

RIDB

Revista do Instituto do Direito Brasileiro

Ano 2 (2013), nº 11

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa



CENTENÁRIO

1913 - 2013

FACULDADE
DE DIREITO



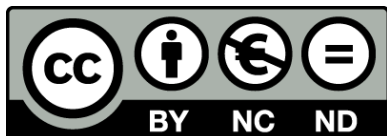
UNIVERSIDADE
DE LISBOA

Ficha Técnica

Revista do Instituto do Direito Brasileiro
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade
1649-014 LISBOA
PORTUGAL
<http://www.idb-fdul.com/>
idbrasileiro@fd.ul.pt

ISSN: 2182-7567

Director: Fernando Araújo; Vice-Directores: Maria João Estorninho, Paula Vaz Freire, José Luis Ramos, Sílvia Alves
Secretária: Maria José Abreu



Este trabalho foi licenciado com a Licença Creative Commons Atribuição – Não Comercial - SemDerivados 3.0 Portugal.

NÓTULA SOBRE O PREENCHIMENTO DE LACUNAS DA LEI SEGUNDO O ART. 10.º DO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS

Agostinho Cardoso Guedes*



art. 10.º do Código Civil português estabelece as diretrizes que devem ser seguidas para o preenchimento das lacunas da lei.

Sob a epígrafe “Integração das lacunas da lei”, esta norma estabelece, no seu número 1, que os casos “que a lei não preveja são regulados segundo a norma aplicável aos casos análogos”, sendo que se entende existir analogia sempre que “no caso omissio procedam as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei” (número 2).

Na falta de caso análogo, determina o número 3 que a “situação é resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema”.

Mais do que questionar a solução legal, ou fazer uma análise exaustiva da mesma, pretendemos, de forma simples e breve, explicar o procedimento metodológico imposto pelo legislador explicando as razões que lhe estão subjacentes¹.

* Professor Auxiliar da Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa; investigador do CEID – Centro de Estudos e Investigação em Direito, Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa.

¹ Sobre este tema, a bibliografia mais importante e mais recente é a seguinte: Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, 3.ª ed. (trad. José Lamago), Fundação Calouste Gulbenkian, 1997; J. Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina (13.ª reimp.), 2002; J. Oliveira Ascensão, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, 13.ª ed., Almedina, 2005; G. Marques da Silva, *Introdução ao Estudo do Direito*, Universidade Católica Editora, 2007; F. José Bronze, *Lições de Introdução ao Direito*, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2006; M. Teixeira de Sousa, *Introdução ao Direito*, Almedina, 2012; A. Santos Justo, *Introdução ao Estudo do Direito*, 6ª ed., Coimbra Editora, 2012; A. Menezes Cordeiro, *Tratado de*

A parte inicial do número 1 remete para a noção de lacuna, mais propriamente para a noção de lacuna da lei, de acordo com uma classificação utilizada genericamente pela doutrina. O conceito de “lacuna da lei” aponta para uma ideia de um sistema de normas concebido pelo legislador como um sistema completo num dado momento e num dado espaço.

Simplificando, podemos dizer que, na perspetiva tradicional, o sistema normativo seria composto por um conjunto de normas que associam certo efeito jurídico (constituição, modificação ou extinção de direitos e de obrigações) à verificação de certos factos ou dados da realidade².

Pela nossa parte, preferimos a perspetiva que vê em cada norma um enunciado linguístico que contém, do lado da hipótese legal, a descrição abstrata de uma situação típica de conflito de interesses, ao qual corresponde, na estatuição da mesma norma (ou de outra norma, no caso haver uma remissão para a estatuição), um critério de decisão desse conflito de acordo com a concepção de justiça do legislador.

Em qualquer caso, porém, a atividade do julgador traduz-se em enquadrar cada conflito de interesses concreto na hipótese legal de uma norma, e, de seguida, resolver esse conflito – atribuindo, modificando ou extinguindo direitos – de acordo com as “instruções” definidas nessa mesma norma.

A lacuna verifica-se quando o julgador, perante o conflito concreto, constate a impossibilidade de o enquadrar na hipótese de uma norma de direito positivo ou de direito consuetudinário – em face de um conflito de interesses o sistema não fornece ao julgador as “instruções” sobre como deve o mesmo ser solucionado, ou, por outras palavras, temos a ausência de resposta do

Direito Civil, I, Introdução, Fontes do Direito, Interpretação da Lei, Aplicação das Leis no Tempo, Doutrina Geral, 4.^a ed., Almedina, 2012.

² Isto não quer dizer que a hipótese legal se refira exatamente a factos no sentido naturalístico do termo. Sobre esta questão cfr. J. Baptista Machado, *ob. cit.*, págs. 80 e ss.

sistema normativo a uma questão *juridicamente relevante*.

Justamente, esta noção pressupõe que o caso que levou à detecção da lacuna é um caso que *merece* ou *postula* uma resposta do ordenamento, de acordo com a lógica intrínseca do mesmo; caso contrário, tratar-se-á de matéria que não é relevante para o Direito e, por isso, não poderá falar-se em lacuna verdadeira e própria.

Salvo nos casos de lacunas ao nível das normas³, a detecção da lacuna acaba por ser feita mediante o mesmo processo pelo qual ela será preenchida, ou seja, pelo recurso à analogia. Na verdade, o julgador concluirá que aquele concreto conflito de interesses é juridicamente relevante – e portanto postula uma resposta – se no sistema normativo existir uma norma que regule outro conflito de interesses análogo ao primeiro, sinal inequívoco de que aquele caso encerra uma questão jurídica a que o julgador tem de responder.

Naturalmente que a constatação da emergência de uma lacuna pressupõe uma delimitação do sentido das normas existentes através da interpretação, com todos os resultados possíveis que possam resultar da atividade hermenêutica⁴. Só depois de definido o âmbito de aplicação das normas potencialmente aplicáveis ao caso se pode dizer que nenhuma dessas normas contém uma resposta para esse mesmo caso.

As lacunas da lei podem ocorrer ao nível das normas ou ao nível da teleologia das normas. Seguindo o mesmo critério classificativo, fala-se ainda em lacunas do Direito as quais se situariam ao nível dos princípios informadores do ordenamento, acima das normas⁵.

³ Sobre este conceito cfr. J. Baptista Machado, *ob. cit.*, pág. 195.

⁴ Refira-se que, por força dos mais recentes desenvolvimentos metodológicos, a delimitação entre interpretação e integração tende a esbater-se. Sobre este assunto, cfr. A. Santos Justo, *ob. cit.*, págs. 365 e ss.

⁵ Cfr. J. Baptista Machado, *ob. cit.*, pág. 194 e ss.

Confrontado com uma lacuna verdadeira e própria, o julgador não pode abster-se de julgar invocando a ausência de norma aplicável ao caso concreto (cfr. o art. 8.º, n.º 1, do Código Civil), devendo, pelo contrário, mobilizar os mecanismos legalmente previstos para a colmatação da lacuna com vista à resolução do conflito de interesses que lhe foi apresentado.

Assim, o primeiro modo de colmatar a lacuna encontrada traduz-se no recurso à analogia. Note-se que, num certo sentido, toda a aplicação de normas a casos concretos resulta de um juízo de analogia, mas este tipo de analogia refere-se a uma comparação entre o conteúdo abstrato de uma norma e uma situação concretamente verificada; pelo contrário, a analogia referida no número 1 resulta de uma comparação entre dois *casos concretos*: um previsto numa norma e outro não previsto em qualquer norma, mas ao qual, não obstante, o ordenamento deve uma resposta.

De acordo com o número 2, há analogia sempre que no caso omissor procedam as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei, ou seja, confrontado com um conflito de interesses não previsto no sistema de normas, o julgador deve procurar no mesmo sistema uma norma que, embora num contexto necessariamente diferente, responda a um conflito de interesses semelhante ou paralelo “de modo a que o critério valorativo adotado pelo legislador para compor esse conflito de interesses num dos casos, seja por igual ou maioria de razão aplicável ao outro”⁶.

Nestes termos, o recurso à analogia pressupõe que o julgador tenha previamente identificado no caso omissor os interesses materialmente relevantes para a decisão.

O recurso à analogia justifica-se por razões de igualdade e por razões de segurança na aplicação do Direito. Com efeito, casos materialmente iguais devem ser resolvidos de acordo

⁶ Cfr. J. Baptista Machado, *ob. cit.*, pág. 202.

com o mesmo critério de justiça; por outro lado, ao obrigar o julgador a procurar no ordenamento uma norma que regule um caso análogo o legislador potencia a uniformidade de julgados.

Não sendo possível o recurso à analogia, deve o julgador decidir segundo a norma que ele próprio criaria dentro do espírito do sistema (número 3).

Esta solução funda-se desde logo num pressuposto de natureza metodológica.

Com efeito, pretende-se, antes de mais, que a solução dada ao caso obedeça à mesma metodologia usada para a solução de outros casos, e se o sistema de resolução de conflitos de interesses opera através da aplicação de normas abstratas a cada caso concreto, então também no caso omissio a solução terá de ser *mediatizada* por uma norma, ainda que esta se destine a ser aplicada apenas a um caso concreto e não a um conjunto de casos.

Desta forma, não se criam *descontinuidades* no sistema e é salvaguardado o princípio da igualdade, agora numa vertente mais metodológica mas com influência ao nível das soluções materiais.

Esta metodologia permite, além disso, evitar uma solução dirigida apenas para o caso concreto, em que haveria o perigo de o julgador decidir de acordo com a *sua* concepção de justiça, e não de acordo com a concepção de justiça do legislador.

Por um lado, ao instruir o julgador no sentido de referir a solução do caso ao espírito do sistema (e não à equidade, por exemplo), o legislador pretende assegurar que, apesar da ausência de uma norma prevendo uma solução de acordo com o seu (do legislador) critério de justiça, o julgador procure uma solução coerente com o conjunto de princípios que constituem o fundamento do sistema normativo, lhe conferem sentido e unidade. Desde modo, e ainda que indiretamente (porque não existe norma aplicável ao caso concreto) a solução encontrada ainda é fundada no critério de justiça do legislador, porque é

necessariamente referida aos princípios fundamentadores (ao espírito) do sistema normativo.

Finalmente, o esforço empreendido pelo julgador na concepção de uma norma irá obrigá-lo a separar o juridicamente relevante do juridicamente irrelevante na questão jurídica que o caso revela.

O julgador terá de encontrar a solução justa (de acordo com o espírito do sistema) não apenas para aquele caso concreto mas para *todos os outros casos juridicamente semelhantes*, o que o obrigará a um esforço de abstração, ou seja, um esforço para isolar no caso aquela que é a questão jurídica que urge resolver, desprezando as particularidades do caso que não contribuem para identificar essa mesma questão.

Em resumo, face a um caso omissos cuja solução não possa ser encontrada por recurso à analogia, o julgador, em primeiro lugar, terá de identificar qual o problema ou questão jurídica que o caso coloca, devendo, para o efeito, determinar quais os factos juridicamente relevantes do caso e aqueles que não devem ser considerados por serem meramente contingentes ou específicos do caso em si; em segundo lugar, o julgador deverá encontrar a solução *justa* para a questão em causa (para aquele caso e para todos os outros casos em que se coloque a mesma questão).

Sublinhe-se que além da solução encontrada para aquele *tipo* de conflito de interesses, também a identificação dos factos relevantes terá de ter por horizonte o espírito do sistema, ou seja a concepção de justiça do legislador; na verdade, a atribuição de relevância jurídica a determinado evento é também uma decisão orientada normativamente e não pode ser desligada daquilo que se pretende seja a solução do caso segundo um critério de justiça.

Este conjunto de operações traduzir-se-á numa norma, geral e abstrata, concebida tal como o legislador a conceberia mas que será aplicada apenas àquele caso concreto.

