uma ponderação de bens. Aqui trata-se, em última análise, do valor posicional dos princípios individualmente considerados no quadro de um sistema de tais princípios.

Se tais princípios e subprincípios devem, de certo modo, servir-nos como alicerces de um sistema, então é claro, sem mais, que não pode tratar-se aí de um sistema dedutivo. Num tal sistema passa-se de um enunciado mais geral a um mais particular, acrescentando um novo predicado. Tomemos o princípio do Estado de Direito. Nele contém-se, sem dúvida, uma série de subprincípios, como, por exemplo, a legalidade da administração, a vinculação também do legislador a certos direitos fundamentais, a independência dos juízes, o direito de acesso à justiça, a proibição de intromissões arbitrárias no *status jurídico* do indivíduo e a proibição da retroactividade das leis desvantajosas. Mas estes subprincípios (e as normas que porventura deles se venham a derivar ulteriormente) não são predicados enunciativos, mediante cuja adição ao princípio do Estado de Direito este fosse, de certo modo, dividido em espécies e subespécies. O princípio do Estado de Direito é antes a *ideia directiva* que serve de base a todos estes subprincípios e lhes indica a direcção, não podendo explicar-se esta ideia directiva de outro modo senão aduzindo os seus subprincípios e princípios jurídicos gerais concretizadores na sua conjugação plena de sentido, devida justamente à ideia de Estado de Direito. É decisivo, por outro lado, que o pensamento não procede aqui «linearmente», só *num* sentido, mas é sempre de sentido duplo: o princípio esclarece-se pelas suas concretizações e estas pela sua união perfeita com o princípio. A formação do «sistema interno» ocorre através de um processo de «esclarecimento recíproco», que identificamos como estrutura hermenêutica fundamental do «processo do compreender», em sentido estrito.

É característico de um tal sistema, em primeiro lugar, a existência de uma certa ordem hierárquica interna; mas, em segundo lugar, o jogo concertado, não totalmente «pré-programado», dos diferentes princípios de igual peso nos diferentes graus de

concretização. No que toca à «ordem hierárquica interna», é claro que a Lei Fundamental atribui um nível mais elevado à vida, à liberdade e à dignidade humana do que aos bens materiais. Adentro do Direito privado não existe, em contrapartida, qualquer ordem hierárquica entre os princípios de autodeterminação, auto-responsabilidade e responsabilidade pela confiança, ou entre o princípio da culpa e outros critérios de imputação em ordem a uma responsabilidade por danos, permitindo antes a regulação legal conhecer um «jogo concertado» destes princípios, de tal modo que estes se completam em parte e alguns sectores parcelares se restringem também reciprocamente, não estando sempre determinado por completo o limite a partir do qual um princípio cede a primazia a outro. Observa acertadamente CANARIS (87): «os princípios recebem o seu peculiar conteúdo de sentido apenas no seu jogo concertado de complementação e restrição recíprocas». Só no seu jogo concertado se esclarecerão o alcance e pleno significado dos princípios.

CANARIS (88) descreveu muito minuciosamente o jogo concertado de princípios e subprincípios na sua concretização em ordem a cada uma das hipóteses legais de *responsabilidade pela confiança*. Em primeiro lugar, contrapõe os casos de responsabilidade pela confiança - quer dizer, da fundamentação de um dever de cumprimento ou de indemnização por danos com base numa hipótese legal de confiança - a uma responsabilidade por negócios jurídicos. Esta baseia-se nos princípios jurídicos, fundamentais para o Direito privado, de autodeterminação e auto-responsabilidade. Em virtude destes princípios, os particulares estão juridicamente habilitados a regular por si próprios as relações intersubjectivas, de modo a que, por meio das suas declarações de vontade jurídico-negociais, confirmam validade a consequências jurídicas e, justamente por isso, se vinculem eles próprios

(87) CANARIS, *ob. cit.*, pág. 55. A este respeito, também a interessante referência de ALEXY (*RTh Beiheft 1*, 1979, pág. 63 e segs.) às explanações correspondentes do autor americano RÜNALD DWÜRKN.

(88) CANARIS, *Die Vertrauenschaft im deutschen Privatrecht*. Cf., em especial, págs. 411 e segs.; 491 e segs.; 525 e segs. A este respeito, cf. igualmente CANARIS, «Bewegliches System, und Vertrauenschutz im Rechtsgeschäftlichen Verkehr», in: BYDLINSKI *et alii* (eds.), *Das bewegliche System im geltenden und künftigen Recht*, 1986, pág. 103.

face ao destinatário da declaração. Ora bem, existe uma série de casos em que uma tal vinculação a uma hipótese legal, que só comporta a aparência de uma declaração de vontade, ou a um enunciado não jurídico-negocial, por exemplo, o conteúdo de uma notificação, sobrevém, em virtude da lei, porque alguém podia confiar, e confiou nela. O princípio da confiança alcança com isto um significado independente como base de uma responsabilidade que surge ao lado da responsabilidade por negócios jurídicos e a complementa. CANARIS demonstra ainda que uma responsabilidade pela hipótese legal de confiança só está, porém, justificada quando esta pode ser imputada àquele que há-de responder no âmbito da sua responsabilidade. Consideram-se princípios de imputação especialmente o princípio da culpa e o princípio do risco. Segundo este último, trata-se de se aquele que criou o estado de confiança está «mais próximo» de suportar os riscos resultantes de um indução em erro ou - no caso de documentos - de um uso indevido em relação àquele em que há-de confiar. Este é especialmente o caso quando aquele estava ciente da inexactidão da comunicação ou da notificação por ele feita. Mais em pormenor, são precisos determinados pressupostos em relação com a espécie de hipótese legal confiança e do grau em que a confiança é digna de protecção. Do jogo concertado destes princípios e subprincípios resultam as diferentes hipóteses legais de responsabilidade pela confiança e as suas consequências jurídicas, estando estas hipóteses legais e consequências jurídicas em parte reguladas nas leis e sendo em parte achadas pela jurisprudência dos tribunais ao desenvolver e complementar a regulação legal. Como «resultado final» das suas muito minuciosas indagações resulta, para CANARIS, «um sistema decerto diferenciado, mas no conjunto, sem dúvida, relativamente simples e, sobretudo, isento de contradições» (89). «Isento de contradições» não há-de entender-se aqui apenas em sentido lógico, mas, sobretudo, no sentido de isenção de contradições de valoração.

O princípio da confiança, como base de uma «responsabilidade pela confiança», é só uma de entre várias configurações deste princípio. Está contido como elemento coenvolvido no princípio da «boa-fé», onde, por sua vez, encontrou uma expressão especial

(89) *Oh. cit.*, prefácio, pág. VIII.

nas doutrinas da «caducidade»*, e na proibição de «*venire contra factum proprium*». Manifesta-se de novo, de modo distinto, quando se trata da proibição de retroactividade de leis desvantajosas. À primeira vista, esta proibição, que o Tribunal Constitucional Federal inferiu do princípio do Estado de Direito, tem pouco que ver com a responsabilidade pela confiança do Direito privado. No entanto, a todas as manifestações do princípio subjaz, em última instância, a mesma ideia jurídica. Uma coexistência pacífica das pessoas sob leis jurídicas que assegurem a cada um «o que é seu» só é possível quando está garantida a confiança indispensável. Uma desconfiança total e de todos conduz à eliminação total de todos ou ao domínio do mais forte, quer dizer, ao oposto de um «estado jurídico». Possibilitar a confiança e proteger a confiança justificada é, portanto, um dos preceitos fundamentais que deve cumprir o ordenamento jurídico. Isto não quer, no entanto, dizer que, por exemplo, todo o ordenamento jurídico se poderia desenvolver a partir deste único princípio. Vimos como no Direito civil o princípio de uma «responsabilidade pela confiança» aparece apenas ao lado do princípio da autonomia privada da autoconfiguração e autovinculação do indivíduo no negócio jurídico. Sobre o princípio da confiança prevalece no tráfego jurídico-negocial o princípio da tutela de quem não tem plena capacidade negocial. A «boa-fé» não está tutelada face à existência da capacidade negocial. Este princípio há-de também de ser transmitido à responsabilidade por confiança em virtude da aparência jurídica. A proibição da retroactividade das leis não vale, como vimos antes, ilimitadamente. O «jogo concertado» dos princípios significa que, no conjunto de uma regulação, não só se complementam, mas também se restringem reciprocamente.

* «Verwirkung»: deve, porém, reconhecer-se a inconveniência da tradução - não se trata pura e simplesmente de uma forma de extinção de direitos subjectivos pelo decurso do tempo (caducidade, em sentido próprio). Menezes Cordeiro propõe como tradução de *Verwirkung* o termo latino *suppressio*, definindo a figura como «a situação do direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, contrariar a boa-fé». Sobre os contornos da figura e as tentativas para encontrar um termo equivalente preciso na língua portuguesa, cf. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-Fé no Direito Civil*, Lisboa, 1984, *maxime* pág. 797 e segs. (*N. do T.*).

Até que ponto é este o caso é, em primeiro lugar, uma questão do seu posicionamento hierárquico interno, sempre que tal possa ser inferido da regulação legal e, em seguida, da concretização mediante regulações particulares ou através da jurisprudência dos tribunais. Requerem-se para tanto valorações complementares em cada grau de concretização, que hão-de levar a cabo, em primeiro lugar, o legislador e, só depois, o juiz, no quadro de uma margem de livre apreciação que, nessa conformidade, lhe reste.

O «jogo concertado» de diferentes princípios em diferentes graus de concretização é, uma vez mais, afim da ideia do modelo imaginado por WILBURG de um «sistema móvel». WILBURG quis fundamentar a responsabilidade extracontratual por danos em quatro «elementos», que podem surgir com diferente intensidade de caso para caso. Actuam, em regra, conjuntamente, podendo, todavia, um deles, se se apresenta com especial intensidade, substituir também os outros. Como elementos que fundamentam a responsabilidade, referiu WILBURG (90): um actuar que interfere numa «área jurídica alheia ou que a põe em perigo, o dar origem ao caso danoso através de circunstâncias da esfera do responsável, a censura de uma falha na esfera do responsável» e, finalmente, «o poder económico do responsável ou a exigibilidade de se segurar». Posteriormente (91) acrescentou, como novo elemento, «a ideia da concentração de vantagem e perigo numa empresa», passando agora a qualificar como ponto de vista duvidoso a ponderação da situação patrimonial do responsável. Na avaliação de cada elemento, WILBURG quer deixar ao juiz uma «ampla margem de discricionariedade». O legislador deveria apenas estabelecer algumas linhas directivas gerais com vista à fundamentação dos deveres legais de indemnização por danos, deixando, porém, à resolução do juiz, em ampla escala, a ponderação no caso particular. Certamente que o juiz, segundo a ideia de WILBURG, não deve simplesmente achar uma resolução equitativa incontrolável, mas orientar a sua resolução pelos princípios por ele indicados e fundamentá-la no caso particular. Deve, além disso, reflectir sobre quais os elementos que hão-de fundamentar a responsabilidade, em que grau estão presentes em cada caso, e como hão-de ser

(90) WILBURG, *Die Elemente des Schadenrechts*, pág. 26 e segs.

(91) Em *AcP* 163, pág. 346 e segs.

valorados. Ora bem, o direito de indemnização por danos não corresponde obviamente a esta imagem modelar. O legislador não prescindiu de estabelecer, tanto para a responsabilidade delitual como, sobretudo, para a responsabilidade pelo risco, hipóteses legais claramente delineadas, a cuja presença liga a consequência jurídica de indemnização por danos. A nossa lei só conhece uma cláusula geral no Direito da responsabilidade por facto ilícito próprio e também aqui apenas dentro de limites relativamente apertados. Certamente que a jurisprudência relativa ao direito geral de personalidade e ao direito à empresa industrial conduziu ao reconhecimento de algumas hipóteses legais «abertas», cuja verificação só pode ser afirmada em virtude de uma ponderação de bens e, portanto, de uma avaliação no caso particular. No que respeita à responsabilidade pelo risco, quedou-se no princípio da enumeração.

Não se deve ignorar, no entanto, que às regulações legais subjazem sempre, como ideias directivas do legislador, determinados princípios: à responsabilidade delitual do Código Civil, o princípio da imputabilidade subjectiva, o princípio de uma tutela acrescida dos «direitos subjectivos» e da tutela indirecta de bens, para além das «normas de tutela»; à responsabilidade pelo risco, o princípio da imputação, àqueles que mantenham no seu interesse a instalação ou indústria, dos riscos de dano que resultam de uma instalação perigosa ou indústria perigosa. Na ponderação das quotas de responsabilidade, de acordo com o § 254 do BGB, a que CANARIS (92) faz referência, hão-de ponderar-se de modo semelhante uns face aos outros, tal como WILBURG propõe já para a fundamentação do dever de indemnizar, os elementos de negligência, os riscos a ter em conta segundo o princípio da responsabilidade pelo risco, o perigo normal ou acrescido, em virtude de circunstâncias especiais, da indústria. No entanto, o modelo imaginado por WILBURG já não é adequado quando os princípios estão concretizados pelo legislador numa regulamentação apropriada e convertidos em normas aplicáveis, de onde resulta o seu alcance e o modo do seu jogo

(92) CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff*, pág. 78.

concertado (92a). O sistema de princípios que a ciência do Direito há-de desenvolver não é, portanto, um sistema «móvel» no sentido de WILBURG, mas está «fixado», pelo menos numa extensa margem, pela regulação legal. Evidentemente que a extensão desta fixação é distinta; os princípios regulam, em qualquer caso, a interpretação e, sobretudo, a integração de lacunas. Como exemplo de uma redução teleológica da norma do § 833 do BGB*, exigida pelo princípio da responsabilidade pelo risco, pode aduzir-se o caso em que o lesado tinha consciência do perigo do animal e se expôs a ele, embora o pudesse ter evitado (93). Mesmo um sistema de princípios directivos «fixado» em ampla medida na lei carece de correção nos casos concretos (94).

Se bem que os princípios jurídicos tenham, em regra, também o carácter de ideias jurídicas directivas, das quais se não podem obter directamente resoluções de um caso particular, mas só em virtude da sua concretização na lei ou pela jurisprudência dos tribunais, existem também princípios que, condensados numa regra imediatamente aplicável, não só são *ratio legis*, mas, em si próprios, *lex*. Denomino-os de «princípios com forma de proposição

(92) Em sentido absolutamente contrário, BYDLINSKI in: *Das bewegliche System im geltenden und künftigen Recht* (supra, nota 75), pág. 36. Considera que o tratamento de uma previsão legal usual (não «móvel») como «sistema móvel» é possível e, portanto, admissível, quando não reste ao julgador nenhuma outra via senão a de uma valoração pessoal. A debilidade de um dos critérios legais - no pressuposto de que estes sejam susceptíveis de graduação - poderia ser compensada, no quadro de uma valoração global, pela manifestação particularmente vigorosa de um outro. Com isso, porém, abre-se mão da vantagem intentada pelo legislador, de uma regulamentação inequívoca, fácil de estabelecer. Só aonde a lei tenha construído previsões «abertas», a concretizar caso a caso, só aí considero legítimo falar de um «sistema móvel».

(93) Cf. a este respeito o meu *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. I, 13.^a ed., § 31 I b, bem como o acórdão do Supremo Tribunal Federal em JZ 74, pág. 184.

(94) Cf. CANARIS, *ob. cit.*, pág. 86 e segs.

* Relativa à responsabilidade do detentor do animal (*N. do T.*).

jurídica» (95). Em contraposição a estes, poderíamos denominar os princípios que não têm carácter de norma, de «princípios abertos». A distinção não deve, porém, ser entendida no sentido de uma separação rígida; as fronteiras entre os princípios «abertos» e os princípios «com forma de proposição jurídica» é antes fluida. Não pode indicar-se com exactidão o ponto a partir do qual o princípio está já tão amplamente concretizado que pode ser considerado como princípio com a forma de proposição jurídica.

Entre os princípios com forma de proposição jurídica podem contar-se, em primeiro lugar, aqueles que não estão explicitados na lei, mas estão nela contidos enquanto a lei lhes estatui excepções. O legislador não os explicitou porque os considerou tão «evidentes» que na sua opinião não precisava de ser mencionado o princípio, mas tão-somente as excepções. Quando se não fizeram na lei estas excepções e a sua ausência não haja de ser considerada uma lacuna legal, o princípio é imediatamente aplicável. A esta espécie pertencem, por exemplo, os princípios da liberdade contratual e da liberdade de forma no Direito das obrigações - princípios a que, por seu lado, subjaz um princípio aberto, o da autonomia privada. Entre os princípios com forma de proposição jurídica terão de contar-se, ainda, os princípios de dignidade constitucional *nulla poena sine lege e ne bis in idem* (art.º 103.º, parágrafos 2 e 3 da Lei Fundamental), as garantias de liberdade do art.º 104.º da Lei Fundamental, o princípio da independência dos juízes (art.º 97.º, parágrafo 1, da Lei Fundamental) e a proibição dos tribunais de excepção (art.º 101.º da Lei Fundamental). Estes são, por seu lado, concretizações do princípio do Estado de Direito. Os princípios com forma de proposição jurídica ocupam, de certo modo, uma posição intermédia entre os princípios abertos, que são por eles concretizados numa determinada direção, e as normas jurídicas com previsões concebidas de modo

(95) No meu ensaio sobre «Guias para a criação judicial do Direito» (*Wegweiser zu richterlicher Rechtsschöpfung*), no *Festschrift für Arthur Nikisch*, pág. 275 e segs., distingui-os, enquanto «proposições básicas» (*Grundsätze*), dos princípios. A maioria das vezes, porém, as expressões «proposição jurídica básica» (*Rechtsgrundsatz*) e «princípio jurídico» (*Rechtsprinzip*) são usadas em sinónímia; assim já, por exemplo, no livro de ESSEN sobre *Princípio e Norma* (*Grundsatz und Norm*). Por isso, distingo agora entre princípios abertos e princípios com a forma de proposição jurídica.

muito amplo. Distinguem-se destas últimas sobretudo porque lhes cabe uma importância destacada, capital precisamente, no contexto global de uma regulação. O seu conteúdo de sentido faz referência, por cima do conteúdo formulado em forma de proposição jurídica, ao princípio fundamental - como o da autonomia privada ou do Estado de Direito - que é por eles concretizado, de cada vez, numa determinada direcção, e com isso esclarecido e ao mesmo tempo normativizado. BETTI (96) fala neste contexto de um «excesso de conteúdo de sentido valorativo», que caracteriza os princípios jurídicos em comparação com as proposições jurídicas particulares.

Entre os princípios com forma de proposição jurídica podem contar-se também os princípios do «meio mais idóneo» e da «restrição menor possível» que, como vimos, servem muitas vezes aos tribunais de pauta de «ponderação de bens». São «em forma de proposição jurídica», enquanto existe *um* meio «mais idóneo», apenas *uma* restrição «menor possível» - a que protege suficientemente o bem preferido - do bem postergado, não se requerendo, portanto, uma ulterior concretização da pauta (97). Em contrapartida, no caso do princípio da proporcionalidade, na sua formulação mais geral, em que requer ou exige apenas uma «relação adequada» entre meio e fim e que o dano que sobrevenha não «esteja sem relação com o risco» que devia ser afastado (§ 228 do BGB), trata-se de um princípio «aberto», porque nestes casos não é indispensável uma valoração adicional. Não se trata aqui de outra coisa senão da ideia da Justa medida do «equilíbrio», que está indissociavelmente ligada à ideia de justiça (98).

LERCHE (99) distingue os princípios da proporcionalidade e da necessidade. O primeiro princípio quer dizer, segundo ele, que «a aplicação de um determinado instrumento poderia não ser inadequado para a consecução de um determinado fim». O segundo princípio quer dizer que de entre vários instrumentos possíveis, ou

(96) BETTI, *Allgemeine Auslegungslehre...*, pág. 652.

(97) Assim também HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, págs. 37, 58, 246.

(98) Assim também HIRSCHBERG, *ob. cit.*, págs. 37, 246.

(99) LERCHE, *Übermaß und Verfassungsrecht*, 1961, pág. 19.

seja, adequados para a obtenção de um fim, só caberia escolher aquele que comporta consequências menos gravosas. É, na verdade, acertado que LERCHE sublinhe, por fim, que os dois princípios teriam conteúdo diferente, mas isto não exclui que o princípio da necessidade, que por sua vez se pode desmembrar no do meio mais idóneo e no da menor restrição possível, representa uma modalidade especial do princípio da proporcionalidade (100). LERCHE reúne ambos os princípios sob a denominação de «proibição de excesso». Nesta escolha terminológica expressa-se claramente que a ideia de «moderação», de «justa medida», é comum a ambos (101). Quando LERCHE expõe (102) mais adiante que os princípios têm «carácter imediato de proposição jurídica» porque, com a sua ajuda, se podem alcançar resultados particulares «sem que seja normalmente necessária uma intermediação de normas concretizáveis independentemente», isto é, decerto, na nossa opinião, somente aplicável ao «princípio da necessidade». De facto, noutras normas jurídicas, como as relativas à legítima defesa, aos limites da acção directa (§ 239, parágrafo 1, do BGB), ou à servidão de passagem (§ 917 do BGB), insere-se como um elemento parcial que, ligado aos demais elementos da norma jurídica, possibilita uma resolução segura. Em contrapartida, se se trata de se um dano que «não está fora de relação com o risco» (§ 228 do BGB), ou se o dano eminentemente «é desproporcionadamente grande» (§ 904 do BGB) em comparação com os danos resultantes da intervenção, sobretudo também na ponderação de direitos fundamentais, então precisa-se ainda de uma valoração complementar no caso concreto, em relação à qual subsiste ainda uma certa margem de livre apreciação. Uma tal margem de livre apreciação não se dá apenas quando só o «meio menos gravoso», só a «menor restrição possível», é conforme ao Direito. Os princípios do meio menos gravoso e da menor restrição possível estão em causa, sobretudo, quando alguém há-de aceitar uma restrição aos seus direitos em virtude de outro bem de valor igualou superior, que há-de exigir dele um sacrifício especial; em contrapartida, o princípio da proporcionalidade tem uma importância muito maior, por exemplo também no Direito dos contratos.

(100) Cf. também HIRSCHBERG, *ob. cit.*, págs. 150, 247 e segs. Bem como LERCHE, *ArchoR* 104, 415.

(101) Sobre a relação de sentido com a justiça, o meu escrito sobre Direito justo (*Richtiges Recht*), págs. 40 e segs. e 130 e segs.

(102) *Ob. cit.*, pág. 316.

Os «princípios abertos» e as bases de valoração neles expressas constituem os pontos de referência centrais para o «sistema interno» do Direito, sistema que pretende trazer à luz uma Jurisprudência que se orienta a valores e ao mesmo tempo procede sistematicamente. De tais princípios só pode obter-se um «sistema» quando se têm em conta as suas distintas concretizações e estas são postas em relação umas com as outras. Cabe perguntar, no entanto, se o sistema científico pode satisfazer-se com a exposição e desenvolvimento dos princípios - quer sejam «abertos» ou «com forma de proposição jurídica» - ou se um tal sistema não precisa também de conceitos que, de certo modo, possam estabelecer uma ponte entre este sistema e o «sistema externo» que, além do mais, é indispensável para a apreensão do tecido jurídico global (102a).

b) Conceitos jurídicos determinados pela função

Se os conceitos procurados hão-de ser úteis para o «sistema interno», não podem ser unicamente conceitos gerais abstractos que serão, com o progressivo grau de abstracção, cada vez mais desprovidos de conteúdo. Tem antes que se tratar de conceitos em cujo conteúdo a relação de sentido subjacente a uma regulação, com base num princípio determinante, é expressa em tal medida que, mesmo que necessariamente abreviada, continua a ser identificável. De facto, a ciência jurídica actual trabalha em larga medida com tais conceitos. Podemos chamá-los de «conceitos determinados pela função». Assim, a ciência do Direito privado actual trabalha, pelo menos desde a grande obra de FLUME (103), com um conceito de negócio jurídico determinado pela função, que o entende primordialmente como meio da autonomia privada e intenta compreender a partir desta sua função a problemática a ele ligada e as respostas dadas a esse respeito pela lei. Se se trata do princípio da «responsabilidade pelo risco», alude-se àquelas hipóteses legais de uma responsabilidade pelo

(102a) HÖNN, *Kompensation gestorter Vertragsparitiit*, 1982, pág. 62 e seg., pretende limitar o «sistema interno» aos princípios jurídicos.

(103) FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. 2, *Das Rechtsgeschäft*.

dano, às quais subjaz precisamente este princípio. Se se fala de «direitos de personalidade», alude-se àqueles direitos cuja função é garantir à pessoa uma esfera própria protegida face ao exterior. O conceito de «direito de personalidade» não foi obtido na Jurisprudência recente prescindindo das distinções de diferentes direitos de personalidade e tendo fixado o que é comum a todos, mas através da elaboração do específico conteúdo de sentido de um tal direito e da sua função ao serviço de valores humanos. CANARIS, que considera o «sistema interno» como um sistema de princípios jurídicos gerais, é, porém, de opinião que deveria «coordinar-se com os princípios um sistema correspondente de conceitos jurídicos» (104). Ora bem, não se poderia «nunca esquecer que estes são de natureza teleológica e que, por isso, em caso de dúvida, requer-se sempre o retorno à valoração neles contida e isto quer dizer, ao princípio correspondente». Mas isto pressupõe que são formados atendendo precisamente a este princípio - quer dizer, não apenas por via da abstracção - e que expressam logo no seu conteúdo a referência retrospectiva ao princípio.

Os conceitos determinados pela função servem, além disso, para garantir adentro de um complexo de regulação determinado, a aplicação equitativa daquelas normas jurídicas em cujo conteúdo estão implícitos como elemento da previsão ou também da consequência jurídica. Trata-se aqui de conceitos como «ilicitude», «negligência», «boa» ou «má-fé». Tais conceitos *puramente normativos* hão-de determinar-se de acordo com a sua função em cada complexo de regulação. Vamos esclarecer isto com relação ao conceito de ilicitude (105).

Qualificamos uma acção como «ilícita» quando esta, de acordo com a sua manifestação externa, sem atender ainda à atitude interna do agente, contradiz um preceito ou proibição da ordem jurídica, não devendo ter sido levada a cabo. Mas, uma vez que um juízo definitivo sobre o valor ou desvalor de uma acção não pode na verdade aceitar-se sem ter também em conta a atitude interior do agente, o momento da culpa, trata-se assim no juízo sobre

(104) CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff*, pág. 50.

(105) Cf. a este respeito o meu ensaio no *Festschrift für Dolle*, vol. I, pág. 169 e segs.; e o meu *Lehrbuch des Schuldrechts*, 12.ª 00., vol. II, pág. 607 e segs.

a ilicitude somente de um juízo provisório de desvalor; continua em aberto a possibilidade de que a acção, mesmo que ilícita, seja, porém, desculpável. A pena e a obrigação de indemnizar do Direito civil (de acordo com as regras da responsabilidade delitual) pressupõe em regra, ambas as coisas: tanto a ilicitude da acção com uma imputabilidade subjectiva. Além disso, é admisível a legítima defesa face a uma agressão «ilícita», e no Direito civil certas faculdades de defesa e possibilidades de agir em juízo só surgem face à existência de uma agressão ilícita à posse ou à esfera jurídica do proprietário (§§ 858 e segs., 1004 do BGB). O conceito de ilicitude desempenha, por isso, uma certa função no sistema de protecção de bens do Código Civil. Atendendo a esta função, foi durante muito tempo entendida, não tanto como referida ao comportamento, mas ao resultado, quer dizer, no sentido de ocasionar um estado reprovado pela ordem jurídica. Mas um conceito de ilicitude entendido como puramente referido ao resultado conduz a uma ampliação, não justificada materialmente, daquelas acções que, segundo ele, haveriam de qualificar-se de «ilícitas», se bem que não de «culposas», no sentido do Direito da responsabilidade delitual. «Ilícita» seria toda a causação de um resultado reprovado pela ordem jurídica, por longínqua que fosse, desde que não fosse de todo «inadequada»; assim, por exemplo, a entrega de um meio de profilaxia de plantas medicamente qualificadas como «venenosas», se o receptor posteriormente, devido a um equívoco, se envenena com ele ou envenena outras pessoas. Os fabricantes de automóveis, aparelhagem eléctrica, instrumentos e medicamentos perigosos actuariam «ilicitamente» inúmeras vezes, a saber, sempre que o seu produto, elaborado e classificado de modo regulamentar, fosse posteriormente causa, nas mãos de outrem, de um acidente. Como isto teria pouco sentido, uma doutrina mais recente qualifica de «ilícita» somente uma conduta que, logo como tal, sem atender a um resultado posterior, não satisfaz o cuidado exigido pela ordem jurídica. Deste modo, esta doutrina aproxima o conceito de ilicitude do critério «objectivo» de negligéncia, que a doutrina dominante acha expresso no § 276 do BGB (105a).

(105a) Cf. o meu *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. I, 14.ª ed., pág. 285.

Um conceito de ilicitude estritamente referido à conduta cumpre, sem dúvida, a função do conceito no contexto do Direito da responsabilidade delitual, mas não a sua função no contexto da faculdade de legítima defesa e dos §§ 858 e 904 do BGB. A função que o conceito de ilicitude desempenha nestas disposições consiste em delimitar os gravames, contra os quais é admisível a legítima defesa ou existem direitos de defesa, daqueles outros que são de aceitar juridicamente. O conceito de ilicitude serve aqui, por conseguinte, para determinar o âmbito de protecção dos bens jurídicos. Se se tiver presente que uma espécie, e porventura a mais importante, de protecção de bens jurídicos consiste em sancionar as infracções jurídicas e as lesões de bens jurídicos através de uma obrigação de indemnizar, então reconhece-se que existe uma inteira conexão entre as funções que o conceito desempenha adentro de um e outro complexo regulativo (106). Aquilo que o atacado ou o lesado no exercício da sua propriedade não necessita, nos termos do Direito, de aceitar, e contra o qual a ordem jurídica lhe concede faculdades de defesa, deve obrigar o agressor ou agressores a uma indemnização por danos, sempre que haja culpa da parte destes. O enlace das faculdades de defesa com os pressupostos de indemnização por danos tem um bom sentido. Não se quis, evidentemente, dizer com isto que se deveria voltar a um conceito de ilicitude puramente referido ao resultado. É, ao invés, possível e suficiente para salvaguardar a relação de função colocar como base do juízo sobre a ilicitude, em primeiro lugar, só uma conduta exterior, reprovada enquanto tal, mas, para além disto, também o resultado juridicamente reprovado, quando este se situe ainda no quadro do curso da acção e não seja apenas uma consequência remota da conduta. Mesmo quem não aprove um tal conceito de ilicitude, não pode deixar, porém, de determinar o conceito de ilicitude, quer atendendo a uma das funções atribuídas na lei quer a ambas, e então distinguindo-as.

Na óptica de WANK (106a), todos os conceitos utilizados numa proposição jurídica são, em última análise, conceitos deter-

(106) Cf. a este respeito DEUTSCH, *Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt*, 1963, pág. 277 e segs.

(106a) WANK, *Die juristische Begriffsbildung*, 1985, pág. 79.

minados pela função. Eles serviriam todos a um determinado fim de regulamentação; este determinaria não só o seu conteúdo como também a sua forma (Hl6b). De resto, na maioria das proposições jurídicas, o «programa final» que lhes é subjacente seria substituído por um «programa condicional». Com isso, entende WANK obviamente o enlace de consequências jurídicas a uma situação de facto rigorosamente delimitada na lei. WANK vê a vantagem do «programa condicional» na circunstância de que aqui podem ser determinadas notas conceituais que são «de fácil estabelecimento», sobre cuja ocorrência podem subsistir escassas dúvidas^(106c). Contra o emprego de tais conceitos, que expressam de modo directo o escopo da lei, militaria, além disso, a eventual pluralidade de fins da lei e o seu peso distinto. Na reformulação do programa final subjacente à lei em um programa condicional subsistiria, no entanto, o perigo de que «hipótese legal e consequência jurídica, como expressão de um programa de regulamentação uniforme, possam vir a divorciar-se entre si». Por isso, a tarefa da ciência jurídica seria «precisamente repor esta concatenação e esclarecer cada um dos conceitos da lei *sub specie* do programa de regulamentação»^(106d). Na interpretação dos conceitos empregues na lei, estes teriam «de ser identificáveis como parte do programa de regulamentação», na formação jurídica de conceitos teria «este contexto de sentido entre hipótese legal e consequência jurídica de aflorar e transparecer até ao último rincão dos subconceitos»^(106e). De resto, WANK aceita que a transposição do programa final num programa condicional, a que se procede na lei, não é arbitrariamente reversível^(106f). Com isso, limita de novo, de modo não despiciendo, o seu pronunciamento de que todos os conceitos utilizados na lei são conceitos determinados pela função.

Quando a lei, com o objectivo da possibilidade de subsunção, formou conceitos gerais abstractos que funcionam como elementos da previsão, suscita-se a questão sobre a relação destes conceitos gerais abstractos da previsão com os conceitos determinados

^(106b) *Ibidem*, pág. 123.

^(106c) *Ibidem*, pág. 101.

^(106d) *Ibidem*, pág. 82.

^(106e) *Ibidem*, pág. 87.

^(106f) *Ibidem*, pág. 83.

pela função que lhes são correspondentes. Desta questão ocupou-se THIELE⁽¹⁰⁷⁾, tomando como exemplos os conceitos associados entre si de «negócio-jurídico». THIELE refere o conceito de negócio jurídico como um «conceito fundamental ou estrutural», que ele concebe como «instrumento de configuração jurídica em autodeterminação», ou seja, o conceito determinado pela função, na nossa terminologia. Observa, com razão, que o conceito fundamental ou estrutural não tem qualquer valor subsuntivo, ou tem-no apenas de forma muito limitada. O conceito geral abstracto de negócio jurídico, como o emprega o BGB enquanto nota distintiva da previsão, denomina-o de «conceito técnico de negócio jurídico»⁽¹⁰⁸⁾. O momento da autodeterminação, diz, e simultaneamente «o conceito essencial de todo o acto jurídico geral eficaz» está excluído desta definição. Quem definir o negócio como um acto de autodeterminação das partes alude a um conceito de negócio jurídico distinto daquele com que temos de tratar no âmbito da técnica e da aplicação do Direito. Ambos os conceitos se referem, segundo THIELE, «ao mesmo objecto: um grupo especial de acções humanas»⁽¹⁰⁹⁾. «Simplesmente», reúnem «em cada caso diferentes notas distintivas deste objecto, segundo o fim especial que cada um deles serve». O conceito fundamental responde a uma questão elementar. Trata-se da questão sobre «como» se realiza uma configuração do Direito em autodeterminação, a questão da autonomia privada. A multiplicidade «de problemas particulares que surgem no tráfego jurídico-negocial praticado» não pode solucionar-se sem mais, de modo genericamente vinculante, a partir do princípio. Para isto seria preciso a tradução do princípio jurídico material em normas jurídicas e conceitos dogmaticamente abarcáveis⁽¹¹⁰⁾. O meio técnico-jurídico para tal é «decompor as decisões primárias de justiça de uma ordem jurídica em problemas particulares, independentes e delimitados uns dos outros, e as suas soluções». No entanto, a técnica jurídica continua a ser «sempre só uma função do princípio valorativo subjacente». Há-de sempre «manter-se o olhar por de cima das fórmulas positivas em direcção

⁽¹⁰⁷⁾ THIELE, *Die Zustimmungen in der Lehre vom Rechtsgeschäft*, 1966, págs. 6 e segs., 78 e segs.

⁽¹⁰⁸⁾ *Ob. cit.*, pág. 82 e segs.

⁽¹⁰⁹⁾ *Ob. cit.*, pág. 85.

⁽¹¹⁰⁾ *Ob. cit.*, pág. 78 e segs.

à ideia, ao núcleo de sentido dos institutos jurídicos, que nelas e por meio delas se mantém». Isto não pode significar outra coisa senão que a Jurisprudência científica, se quiser compreender as decisões de valor dadas de antemão numa regulação jurídico-positiva e os problemas delas resultantes, não deve quedar-se nos conceitos técnico-jurídicos, mas há-de perguntar pelo conceito determinado pela função que se esconde por detrás do conceito técnico-jurídico, tanto quanto como através dele se «deixa transparecer». E deixa-se transparecer através dele porque justamente o conceito técnico-jurídico de «declaração de vontade» permite ainda reconhecer que se trata a esse respeito, em princípio, de um acto de configuração privada do Direito. O conceito técnico-jurídico só liberta o aplicador do Direito da necessidade de examinar caso a caso se nele se trata unicamente de «autodeterminação» ou se entra também em jogo a «heterodeterminação». Esta conduz desde logo à ineficácia do acto, se ocorrer uma das previsões a este propósito criadas pela lei, tais como dolo, coacção ou um prejuízo imoral.

Assim como se pode colocar ao lado do conceito geral-abstracto de negócio jurídico, formado para fins de subsunção, um conceito determinado pela função que incorpora no seu conteúdo o princípio jurídico subjacente mas, precisamente por isso, não é adequado para a subsunção, o mesmo ocorre com o conceito de contrato, com o de propriedade ou com o de direito subjectivo. A diversificação do conceito determinado pela função não tem lugar mediante a adição de novas notas distintivas constitutivas de outras classês, mas mediante a formação de tipos. PHILIPPOS DORIS demonstrou (111) o que um conceito determinado pela função de representação pode oferecer para o conhecimento das diversas manifestações do tipo estrutural subjacente. Tanto o conceito determinado pela função como o tipo são mais ricos em conteúdo que os conceitos abstractos que lhes sejam em cada caso comparáveis. Tanto o princípio como o conceito determinado pela função remetem para algo que está para além deles: o princípio para as concretizações em que o seu sentido se desenvolve; o conceito determinado pela função remete de novo para o princípio.

(111) No *Festschrift für Karl Larenz*, no seu octogésimo aniversário, 1983, pág. 161 e segs.

c) O carácter «aberto» e fragmentário do sistema «interno»)

O sistema interno não é, como se depreende do que foi dito, um sistema fechado em si, mas um sistema «aberto», no sentido de que são possíveis tanto mutações na espécie de jogo concerto dos princípios, do seu alcance e limitação recíproca, como também a descoberta de novos princípios; seja em virtude de alterações da legislação, seja em virtude de novos conhecimentos da ciência do Direito ou modificações na jurisprudência dos tribunais. A razão última disso é, utilizando as palavras de CANARIS (112), «que o sistema, como unidade de sentido de uma ordem jurídica concreta, comunga do modo de ser desta, quer dizer, assim como não é estático, mas dinâmico, apresenta, portanto, a estrutura da historicidade». Mas, se é assim, então todos os enunciados da Jurisprudência sobre este sistema estão sujeitos a uma dupla reserva: em primeiro lugar, estão, como os de toda a ciência, subordinados à reserva de conhecimentos futuros melhores; mas, por outro lado, estão também subordinados à salvaguarda da constância das pautas de valoração determinantes, que surgem sucessivamente na evolução histórica da cultura jurídica e que se podem modificar. Devido a esta sua «abertura», o «sistema interno» assinalado à Jurisprudência distingue-se de qualquer sistema jusnaturalista e também de qualquer sistema quase jusnaturalista, como o foi o da Jurisprudência dos conceitos, por exemplo, o de PUCHTA.

Mas tão-pouco se deveria sublinhar em excesso a capacidade de mudança dos princípios. Alguns dos princípios vigentes do Direito privado e do Direito Processual actuais, e entre esses também os que entendemos como concretizações do princípio do Estado de Direito - como, por exemplo, a autonomia privada, a força vinculativa dos contratos, o princípio da confiança no trâfejo jurídico, a equiparação das partes no processo, o direito de acesso à justiça -, pertencem desde há séculos à nossa ordem jurídica, assim como às ordens jurídicas de outras nações; outros, como o da independência dos juízes, a vinculação da administração à lei e a possibilidade de impugnação contenciosa de todos os actos administrativos que constituam um gravame para os

(112) CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, pág. 63.

cidadãos, alcançaram-se com dificuldade e têm que ser continuamente defendidos. Em princípios tais como, por exemplo, o requisito da observância da boa-fé - que carece de uma concretização permanente -, nos requisitos de tratar igualmente o que é igual e de agir «independentemente da pessoa de que se trata», expressam-se, decerto, ideias jurídicas de validade supratemporal (113). A capacidade de mudança reporta-se, por isso, mais às decisões de valor secundárias, às concretizações, à acentuação e ao jogo concertado dos princípios. Sob este aspecto, as mudanças das últimas décadas, em consonância com a aceleração geral na modificação das relações de vida são, de facto, surpreendentemente grandes. Quanto a isto, nada deverá variar no futuro. Por isso, quanto mais avança a formação do sistema em relação aos conteúdos regulativos particulares, quanto mais descobre neles as concretizações dos princípios - através da mediação dos conceitos determinados pela função - e retoma, a partir desses conteúdos regulativos particulares, aos princípios, tanto mais se terá que continuar a ser consciente da sua provisoriadade. Não obstante, a provisoriadade dos seus conhecimentos não é para a ciência do Direito, tal como não é para as outras ciências, razão para renunciar à sua consecução.

A missão do sistema científico é tornar visível e mostrar a conexão de sentido inerente ao ordenamento jurídico como um todo coerente. Para isso serve a descoberta dos princípios direc-tivos e a sua concretização nos conteúdos regulativos, a formação de conceitos determinados pela função e de tipos jurídico-estruturais. Para esse efeito, pressupõe-se sempre que as regras do Direito e os diferentes complexos de regulação estão de facto entre si numa tal conexão de sentido, quer dizer, que são algo mais do que uma aglomeração de normas particulares baseada na «arbitrariedade» do legislador ou outros factores mais ou menos casuais. Que esta pressuposição é verdadeira, que a um dado

(113) Se quisermos, formam um «Direito natural», se bem que fragmentário e referido na sua concretização à respectiva situação histórica. Mas, uma vez que esta expressão se acha excessivamente sobre-carregada, prefiro falar de *princípios do Direito justo* idealmente válidos (que não pertencem apenas ao Direito positivo, comungando, nessa conformidade, do seu modo de ser). Sobre o modo de validade destes princípios, cf. o meu escrito sobre *Direito justo (Richtiges Recht)*, pág. 174 e segs.

ordenamento jurídico - abstraindo do seu condicionamento histórico e de algumas casualidades particulares - é inerente um sentido racional, não pode decerto «provar-se» em sentido exacto, mas pode esclarecer-se mediante a descoberta dessa conexão de sentido. Mas não deve certamente ignorar-se a esse propósito que a pressuposição feita só é verdadeira até um certo ponto. Existe sem dúvida uma multiplicidade de preceitos «casuais» que poderiam igualmente imaginar-se de outro modo, sem que por isso tivesse que surgir um desajustamento, uma contradição valorativa. Se a lei fixa um prazo de denúncia ou um prazo de reclamação em duas semanas ou num mês, se para determinadas declarações exige a forma escrita, se a maioridade ocorre logo que completados os dezoito anos ou só aos vinte e um anos, são situações para as quais o legislador pode ter em cada caso razões plausíveis; do ponto de vista dos princípios, tal é indiferente. Mas não é indiferente, por princípio, que não existam em absoluto prazos para a efectivação de uma denúncia, que os contratos se possam em geral celebrar sem observância de forma especial, que o adolescente ao atingir uma determinada idade seja colocado em situação de regular por si os seus assuntos jurídicos. As variações adentro do âmbito em que, do ponto de vista dos princípios, são igualmente «plausíveis» diferentes regulações - sendo apenas satisfeita a necessidade de regulação enquanto tal - não afectam o sistema interno.

Mas mesmo no que se refere às valorações fundamentais do ordenamento jurídico, nem sempre se podem evitar contradições de valoração, tanto no plano das normas como no das resoluções jurídicas. O ideal de plena concordância valorativa de todas as normas e resoluções não pode realizar-se já, pelo facto de que as regras legais surgiram em diferentes graus de evolução histórica e uma valoração distinta num sector parcelar do ordenamento jurídico não pode ter de imediato «repercussão» noutro sector parcelar. Existem certamente «efeitos à distância» de modificações num sector normativo sobre outros sectores normativos (114): assim, as valorações da Constituição influem decisivamente na interpretação de algumas cláusulas gerais, sobretudo a dos «bons costumes» e na jurisprudência relativa ao direito de personalidade.

(114) Cf. a este respeito CANARIS, *oh. cit.*, pág. 67.

O princípio da proporcionalidade encontra, cada vez mais, aplicação em sectores parcelares do ordenamento jurídico. Mas algumas ordens jurídicas também se tornam inacessíveis a um tal efeito à distância, por causa do seu teor literal e atendendo à sua finalidade específica; não resta então outra opção se não aceitar a contradição valorativa, pelo menos provisoriamente, até que se produza uma alteração na legislação, a não ser que se trate de uma contradição com um princípio de dignidade constitucional, que tão-pouco pode ser evitada por meio de uma interpretação «conforme à Constituição». Neste caso, a norma que contradiz o princípio tem que ser afastada como inconstitucional. Existem finalmente, para dizer como CANARIS (115), normas estranhas ao sistema, quer dizer, «normas jurídicas que não estão certamente em contradição valorativa com outras disposições ou com os princípios fundamentais do ordenamento jurídico, mas que, por outro lado, também não se podem reconduzir a uma ideia jurídica geral, permanecendo por isso valorativamente isoladas adentro da globalidade do ordenamento jurídico». Deparamos com elas, em primeiro lugar, nos casos em que o legislador se serve das normas como meio para dirigir processos sociais, em especial económicos. As «leis-medida» servem em primeiro lugar para a realização de missões objectivas e fins objectivos totalmente detenninados; não estão orientadas, ou só o estão em escassa medida, a determinados princípios jurídicos. Certamente que também elas se têm que manter no quadro da Constituição e, portanto, dos princípios erigidos ao nível constitucional. Só podem afectar direitos fundamentais na medida em que tal seja admisível nos termos do art.º 19 da Lei Fundamental. No entanto, os princípios da Constituição e os direitos fundamentais só actuam aqui como limites ao legislador, não como ideias directivas pelas quais se oriente o conteúdo da regulamentação. Para a descoberta e desenvolvimento subsequente do sistema interno tais regulações têm, portanto, importância escassa.

Enquanto sistema «aberto», o sistema é sempre inacabado e inacabável. Pode remeter-se aqui, a esse propósito, ao que foi anteriormente dito (na Parte I, caps. V e VII). O sistema interno é, além disso, «fragmentário», no sentido de que não podem

integrar-se nele todas as normas ou regulamentações. Tanto as regulações de índole preponderantemente «técnico-jurídica» - por exemplo, o regime cadastral formal, a natureza da autenticação, os regulamentos de polícia - , como as «leis-medida» se subtraem a ele, pelo menos em grande escala. Para pôr numa ordem externa a massa destas normas e poder manejá-las é preciso, agora como dantes, o sistema «externo». Só que não se deve esperar dele nenhuma resposta a questões jurídicas ou acreditar que só com a sua ajuda se podem descobrir as conexões de sentido internas do Direito - sem cujo conhecimento a matéria jurídica é no seu conjunto uma massa inerte com a qual, em última instância, se pode «operar» de um ou doutro modo.

Tão-pouco é suficiente uma mera justaposição de elementos (ou resíduos) do sistema conceptual-abstracto e do modo de pensar «ÓpICO», como alguns parecem, porventura, crer. Nessa altura parece arbitrário seguir um ou outro modo de pensamento. Argumenta-se ao gosto de cada um, ora assim ora de outro modo. É certo que é possível conceber uma ligação entre pensamento «tópico» e «sistema interno», por forma a só considerar como válidos os pontos de vista (*topoi*) jurídicos admissíveis que sejam Justificáveis a partir do «Sistema interno». Mas isto não corresponde ao entendimento geral da tópica. Nem uma argumentação lógico-formal e conceptual, nem uma argumentação «tópica» conduzem à descoberta do «sistema interno». Para isso é necessária a descoberta e concretização de princípios jurídicos, bem como a formação de tipos e conceitos determinados pela função. Estas são as formas específicas de pensamento de uma Jurisprudência que a si própria se entende simultaneamente como pensamento «orientado a valores» e pensamento sistemático.

(115) CANARIS, *oh. cit.*, pág. 131.

NÓTULA DO TRADUTOR

«Um filho do seu tempo»

A *Metodologia da Ciência do Direito*, de KARL LARENZ, constitui um manual de referência no ensino universitário do Direito civil e da sua metodologia. Desde a sua primeira edição, em 1960, até esta sexta edição, de 1991 - a última publicada em vida do autor (¹) - , a evolução deste manual representa uma continuidade de um pensamento metodológico «compreensivo» e orientado a valores.

A mudança mais significativa está documentada na terceira edição, de 1975. Aí, LARENZ afasta-se do neo-hegelianismo e apoia-se nas doutrinas da Hermenêutica filosófica, reformulando as bases filosóficas da sua crítica a um pensamento jurídico formalista abstracto, crítica essa que tinha constituído o mote dos seus trabalhos de filosofia do Direito e de metodologia da ciência do Direito desde os tempos de juventude.

Discípulo, em Göttingen, de JULIUS BINDER, LARENZ formou-se intelectualmente nos quadros do neo-hegelianismo jurídico e no estertor da República de Weimar. O adversário intelectual de então era o neo-kantismo jurídico, quer na variante representada pela escola de Marburgo (sobretudo RUDOLF STAMMLER), quer na orientação da escola sudocidental alemã (sobretudo GUSTAV RADBRUCH) - e, muito principalmente, a «teoria pura do Direito» de HANS KELSEN. A oposição ao neo-kantismo jurídico e ao formalismo jurídico em geral representava no plano ideológico a oposição ao Estado de Direito liberal-

(¹) KARL LARENZ faleceu em Munique, em 24 de Janeiro de 1993, aos 89 anos.

-formal, inicialmente de um ponto de vista nacional-conservador e, subsequentemente, com matizes claramente autoritárias. Exemplo desta postura intelectual e ideológica é o percurso intelectual e político do *caput scholae* do neo-hegelianismo jurídico, JULIUS BINDER⁽²⁾.

KARL LARENZ escreve a sua dissertação de doutoramento sobre «a doutrina da imputação de Hegel e o conceito de imputação objectiva»⁽³⁾ no espírito do neo-hegelianismo dos anos 20, cujo arauto tinha sido RICHARD KRÜNER⁽⁴⁾ e no plano da filosofia do Direito, ERICH KAUFMANN, WALTHER

(2) Para uma biografia intelectual de BINDER, cf. RALF DREIER, «Julius Binder (1870-1939). Ein Rechtsphilosoph zwischen Kaiserreich und Nationalsozialismus», in: RALF DREIER, *Recht-Staat-Vernunft. Studien zur Rechtstheorie* 2, Francoforte, 1991, págs. 142-167. Sobre a sua «recepção de HEGEL, cf. WALTHER SCHÖNFELD, «Der absolute Idealismus Julius Binder im Lichte Hegels», in: *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 98 (1938), págs. 54-108. Sobre o ambiente intelectual que precedeu o colapso da República de Weimar e as críticas da direita anti-republicana ao individualismo, liberalismo e democratismo, cf., por todos, KURT SONTHEIMER, *Antidemokratisches Denken in der Weimarer Republik. Die politischen Ideen des deutschen Nationalismus zwischen 1918 und 1933*, 3.ª 00., Munique, 1992, com referência a BINDER a págs. 84, 194 e segs. e 219.

(3) Cf. KARL LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung. Ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der juristischen Kausalität*, Leipzig, 1927.

(4) Cf. RICHARD KRONER, *Von Kant bis Hegel*, 2 vols., 1921-1924, 3.ª 00., Tübingen, 1977. KRONER foi fundador e presidente da «associação hegeliana» (*Hegelbund*) e editor da revista filosófica *Lagos*. Em 1933 era professor em Kiel, universidade para onde LARENZ entretanto se tinha transferido, vindo de Göttingen. Dada a sua origem judaica, KRONER é atingido pela *Lei sobre o restabelecimento das carreiras do funcionalismo público*, de 7 de Abril de 1933, transferido em 1934 para Francoforte e destituído de funções em 1935, tendo emigrado para os Estados Unidos em 1939. KARL LARENZ, membro da «associação hegeliana», foi convidado para substituir KRONER na direcção da revista *Lagos*, mas declinou o convite e sugeriu o nome de HERMANN GLOCKNER, professor de filosofia em Gießen e também ele membro da «associação hegeliana», que veio a aceitar. A HERMANN GLOCKNER ficou a dever-se a *Jubiliäumausgabe* dos escritos de HEGEL (20 vols., Estugarda, 1927 e segs.) e um conhecido *Hegel-Lexikon*, em 4 vols. (Estugarda, 1935).

SCHÖNFELD e JULIUS BINDER⁽⁵⁾. Do ponto de vista filosófico, este retorno a HEGEL representava uma revivescência do pensamento especulativo contra o paradigma de científicidade das ciências empíricas; do ponto de vista jusmetodológico, uma crítica à Jurisprudência normativista e ao pensamento formal-abstracto no processo de formação de conceitos na ciência do Direito e na obtenção do Direito no caso.

Pensamento jurídico «concreto» não equivale, todavia - bem pelo contrário -, a uma aproximação às ciências empíricas: LARENZ opõe-se, em nome do conceito dialéctico de «realidade» (*Wirklichkeit*) do «idealismo objectivo», à sociologia «positivista» do Direito de EHRLICH⁽⁶⁾ e à própria orientação sociologizante da Jurisprudência dos interesses⁽⁷⁾. O ponto de arrimo filosófico é aqui a ideia dialéctica de «realidade» (*Wirklichkeit*) como desenvolução do ser em formas de compreensão ascendente e a crítica de HEGEL à filosofia abstracta do «intelecto discursivo» (*Verstand*), em nome de uma filosofia especulativa do Absoluto, dirigida ao estabelecimento mediante a razão (*Vernunft*) da unidade dos termos usualmente contrapostos pelo pensar de oposições do «intelecto discursivo» (*Verstand*). É este também o ponto de arrimo filosófico contra os dualismos neo-kantianos de «forma» (*Form*) e «matéria» (*Stoff*) e de «realidade» e «valor», que fundamentavam filosoficamente o normativismo «puro» da filosofia do

(5) Cf., sobretudo, ERICH KAUFMANN, *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie, eine Betrachtung über die Beziehungen zwischen Philosophie und Rechtswissenschaft*, Tübingen, 1921; WALTHER SCHÖNFELD, *Über den Begriffe einer dialektischen Jurisprudenz*, Greifswald, 1929; JULIUS BINDER, *Philosophie des Rechts*, Berlim, 1925. Para um conspecto do neo-hegelianismo jurídico, cf. o «posfácio» de KARL LARENZ à reimpressão (1967) do seu escrito de 1929 intitulado *Das Problem der Rechtsgeltung*.

(6) Cf. KARL LARENZ, *Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart*, 2.ª 00., Berlim, 1935, máxime pág. 21 (sobre a sociologia do Direito de EHRLICH) e pág. 158 (sobre o conceito de «realidade» do «idealismo objectivo»).

(7) Cf. KARL LARENZ, «Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, Eine Erwiderung», in: *Archiv für die civilistische Praxis* 143 (1937), págs. 257-291, em resposta ao ensaio de PHILIPP HECK, «Die Interessenjurisprudenz und ihre neuen Gegner», in: *Archiv für die civilistische Praxis* 142 (1936), págs. 129-202 e 297-332.

Direito de inspiração neo-kantina. A ideia dialéctica de «realidade» (*Wirklichkeit*) não equivale a um mera «facticidade» (*Faktizität*), mas é portadora de um sentido normativo. Esta rejeição «dialéctica» da disjunção entre «norma» e «realidade», entre «dever ser» e «ser» - disjunção que constituía um pressuposto de base do neo-kantismo - abre o caminho a uma concepção «institucionalista» do Direito, que refere a dados pré-positivos a determinação última de sentido do ordenamento jurídico. Naturalmente que esta concepção dialéctica de Jurisprudência se opõe a uma concepção normativista de Jurisprudência e contesta as teses legalistas sobre as «fontes» do Direito e as formas de desenvolução de sentido do ordenamento jurídico (8), promovendo tendências de «materialização» ou «substancialização» do Direito formal e da legalidade formal do Estado legislador parlamentar (9). Esta «materialização» ou «substancialização» do Direito formal promove-a o neo-hegelianismo jurídico no período nacional-socialista sobretudo com base na ideia de que o Direito e o Estado são desenvoluções da «substância ética» (*sittliche Substanz*) de um povo e mediante o intento de uma «eticização» (*Versittlichung*) do Direito formal.

Do mesmo modo, a orientação «organicista» do neo-hegelianismo jurídico toma partido contra o espírito «individualista» do Direito natural racionalista, recuperando o ponto de vista da substancialidade ética da doutrina hegeliana da *Sittlichkeit* e da análise do «espírito objetivo» (10). Positivismo legalista, indi-

(8) Para uma exposição destas contraposições, cf., por todos, CARL SCHMITT, *Über die drei Arten reehtwissenschaftlichen Denkens*, Hamburgo, 1934, máxime págs. 11 e segs., e 54 e segs.

(9) Sobre este ponto, cf. BERND RÜTHERS, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, 3.ª ed., Heidelberg, 1988; cf. igualmente HUBERT ROTTLEUTHNER, «Juristen als Ideologieproduzenten: Die Substantialisierung des Formalrechts. Zur Rolle des Neuhegelianismus in der deutschen Jurisprudenz», in: HUBERT ROTTLEUTHNER, *Reehtwissenschaft als Sozialwissenschaft*, Francoforte, 1973, págs. 209-244.

(10) Cf., por exemplo, KARL LARENZ, *Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart*, cit., máxime pág. 150 e segs., onde combate a dicotomia «Direito natural/positivismo»; cf. igualmente LARENZ, «Hegels Begriff der Philosophie und der Rechtsphilosophie», in: JULIUS BINDER / MARTIN BUSSE / KARL LARENZ (eds.), *Einführung in*

vidualismo e Direito natural «abstracto» são os inimigos jurados do neo-hegelianismo jurídico. O mesmo se diga do relativismo axiológico, que GUSTAV RADBRUCH e HANS HELSEN explicitavam como pressuposto metaético da ideia de Democracia. A crítica hegeliana ao formalismo abstracto da *Moralität* e do Direito natural racionalista constitui a base filosófica das concepções «organicistas» do neo-hegelianismo jurídico, que no período nacional-socialista reinterpreta HEGEL a partir de um pano de fundo romântico, quando não mítico (11).

Na sua oposição fundamental ao que considerava ser o formalismo abstracto da Jurisprudência tradicional e da sua orientação normativista, o neo-hegelianismo jurídico acaba por ser no período nacional-socialista a fundamentação jusfilosófica mais sistematizada de uma «renovação alemã do Direito» (*deutsche*

Hegels Rechtsphilosophie, Berlim, 1931, págs. 5-29. As posições hegelianas sobre o problema da fundamentação da normatividade têm como pressuposição a crítica que HEGEL move no plano metafísico contra a «filosofia da subjetividade abstrata». Na «filosofia da subjetividade abstrata» e no formalismo da *Moralität* vê HEGEL a forma acabada da filosofia do protestantismo e a consumação da sua tendência para se refugiar na interioridade da consciência. Sobre a correlação entre a crítica de HEGEL à «filosofia da reflexão (*Reflexionphilosophie*) da subjectividade» e a sua rejeição do ponto de vista individualista da *Moralität* e das aporias de uma consciência moral *a priori*, não correlacionada com a substancialidade da vida ética, cf., por todos, ROLF-PETER HORSTMANN, «Subjektiver Geist und Moralität», in: *Hegel-Studien* Beiheft 19 (1979), págs. 191-199.

(11) Cf., por exemplo, o ensaio de abertura do 1.º fascículo da *Zeitschrift für Deutsche Kulturphilosophie* (1935), de KARL LARENZ, intitulado precisamente «Volksgeist und Recht. Zur Revision der Rechtsanschauung der Historischen Rechtsschule» (a págs. 40-60). A denominação por LARENZ de HEGEL como o «filósofo da comunidade» (*Philosoph der Gemeinschaft*) é recorrente nos escritos de filosofia do Direito deste período: cf., por exemplo, KARL LARENZ, «Die Rechts- und Staatsphilosophie des deutschen Idealismus und ihre Gegenwartsbedeutung», in: LARENZ / HOLSTEIN (eds.), *Staatsphilosophie*, Munique, 1933, págs. 89-188, pág. 187; cf. igualmente KARL LARENZ, «Die Bedeutung der völkischen Sitte in Hegels Staatsphilosophie», in: *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 98 (1938), págs. 109-150, págs. 110, 116. 144.

Rechtserneuerung) e de uma «nova ciencia do Direito» (*neue Rechtswissenschaft*) (12). A «nova ciência do Direito» (*neue Rechtswissenschaft*) infunde novos conteúdos nos conceitos dogmáticos tradicionais, mediante a «eticização» (*Versittlichung*) do Direito formal: a filosofia do Direito é considerada como «momento integrante» da formação conceptual na Jurisprudência (13) e a abordagem dogmática da Jurisprudência substituída por uma «filosofia jurídica aplicada» (*angewandte Rechtsphilosophie*), como «*doctrine dos conceitos fundamentais do Direito alemão*» (14). Nesta base de rejeição do formalismo jurídico e do pensamento abstractor, LARENZ propugnou uma nova modalidade de formação de conceitos no pensamento jurídico, com base em «tipos», «séries de tipos» e «conceitos geral-concretos» (15). A fundamentação filosófica desta nova modalidade de formação de conceitos é ainda a filosofia de HEGEL e a sua concepção do conceito como o «*pura e simplesmente concreto*», concepção que HEGEL contrapunha à da «filosofia da reflexão (*Reflexionsphilosophie*) da

(12) Cf. KARL LARENZ, *Deutsche Rechtsemeuerung und Rechtsphilosophie*, Tübingen, 1934; cf. igualmente KARL LARENZ (ed.), *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlim, 1935. Sobre as relações entre o neo-hegelianismo jurídico e o nacional-socialismo, cf., sobretudo, KLAUS ANDERBRÜGGE, *Volkisches Rechtsdenken. Zur Rechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus*, Berlim, 1979, máxime pág. 203 e segs.; sobre KARL LARENZ em particular, cf. MONIKA FROMMEL, *Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser*, Ebelsbach, 1981, máxime pág. 178 e segs.; muito interessante a nota de RALF DREIER, «Karl Larenz über seine Haltung im "Dritten Reich"», in: *Juristenzeitung* 1993, págs. 454-457.

(13) Cf. KARL LARENZ, *Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart*, 2.ª 00. cit., pág. 171.

(14) Cf. KARL LARENZ, «Zur Logik des konkreten Begriffs. Eine Voruntersuchung zur Rechtsphilosophie», in: *Deutsche Rechtswissenschaft* 5 (1940), págs. 279-299.

(15) Cf. KARL LARENZ, *Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens*, Berlim, 1938, máxime pág. 43 e segs.; sobre este ponto, cf. igualmente LARENZ, «Typologisches Rechtsdenken. Bemerkungen zu V. Tuka: Die Rechtssysteme», in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 34 (1940/41), págs. 20-30. Sobre o conceito concreto hegeliano, cf., neste período, LARENZ, «Zur Logik des konkreten Begriffs. Eine Voruntersuchung zur Rechtsphilosophie», cito

subjectividade» - de KANT, JACOBI e FICHTE (16) - e à sua «lógica do intelecto discursivo» (*Verstandeslogik*) (17), que entendia o concreto como uma construção do pensamento» e não, em termos dialécticos, como a própria realidade apreendida.

Na terceira edição da *Metodologia da Ciência do Direito*, de 1975, KARL LARENZ abandona esta lógica do conceito geral de HEGEL como elemento cuja desenvolução de sentido pudesse tornar visível a estrutura interna de sentido do Direito vigente e rejeita a pretensão do sistema hegeliano a um carácter absoluto (18). Não obstante, mantém ainda um «excuso» sobre a distinção em HEGEL entre conceito abstracto e conceito concreto (19). Na segunda edição da *Metodologia da Ciência do Direito*, de 1969, LARENZ assume ainda uma forma de pensamento institucional, em que ao conceito concreto-geral de «pessoa» e à sua desenvolução de sentido é atribuída a missão de tornar visível a estrutura interna de sentido do Direito vigente, nesta densificação e concentração conceptuais. Do mesmo modo, na primeira edição da sua *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen*

(16) Cf. HEGEL, *Glauben und Wissen - oder die Reflexionsphilosophie der Subjektivität in der Vollständigkeit ihrer Formen als Kantische, Jacobische und Fichtesche Philosophie* (1802).

(17) Dizia HEGEL a este propósito: «Tendo em vista o tratamento corrente na lógica do intelecto discursivo sobre a origem e a formação dos conceitos, deve ainda observar-se que nós não construímos, de todo em todo, os conceitos, mas que o conceito não deve em geral ser visto como algo que surge de uma outra coisa (als etwas Entstehen). De resto, o conceito não é meramente o ser ou o imediato, mas pertence-lhe também a mediação» - cf. o aditamento ao § 163 da *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse* (1830).

(18) Cf. o «prefácio» à terceira edição da *Metodologia da Ciência do Direito*. A pretensão a um carácter absoluto do sistema hegeliano manifesta-se na problemática lógico-metafísica da doutrina do «espírito absoluto» e na filosofia especulativa da História de HEGEL. LARENZ está aqui próximo de GADAMER na rejeição desta pretensão a um carácter absoluto: GADAMER afasta-se dessa problemática especulativa e retoma de HEGEL sobretudo a problemática do «espírito objectivo» como veio inspirador da sua Hermenêutica filosófica - cf., a este respeito, GADAMER, «Hegels Philosophie und ihre Nachwirkungen bis heute» (1972), agora in: HANS-GEORG GADAMER, *Vemunft im Zeitalter der Wissenschaft* 3.ª ed., 1991, págs. 32-53.

(19) Cf. KARL LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3.ª ed., Berlim, 1975, pág. 439 e segs.

chen Rechts (Munique, 1967), KARL LARENZ expõe as principais instituições do Direito privado - a saber: os conceitos de propriedade, de responsabilidade, de contrato e das diversas fonnas de pessoas colectivas de Direito privado - como «momentos de sentido» deste conceito concreto-geral de «pessoa». A pretensão deste conceito concreto-geral de «pessoa» era pois a exposição dos «princípios jurídicos imanentes» de uma ordem jurídica ou de um sector determinado, tornando visível a sua «unidade de sentido» intrínseca.

Se KARL LARENZ opera no pós-guerra uma ruptura com a sua fundamentação neo-hegeliana de uma «renovação alemã do Direito» (*deutsche Rechtsemeuerung*) de cariz totalitário, em direcção a um personalismo ético de pendor institucionalista, e se acaba mesmo por abandonar uma fundamentação neo-hegeliana de um pensamento jusmetodológico «compreensivo» e orientado a valores, subsiste nele uma tendência de oposição ao método analítico-abstracto de construção e desenvolvimento de conceitos jurídicos, a favor daquilo que KARL ENGISCH caracterizava como uma tendência de concretização do Direito no sentido de um pensamento «holístico» (*ganzheitliches Denken*)⁽²⁰⁾. A este propósito é elucidativa a doutrina do tipo de LARENZ, que permanece sem alterações significativas desde o seu neo-hegelianismo inicial até esta edição derradeira da *Metodologia da Ciência do Direito*, bem como, mais em geral, a sua transição de uma fundamentação neo-hegeliana para uma fundamentação hermenêutica de um pensamento jusmetodológico «compreensivo» e orientado a valores, em que o «todo de sentido» (*Sinnganzen*) da ordem jurídica passa a ser explicitado não já como desenvolução do sentido do conceito concreto-geral de «pessoa», mas como sistema «aberto» de princípios jurídicos gerais, que representam a conexão «material» de sentido das leis⁽²¹⁾. Em LARENZ permanece constante uma linha de fundo de rejeição do pensamento categorial e abstractor como base de formação conceptual nas ciências do espírito em geral e na Jurisprudência em particular. Segundo

⁽²⁰⁾ Cf. KARL ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, 2.ª ed., Heidelberg, 1968, pág. 145.

⁽²¹⁾ Cf. KARL LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3.ª ed., cit., máxime pág. 471 e segs.

LARENZ, a «*unidade de sentido*» intrínseca do Direito é axiológica e não lógica, e essa «*unidade de sentido*» não é reflectida por aquilo que HECK denominava de sistema «externo», construído como sistema de conceitos básicos puramente formais, mas torna-se visível enquanto sistema axiológico-teleológico de princípios jurídicos⁽²²⁾.

Tal como nos anos vinte, em que o seu arrimo ao neo-hegelianismo tinha ilustrações concretas no plano da metodologia jurídica - diferentemente de JULIUS BINDER ou WALTHER SCHONFELD, cujo pendor era quase exclusivamente filosófico-especulativo e jusfilosófico -, o interesse subsequente de LARENZ pelas doutrinas da Hermenêutica filosófica ocorre prevalemente em virtude de preocupações jusmetodológicas e de fundamentação de um pensamento orientado a valores no âmbito da ciência do Direito. Não é aqui o lugar para proceder ao recenseamento das diversas linhas de «recepção» das doutrinas da Hermenêutica filosófica por parte da Jurisprudência⁽²³⁾, nem tão-pouco para ajuizar da maior ou menor «fidelidade» de LARENZ em relação às teses filosóficas de HANS-GEÜRG GADAMER. Ú modo como permanecem nele diferentes veios de inspiração hegeliana e a junção ulterior das doutrinas da Hermenêutica filosófica tornam legítima a qualificação de KRAWIETZ da orientação de base de LARENZ como um «*idealismo dialéctico-hermenêutica*»⁽²⁴⁾.

A fundamentação de um pensamento metodológico «compreensivo» e orientado a valores - e que busca uma via para a formação dos conceitos e do sistema na Jurisprudência distinta daquela

⁽²²⁾ LARENZ retrata aqui a indagação do seu discípulo CLAUS-WILHELM CANARIS sobre os diversos modos de construção e de representação da unidade do sistema jurídico, indagação que defende a ideia de sistema enquanto «*súmula de valorações fundamentais em que se escora uma ordem jurídica*», uma ideia de sistema e de construção de sistema adequada, portanto, a uma concepção de «Jurisprudência de valoração» (*Wertungsjurisprudenz*). Sobre esta questão, mais em geral, cf. CLAUS-WILHELM CANARIS, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*, trad. port. da 2.ª ed. alemã (1983), Lisboa, 1989.

⁽²³⁾ Para um conspecto geral, cf. o meu escrito *Hermenêutica e Jurisprudência. Análise de uma «recepção»*, Lisboa, 1989.

⁽²⁴⁾ Cf. WERNER KRAWIETZ, *Juristische Entscheidung und wissenschaftliche Erkenntnis*, Viena, 1978, pág. 170.

que lhe era assinalada por uma metodologia jurídica que procedia em termos conceptuais-abstractos - faz-se agora com arrimo à especificidade do método de elaboração conceptual nas «ciências do espírito» (*Geisteswissenschaften*), especificidade essa que ao nível da doutrina do método tinha sido conceptualizada sobretudo por DILTHEY e a que o próprio HEGEL tinha aberto caminho com a sua doutrina do «espírito objectivo»⁽²⁵⁾. Essa especificidade do método de elaboração conceptual traduz-se no tipo e na série de tipos, como elementos conceptuais «abertos» à vida, nos conceitos determinados pela função e nos princípios jurídicos, como condensações das valorações fundamentais em que se escora a ordem jurídica e que no seu jogo concertado permitem apreender a unidade de sentido intrínseca do Direito, como sistema «aberto» e fragmentário⁽²⁶⁾.

A rejeição do pensamento categorial e lógico-classificatório como método de elaboração conceptual na ciência do Direito e a defesa de um pensamento metodológico «compreensivo» e orientado a valores estrutura não apenas o modo como KARL LARENZ desenvolve a doutrina do método na ciência do Direito na «Parte Sistemática» desta *Metodologia da Ciência do Direito*, mas inclusivamente a sequência da exposição na «Parte Histórico-Crítica». Aí, a noção de positivismo jurídico é tão latamente entendida que permite fazer ombrear WINDSCHEID com BERGBOHM ou EHRLICH com KELSEN, sob a perspectiva de uma crescente formalização do método de elaboração de conceitos na ciência do Direito; de modo análogo, também as tendências de «materialização» ou «substancialização» do Direito formal, sejam elas de matriz neo-kantiana (v.g. RICKERT, LASK, RADBRUCH, SAUER), neo-hegeliana (v.g. BINDER, SCHÖNFELD) ou fenô-

⁽²⁵⁾ Sobre esta interpretação «científico-espiritual» (*geistwissenschaftlich*) de HEGEL, que se concentra na problemática «hermenêutica» da doutrina do «espírito objectivo» - descurando, portanto, a problemática lógico-metafísica da doutrina do «espírito absoluto» - , cf. WILHELM DILTHEY, *Der Aufbau der geschichtlichen Welt in den Geisteswissenschaften*, reimpr., Francoforte, 1981.

⁽²⁶⁾ A doutrina de LARENZ sobre os princípios jurídicos e a determinação das bases normativas do sistema jurídico como um sistema «aberto» de princípios jurídicos encontra-se documentada sobretudo no escrito *Richtiges Recht. Grundzüge einer Rechtsethik*, Munique, 1979.

menológica (v.g. REINACH, WELZEL, G. HUSSERL), são agrupados sob a denominação comum de um «*abandono do positivismo na filosofia do Direito*».

Nesta «Parte Histórico-Crítica» falta, porventura, uma consideração mais pormenorizada das doutrinas do último jusnaturalismo e, em particular, da influência da filosofia kantiana na fundamentação dos conceitos e do método da ciência do Direito civil⁽²⁷⁾. KARL LARENZ inicia a «Parte Histórico-Crítica» com SAVIGNY e a «Escola Histórica do Direito», fixando aí a consolidação de uma concepção de ciência do Direito de natureza dogmático-exegética, em ruptura com as concepções do último jusnaturalismo de urna complementariedade entre ciência do Direito positivo e «doutrina filosófica do Direito» (*philosophische Rechtslehre*), que legitimava o intérprete para uma intervenção corretiva e complementadora do Direito positivo, de acordo com a máxima do «*apefeiçoamento formal das leis*»⁽²⁸⁾. Mas se LARENZ tem razão ao referir à «Escola Histórica do Direito» a fundamentação metódica de uma concepção exegético-dogmática de Jurisprudência, o seu pendor para um pensamento jurídico de cariz «institucionalista» e a sua simpatia pelos motivos anti-iluministas e, em particular, anti-racionalistas do romantismo alemão fazem com que sejam depreciadas as influências do último jusnaturalismo na fundamentação dos conceitos e do método da ciência do Direito civil. Porventura, uma maior concentração na obra de GUSTAV HUGO, como ponto de transição entre o jusracionnalismo de matriz kantiana e o historicismo jurídico, poderia atenuar esta perspectiva unilateral a explicitar a relação de algumas categorias básicas do Direito (v.g. direito subjectivo, personalidade jurídica, imputação subjectiva) com a filosofia prática

⁽²⁷⁾ Sobre este ponto, cf., por todos, HANS KIEFNER, «Der Einfluß Kants auf Theorie und Praxis des Zivilrechts im 19. Jahrhundert», in: JÜRGEN BLÜHDORN e JOACHIM RITTER (eds.), *Philosophie und Rechtswissenschaft. Zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert*, Francoforte, 1969, págs. 3-25.

⁽²⁸⁾ Cf., por exemplo, a crítica de SAVIGNY, na sua *luristische Methodenlehre, nach der Ausarbeitung des Jakob Grimms* (ed. de Gerhard Wesenberg, Estugarda, 1951), aos juristas filosóficos - com menção expressa a P. J. ANSELM FEUERBACH - e à sua teoria da interpretação jurídica.

racionalista dos séculos XVII e XVIII e com a sua ideia de base de uma normatividade autónoma racional.

O estilo conciso com que está redigida esta *Metodologia da Ciência do Direito*, a mestria com que LARENZ penetra e inter-relaciona movimentos filosóficos díspares - sobretudo, a sua familiaridade com a filosofia do idealismo alemão -, o nível da fundamentação filosófica da doutrina do método da ciência do Direito, o conhecimento profundo da evolução dogmática e jurisprudencial (mormente no âmbito do Direito civil) (29) fazem deste livro um instrumento de trabalho imprescindível para estudantes e práticos. A aguda consciência metodológica que transparece em cada página deste livro - mesmo com as reservas apontadas e, eventualmente, enfatizadas - é exemplar, no sentido de um ensino do Direito que evite produzir, como se dizia nos inícios do século XIX, juristas «áridos», debruçados exclusivamente sobre a exegese dos textos legislativos, sem, em contrapartida, incentivar apenas as elucubrações dos, como então também se dizia, juristas «filosofantes».

Nesta obra condensam-se quase duzentos anos de evolução no âmbito da metodologia do Direito, mormente do Direito civil. O seu autor foi ao longo de mais de meio século um protagonista influente nessa discussão metodológica. A continuidade de uma atitude de rejeição de um pensamento jurídico formalista abstracto ao longo das mais distintas conjunturas ideológicas e políticas - do estertor de Weimar à refundação conservadora da Democracia na Alemanha, passando pelo período nacional-socialista - e a sua defesa de um pensamento metodológico «compreensivo» e orientado a valores permitiram a LARENZ uma transição

(29) Os méritos de LARENZ como civilista estão documentados, desde logo, no seu *Habilitationschrift*, de 1930, intitulado *Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts. Zugleich ein Beitrag zur Theorie der Willenserklärung* (reimp., Francoforte, 1966); e também, já no pós-guerra, no escrito *Geschaftsgrundlage und Vertragserfüllung* (1951), que veio a ter mais duas edições (3.ª ed., Munique, 1963). Mas é sobretudo através dos dois volumes do *Tratado de Direito das Obrigações* (cuja 1.ª edição data de 1953 e que vai já na 14.ª edição - o 1.º volume - e na 13.ª edição - o segundo volume) e das sucessivas edições da sua *Parte Geral do Direito civil alemão*, a partir de 1967, que se alicerça a influência de KARL LARENZ como civilista.

do compromisso totalitário a um personalismo ético de pendor «institucionalista» sem, no fundo, ter de operar uma ruptura radical com o instrumentário conceptual jusmetodológico. Essa paradoxal simbiose de continuidade e de mudança reflecte de maneira eloquente o modo como o pensamento conservador alemão deste século se confrontou com as distintas conjunturas políticas e ideológicas do país. A biografia intelectual de KARL LARENZ, que confessou um dia que a sua maior ambição intelectual teria sido poder ter escrito um «Comentário» à filosofia do Direito de HEGEL, constitui, irónica e tragicamente, uma comprovação do acerto das considerações de HEGEL sobre a postura da filosofia face à realidade - que ele desenvolve no «prefácio» dos *Princípios da Filosofia do Direito* - e, em particular, da sua consideração de que «no que respeita ao indivíduo, cada um é, aliás, um filho do seu tempo» (30).

Algarve, Julho de 1997

JOSÉ LAMEGO

(30) Cf. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, «Vorrede».

PANORAMA BIBLIOGRÁFICO GERAL (¹)

ADOMEIT, KLAUS: *Rechtstheorie für Studenten*, 1979; *Normlogik - Methodenlehre - Rechtspolitologie*, 1986.

ALEXY, ROBERT: *Theorie der juristischen Argumentation*, 1978.

BADURA, PETER: *Grenzen und Möglichkeiten des Richterrechts*, 1973.

BARTHOLOMEYCYK, HORST: *Die Kunst der Gesetzesauslegung*, 4.ª ed., 1967.

BAUMGARTEN, ARTHUR: *Die Wissenschaft vom Recht und ihre Methode*, 2 vols., 1920 e 22; *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*, 1939.

BECKER, WALTER: «Rechtsvergleichende Notizen zur Auslegung», *Festschrift f. H. Lehmann*, 1959, voI. I.

BETTI, EMILIO: *Teoria generale della Interpretazione*, 1955 (edição alemã sob o título *Allgemeine Auslegungslehre als Methodik der Geisteswissenschaften*, 1967); «Ergänzende Rechtsfortbildung als Aufgabe der richterlichen Gesetzesauslegung», *Festschr. f. Raape*, 1948; «Zur Grundlegung einer allgemeinen Auslegungslehre», *Festschr. f. E. Rabel*, voI. 2, 1954.

BIERLING, ERNST RUDOLF: *Juristische Prinzipienlehre*, voI. I, 1984; II, 1898; III, 1905; IV, 1911; V, 1917 (reimpressão global, 1961).

BIHLER, MICHAEL: *Rechtsgefühl, System und Wertung*, 1979.

BINDER, JULIUS: *Philosophie des Rechts*, 1925; «Der Methodenstreit in der heutigen Privatrechtswissenschaft», *ZHR* 100, pág. 4.

(¹) Aqui são mencionados os escritos que têm uma importância geral ou fundamental para o problema do método. Não foi possível distribuí-los de acordo com cada um dos capítulos do livro, devido às múltiplas intersecções dos círculos problemáticos. A literatura específica e os artigos de revista são citados no lugar que lhes corresponde.

- BOEHMER, GUSTAV: *Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung*, vol. 11, 2.º meio-tomo: *Praxis der richterlichen Rechtsschöpfung*, 1952.
- BRECHER, FRITZ: «Scheinbegründungen und Methodenehrlichkeit im Zivilrecht», *Festschr. f. A. Nikisch*, 1958.
- BRUSIIN, OTTO: *Über die Objektivität der Rechtsprechung*, 1949; *Über das Juristische Denken*, 1951.
- BÜLOW, OSKAR: *Gesetz und Richteramt*, 1885.
- BURCKHARDT, WALTER: *Die Lücken des Gesetzes und die Gesetzesauslegung*, 1925; *Methode und System des Rechts*, 1936.
- BYDLINSKI, FRANZ: *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 1983; *Fundamentale Rechtsgrundsätze*, 1988; *Rechtsethik und Rechtspraxis*, 1990.
- CANARIS, CLAUS-WILHELM: *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, 2.ª ed., 1983; *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2.ª ed., 1983*.
- COING, HELMUT: *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 4.ª ed., 1986; *Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik*, 1959; *Juristische Methodenlehre*, 1972.
- DE GIORGI, RAFFAELE: *Wahrheit und Legitimation im Recht*, 1980.
- DIEDERICHSEN, UWE: «Juristische Methodenlehre und praktische Jurisprudenz», in: *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, Göttinger Studien, 1980.
- DREIER, RALF: *Recht – Moral- Ideologie*, 1981; «Neues Naturrecht oder Rechtspositivismus», in: *RTh* 1978, 368.
- DREIER, RALF, SCHWEGMANN, FRIEDRICH (eds.): *Probleme der Verfassungsinterpretation*, 1976.
- ECKHOF, TORSTEIN e SUNDBY, NILS KRISTIAN: *Rechtssysteme*, 1988.
- EHRLICH, EUGEN: *Rechtssoziologie*, 1913; *Die juristische Logik*, 1918.
- EMGE, CARL AUGUST: *Philosophie der Rechtswissenschaft*, 1961.

* Existe tradução em língua portuguesa, de António Menezes Cordeiro, sob o título *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, ed. da Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989 (N. do T.).

- ENGISCH, KARL: *Die Einheit der Rechtsordnung*, 1935; *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 1942, 2.ª 00., 1960. «Der Begriff der Rechtslücke», *Festschr. f. W. Sauer*, 1949; *Vom Weltbild des Juristen*, 1950, 2.ª 00., 1965; *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, 1953, 2.ª 00., 1968. *Einführung in das juristische Denken**, 1956, 8.ª 00., 1983; *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit*, 1971.
- ENNECCERUS-NIPPERDEY: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 15.ª ed., 1.º meio-tomo, 1959, §§ 30, 51-60.
- ESSER, JOSEF: *Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen*, 1940; *Einführung in die Grundbegriffe des Rechts und Staates*, 1949; *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1956, 4.ª ed., 1990; *Wertung, Konstruktion und Argument im Zivilurteil*, 1965; «Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht», in: *Festschr. f. Fritz von Hippel*, 1967. — *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1970, 2.ª 00., 1972.
- ESSER-STEIN: *Werte und Wertewandel in der Gesetzesanwendung*, 1966.
- FECHNER, ERICH: *Rechtsphilosophie*, 1956.
- FIKENTSCHER, WOLFGANG: *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, 5 volumes, 1975-1977.
- FORSTHOFF, ERNST: *Recht und Sprache, Prolegomena zu einer richterlichen Hermeneutik*, 1940; *Zur Problematik der Verfassungsauslegung*, 1961.
- GADAMER, HANS-GEORG: *Wahrheit und Methode, Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, 5.ª 00., 1986.
- GENY, FRANÇOIS: *Méthode d'Interprétation et Sources en Droit Privé Positif*, 2 vols., 2.ª 00., 1919; *Science et Technique en droit privé positif*, 4 vols., 1922-1924.
- GERMANN, O. A.: *Methodische Grundfragen*, 1946; *Präjudizien als Rechtsquelle*, 1960; *Probleme und Methoden der Rechtsfindung*, 1965.
- HASSEMER, WINFRIED: *Tatbestand und Typus*, 1968.
- HAVERKATE, GÓRG: *Gewissheitsverluste im juristischen Denken*, 1977.
- HECK, PHILIPP: «Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz**», *AcP*, vol. 112; *Das Problem der Rechtsgewinnung*, 1912; *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, 1932.

* Existe tradução em língua portuguesa, de João Baptista Machado, da 3.ª ed. alemã, sob o título *Introdução ao Pensamento Jurídico*, ed. da Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1972. (N. do T.).

** Existe tradução em língua portuguesa, de J. Osório, Coimbra, 1947. (N. do T.).

HENKEL, HEINRICH: *Recht und Individualität*, 1958; *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 1964, 2.ª ed., 1977; *Ideologie und Recht*, 1973; «Das Problem der Rechtsgeltung», in: *Dimensionen des Rechts, Gedächtnisschrift für René Mareic*, 1974.

HEUSINGER, BRUNO: *Rechtsfindung und Rechtsfortbildung im Spiegel richterlicher Erfahrung*, 1975.

v. HIPPEL, ERNST: *Einführung in die Rechtstheorie*, 1974, 4.ª ed., 1955; *Mechanisches und moralisches Rechtsdenken*, 1959.

v. HIPPEL, FRITZ: *Zur Gesetzmäßigkeit juristischer Systembildung*, 1936; *Richtlinien und Kasuistik im Aufbau von Rechtsordnungen*, 1942; *Rechtstheorie und Rechtsdogmatik*, 1964.

HRUSCHKA, JOACHIM: *Die Konstitution des Rechtsfaches*, 1965; *Das Verstehen von Rechtstexten*, 1972.

HUBER, EUGEN: *Recht und Rechtsverwirklichung*, 1921.

HUBMANN, HEINRICH: *Wertung und Abwägung im Recht*, 1977.

HUSSERL, GERHART: *Recht und Zeit*, 1955; *Recht und Welt*, 1964.

ISAY, HERMANN: *Rechtsnorm und Entscheidung*, 1929.

JELLINEK, WALTER: *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserweiterung*, 1913; *Schöpferische Rechtswissenschaft*, 1928.

JERUSALEM, FRANZ: *Kritik der Rechtswissenschaft*, 1949; *Die Zersetzung im Rechtsdenken*, 1968.

JOERGENSEN, STIG: *Recht und Gesellschaft*, 1970.

KANTOROWICZ, HERMANN («GNAEUS FLAVIUS»): *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 1906; *Rechtswissenschaft und Soziologie (Ausgewählte Schriften zur Wissenschaftslehre)*, edição de THOMAS WÜRTENBERGER), 1962.

KAUFMANN, ARTHUR: «Gesetz und Recht», in: *Festschr. f Erik Wolf*, 1962; *Analogie und Natur der Sache*, 1965, 2.ª ed., 1982; *Rechtsphilosophie im Wandel* (Stationen eines Weges), 2.ª ed., 1984; «Richterpersönlichkeit und richterliche Unabhängigkeit», in: *Festschrift für Karl Peters*, 1974; *Beiträge zur juristischen Hermeneutik*, 1984; *Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit*, 1990.

KAUFMANN, ARTHUR e HASSEMER, WINFRIED (eds.): *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 5.ª ed., 1989.

KELSEN, HANS: *Reine Rechtslehre*, 1934, 2.ª ed., 1960*; «Was ist die reine Rechtslehre», in: *Festschr. f Giacometti*, 1953.

* Existe tradução em língua portuguesa, de João Baptista Machado, sob o título *Teoria Pura do Direito*, Coimbra, 1976. (N. do T.).

KLUG, ULRICH: *juristische Logik*, 1951, 4.ª ed., 1982.

KOCH, HANS-JOACHIM e RÜSSMAN, HELMUT: *juristische Begründungslehre*, 1982.

KRAWIETZ, WERNER: *Recht als Regelsystem*, 1984.

KRAWIETZ, WERNER et alii (eds.): *Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz*, RTh separata 1, 1979.

KRETSCHMAR, PAUL: *Über die Methode der Privatrechtswissenschaft*, 1914.

KRIELE, MARTIN: *Theorie der Rechtsgewinnung*, 1967, 2.ª ed., 1976; *Recht und praktische Vernunft*, 1979.

KRONSTEIN, HEINRICH: *Rechtsauslegung im wertgebundenen Recht*, 1957.

KUYPERS, K.: *Human Sciences and the Problem of Values*, Haia, 1974.

LARENZ, KARL: *Das Problem der Rechtsgeitung*, 1929, 2.ª ed., 1967; «Wege zu richterlicher Rechtsschöpfung», *Festschr. f A. Nikisch*, 1958; *Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildung*, 1965; *Über die Unentbehrlichkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, 1966; «Fall, Norm, Typus», in: *Rationalität, Phänomenalität, Individualität, Festschr. f Hermann und Marie Glockner*, 1966; «Über die Bindungswirkung von Präjudizien», *Festschr. f Hans Schima*, 1969; «Die Bindung des Richters an das Gesetz als hermeneutisches Problem», in: *Festschr. f Ernst Rudolf Huber*, 1973; «Die Sinnfrage in der Rechtswissenschaft», in: *Festschr. f Franz Wieacker*, 1978; *Richtiges Recht, Grundzüge einer Rechtsethik*, 1979.

LEENEN, DETLEF: *Typus und Rechtsfindung*, 1971.

LESS, GÜNTHER: *Vom Wesen und Wert des Richterrechts*, 1954.

LIVER, PETER: *Der Wille des Gesetzes*, 1954; *Der Begriff der Rechtsquelle, (Bemerkungen über den Schweizerischen Juristenverein)*, 1955.

MAC CORMICK, DONALD NEIL e WEINBERGER, OTA: *Grundlagen des institutionalistischen Rechtspositivismus*, 1985.

MAYER-MALY, THEO: *Rechtswissenschaft*, 3.ª ed., 1989.

MEIER-HAYOZ, ARTHUR: *Der Richter als Gesetzgeber*, 1951.

MÜLLER, FRIEDRICH: *Normstruktur und Normativität*, 1966; *Juristische Methodik*, 1971, 3.ª ed., 1989. - *Juristische Methodik und politisches System*, 1976; *Die Einheit der Verfassung*, 1979.

MÜLLER-ERZBACH, RUDOLF: *Wohin führt die Interessenjurisprudenz?* 1932; *Die Rechtswissenschaft im Umbau*, 1950.

NAWIASKY, HANS: *Allgemeine Rechtslehre*, 2.ª ed., 1948.

OERTMANN, PAUL: *Interesse und Begriff in der Rechtswissenschaft*, 1931.

- OGOREK, REGINA: *Richterrecht oder Subsumtionsautomat*, 1986.
- OTT, WALTER: *Der Rechtspositivismus*, 1976.
- PAWLOWSKI, HANS-MARTIN: *Methodenlehre für Juristen*, 1981.
- PEINE, FRANZ-JOSEPH: *Das Recht als System*, 1983.
- PERELMAN, CHAIM: *Über die Gerechtigkeit*, 1967; «La Justification des Normes», in: K. KUYPERS, *Human Sciences and the Problem of Values*, Haia, 1974; *Logique Juridique. Nouvelle rhétorique*, 1976; *Das Reich der Rhetorik*, 1980.
- RADBRUCH, GUSTAV: *Rechtsphilosophie**, 1914, 8.ª ed., editada por HANS PETER SCHNEIDER e ERIK WOLF, 1973; *Vorschule der Rechtsphilosophie*, 1948, 2.ª ed., 1959.
- RAISCH, PETER: *Vom Nutzen der überkommenen Auslegungskanones für die praktische Rechtsanwendung*, 1988.
- REICHEL, HANS: *Gesetz und Richterspruch*, 1915.
- REINHARDT-KONIG: *Richter und Rechtsfindung*, 1957.
- RITTNER, FRITZ: «Verstehen und Auslegen als Probleme der Rechtswissenschaft», in: *Verstehen und Auslegen* (Freiburger Dies Universitatis, vol. 14), 1968.
- RODIG, JÜRGEN: *Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz*, 1969.
- RÜMELIN, GUSTAV: *Werturteile und Willensentscheidungen*, 1891.
- RYFFEL, HANS: *Grundprobleme der Rechts- und Staatsphilosophie*, 1969; *Rechtssoziologie*, 1974.
- SAUER, WILHELM: *Das juristische Grundgesetz*, 1923; *Juristische Methodenlehre*, 1940; *Grundlagen der Wissenschaft und der Wissenschaften*, 1926, 2.ª ed., 1949.
- v. SAVIGNY, FRIEDRICH K.: *Juristische Methodenlehre*, editada por G. WESENBERG, 1951; *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814; *System des heutigen Romischen Rechts*, vol. I, 1840.
- SCHAPP, JAN: *Hauptprobleme der Juristischen Methodenlehre*, 1983.
- SCHEUERLE, WILHELM: *Rechtsanwendung*, 1952.
- SCHIFFAUER, PETER: *Wortbedeutung und Rechtserkenntnis*, 1979.

* Existe tradução em língua portuguesa, de Luís Cabral de Moncada, da 4.ª ed. alemã, sob o título *Filosofia do Direito*, 2 vols., Coimbra, 1961. (N. do T).

- SCHMITT, CARL: *Gesetz und Urteil*, 1912; *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*, 1950.
- SCHONFELD, WALTHER: *Die logische Struktur der Rechtsordnung*, 1927; *Über den Begriffe einer dialektischen Jurisprudenz*, 1929; *Von der Rechtserkenntnis*, 1931; *Grundlegung der Rechtswissenschaft*, 1951.
- SCHREIER, FRITZ: *Die Interpretation der Gesetze und Rechtsgeschäfte*, 1927.
- SCHREINER, HELMUT: *Die Intersubjektivität von Wertungen*, 1980.
- SCHWINGE, ERICH: *Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht*, 1930. *Der Methodenstreit in der heutigen Rechtswissenschaft*, 1930.
- SIEBERT, WOLFGANG: *Die Methode der Gesetzesauslegung*, 1958.
- SOMLÓ, FELIX: *Juristische Grundlehre*, 1917.
- STAMMLER, RUDOLF: *Theorie der Rechtswissenschaft*, 1911, 2.ª ed., 1923; *Die Lehre von dem Richtigen Rechte*, 1902, 2.ª ed., 1926; *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 1921, 3.ª ed., 1928.
- STOLL, HEINRICH: «Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz», *Festschr. f. Heck, Rümelin e A. B. Schmidt*, 1931.
- TROLLER, ALOIS: *Überall gültige Prinzipien der Rechtswissenschaft*, 1965.
- VIEHWEG, THEODOR: *Topik und Jurisprudenz*, 1953, 5.ª ed., 1974.
- WANK, ROLF: *Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung*, 1976.
- WEINBERGER, OTA: *Rechtslogik*, 2.ª ed., 1989; *Norm und Institution*, 1988; *Recht, Institution und Rechtspolitik*, 1987; *Logische Analyse in der Jurisprudenz*, 1979; *Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik*, 1981.
- WELZEL, HANS: *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, 1935.
- WESTERMANN, HARRY: *Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht*, 1955.
- WIEACKER, FRANZ: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 1952, 2.ª ed., 1967*; *Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB*, 1956; *Gesetz und Richterkunst*, 1958; «Über strengere und unstrange Verfahren der Rechtsfindung», in: *Festschr. f. Werner Weber*, 1974, pág. 421.
- WILHELM, W.: *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, 1958.

* Existe tradução em língua portuguesa, de António Hespanha, sob o título *História do Direito Privado Moderno*, ed. da Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1980. (N. do T).

WÜLF, ERIK: *Große Rechtsdenker*, 1939, 4.ª ed., 1963 (sobre SAVIGNY, JHERING e WINDSCHEID); *Fragwürdigkeit und Notwendigkeit der Rechtswissenschaft*, 1953.

ZELLER, ERNST: *Auslegung von Gesetz und Vertrag*, 1989.

ZIPPELIUS, REINHOLD: *Wenungsprobleme im System der Grundrechte*, 1962; *Das Wesen des Rechts*, 1965, 4.ª ed., 1978; *Einführung in die Juristische Methodenlehre*, 1971, 5.ª ed., 1990; *Rechtsphilosophie*, 2.ª ed., 1989.

ZITELMANN, ERNST: *Lücken im Recht*, 1903.

ÍNDICE DE ASSUNTOS

- Abstracção, processo de; conceito abstracto 300, 315, 624, e segs., 644 e segs.; cf. conceito concreto
- Alteração do significado da norma 495 e segs.
- Analogia 524 e segs.; cf. analogia particular, analogia geral
- Analogia geral 544 e sego
- Analogia particular 542 e segs.
- Analogia, proibição de 345, 502 e segs.
- Aplicação das normas 293 e segs., 300 e segs., 379 e segs., 439 e segs.; cf. também concretização
- Argumentação jurídica 211 e segs.
- Argumento
 - a majore ad minus 552 e sego
 - e contrario 71, 554
- Associação não personalizada 596 e sego
- Autonomia privada 684
- Boa-fé 310, 410, 562, 599 e segs.
- Cessante ratione legis cessat lex ipsa 496
- Cessão da posição contratual 635 e segs.
- Ciências sociais 274, 330, 666
- Círculo hermenêutico 285 e segs., 395, 452, 461, 667, 676
- Cláusula geral; cf. pauta carecida de preenchimento
- Coisa 452 e seg.
- Comparação de casos como método de concretização 411 e sego
- Conceito de ciência
 - conceito científica de ciência 313, 333, 443, 622
 - conceito positivista de ciência 45 e segs., 125 e seg., 160, 242
- Conceito concreto (Hegel) 22, 28, 650 e segs.
- Conceitos jurídicos determinados pela função 686 e segs.
- Concretização 148 e segs., 190 e segs., 293 e segs., 311 e segs., 406 e segs., 674 e segs.; cf. pauta carecida de preenchimento
- Concurso de normas 372 e segs.
- Concurso de pretensões, concurso de normas de pretensão 372 e segs.
- Condicionamento temporal do Direito 158, 262 e segs., 693 e sego

Confiança
 - responsabilidade pela confiança 677 e segs.
 - princípio da confiança 603 e segs., 618, 679

Constituição
 - interpretação 510 e segs.
 - interpretação conforme à Constituição de leis ordinárias 479 e segs., 487, 505

Construção jurídica 135 e segs., 627 e segs.; cf. sistema externo

Contexto 457 e segs., 484

Contrato dos arquitectos 427, nota 39

Contratos obrigacionais (tipos) 361, 420, 424 e seg., 670 e seg

Critério de negligência 407 e seg., 414, 437

Culpa in contrahendo 191, 328, 600 e segs., 616

Decisões contra legem 609

Dignidade da pessoa humana 648, 674

Direito consuetudinário
 - interpretação 504 e segs.
 - validade 616

Direito geral de personalidade 584 e seg., 687

Direito judicial 610 e segs.

Direito justo (Stammller) 115 e segs.

Direito natural 9, 97, 253, 694, nota 113

Direito potestativo 629

Direito subjectivo 25, 37 e seg., 275, 662

Direito de opção 631 e seg

Dogmática jurídica 312 e segs., 320 e segs.

Esclarecimento recíproco 676; cf. círculo hermenêutico

Escola Histórica do Direito 9 e segs.

Escopo da lei; cf. interpretação teleológica, fins objectivos do Direito

Estrutura circular da compreensão; cf. círculo hermenêutico

Ética e Direito 96, 205 e segs., 599 e segs.

Exigibilidade 406

Falsificabilidade de enunciados juscientíficos 335, 638 e segs.

Ficções
 - como instrumento de técnica legislativa 366 e segs.
 - no quadro da fundamentação da sentença 369

Fins objectivos do Direito 469 e segs., 531, 599 e seg

Genealogia dos conceitos (Puchta) 24 e segs., 66

Hermenêutica 285 e segs., 339 e segs.

Ilicitude 687 e segs.

Indução 545 e seg

Interpretação
 - critérios 450 e segs., 484 e segs.
 - objecto 441
 - preceitos 343 e sego

Interpretação
 - da lei 282, 293, 439 e segs.
 - de decisões judiciais 506 e sego
 - do Direito consuetudinário 504 e segs.
 - de negócios jurídicos 419 e segs., 490 e sego

Interpretação contratual integradora 423 e seg.

Interpretação da conduta humana 401 e sego

Interpretação objectivista 32 e segs., 445 e segs.,

Interpretação restritiva 500 e sego

Interpretação teleológica 462 e segs., 469 e segs.

Jogo concertado dos princípios 317, 677, 679 e seg.; cf. sistema móvel, sistema aberto

Jogo-de-Linguagem (no sentido de Wittgenstein) 279 e sego

Juízos de valor 406 e segs.; cf. pensamento orientado a valores, Jurisprudência de valoração

Jurisprudência constante 443, 610 e segs.

Jurisprudência dos conceitos 21 e segs., 63, 119, 230, 318

Jurisprudência genética dos interesses (Heck) 67, 145, nota 37

Jurisprudência dos interesses 63 e segs., 163 e segs.

Jurisprudência de valoração 163 e segs., 172 e segs.

Justiça 190 e segs., 223 e seg., 241 e segs., 324, 411, 491 e segs., 556

Lacunas do contrato 423

Legitimização pelo procedimento (Luhmann) 276

Lei
 - concurso de leis 372 e segs.
 - desenvolvimento do Direito superador da lei 198 e seg., 588 e segs., 606 e segs.
 - interpretação da lei 282, 293, 439 e segs.

Lei e Direito 345, 522 e sego

Livre expressão da opinião 579 e segs.

Margem de livre apreciação
 - do funcionário da Administração 416 e sego
 - do juiz 413 e segs., 432
 - do legislador 608

Método de inversão 70

Natureza das coisas 183, 186 e segs., 471, 593 e segs., 608, 672

Neo-hegelianismo (Binder) 138 e segs.

Neo-kantismo 113 e segs.

Neo-kantismo sudocidental alemão 125 e segs.

Norma do caso (Fikentscher) 197

Norma fundamental (no sentido de Kelsen) 99 e segs., 104

Ordenação de vigência 353, 358, 419 e segs.

Pautas carecidas de preenchimento 310 e segs., 406 e segs.; cf. concretização

Pensamento orientado a valores 297 e segs., 333 e segs., 408 e segs.

Plausibilidade de uma resolução 414 e seg., 499; cf. margem de livre apreciação de juiz

Pessoa em sentido ético e em sentido jurídico 648

Ponderação de bens no caso concreto 574 e segs.

Positivismo
 - jurídico 45 e segs., 97, 109, 124, 345 e seg., 521 e segs.
 - sociológico 83

- Possuidor de uma mina 455 e seg., 477
 Precedentes 504 e segs., 610 e segs.
 Pré-compreensão do intérprete 285 e segs.
 Princípios; cf. concretização, jogo concertado de princípios, princípios jurídicos, princípios constitucionais, sistema interno
 Princípios abertos 235, 256, 683 e sego
 Princípios constitucionais 479 e segs., 574 e segs., 683
 Princípios jurídicos 235 e seg., 256, 316, 469 e segs., 599 e segs., 674 e segs.
 Princípio da proporcionalidade 412, 603, 684 e sego 696; cf. proibição de excesso
 Processo dedutivo 27 e segs., 215 e segs., 379 e segs.
 Proibição de excesso; cf. princípio da proporcionalidade
 Proposições dispositivas 358
 Proposições jurídicas aclaratórias 360 e segs.
 Proposições jurídicas incompletas 359 e segs.
 Proposições jurídicas remissivas 364 e segs.
 Proposições jurídicas restritivas 362 e segs., 500 e segs.
 Propriedade, conceito de 38 e seg., 317 e seg., 355, 654 e sego
 Prova prima-facie 661
 Questão de facto (e questão de direito) 433 e segs.
 Ratio legis 475, 478, 545 e seg., 551

- Redução teleológica 555 e segs.; cf. restrição
 Responsabilidade pela confiança 677 e segs.
 Restrição; cf. redução teleológica
 Retroactividade das leis 603 e seg., 679
 Sentido literal 450 e segs., 485, 501
 Séries de tipos 667 e segs.
 Silêncio eloquente da lei 525
 Silogismo de determinação da consequência jurídica 380 e segs.
 Sistema externo 237 e seg., 397, 459 e seg., 621 e segs.; cf. sistema interno, conceito abstracto
 Sistema interno 237 e seg., 475, 674 e segs., 693 e segs.
 Sistema móvel (Wilburg) 668 e seg., 677, 680
 Sistemas abertos 236 e seg., 693, 696
 Sociologia compreensiva (Max Weber) 84, nota 78
 Standards 660 e seg., 666
 Subsunção 215 e segs., 300, 309, 383 e segs., 425, 624 e segs., 644 e segs.
 Teoria do Direito 264 e segs.
 Teoria fenomenológica do Direito (Welzel, G. Husserl) 151 e segs.
 Teoria imperativista 353 e segs.
 Teoria pura do Direito (Kelsen) 91 e segs.; (Weinberger) 109 e segs.
 Teorias jurídicas 638 e segs.
 Tipo 187, 189 e seg., 302, 306 c segs., 424 e segs., 655 e segs.
 Tipo e conceito 306, 424 e segs.

- Usos do tráfego 660
 Validade (da norma) 270 e sego
 Vinculação do juiz à lei 215 e segs., 247, 292, 448, 522 e seg., 608 e sego
 Vontade do legislador 445 e segs., 462 e segs., 502

Esta 3.^a edição de METODOLOGIA DA CIÊNCIA DO DIREITO, de Karl Larenz, foi composta e impressa em offset e brochada para a *Fundação Calouste Gulbenkian* nas oficinas de A. Coelho Dias, S.A., Lisboa. A tiragem é de 7000 exemplares

Dezembro de 1997