

A «Integração Constitutiva» do Direito¹

HERNANI LÚCIO ANDRÉ CAMBINDA*

O direito enquanto criação humana não tem um carácter ilimitado, sendo por isso uma obra sempre inacabada e em permanente construção. A realidade da vida é sempre muito mais rica do que os comandos jurídicos. Daí o surgimento de situações que não encontram uma resposta direta no direito positivo, colocando-se então o problema de saber, não apenas se tais situações merecem uma resposta jurídica, mas sobretudo de que modo é que serão resolvidos tais casos.

O problema das lacunas e a necessidade do seu preenchimento nasceram com o princípio da separação de poderes e o princípio da legalidade ou da supremacia da Lei, tributários da Revolução Francesa. No período anterior à Revolução Francesa, regra aplicável, na ausência de regra expressa, podia ser procurada noutras fontes de direito, além da lei positiva². Por isso se diz, com acerto, que o problema das lacunas é um tema próprio e querido do positivismo-normativista e que lacunas e positivismo são como que o verso e o reverso da mesma realidade. Efetivamente, o problema das lacunas só viria a pôr-se na «situação histórico-jurídica post-codificação, pois, antes das intenções sistemático-racionalmente totalizantes da ideia de código e das aspirações jurídicas que se associaram ao fenómeno da codificação, o problema não era

* Professor da Faculdade de Direito da UCAN, mestre em Ciências Jurídico-Civis e investigador do CID.

¹ Texto apresentado no Módulo de Metodologia Jurídica do Curso de Doutoramento em Direito da Universidade Católica Portuguesa, em 2018, regido pelo Professor Doutor António Cortês, a quem o autor agradece pelas pertinentes críticas e sugestões de melhoria.

² CHAIM PERELMAN, *Lógica Jurídica*, 63.

verdadeiramente o das lacunas e dos critérios da sua integração, mas sim o da determinação do direito subsidiário nos casos de insuficiência das fontes principais»³.

O modelo positivista-normativista de aplicação do direito, assentando na ideia de que os juízes devem decidir os casos com base em normas legais preexistentes, leva naturalmente ao problema de saber como decidir casos relativamente aos quais inexistem soluções jurídico-legais prontas. Acresce que, em nome da separação de poderes e da vinculação do juiz à Lei, a estrutura racional de aplicação da lei é feita segundo o esquema lógico-dedutivo. Nesta perspetiva o direito é concebido como um conjunto de normas de origem estadual que são dadas ao aplicador para que, com base nelas, solucione o litígio, subsumindo os factos à previsão da norma e inferindo dela a consequência jurídica, impondo-se assim como atividades principais e primeiras do aplicador da lei as suas prévias interpretação e integração.

A proibição do *non liquet* com base na falta ou obscuridade dos textos legais⁴ cedo levou a que fossem apresentados vários métodos de preenchimento das lacunas. O mais conhecido destes métodos é o argumento da analogia, mas para além dele há outros, designadamente o argumento *a contrario*, o argumento da maioria de razão, o argumento dos princípios gerais do direito, o argumento do espírito do sistema, o argumento do direito natural ou da «natureza das coisas», o argumento do meio justo para fim justo e ainda o argumento da valoração própria e criadora do juiz⁵.

Na perspetiva normativista que vimos retratando, a busca do sentido e do alcance da lei com vista à sua aplicação nem sempre se revela possível dada a capacidade previsional limitada do legislador. Com efeito, diz-se, por mais diligente e capaz que seja o legislador, a realidade da vida sempre será mais rica que os casos previstos e regulados pela Lei. Assim, a doutrina do normativismo positivista, limitando o direito à lei, entendia que quando pela interpretação da lei não fosse possível colher os seus sentido e alcance, o intérprete teria de socorrer-se sucessivamente da norma reguladora de casos análogos e na falta desta criar uma norma para o caso. Os casos omissos são assim entendidos como situações da vida carentes de previsão e estatuição legais e quando

³ A. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica, Problemas Fundamentais*, 214.

⁴ JOSÉ LAMEGO, *Elementos de Metodologia Jurídica*, 176.

⁵ KARL ENGISCH, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 302 e ss.

«rebeldes» à analogia reclamam então uma integração constitutiva, ou seja, a atividade de integração compreende a integração analógica e, caso esta não surtisse o desejado resultado, lançar-se-ia mão à integração constitutiva.

Este é o entendimento a que chamaremos «tradicional» e que assenta no reconhecimento do papel central ou quase exclusivo da Lei como fonte de direito; no reconhecimento da existência de lacunas da lei e na necessidade do seu preenchimento com recurso à analogia e na falta de norma regulamentadora de um caso análogo, através de uma norma que o intérprete criaria dentro das valorações da própria lei.

Nas linhas subsequentes dedicaremos a nossa análise sobre a integração constitutiva do direito, também designada, com mais acerto, por realização do direito por autónoma constituição normativa, que, de acordo com o entendimento expresso nos cânones metodológicos do artigo 10.º, n.º 3, do Código Civil, ocorre na falta de analogia. Para o efeito não discutiremos aqui a problemática da existência ou não de lacunas, nem a bondade do recurso à analogia enquanto atividade primária de integração. Assim, faremos uma brevíssima abordagem histórica do problema na ordem jurídica portuguesa⁶ e apresentaremos o modo como a doutrina normativista encara o já mencionado artigo 10.º, n.º 3 do Código Civil, bem como os modelos alternativos de integração apresentados por autores contrários a visão normativista-positivista do direito. Na parte final do presente escrito apresentamos pequenas notas sobre o «estado da arte» em Angola, onde vigora o Código Civil de 1966.

1. Breve apontamento histórico

Em Portugal as preocupações com a necessidade de preenchimento das lacunas da Lei remontam às Ordenações do Reino. De acordo com os registos históricos, apenas no período de inspiração romano-canónica da evolução histórica do direito português, com as Ordenações Afonsinas, foi estabelecido um quadro sistemático das fontes de direito. De acordo com o Livro II, título 9, das Ordenações Afonsinas, eram fontes de direito nacional as leis do reino, os estilos da corte e os costumes antigamente usados. Quando um caso não pudesse ser decidido pelas fontes imediatas, recorria-se ao direito subsidiário, nomeadamente o

⁶ Note-se que no plano histórico, até 10 de novembro de 1975, o ordenamento jurídico vigente no território angolano era o português.

direito romano e o direito canónico, a glosa de Acúrcio e a opinião de Bártolo. Sempre que, após o recurso às fontes principais e subsidiárias, não fosse obtida a disciplina para o caso omissos, as Ordenações impunham a consulta ao rei, cuja estatuição valeria para todos os casos futuros semelhantes⁷.

Certo é que posteriormente, com as Ordenações Manuelinas e Afonsinas, se introduziram alterações no sistema das fontes de direito e a glosa de Acúrcio e a opinião de Bártolo só prevaleciam enquanto direito subsidiário se estivessem conformes à «comum opinião dos doutores».

Com a Lei de 18 de agosto de 1769, também conhecida como Lei da Boa Razão, na época do jusnaturalismo racionalista, fixaram-se novos elementos para solucionar os casos omissos nas leis pátrias⁸. Assim, determinou-se que os diferendos submetidos à apreciação dos tribunais deviam ser julgados, antes de tudo, pelas leis pátrias e pelos estilos da corte. Estes últimos valiam como precedentes para os casos futuros depois de aprovados pela Casa da Suplicação por intermédio de assentos. Faltando direito pátrio passou a ser permitido o recurso às fontes subsidiárias. Contudo o direito romano, que figurava entre essas fontes subsidiárias, passou a ser aplicado apenas se estivesse conforme à boa razão, entendida, de acordo com a estatuição da Lei de 18 de agosto de 1769, como sendo os «primitivos princípios, que contém verdades essenciais, intrínsecas, e inalteráveis, que a *ethica* dos mesmos Romanos havia estabelecido, e que os Direitos Divino e Natural formalizarão para servirem de regras Moraes e Civis entre o Christianismo: ou aquella boa razão, que se funda noutras regras que de unanime consentimento estabeleceo o Direito das Gentes para a direção, e governo de todas as Nações civilizadas [...]». Com semelhante estatuição, ao lado do direito romano passaram a aplicar-se os princípios do direito natural e das gentes. Tratava-se, no fundo, de uma remissão para um direito universalista prévio ao direito positivado a nível nacional. Em matérias políticas, económicas, mercantis ou marítimas aplicavam-se subsidiariamente, não o direito romano, pois considerava-se que pela sua antiguidade este se revelava inadequado à disciplina destas matérias⁹, mas as leis

⁷ MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, 342 e ss.

⁸ A Lei da Boa Razão teve como objetivo não apenas a alteração dos elementos para o preenchimento de lacunas, mas também impedir as irregularidades em matéria de assentos e quanto a utilização do direito subsidiário, como refere MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *idem*, 403.

⁹ MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *idem*, 408.

das «Nações Christãs, iluminadas e polidas» que se presumiam como expressão dos princípios da boa razão. Eram, neste caso, as normas das melhores legislações em termos de direito comparado a servirem de critério de solução de casos omissos.

Entre a Lei da Boa Razão e o primeiro Código Civil Português decorreram quase 100 anos, durante os quais a jurisprudência e a doutrina tiveram um importante papel integrador e criativo do direito não só em sede de preenchimento de lacunas, mas igualmente na substituição e na inovação de doutrinas antigas consagrando inclusive soluções contrárias às previstas nas Ordenações, seja devido ao seu desuso, seja devido ao seu carácter antiquado¹⁰.

Com a publicação do Código Civil Português de 1887, estabeleceram-se novos critérios de integração das lacunas. Abandonou-se o recurso ao direito romano e ao direito estrangeiro conformes à boa razão, e a integração passou então a ser feita exclusivamente no âmbito do direito interno. O artigo 16.º do Código de Seabra estatuiu que «se as questões sobre direitos e obrigações não puderem ser resolvidas, nem pelo texto da lei, nem pelo seu espírito, nem pelos casos análogos, prevenidos em outras leis, serão decididas pelos princípios de direito natural, conforme as circunstâncias do caso». As lacunas passaram assim a ser preenchidas num primeiro plano com o recurso à analogia e, se não houvesse uma norma análoga apta a reger o caso lacunoso, o legislador impunha o recurso aos princípios de direito natural conforme as circunstâncias do caso.

Cedo, porém, surgiram entendimentos díspares sobre os termos «princípios do direito natural conforme as circunstâncias do caso». Como nos dá conta Manuel de Andrade, o artigo 16.º do Código de Seabra terá sido inspirado no artigo 7.º do Código Civil Austríaco, que remete para a iniciativa do juiz, acolhendo assim a teoria do juiz-legislador e na época não faltaram autores que reconduziram os «princípios do direito natural conforme as circunstâncias do caso» aos princípios do direito positivo, ideia que assentava numa forte idolatria do direito legislado e no dogma da plenitude do ordenamento jurídico, reduzindo assim o direito à lei¹¹.

Mais tardiamente, o Professor Oliveira Ascensão entendeu reconduzir os «princípios do direito natural conforme às circunstâncias do

¹⁰ *Ibidem*, 405.

¹¹ MANUEL DE ANDRADE, «Sobre a Recente Evolução do Direito Privado», 290.

caso» à equidade¹². Contudo, como se pode constatar da contraposição entre a versão inicial do Código de Seabra e o texto final vertido no mesmo, estamos com aqueles que advogam que com os ditos princípios de direito natural conformes às circunstâncias não remetiam à equidade como modo de resolução das lacunas analogicamente não preenchidas. Com efeito, o artigo 13.º do texto original do projeto do Código Civil apresentado por visconde de Seabra estabelecia que «se as questões sobre direitos e obrigações não puderem ser resolvidas nem pelo texto da Lei, nem pelo seu espírito, nem pelos casos análogos previstos em outras leis, regular-se-ão pelos princípios gerais de equidade segundo as circunstâncias do caso; sem que possa recorrer-se a nenhuma legislação estrangeira a não ser em testemunho d'essa mesma equidade», tendo o próprio visconde de Seabra esclarecido que «falando-se nos princípios gerais da equidade parece-nos mui claramente se indicavam os princípios de direito natural, ou da boa razão a que se refere a lei de 18 de agosto de 1769 § 9 e Estatutos da Universidade, L.3, tit. 5, cp. 2. Entretanto para evitar todas as dúvidas, convimos em que a palavra – equidade seja substituída pelas palavras – do direito natural»¹³. Era também este o entendimento de Correia Telles, segundo o qual «a equidade em sentido largo, é o mesmo que o Direito Natural não escrito, isto é, não sancionado por Leis Positivas»¹⁴.

O certo é que a proclamação da integração do direito, subsidiariamente, pelos princípios do direito natural conforme à circunstância do caso, mercê da mentalidade positivista dominante da época, não teve grande relevância, ficando o artigo 16.º do Código de Seabra, com a sua natureza «transcendental e filosófica», quase letra morta¹⁵.

Uma nota merecedora de registo consiste na constatação de que o Código de Seabra teve uma vigência não plena e subsidiária nos territórios do ultramar português¹⁶. Esta observação decorre de duas razões. A primeira é que o Código de Seabra só era diretamente aplicado aos cidadãos ou povos assimilados. A segunda deveu-se à circunstância de as populações locais nativas continuarem a reger-se pelos seus

¹² JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, «Interpretação das Leis. Integração das Lacunas. Aplicação Analógica», 913 e ss.

¹³ NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do Direito Português*, 437.

¹⁴ *Idem*, 438.

¹⁵ Cf. ANTÓNIO CORTÊS, *Jurisprudência dos Princípios*, 202 a 215.

¹⁶ Cf. CRISTINA NOGUEIRA DA SILVA, *Constitucionalismo e Império – A Cidadania no Ultramar Português*, 212.

usos e costumes, sendo a aplicação do código condicionada à prévia renúncia das partes aos usos e costumes locais. Assim, o Decreto de 11 de novembro de 1889, que manda aplicar o Código Civil de 1887 às províncias ultramarinas, reconhece expressamente no seu preâmbulo as diferenças socioculturais entre a metrópole e os diversos territórios coloniais, prescrevendo o seu artigo 8.º que «desde que principiar a vigorar o código civil ficará revogada toda a legislação anterior, que recair nas matérias civis, que o mesmo código abrange», sendo contudo ressalvados os usos e costumes dos povos indígenas e gentios que continuariam então a reger as relações entre eles estabelecidas. O referido decreto vai ainda mais longe ao impor aos governadores provinciais a responsabilidade de, com recurso a pessoas competentes, codificar todos os usos e costumes locais que seriam posteriormente aprovados pelo Governo¹⁷.

2. O Código Civil de 1966 e a norma hipotética

No atual direito português e angolano o Código Civil refere-se no seu artigo 10.º a dois critérios de integração das lacunas: a analogia jurídica e a regra hipotética¹⁸.

Refere o artigo 10.º, n.º 1, que «os casos que a lei não preveja são regulados segundo a norma aplicável aos casos análogos» sendo que a analogia se verifica sempre que no caso omissor procedam as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei¹⁹.

Na ausência de uma norma regulamentadora de um caso análogo, prescreve o n.º 3 do citado artigo 10.º que «a situação é resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema». Trata-se de uma orientação adotada pelo

¹⁷ No relatório do Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Marinha e Ultramar, refere-se que à necessidade de se por termo às incertezas do estado atual e à desigualdade dos cidadãos de além-mar continuarem sujeitos a uma legislação civil diferente da que vigora no continente do reino e privados dos benefícios que ela afiança. Sobre o desenvolvimento ideológico e normativo do estatuto da Província de Angola, vide CARLOS FEIJÓ, *A Coexistência Normativa entre o Estado e as Autoridades Tradicionais*, 270 e ss.

¹⁸ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, 398.

¹⁹ Indagando qual o efetivo papel da analogia do dia a dia da realização do direito, o Professor Menezes Cordeiro considera, após levantamento prático das decisões dos tribunais, que o artigo 10.º, n.º 1 possui uma relevância prática muito inferior ao seu relevo jurídico-científico, cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, 763 e 764.

Professor Manuel de Andrade, autor do anteprojeto dos artigos 1.º a 13.º do Código Civil²⁰. De acordo com este insigne Professor, «exauridas que estejam, por último, as possibilidades de extensão analógica, o magistrado deverá fazer ato de legislador, todavia sempre no *quadro da lei*»²¹. É, pois, manifesto o normativismo propugnado, dado que, em nome dos valores como a segurança e a certeza jurídicas, ao magistrado compete «não seguir apenas a reação da sua consciência jurídica em face do particularismo do caso vertente, mas elevar-se à norma geral que, depois de investigação refletida, que não por mero palpite ou sentimento, tiver por mais acertada de *lege ferenda*, para todos os casos da mesma índole»²².

No seu *Ensaio sobre a Teoria de Interpretação das Leis*, o autor é perentório ao esclarecer que o ato de legislador praticado pelo magistrado no «quadro da lei» é, no fundo, decidir à luz dum princípio de direito natural de conteúdo variável, ou seja, de acordo com um ideal jurídico relativo, que atende às condições do meio social e que faz aceção de tempo e de lugar. Posteriormente, respondendo à questão sobre os casos omissos não resolvidos pelo expediente integrativo analógico, refere o Professor Manuel de Andrade que o intérprete-aplicador terá de desenvolver uma atividade «quase legislativa, ainda que não liberta de toda a vinculação legal», legislando para a matéria lacunosa, aplicando depois ao caso vertente a estatuição assim legislada. A norma criada será aquela mais condizente com a justiça e a segurança jurídica, devendo inserir-se, sem desarmonia, no conjunto de normas legais existentes²³.

De acordo com o entendimento assim definido, a integração analógica e a integração por ato de legislador não serão operações tão distintas porquanto no primeiro caso é dada ao intérprete-aplicador uma solução pronta e cabalmente definida e no segundo caso são-lhe fornecidas várias soluções possíveis, arredando outras. Quer na analogia, quer na descoberta da norma do caso, o intérprete chega à solução respeitando o princípio da coerência racional e o princípio do respeito pela vontade

²⁰ A versão do artigo 10/IV do anteprojeto de Manuel de Andrade dispunha que «na falta de caso análogo deve o juiz resolver segundo a norma que, mantendo-se fiel ao espírito do sistema vigente, editaria se tivesse de legislar. Inspirado neste critério, ele apreciará se o caso omissio deve ter regulação jurídica, e averiguará depois, se for preciso, qual deva ser essa regulação»; cf. MANUEL DE ANDRADE, «Fontes de Direito», p. 145.

²¹ MANUEL DE ANDRADE, *Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis*, 85.

²² *Ibidem*, 86.

²³ MANUEL DE ANDRADE, *Sentido e Valor da Jurisprudência*, p. 31.

do legislador. É pois notável a mudança do entendimento do Professor Manuel de Andrade, pois se é certo que no seu estudo sobre o ensaio da interpretação das leis o mesmo era claro ao defender que o magistrado, na criação da norma do caso, estava vinculado a um princípio de direito natural contingente que aparece na mente do julgador após uma investigação refletida e racionalmente descoberta, posteriormente reafirma a vinculação do intérprete-aplicador aos valores legais, solução que ficou vertida na versão final do artigo 10.º, n.º 3 do Código Civil, com os contornos acima referidos.

De acordo com o princípio de acatamento da vontade do órgão legiferante, a solução dos casos omissos é encontrada dentro da lógica das valorações legais, devendo, pois, o juiz tratar os casos omissos como hipoteticamente os trataria o legislador, se os tivesse considerado, mediante a formulação de uma norma que depois será aplicada ao caso integrando²⁴.

Trata-se de um modo de integração que apesar de ter merecido a consagração legal, não é isento de reparos e que só deve merecer adesão acrítica de quem limite o direito à lei e que pugna pelo dever dos juízes de obediência à Lei, limitando deste modo o desenvolvimento judicial do direito.

O artigo 10.º, n.º 3 do Código Civil foi inspirado no art. 1.º do Código Civil Suíço de 1907, o qual estabelece: «Se a lei não contiver nenhuma disposição aplicável, deverá o juiz decidir de acordo com o direito costumeiro e onde este faltar, como havia ele de estabelecer, se fosse legislador. Ele deve inspirar-se nas soluções consagradas pela doutrina e pela jurisprudência». Do confronto entre a fórmula adotada pelo legislador português com a disposição do Código Civil Suíço que lhe serviu de inspiração resultam algumas diferenças de pormenor que nos parece oportuno destacar.

Desde logo, o preceito do Código Civil Suíço, com vista a limitar o arbítrio judicial, refere que o juiz criará a norma integradora, como

²⁴ Antes da sua consagração em códigos legais, do ponto de vista histórico é aceite pacificamente que o método integrador pela norma do caso remonta a Aristóteles. Na sua *Ética a Nicómaco*, este grande filósofo grego referiu que «[...] sempre que a lei estabelece uma regra universal e surge um caso singular por ela não contemplado, tem-se o direito – na medida em que o legislador foi omissos na previsão do caso e errou por excesso de simplificação – de corrigir a omissão, dizendo o que o legislador diria estivesse ele presente, e precisando o que ele teria precisado tivesse ele conhecido o caso em causa» – ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, V, 1137b, 253.

se ele fosse legislador *inspirando-se nas soluções consagradas pela doutrina e pela jurisprudência*. Diversamente o Código Civil Português estabelece que o intérprete resolve a situação omissa criando a norma, como se fosse legislador, *dentro do espírito do sistema*. O Código Civil Português é neste ponto claramente mais permissivo que o artigo 1.º do Código Civil, pois, segundo Nuno Espinosa Gomes da Silva, «criar normas, como se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema é bem menos limitativo do que decidir, como se fosse legislador, inspirando-se nas soluções consagradas pela doutrina e pela jurisprudência»²⁵. Entendimento diverso teve Inocêncio Galvão Telles, que defende que a fórmula do Código Civil Português foi mais feliz, pois, «não concedendo ao julgador a mesma liberdade que lhe é reconhecida pelo Código helvético, na medida em que, ao contrário deste, não permite julgar fora do espírito do sistema»²⁶. O Código Civil, ao acrescentar os termos «dentro do espírito do sistema», limita, de acordo com este Professor da Universidade de Lisboa, os movimentos do juiz, não o deixando sair do sistema, cujos contornos e conteúdos são afinal definidos pelos princípios gerais de direito, devendo pois o julgador manter-se dentro desses princípios, não possuindo a discricionariedade do legislador, não agindo como este, que pode criar soluções inovadoras, extravasando os limites do sistema existente²⁷. Também H. Hart considera importante que os poderes de criação que se atribuem aos juízes para resolverem casos parcialmente deixados por regular pelo direito sejam diferentes dos de um órgão legislativo, pois tais poderes são objeto de muitos constrangimentos que estruturam a sua escolha, de que um órgão legislativo está liberto e são exercidos apenas para o juiz se libertar de casos concretos que urge resolver, não podendo por isso usá-los para introduzir reformas de larga escala ou novos códigos. Por isso este autor qualifica os poderes do juiz como sendo intersticiais e sujeitos a muitos constrangimentos substantivos, não podendo a criação judicial do direito ser arbitrária e havendo sempre a necessidade de a decisão ser justificada em razões gerais, agindo o juiz como agiria um legislador consciencioso, decidindo de acordo com as suas crenças e os seus valores²⁸. Parece ser igualmente este o posicionamento de Marcelo Rebelo de Sousa e Sofia

²⁵ NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do Direito*, 455.

²⁶ INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Introdução ao Estudo do Direito*, 264.

²⁷ Idem, *ibidem*, 264.

²⁸ HERBERT L.A. HART, *O Conceito de Direito*, 336.

Galvão, ao escreverem que «quem está a integrar uma lacuna coloca-se na posição do Parlamento ou do Governo, olha para os princípios do Direito português, dos mais gerais aos mais específicos de certo ramo jurídico, e, tomando-os em consideração, cria a regra mais conforme à simultânea ponderação desses princípios e dos interesses envolvidos na situação de facto carente de estatuto jurídico»²⁹.

A segunda nota distintiva resulta da referência que é feita no Código Suíço ao juiz e no Código Civil Português ao intérprete. Trata-se de uma diferença apenas formal, pois é ponto assente que o Código Civil Português, quando se refere à norma que o intérprete criaria se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema, está substancialmente a dirigir-se ao juiz³⁰.

Em terceiro lugar o Código Civil Suíço não impõe a formulação hipotética da norma, em termos gerais, para com base nela ser encontrada a solução para o caso omissor. O Código Civil Português refere expressamente que a situação lacunosa é resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria. Com a formulação da norma *ad hoc* hipotética e generalizadora pretende-se, diz-se, que o «julgador capte o problema jurídico no seu recorte específico, isolando-o preventivamente das particularidades do caso concreto, para que ganhe altura e ascenda a um horizonte visual capaz de lhe permitir não só ver o problema na sua especificidade, mas também, mediante a inserção no espírito do sistema da norma elaborada *ad hoc*, inserir igualmente nesse espírito a solução do caso, através de um adequado entendimento daquela norma como resposta àquele problema e através de uma concretização da mesma norma – capaz de fazer o sistema conclusivo na direção do caso – em função das particularidades da situação»³¹.

Distinta da perspectiva normativista de integração do direito cujo retrato acima traçamos, é a conceção que nos é apresentada pelo Professor Castanheira Neves consubstanciada num modelo de realização judicativo-decisória do direito. O entendimento defendido por este Professor sobre a integração do direito pressupõe a compreensão prévia do modelo de realização do direito por ele proposto, contrário

²⁹ MARCELO REBELO DE SOUSA E SOFIA GALVÃO, *Introdução ao Estudo do Direito*, 63-64.

³⁰ NUNO J. ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do Direito Português*, 455. Em sentido contrário e louvando o acerto da fórmula do Código Civil Português, OLIVEIRA ASCENSÃO, «A Integração das Lacunas da Lei e o Novo Código Civil», 12-13.

³¹ J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 204.

à metodologia normativista tradicional, assente em duas dimensões capitais e que operam numa dialética que as dinamiza estruturalmente: o sistema e o problema.

A primeira dimensão é representada pelo sistema enquanto unidade de totalização normativa da qual fazem parte quatro elementos distintos e entre si relacionados num todo integrante e atuando cada um deles no seu momento. O primeiro desses elementos são os princípios normativo-jurídicos, positivos, transpositivos e suprapositivos, que manifestam o momento de validade do sistema, o momento de intenção axiológica-normativa. O segundo estrato do sistema é ocupado pelas normas prescritas a que corresponde o momento de prescrição positiva. O terceiro estrato é expressão da jurisprudência, a que corresponde o momento da objetivação e da estabilização de uma já experimentada realização problemático-concreta do direito. O quarto elemento ou último estrato é ocupado pela dogmática ou doutrina do direito, cuja normatividade se sustenta apenas na sua própria racionalidade fundamentada, a que corresponde o momento dogmático em que o sistema encontra a sua racional e decisiva objetivação.

Relativamente ao problema, refere Castanheira Neves que ele traduz a intencionalidade problemática dos casos decididos e para cuja solução são requeridos os concretos juízos decisórios que mobilizam a normatividade do sistema como seu fundamento e critério.

Na judicativo-material-normativa realização do direito proposto por este autor, a questão-de-direito em concreto pode ser resolvida por mediação da norma, por um lado, e mediante a realização de um juízo concreto por uma autónoma constituição normativa, por outro lado. Ora, a ausência de um critério normativo positivo não significa um vazio normativo-jurídico para o juízo decisório, pois, como refere o autor, o sistema jurídico não se identifica nem se esgota nas normas, não deixando de oferecer «uma jurídica normatividade judicativamente fundamentante» em sede da qual é justificado falar-se em integração intrassistemática para caracterizar a índole constitutiva do juízo concretamente decisório³². Contudo, não se identificando o direito com o sistema constituído e vigente, a sua concreta realização poderá reclamar um juízo decisório que o sistema já não consiga sustentar, reconhecendo-se então a sua abertura para uma integração trans-sistemática.

³² A. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica*, *passim*.

Em suma, se bem captamos o pensamento do Professor Castanheira Neves, há como que um *continuum* entre a integração constitutiva intrassistemática e a aberta constituição trans-sistemática, tal como se verifica um *continuum* metodológico entre a interpretação, a aplicação e a integração, o que contrasta com a metodologia de pendor legalista, que ainda teima em ser a dominante, e que separa, por um lado, a atividade de interpretação da lei com base na sua letra e no seu espírito determinado segundo os elementos lógico, sistemático e histórico, e por outro lado a atividade de integração de lacunas da lei a fazer por analogia ou através do desenvolvimento judicial do direito com base em princípios gerais de direito ou com base no critério do juiz-legislador³³.

Como critérios para a autónoma constituição do direito, aponta o Professor Castanheira Neves a analogia. Contudo, dado que a analogia comporta limites, são apontados outros fatores regulativos e particulares fundamentos que possam orientar e dar validade à decisão judicativa. Tal decisão não pode deixar de convocar o processo que em geral determina a constituição originária do direito, que o autor reconduz ao problema das fontes de direito, cujo processo requer uma realidade histórico-social como pressuposto material da sua criação e que convoca pressupostos normativos, posto que o direito não surge como mero efeito ou consequência da realidade histórico-social que o solicita, o condiciona e mesmo o codetermina, antes constitui-se porque a pressuposição intencional de uma validade permite invocar fundamentadamente uma normatividade como normatividade do direito. Os pressupostos normativos são de tipo variado, compreendendo, por um lado, os princípios que todos os domínios da ordem jurídica positiva conhecem como fundamentos imediatos da sua particular normatividade (princípios determinantes do espírito do sistema; princípios gerais de direito) e por outro lado aqueles que decorrem da consciência jurídica geral enquanto objetivação histórico-comunitária do princípio normativo do direito (valores e princípios éticos, exigências morais, intenções ético-culturais, concepções sociais sobre o válido e o inválido; valores e princípios são imediatamente postulados pelo sentido último do direito, pelo sentido do direito como direito).

³³ Para além das atividades de interpretação e de integração da lei a que se refere o Código Civil, existe ainda uma terceira que consiste na apreciação da validade das leis. Sobre este ponto, ANTÓNIO CORTÊS, «Para Uma Metodologia Jurídica Integral», 52.

Em suma, parece ser de concluir que o autor elege como campos de constituição autónoma do direito, que não pressupõem a mediação da norma, a analogia, a integração com fundamento nos princípios jurídicos fundamentais constitutivos do sistema jurídico axiologicamente fundado, com o que se opõe no essencial à leitura estritamente normativista do artigo 10.º, n.º 3 do Código Civil, que vê o sistema jurídico tão-só como expressão da mera legalidade vigente. Deste preceito retira-se apenas como sentido útil e viável a necessidade de aplicar ao critério judicativo-decisório do caso concreto, diretamente fundamentado nos princípios jurídicos fundamentais, uma exigência de possível generalização ou universalização em sentido kantiano³⁴.

Igualmente distante dos cânones integradores normativistas situamos Fernando Pinto Bronze, seguidor do modelo de equiparação da realização do direito, reduzindo todo o processo de aplicação do direito ao raciocínio analógico, pois, como refere o autor, «a analogia não é, portanto, em oposição ao recorrentemente sustentado, um raciocínio apenas operativo no âmbito da integração das lacunas [...], revelando-se antes, como se percebeu, um vetor nuclear da própria realização judicativo-decisória do direito por mediação de redensificantes apoios (critérios ou fundamentos) [...] pré-disponibilizados pelo sistema jurídico, pois do que se trata [...] é de trazer-à-correspondência o mérito problemático de um constituído ou constituendo [...] apoio circunstancialmente pertinente para a almejada decisão juducativa»³⁵.

Sustenta este autor que o raciocínio analógico perpassa quer a interpretação, quer a constituição inovadora do direito, afastando-se assim dos pré-juízos normativísticos patenteados pelo artigo 10.º, n.º 3 do Código Civil.

3. O problema da integração constitutiva no ordenamento jurídico angolano

Para terminar apresentamos duas notas sobre o modo de tratamento da questão no ordenamento jurídico angolano.

Em Angola, o Código Civil de 1966 permaneceu em vigor mesmo após a independência. A primeira Constituição da então República

³⁴ A decisão concreta deve aparecer como possível precedente e não como mera aplicação de uma norma pressuposta.

³⁵ FERNANDO PINTO BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, 951 e 952.

Popular de Angola, que entrou em vigor a 11 de novembro de 1975, dispunha no seu artigo 58.º que «as leis e regulamentos atualmente em vigor serão aplicáveis enquanto não forem revogados ou alterados e desde que não contrariem o espírito da presente Lei e o processo revolucionário angolano». Relativamente ao poder judicial, o texto constitucional de 1975 apresentava apenas duas disposições. A primeira para referir que cabia em exclusivo aos tribunais o exercício da função jurisdicional, visando a realização de uma justiça democrática (artigo 44.º) e a segunda para proclamar que «no exercício das suas funções os juízes são independentes» (artigo 45.º), sendo omissa em relação ao dever dos juízes de obediência às leis, princípio que veio depois a merecer previsão expressa em diplomas avulsos e posterior consagração constitucional na Lei Constitucional de 1992, cujo artigo 120.º, n.º 3 referia que «no exercício da função jurisdicional os tribunais são independentes, apenas estão sujeitos à Lei e têm direito à coadjuvação das outras autoridades».

Na Constituição de 2010, atualmente em vigor, o artigo 175.º prescreve que «no exercício da função jurisdicional, os tribunais são independentes e imparciais, estando apenas sujeitos à Constituição e à lei». Ora, vinculando-se os juízes à Constituição e à lei, em nosso entender, está aberta então a possibilidade de ser ultrapassada a leitura estritamente legalista dos cânones interpretativos e integrativos previstos no Código Civil e o correspondente modelo dedutivo-silogístico de aplicação do direito expresso no artigo 659.º do Código de Processo Civil³⁶. Assim, para além dos elementos tradicionais de interpretação e integração, há que acrescer o argumento do direito consuetudinário, que, em boa verdade, apesar do seu tardio reconhecimento expresso no artigo 7.º da Constituição de 2010, sempre esteve presente na ordem jurídica angolana e cuja validade as autoridades coloniais, mesmo antes

³⁶ De acordo com o artigo 659.º do Código de Processo Civil, «a sentença começa pelo relatório, no qual se mencionam os nomes das partes e se faz uma exposição concisa do pedido e seus fundamentos, bem como dos fundamentos e conclusões de defesa, indicando-se depois resumidamente as ocorrências cujo registo possa oferecer interesse para o conhecimento do litígio. O relatório concluirá pela descrição da causa tal como emergiu da discussão final, fixando com as questões a resolver»; «Ao relatório seguem-se os fundamentos e a decisão. O juiz tomará em consideração os factos admitidos por acordo, provados por documentos ou por confissão reduzida a escrito e os que o tribunal coletivo deu como provados; fará o exame crítico das provas de que lhe compete conhecer e estabelecerá os factos que considera provados; *depois interpretará e aplicará a lei aos factos, concluindo pela decisão final*». (sublinhado nosso).

da entrada em vigor do atual Código Civil de 1967, admitiam. Como referimos acima, o Decreto de 11 de novembro de 1889, que mandou aplicar o Código Civil de 1887 às províncias ultramarinas, reconheceu às populações nelas residentes a faculdade de continuarem a reger-se pelos usos costumes locais nas suas relações jurídico-privadas. Esta faculdade foi mais tarde reforçada com a entrada em vigor do Decreto n.º 43897, de 6 de setembro de 1961, que reconheceu os usos e costumes locais como reguladores das relações jurídicas privadas, quer os compilados, quer os não compilados e que vigoravam nas regedorias.

Para além do argumento do direito consuetudinário, o princípio da receção automática do direito internacional na ordem jurídica angolana (art. 13.º da CRA) apela à utilização abrangente dos argumentos do direito global na interpretação e na aplicação do direito.

Não obstante as constatações precedentes, verifica-se ainda um certo legalismo-normativista patente no manifesto receio do legislador em relação ao desenvolvimento judicial do direito porquanto é constante nos diplomas legais aprovados pelo órgão legislativo, a Assembleia Nacional, a inclusão de uma disposição final com os seguintes dizeres já sacralizados: *as dúvidas e omissões que resultarem da interpretação e aplicação da presente lei são resolvidas pela Assembleia Nacional*³⁷. Com semelhante estatuição, o legislador reclama para si o monopólio da interpretação e da integração da Lei, ignorando o papel criador e integrador da jurisprudência e da doutrina, o que, para além de desavizado, não deixa de ser ilusório. Como conciliar o pretendido monopólio interpretativo e integrador do legislador com os artigos 9.º e 10.º do Código Civil e a Constituição? Com Fernando Pinto Bronze, respondemos que «a interpretação jurídica é, reservadamente, da legitimidade do pensamento jurídico e não do legislador, pelo que este não pode invadir um espaço temático que *ratione materiae*, lhe está vedado» e que «os juristas têm que assumir a incomodidade de um permanente diálogo com o pensamento jurídico [...] não lhes sendo lícito remeterem-se a uma posição de subalternidade perante o legislador [...] mesmo que, em instante anterior, lhe hajam ciciado a orientação preferível»³⁸.

³⁷ O certo, porém, é que a Lei n.º 13/17, de 6 de julho, Lei Orgânica que aprova o Regimento da Assembleia Nacional, prevê e disciplina três formas do processo legislativo, nomeadamente os processos legislativos comum, especial e de urgência, não prevendo qualquer procedimento de esclarecimento de dúvidas e omissões das leis aprovadas.

³⁸ FERNANDO PINTO BRONZE, *Licões de Introdução ao Direito*, 900.

Bibliografia

- ANDRADE, Manuel de, «Sobre a Recente Evolução do Direito Privado Português», *BFD*, LXIX, 1953.
- , «Fontes de Direito», *BMJ*, n.º 102.
- , *Sentido e Valor da Jurisprudência*, (Oração de Sapiência lida em 30 de outubro de 1953), Coimbra, 1973.
- , *Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis*, 2.ª ed., 1963.
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, V, edição bilingue do texto grego estabelecido por I. Bywater, traduzido e anotado por Dimas de Almeida, introdução de Manuel J. do Carmo Ferreira, Edições Universitárias Lusófonas, 2012.
- ASCENÇÃO, José de Oliveira, «Interpretação das Leis. Integração das Lacunas. Aplicação Analógica», *ROA*, Ano 57, 1997.
- , «A Integração das Lacunas da Lei e o Novo Código Civil», *Revista do Direito*, Separata, Lisboa, 1968.
- BRONZE, Fernando Pinto, *Lições de Introdução ao Direito*, 2.ª ed., reimp., Coimbra, Coimbra Editora, 2010.
- CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil I*, 4.ª ed., Coimbra, Almedina.
- CORTÊS, António, *Jurisprudência dos Princípios – Ensaio sobre os Fundamentos da Decisão Jurisdicional*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2010.
- , «Para Uma Metodologia Jurídica Integral», *Direito e Justiça*, Separata, Vol. Especial, Universidade Católica Editora, 2013.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida, *História do Direito Português*, 5.ª ed. rev. e act., 3.ª reimp., Coimbra, Almedina, 2009.
- ENGISCH, Karl, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 6.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.
- FEIJÓ, Carlos, *A Coexistência Normativa entre o Estado e as Autoridades Tradicionais na Ordem Jurídica Angolana*, Coimbra, Almedina, 2012.
- HART, Herbert L. A., *O Conceito de Direito*, 2.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.
- LAMEGO, José, *Elementos de Metodologia Jurídica*, Coimbra, Almedina, 2016.
- MACHADO, J. Baptista, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 13.ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 2010.
- NEVES, A. Castanheira, *Metodologia Jurídica, Problemas Fundamentais*, reimpressão, *Studia Iuridica* 1, Coimbra, Coimbra Editora, 2013.
- PERELMAN, Chaïm, *Lógica Jurídica*, São Paulo, Martins Fontes, 2004.
- SILVA, Cristina Nogueira da, *Constitucionalismo e Império – A Cidadania no Ultramar Português*, Coimbra, Almedina, 2009.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de/GALVÃO, Sofia, *Introdução ao Estudo do Direito*, 5.ª ed., Publicações Europa-América, 1991.
- SOUSA, Miguel Teixeira de, *Introdução ao Direito*, Coimbra, Almedina, 2017.
- TELLES, Inocêncio Galvão, *Introdução ao Estudo do Direito*, Vol. I, 11.ª ed., Coimbra Editora, 1999.