

Texto de Apoio n.º 1**Introdução ao Estudo do Direito Comercial**

Neste texto de apoio são apresentados os conceitos e os instrumentos fundamentais para a identificação, a compreensão e a aplicação das normas jurídicas. Para o efeito, começaremos por apresentar as noções de «Direito» e de «Estado» e os diferentes significados que a «Lei» pode assumir. Em seguida, iremos ver os diferentes modos como as normas jurídicas são produzidas e reveladas, ou seja, as fontes de direito. Depois conheceremos os ramos de direito, ou seja, os agrupamentos de normas que são feitos tendo em conta o seu conteúdo material. Por fim, e de modo a sermos capazes de aplicar uma norma jurídica a uma situação em concreto, iremos ver quais as regras que devem ser observadas nas operações de interpretação e de aplicação da lei e no que é que consiste a integração de lacunas.

1) Conceitos de Direito, de Estado e de Lei

As definições de Direito variam de autor para autor, mas podem identificar-se pelo menos duas componentes que são comuns às várias definições apresentadas:

- a ideia de que estamos perante um conjunto de regras de conduta social, através das quais se estabelecem os padrões de conduta que deverão orientar as relações estabelecidas pelos indivíduos em sociedade; e,
- a obrigatoriedade do cumprimento dessas regras, as quais se não forem observadas podem ser impostas de um modo coercivo (por exemplo, através da aplicação de sanções).

O termo «direito» pode ser utilizado em muitas acepções e não é a única ordem normativa que existe (por exemplo, as regras religiosas também estabelecem regras de conduta obrigatórias cujo não cumprimento poderá conduzir à aplicação de sanções). No entanto, iremos centrar-nos aqui no direito estadual, o qual regula uma das formas possíveis de organização da vida em sociedade – o Estado.

Por Estado entendemos o conjunto das instituições que permitem à nação o exercício do poder político soberano sobre um território delimitado, no interior do qual detém o monopólio do uso da força.

Naturalmente, o Estado está subordinado ao Direito (e é por isso que se fala em Estado de Direito - cfr., por exemplo, o artigo 2.º da Constituição da República Portuguesa/CRP), o que significa que se deverá verificar, nomeadamente:

- o respeito pela legalidade, ou seja, a acção do Estado deve ser prosseguida em conformidade com a Constituição e as leis (artigos 2.º e 3.º/CRP);
- a separação de poderes, pelo que a função legislativa, a função executiva e a função judicial são prosseguidas por diferentes órgãos, os quais se interrelacionam e controlam reciprocamente (artigos 2.º e 111.º/CRP);
- a atribuição de direitos e liberdades fundamentais aos indivíduos, de modo a garantir a igualdade entre eles e a liberdade, nomeadamente, face a interferências do aparelho estadual (artigos 2.º e 18.º/CRP).

Uma das características fundamentais da ordem jurídica, e que condiciona o modo como as normas jurídicas se relacionam entre si, é a hierarquia. Esta traduz-se na atribuição de um valor diferente a cada norma jurídica, com aquelas que ocupam uma posição hierárquica superior a determinarem a possibilidade das normas inferiores produzirem efeitos e a medida em que o podem fazer, e prevalecendo sobre elas em caso de contradição. Ou seja, a norma inferior não pode prever uma solução contrária à norma superior, pois se isso suceder ela será afastada e não deverá ser aplicada ou, se o for, não deverá produzir efeitos ou produzirá efeitos limitados.

Este princípio da hierarquia está previsto, desde logo, no artigo 3.º, n.º 3/CRP quando subordina a validade de todas as normas e actos do Estado à sua conformidade com a Constituição. Como estabelece os princípios fundamentais da organização política do Estado e prevê os direitos e os deveres fundamentais dos cidadãos, a Constituição ocupa o topo da ordem jurídica portuguesa.

Embora o artigo 119.º, n.º 1/CRP identifique os actos que devem ser publicados no Diário da República, entende-se generalizadamente que ele revela igualmente a hierarquia das normas na ordem jurídica portuguesa. Assim, a hierarquia seria a seguinte (por valor descendente de importância):

- Constituição e as leis constitucionais de revisão;
- Direito internacional geral e convencional;
- Leis reforçadas (exemplo: leis orgânicas – artigo 166.º, n.º 2/CRP);
- Leis e decretos-lei;
- Decretos legislativos regionais;
- Decretos regulamentares;
- Decretos regulamentares regionais;
- Resoluções do Conselho de Ministros.

O termo «lei» pode ser utilizado em várias acepções, o que por vezes pode gerar alguma confusão sobre o seu conteúdo, uma vez que é utilizado em diferentes contextos e com diferentes significados. Para se perceber um pouco melhor essa diversidade iremos abordar o conceito de lei utilizando um critério material e um critério formal.

O critério material é aquele que atende ao conteúdo do acto. Assim, para que este possa ser qualificado como lei terá de observar duas características:

- i) Generalidade, ou seja, deverá ter como destinatário não um sujeito em concreto, mas uma categoria de pessoas não individualmente determinadas. Assim, por exemplo, é lei a previsão normativa que no âmbito do regime especial de constituição imediata de uma sociedade comercial obriga todos os interessados ao preenchimento do pacto social de acordo com o modelo previamente escolhido (cfr. artigo 8.º, n.º 1, al. d) do Decreto-Lei n.º 111/2005, de 8 de Julho); não é lei, a decisão do conservador de recusar a titulação do pacto social por existência de omissões no documento apresentado, uma vez que neste caso a decisão tem um só destinatário (os sócios que apresentaram aquele pedido de constituição de sociedade comercial) e mais ninguém.
- ii) Abstracção, isto é, deverá regular uma situação típica ou potencial e não uma situação determinada e conhecida. Como tal, é lei a previsão normativa que estabelece que quem é civilmente capaz pode praticar actos de comércio (cfr. artigo 7.º/Código Comercial - CCom); não é lei, a sentença do tribunal que anula um negócio jurídico celebrado por António, menor não emancipado, uma vez que a decisão do tribunal visa apenas este caso concreto e só produz efeitos sobre ele.

Quanto ao critério formal, este tem em conta quem aprova o acto e a forma que este adopta, sendo possível considerar um sentido amplo e um sentido restrito.

Em sentido amplo, é lei todo o acto normativo aprovado no exercício de uma competência legislativa. Assim, por exemplo, a Câmara Municipal de Lisboa aprovou um regulamento através do qual definiu o sistema municipal para a gestão dos resíduos sólidos (Regulamento de Resíduos Sólidos da Cidade de Lisboa), o qual reveste as características de generalidade e abstracção, pelo que o regulamento pode ser qualificado como lei em sentido material; no entanto, como os regulamentos são aprovados no âmbito de uma competência regulamentar (administrativa) e não legislativa, já não podem ser qualificados como lei em sentido formal, pois apenas a Assembleia da República, o Governo e as Regiões Autónomas possuem competência legislativa (cfr. artigos 161.º, 164.º, 165.º, 198.º e 228.º/CRP).

Em sentido restrito, a lei designa apenas os actos normativos aprovados pela Assembleia da República no exercício da sua competência legislativa (cfr. artigos 161.º, 164.º,

165.º e 166.º/CRP). Deste modo, e neste sentido formal restrito, não podem ser qualificados como lei os actos normativos aprovados pelo governo no exercício da função legislativa, pois estes assumem a forma de decretos-lei (cfr. artigo 198.º/CRP), nem os actos normativos aprovados pelas Regiões Autónomas, os quais adoptam a forma de decretos legislativos regionais (cfr. artigos 227.º e 228.º/CRP, artigo 41.º, n.º 1 do Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma da Madeira e artigo 44.º, n.º 1 do Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma dos Açores).

Como resulta da hierarquia de normas apresentada anteriormente, as leis e os decretos-lei têm um valor idêntico, o que significa que eles podem revogar-se mutuamente sempre que incidam sobre matérias que são objecto de concorrência legislativa entre a Assembleia da República e o Governo. Por isso, nestes casos, os actos normativos subsequentes não têm que estar em conformidade com as opções adoptadas pelos actos normativos anteriores, podendo livremente dispôr sobre as situações, mesmo que o façam em contradição com a anterior regulação, pois, se isso suceder, as novas normas revogam as anteriores e prevalecerão na aplicação à situação concreta. Também em matérias de interesse específico das regiões autónomas, e quando elas não estejam reservadas à Assembleia da República ou ao Governo, os decretos legislativos regionais têm um valor idêntico às leis e aos decretos-lei.

Quanto à estrutura de cada norma jurídica, ela é constituída por dois elementos: a previsão e a estatuição.

A previsão é a parte da norma que expressa uma representação da situação que se pretende regular, enquanto a estatuição estabelece a necessidade de adopção de uma determinada conduta ou uma certa consequência jurídica.

Assim, por exemplo, o artigo 1182.º do Código Civil (CC) prevê que o mandante deve assumir as obrigações contraídas pelo mandatário em execução do mandato¹ pelo que se não o fizer (previsão), deve entregar ao mandatário os meios necessários para as cumprir ou reembolsá-lo pelo que este tenha dispendido com esse cumprimento (estatuição).

Por vezes, estes elementos são um pouco mais complexos e não são assim tão evidentes na norma. Por exemplo, o artigo 131.º do Código Penal prevê o crime de homicídio nos seguintes termos: «quem matar outra pessoa é punido com pena de prisão de 8 a 16 anos». Neste caso, a previsão deveria ser qualquer como: «se alguém estiver em condições de matar outrém...», e a estatuição seria: «não o deve fazer» e «se o fizer é-lhe aplicada uma sanção – a pena de prisão».

¹ O mandato é um contrato pelo qual uma das partes se obriga a praticar um ou mais actos jurídicos por conta da outra parte.

2) Fontes de Direito

As fontes de direito designam os modos através dos quais se formam ou revelam as normas jurídicas. Assim, podem qualificar-se como fontes de direito: a lei, o costume, a jurisprudência e a doutrina.

No sistema jurídico português, a lei e o costume são as duas grandes vias de criação do Direito. No entanto, e uma vez que o nosso sistema é largamente positivista, a lei ocupa uma posição dominante.

Como vimos anteriormente, a lei, em sentido formal amplo, é a norma jurídica aprovada por um órgão com competência legislativa.

Quanto ao costume, é o processo de formação de normas jurídicas que ocorre pela verificação de dois elementos:

- uma prática social repetida e habitual de determinada conduta, por um longo período de tempo; e,
- a convicção da obrigatoriedade de tal prática social.

Assim sendo, não pode ser qualificado como costume uma prática individual ou de um número limitado de indivíduos, pois é necessário que essa prática seja generalizada. Para além disso, o agente terá de considerar que a prática é obrigatória, pelo que terá de estar convencido que a única conduta que poderá adoptar é aquela que resulta do costume e, à semelhança do que acontece com a lei, não tem alternativa a não ser cumprir aquilo que lhe é determinado; se faltar este elemento de obrigatoriedade, então estaremos perante um mero uso.

Em abstracto, e tendo em conta as relações que podem ser estabelecidas entre a lei e o costume, é possível identificar três tipos de costume:

- o costume *secundum legem* (ou seja, segundo a lei), em que o costume e a lei estabelecem uma mesma norma de conduta; neste caso, a conduta adoptada pelo agente tanto pode ter resultado da observância de um costume como ter sido determinada pela lei.
- o costume *praeter legem* (para além da lei), em que o costume, sem contrariar a lei, vai para além dela, prevendo hipóteses e aspectos não regulados pela lei; nesta hipótese, na parte em que são concorrentes, quer o costume, quer a lei, podem estar na origem do comportamento do agente; naquilo que não é regulado pela lei, o reconhecimento de valor ao costume significará que o agente não é livre para fazer o que quiser, pois o costume impõe-lhe um determinado comportamento.

- o costume *contra legem* (contrário à lei), em que o costume e a lei estão em contradição; num sistema de direito positivo como o português, deveria entender-se que, neste caso, o costume não poderia vigorar. No entanto, Castro Mendes defendeu a possibilidade do costume revogar ou suspender uma lei, o que aconteceria quando todos os

cidadãos considerassem que essa lei estaria abolida, pelo que ela perderia a sua vigência por desuso (Castro Mendes, 1984, pp. 128-129), ou seja, pela prática reiterada de não aplicação da lei; mas este não é um entendimento que seja aceite pacificamente pela doutrina.

As outras duas fontes de direito referidas anteriormente, ou seja, a jurisprudência e a doutrina, não são fontes de direito em Portugal, pelo que não lhes é reconhecida a possibilidade de criarem normas jurídicas.

A jurisprudência é o conjunto de orientações que resultam da decisão de casos concretos pelos tribunais. O modo como os tribunais decidem, as regras utilizadas e a fundamentação das sentenças podem permitir a identificação de normas jurídicas inexistentes no sistema jurídico, nomeadamente, por não constarem de uma lei ou por não resultarem de um costume.

Como em Portugal as sentenças dos tribunais não têm força obrigatória geral e apenas produzem efeitos no caso em julgamento, isso significa que os tribunais não estão obrigados a decidir em conformidade com as decisões anteriores, ao contrário do que sucede, por exemplo, no sistema judicial anglo-saxónico em que vigora um modelo do precedente. Como nenhum tribunal está limitado pelas decisões anteriores, ele pode decidir livremente pelo que, nos limites da lei, poderá inclusivamente decidir de um modo diferente, o que dificulta a regularidade e a identificação de um padrão de decisões com força para se impor no juízo decisional. Em qualquer caso, as decisões anteriores, nomeadamente aquelas produzidas pelos tribunais superiores, poderão sempre influenciar o modo como os tribunais irão decidir no futuro, embora estes não estejam obrigados a decidir do mesmo modo.

Quanto à doutrina, é o modo de revelação de normas jurídicas que resulta do estudo científico e académico do direito efectuado pelos juristas, o qual permite identificar e revelar o significado das normas jurídicas e as relações que elas estabelecem entre si, promovendo assim padrões comuns de entendimento na interpretação e na aplicação das normas jurídicas. Embora não seja uma fonte de direito em Portugal, a doutrina exerce influência sobre os aplicadores do direito, a qual varia em função do prestígio do jurista.

Como tal, no sistema jurídico português, a lei é a principal fonte do Direito Comercial. Mas o costume tem também um campo de aplicação, embora subsidiário em relação à lei, como sucede, por exemplo, na previsão do artigo 238.º/CCom o qual estabelece que se o mandatário não cumprir o mandato de acordo com «os usos do comércio» responde por perdas e danos, ou o 248.º/CCom que define como gerente todo aquele que «consoante os usos comerciais, se acha proposto para tratar do comércio de outrem».

3) Ramos de Direito

Tendo em conta o objecto das normas jurídicas, ou seja, as matérias substantivas que elas se propõem regular, é possível agrupá-las em ramos de Direito. Em regra, cada ramo de direito tem um quadro conceptual próprio e está dotado de institutos jurídicos específicos.

Ao nível do direito interno, uma classificação fundamental é aquela que divide os ramos de Direito em ramos de Direito Público e em ramos de Direito Privado. Os critérios a utilizar para operacionalizar esta divisão têm sido objecto de discussão, mas a generalidade da doutrina adere ao critério da posição dos sujeitos na relação jurídica².

Assim, entende-se que quando na relação jurídica intervém uma parte que esteja munida de poderes de autoridade (o denominado *jus imperii*), estaremos perante uma relação jurídica de direito público. Por isso, são ramos de direito público, por exemplo, o Direito Administrativo, o Direito Penal ou o Direito Fiscal.

Quando as partes intervenientes não têm poderes de autoridade e as relações jurídicas se estabelecem entre particulares (ou mesmo que o Estado intervenha, o faça sem poderes de autoridade e, por isso, em plano de igualdade com as restantes partes) estaremos face a relações de direito privado. Como tal, podem classificar-se como ramos de direito privado, o Direito Civil ou o Direito Comercial.

O Direito Civil é o ramo do Direito que regula todas as relações jurídicas entre os particulares que não estejam submetidas a uma regulamentação especial. Por isso, pode classificar-se o Direito Civil como Direito Privado Comum, incidindo a sua regulação sobre as obrigações, as coisas, a família e as sucessões.

Como tal, o Direito Comercial é um ramo de Direito Privado Especial, tendo a sua autonomia científica em relação ao Direito Civil sido construída a partir do conceito de actos de comércio. Deste modo, o artigo 1.º/CCom dispõe que a «lei comercial rege os actos de comércio, sejam ou não comerciantes as pessoas que neles intervêm».

Também as definições de Direito Comercial variam conforme os autores.

Assim, Manuel Pita defendendo que os actos de comércio não são suficientes para delimitar o Direito Comercial, centra a respectiva noção no mercado, pelo que considera que o Direito Comercial é constituído pelo conjunto de normas que se aplicam «às pessoas que através do mercado desenvolvem uma actividade económica, aos bens utilizados nessa actividade, aos actos em que essa actividade se traduz [...] que permitem a existência de um mercado baseado na concorrência» (Pita, 2008, p. 68).

² Por «relação jurídica» entende-se toda e qualquer relação da vida social que é regulada pela ordem jurídica, traduzindo-se na atribuição de um direito a uma das partes e na sujeição da outra a um dever. Os outros critérios possíveis para estabelecer a distinção entre ramos de Direito Público e Privado são, por exemplo, o do interesse (público/privado) ou os sujeitos da relação jurídica (Estado/particulares).

Por sua vez, Pupo Correia considera que o núcleo referencial do Direito Comercial deverá ser a empresa, uma vez que o comércio não permite abranger todas as actividades que são reguladas por aquele, pelo que a sua utilização poderia gerar alguma incerteza e imprecisão quanto ao seu conteúdo. Por isso, propõe que o Direito Comercial seja entendido como o «conjunto de normas, conceitos e princípios jurídicos que, no domínio do direito privado, regem os factos e as relações jurídicas comerciais» (Pupo Correia, 2005, p. 12).

Num outro sentido, Coutinho de Abreu, considerando que nem todos os actos regulados pelo Direito Comercial envolvem empresas, prefere defini-lo como o «sistema jurídico-normativo que disciplina de modo especial os actos de comércio e os comerciantes» (Coutinho de Abreu, 2005, p. 13).

4) A interpretação da lei

A interpretação é a operação através da qual se procura determinar o conteúdo e o alcance da norma jurídica.

Para que a interpretação efectuada seja a mais correcta, devemos utilizar um conjunto de elementos que nos ajudarão a determinar com uma maior certeza qual poderá ser o seu conteúdo e alcance. Para além disso, devemos observar certos princípios gerais, os quais permitem evitar soluções pouco adequadas ou incorrectas.

Os elementos que deveremos ter em consideração na interpretação da lei são os seguintes: o elemento literal, o elemento lógico, o elemento sistemático e o elemento histórico.

O elemento literal refere-se à letra da lei e remete-nos para a necessidade de entendermos o significado das palavras que são utilizadas na norma jurídica.

Quando a interpretação se basear exclusivamente na letra da lei (e, portanto, no elemento literal), ela pode qualificar-se como «interpretação literal». No entanto, esta operação não é suficiente para conseguir fazer a interpretação pois, como resulta do artigo 9.º, n.º 1/CC, a «interpretação não deve cingir-se à letra da lei».

Deste modo, é necessário ter também em consideração o elemento lógico ou racional, através do qual procuramos apreender a razão justificativa da norma. Ou seja, determinar a *ratio legis* (a razão da lei), a finalidade que o legislador procurou alcançar com a aprovação da norma jurídica. Esta procura das causas finais da lei, faz com que este elemento também seja designado por elemento teleológico.

O elemento sistemático determina que a interpretação deverá ter em consideração que as normas estão em relação umas com as outras, formando um todo que se pretende coerente, uma vez que a ordem jurídica é um sistema. Por isso, as normas que integram os diplomas legais aparecem numeradas e estão divididas por secções e capítulos, o que deverá

ser tido em consideração na interpretação. Assim, por exemplo, embora o artigo 202.º do Código das Sociedades Comerciais (CSC) tenha como epígrafe «entradas» e regule as entradas dos sócios no capital social, devemos ter em atenção que a norma está integrada no título III, relativo às sociedades por quotas, pelo que o artigo 202.º apenas regula as entradas dos sócios no capital social das sociedades por quotas.

Por fim, o elemento histórico (também designado por *occasio legis*) atende às circunstâncias históricas que estiveram na base e justificaram a aprovação de uma nova regulamentação jurídica. Para isso, deverá ter-se em consideração os trabalhos preparatórios da lei e, com mais frequência, os preâmbulos dos diplomas, os quais normalmente nos dão indicações sobre os motivos que levaram o legislador a aprová-los.

Logo, como resulta do anteriormente exposto, a interpretação da lei não é inteiramente livre, pois deverá ter em conta estes quatro elementos. E, para além deles, é também possível identificar alguns princípios gerais que nos deverão servir de orientação nessa operação (Tobeñas, *apud* Castro Mendes, 1984, pp. 251-252):

- i) a presunção de que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados (regra que está consagrada expressamente no artigo 9.º, n.º 3/CC);
- ii) a presunção de que na lei não há normas, frases ou palavras inúteis;
- iii) a certeza de que a lei não pode impor impossíveis;
- iv) a presunção de que se a lei não distingue quais os casos em que se aplica e quais aqueles em que não se aplica, não cabe ao legislador fazer essa distinção.

Tendo em atenção o resultado obtido com a operação de determinação do conteúdo e do alcance da norma, é possível identificar cinco espécies de interpretação:

a) a interpretação declarativa: é aquela que fixa à norma o sentido literal, limitando-se a declarar o sentido contido nas palavras da lei. No entanto, como alguma ou algumas palavras da lei podem ter mais do que um sentido, é possível falar em interpretação declarativa lata, quando a interpretação adopta o sentido mais lato da palavra, e interpretação declarativa restrita quando toma o sentido mais restrito. Assim, por exemplo, o artigo 362.º/CC define “documento” como «qualquer objecto elaborado pelo homem com o fim de reproduzir ou representar uma pessoa, coisa ou facto»; a melhor interpretação da norma é aquela que aceita que a palavra “homem” inclui o sexo masculino e feminino e, portanto, não se refere apenas aos homens (um dos sentidos possíveis) mas também inclui as mulheres, pelo que, neste caso, é feita uma interpretação declarativa lata; deste modo, uma interpretação declarativa restrita seria aquela em que se chegasse à conclusão que a menção “homem” se referia apenas ao sexo masculino.

b) a interpretação extensiva: é aquela que resulta da conclusão de que existe uma divergência entre a palavra da lei e o pensamento do legislador, com a letra da lei a ser mais restrita que o seu espírito, pelo que se deve alargar o seu sentido. O exemplo clássico é o artigo 877.º, n.º 1/CC, o qual prevê que «os pais e avós não podem vender a filhos ou netos, se os outros filhos ou netos não consentirem na venda»; e os bisavós podem vender? Como a norma pretende evitar os negócios que possam resultar em prejuízo de um descendente e prejudicar o seu direito de sucessão, parece que a melhor solução será aquela que nos levará a concluir que os bisavós também não podem vender sem o consentimento dos eventuais afectados e que a norma abrange todos os ascendentes.

c) a interpretação restritiva: é aquela em que também se chega à conclusão que existe uma divergência entre a palavra e o pensamento, mas, neste caso, com a letra da lei a ir mais além daquele que deverá ser o seu sentido. A situação pode ser exemplificada com a definição de menores, ou seja, todos aqueles que tenham menos de 18 anos de idade (e que, por isso, vêm a sua capacidade de exercício de direitos limitada); os menores podem emancipar-se através casamento e, portanto, adquirir por essa via a plena capacidade de exercício de direitos (cfr. artigos 132.º e 133.º/CC); como tal, quando uma norma se refere aos «menores», devemos entender que ela não abrange os menores emancipados, pelo que o sentido de lei é mais restrito do que a sua letra, pois incide apenas sobre os menores não emancipados.

d) a interpretação enunciativa: é aquela em que a partir da norma interpretada se deduzem outras normas. Isso acontece, por exemplo, quando é invocado o argumento *a contrario*, ou seja, se uma norma limita a sua previsão a certas condutas, aquelas que não estão previstas não são abrangidas pelo respectivo regime. Assim, por exemplo, o artigo 875.º/CC prevê que o «contrato de compra e venda de bens imóveis só é válido se for celebrado por escritura pública»; logo, é possível concluir que se o contrato incidir sobre bens móveis não é necessário celebrar uma escritura pública.

e) a interpretação abrogante: é aquela que conduz à conclusão que a norma não tem sentido, pelo que não se pode aplicar. Em princípio, a interpretação abrogante não é possível, pois isso significaria que o intérprete se sobreporia ao legislador e à sua vontade, quando a sua função é apenas interpretar as normas, mas pode acontecer, por exemplo, que um diploma legal inclua duas normas contraditórias e que não seja possível resolver o conflito sem que se proceda à eliminação de uma das normas.

5) A aplicação da lei

A aplicação da lei é a operação que consiste em regular uma situação concreta com uma norma existente. Para que uma norma possa ser aplicada é necessário que ela seja válida (ou seja, não poderá ser inconstitucional ou ilegal) e esteja em vigor.

Como o direito é uma realidade dinâmica, em que novas normas são constantemente aprovadas e em que algumas dessas novas normas substituem outras que até aí estiveram em vigor, isso coloca o problema da aplicação das leis no tempo.

Neste âmbito, a primeira questão que poderá ser suscitada respeita ao momento em que uma determinada norma entra em vigor. Em princípio, isso só deverá ocorrer depois desta ser publicada oficialmente em Diário da República, pois só nesse momento é exigível o seu conhecimento pelos cidadãos. No entanto, entre a publicação da lei e a sua entrada em vigor, poderá decorrer um determinado período de tempo, o qual é designado por *vacatio legis*.

Normalmente, a própria lei estabelece quando entra em vigor, constando essa informação no final do diploma nas «disposições finais e transitórias». Assim, por exemplo, o artigo 36.º do Decreto-Lei n.º 248/86, de 25 de Agosto, que aprovou o regime jurídico do Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada (EIRL), estabelecia que o diploma entrava «em vigor 60 dias após a sua publicação», e o artigo 94.º, n.º 2 da Lei n.º 51/96, de 7 de Setembro, previa que o «Código Cooperativo entra em vigor no dia 1 de Janeiro de 1997».

Se a lei não fixar a data da sua entrada em vigor, deverá utilizar-se a regra que consta do artigo 2.º da Lei n.º 74/98³, de 11 de Novembro, a qual prevê que a entrada em vigor ocorrerá no 5.º dia após a publicação do diploma no Diário da República.

Quando são aprovadas leis sucessivas sobre a mesma matéria, deverá entender-se que a lei posterior revoga a lei anterior. Normalmente, quando a nova lei vem regular uma situação que já estava regulada por outra lei, ela prevê nas disposições finais a revogação da totalidade do diploma anterior ou de algumas das suas normas. Por exemplo, o artigo 94.º, n.º 1 do actual Código Cooperativo revogou expressamente o Decreto-Lei n.º 454/80, de 9 de Outubro (anterior Código Cooperativo) e «toda a legislação vigente que [o] contrarie».

Se a revogação da legislação anterior não estiver prevista expressamente no novo diploma, caberá ao intérprete apurar se existe uma coincidência entre as normas de ambos os diplomas e, se isso suceder, deverá aplicar-se a nova lei, em resultado do princípio de que a lei posterior revoga a lei anterior. Pode também suceder que se chegue à conclusão que a revogação é parcial pelo facto de só existir coincidência de conteúdo entre algumas partes dos dois diplomas, o que significa que se irão aplicar as disposições do novo diploma quando exista

³ Alterada pela Lei n.º 2/2005, de 24 de Janeiro, Lei n.º 26/2006, de 30 de Junho e Lei n.º 42/2007, de 24 de Agosto.

coincidência e quando tal não suceda manter-se-ão em vigor as disposições do diploma anterior (pelo que algumas das suas normas continuarão em vigor).

Os artigos 12.º e 13.º do Código Civil, cujas epígrafes referem a aplicação da lei no tempo, estabelecem um conjunto de regras orientadoras para a aplicação das leis no tempo.

O primeiro princípio geral enunciado é muito importante e prevê que a lei só dispõe para o futuro. Ou seja, em regra, a nova lei não é retroactiva, pelo que não regula condutas passadas, o que resulta da necessidade de assegurar a estabilidade do direito e a segurança jurídica dos cidadãos. Por isso, mesmo quando o legislador atribua eficácia retroactiva à nova lei, são sempre ressalvados os efeitos já produzidos pelos factos que a nova lei irá agora regular.

Por outro lado, a possibilidade de aplicação retroactiva da nova lei é proibida em várias situações, como sucede com as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias (cfr. artigo 18.º, n.º 3/CRP), a previsão de novos crimes e a determinação de sanções (a menos que sejam mais favoráveis para o arguido; cfr. artigo 29.º/CRP) ou a criação de impostos (cfr. artigo 103.º, n.º 3/CRP).

6) A integração de lacunas

A interpretação da lei e a procura de uma solução para a resolução de um caso concreto, poderá fazer-nos chegar à conclusão de que existe uma lacuna, ou seja, que uma situação que deveria ter sido regulada juridicamente, não o foi. A procura de uma solução jurídica para estes casos é denominada de «integração de lacunas» e o artigo 10.º/CC serve de guia para o método que devemos seguir para descobrir essa solução.

O n.º 1 do artigo 10.º estabelece que na falta de previsão legal, a situação deverá ser regulada através da norma aplicável aos casos análogos. Para isso, e de acordo com o n.º 2, é necessário que exista uma certa identidade entre o caso regulado e o caso omissivo, ou seja, só poderá recorrer-se à analogia se verificarmos que a razão para decidir os dois casos é a mesma. Esta solução de aplicação analógica pode ser exemplificada com a identificação das empresas que podem ser qualificadas como comerciais. O artigo 230.º do Código Comercial lista um conjunto de empresas comerciais, mas não refere as empresas que constroem auto-estradas. Com uma actividade que se aproxima desta temos apenas o n.º 6 do artigo 230.º, mas que se refere às empresas de edificação e construção de casas. A solução parece que seria recusar a qualificação de comercial, mas se tivermos em consideração que o Código Comercial foi aprovado em 1888, quando ainda não existiam auto-estradas e verificando-se a existência de uma certa identidade entre as duas actividades, uma vez que ambas utilizam materiais para proceder a uma construção, poderá defender-se que, por analogia, as empresas que constroem auto-estradas são também empresas comerciais.

Se não for possível recorrer à analogia, por não se conseguir encontrar uma norma que possa ser aplicada ao caso, a integração das lacunas passará pelo recurso a uma «norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema» (artigo 10.º, n.º 3/CC). Para isso, é necessário observar duas exigências:

- a norma a “criar” pelo intérprete não deverá ser para aplicar ao caso em concreto, mas uma norma geral e abstracta que regule situações do tipo daquela que está em apreciação; e,

- o intérprete não é inteiramente livre de definir o seu conteúdo, pois a norma terá de ser estabelecida no espírito do sistema jurídico.

No entanto, o recurso à analogia pode não ser possível por estar vedada legalmente, como sucede, por exemplo, no Direito Penal, em que não é permitida a analogia para qualificar um determinado facto como crime, para definir um estado de perigosidade ou para determinar a pena ou medida de segurança a aplicar (cfr. artigo 1.º, n.º 3 do Código Penal). A justificação para essa impossibilidade resulta da gravidade das sanções que em abstracto são aplicadas (e que poderão passar pela privação da liberdade), pelo que os indivíduos deverão poder conhecer os crimes pelos quais podem ser condenados e as penas que podem sofrer se os cometerem. Por isso, o princípio da legalidade funciona como uma limitação ao poder de punir pelo Estado (Beleza, 1985, p. 379), pelo que não pode depois o intérprete vir criar novos crimes ou novas penas.

O artigo 11.º do Código Civil também não permite a aplicação analógica de normas excepcionais, o que é justificado com o facto destas terem um âmbito de aplicação mais restrito, pelo que se a norma é excepcional não se pode pretender que ela regule outras situações que não estejam abrangidas pelo mesmo tipo de excepção.

No Direito Comercial podemos utilizar a analogia para a integração de lacunas, mas teremos de observar os limites anteriormente referidos.

Bibliografia citada

Coutinho de Abreu, Jorge Manuel (2005), Curso de Direito Comercial, Vol. I, Coimbra: Edições Almedina.

Castro Mendes, João (1984), Introdução ao Estudo do Direito, Lisboa: Editora Danúbio.

Pita, Manuel António (2008), Curso Elementar de Direito Comercial, Lisboa: Áreas Editora.

Pupo Correia, Miguel J. A. (2005), Direito Comercial, Direito da Empresa, Lisboa: Ediforum.