

REVISTA DA
FACULDADE DE DIREITO DA
UNIVERSIDADE DE LISBOA

LISBON LAW REVIEW



ANO LXI

2020

NÚMERO 2

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade Semestral
Vol. LXI (2020) 2

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Christian Baldus (Professor da Universidade de Heidelberg)
Dinah Shelton (Professora da Universidade de Georgetown)
Ingo Wolfgang Sarlet (Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Jean-Louis Halpérin (Professor da Escola Normal Superior de Paris)
José Luis Díez Ripollés (Professor da Universidade de Málaga)
José Luís García-Pita y Lastres (Professor da Universidade da Corunha)
Judith Martins-Costa (Ex-Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul)
Ken Pennington (Professor da Universidade Católica da América)
Marc Bungenberg (Professor da Universidade do Sarre)
Marco António Marques da Silva (Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)
Miodrag Jovanovic (Professor da Universidade de Belgrado)
Pedro Ortego Gil (Professor da Universidade de Santiago de Compostela)
Pierluigi Chiassoni (Professor da Universidade de Génova)

DIRETOR

M. Januário da Costa Gomes

COMISSÃO DE REDAÇÃO

Pedro Infante Mota
Catarina Monteiro Pires
Rui Tavares Lanceiro
Francisco Rodrigues Rocha

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Guilherme Grillo

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Março, 2021

- M. Januário da Costa Gomes
9-12 Editorial

ESTUDOS DE ABERTURA

- Miguel Teixeira de Sousa
15-52 A prova ilícita em processo civil: em busca das linhas orientadoras
The Exclusionary Rule in Civil Procedure: In Search of some Guidelines

- Pierluigi Chiassoni
53-78 *Common Law Positivism Through Civil Law Eyes*

ESTUDOS DOUTRINAIS

- Alfredo Calderale
81-119 *The Forest Law e The Charter of the Forest ai tempi di Enrico III Plantageneto*
The Charter of the Forest at the time of Henry III Plantagenet

- Aquilino Paulo Antunes
121-153 Vacinas para a Covid-19: aspectos para reflexão
Vaccines against Covid-19: Issues to Consider

- Catarina Monteiro Pires | José Maria Cortes
155-180 Breves notas sobre o contrato de concessão comercial angolano
Brief notes about the Angolan commercial concession contract

- Catarina Salgado
181-203 Breves notas sobre a arbitragem em linha
Brief notes on online arbitration

- Diogo Costa Gonçalves | Diogo Tapada dos Santos
205-230 Juros moratórios, indemnização e anatocismo potestativo
Moratory interest, compensation and compulsory capitalisation of interest

- Elsa Dias Oliveira
231-255 A proteção de passageiros aéreos no âmbito de viagens organizadas
Air passengers protection in package travel arrangements

- Francisco José Abellán Contreras
257-288 Los efectos de la enfiteusis en los reinos peninsulares durante la Baja Edad Media: reflexiones sobre los derechos y obligaciones de las partes contratantes
The effects of emphyteusis in the peninsular kingdoms during the Late Middle Ages: reflections on the rights and obligations of the contracting parties

- **Francisco Rodrigues Rocha**
289-316 Seguro desportivo. Cobertura de danos não patrimoniais?
Sports insurance. Non-financial losses cover?
- **Georges Martyn**
317-346 O juiz e as fontes formais do direito: de “servo” a “senhor”? A experiência belga (séculos XIX-XXI)
The judge and the formal sources of law: from “slave” to “master”? The belgian experience (19th-21th centuries)
- **Hugo Ramos Alves**
347-383 Breves notas sobre o penhor financeiro
Brief notes on the financial pledge
- **Ino Augsburg**
385-414 *Concepts of Legal Control and the Distribution of Knowledge in the Administrative Field*
- **João de Oliveira Geraldés**
415-446 Sobre a promessa pública
On Promises of Rewards
- **Miguel Patrício**
447-477 Análise Económica do Risco aplicada à Actividade Seguradora
Economic Analysis of Risk applied to the Insurance Activity
- **Miguel Angel Morales Payan**
479-506 La vigilancia del ‘estado honesto’ de la mujer por la justicia almeriense durante la crisis del Antiguo Régimen
Surveillance of ‘women’s honesty’ by Almeria justice during the crisis of the Ancien Regime
- **Nuno Ricardo Pica dos Santos**
507-550 O auxílio do colaborador de justiça em Portugal: uma visão jurídico-policial
The contribution of the collaborator of justice in Portugal: a legal-police approach
- **Pedro Infante Mota**
551-582 Migração económica, a última fronteira
Economic migration, the last frontier

————— **Pedro Romano Martinez**
583-607 Diferentes vias de prossecução da justiça na aplicação do direito
Different ways to pursuit justice in the application of the Law

————— **Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas Ataíde**
609-627 Empreitada de bens imóveis e relações de consumo
The consumer law on real estate contracts

————— **Rui Pinto**
629-646 Oportunidade processual de interposição de apelação à luz do artigo 644.º CPC
The timing for filing an appeal under the art. 644 of Portuguese Civil Procedure Code

————— **Rute Saraiva**
647-681 A interpretação no momento ambiental
Interpretation in the environmental moment

JURISPRUDÊNCIA CRÍTICA

————— **Filipe Afonso Rocha**
685-707 Um balanço possível entre o poder dos conceitos e o preço do sistema – Comentário ao acórdão do TJUE, de 12 de outubro de 2017, Proc. C-218/16 (Kubicka)
A Possible Balance between the Power of Concepts and the Price of the System – Commentary on the ECJ Judgment of October 12, 2017, Case C-218/16 (Kubicka)

————— **Rui Soares Pereira | João Gouveia de Caires**
709-728 Decisão de isolamento profilático como privação da liberdade passível de *habeas corpus*? – breve comentário ao acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11.11.2020
Prophylactic isolation decision as a deprivation of freedom admissible for habeas corpus? – brief comment on the judgment of the Lisbon Court of Appeals of 11.11.2020

VIDA CIENTÍFICA DA FACULDADE

————— **Diogo Pereira Duarte**
731-737 Arguição da Tese de Doutoramento de Rui Alberto Figueiredo Soares sobre o tema “A exceção de não cumprimento e o direito de retenção no contrato de empreitada”
Intervention in the public examination of Rui Alberto Figueiredo Soares’ doctoral thesis on the subject: “exception of non-performance and right of lien in the Construction Contract”

————— **Francisco Paes Marques**
739-742 Sêrvulo Correia – Mestre da Escola de Lisboa de Direito Público
Sêrvulo Correia – Master of the Lisbon Public Law School

————— **Gonçalo Sampaio e Mello**
743-751 Em torno das Salas-Museu da Faculdade de Direito de Lisboa – “Sala Professor Marcello Caetano” e “Sala Professor Paulo Cunha”
On The Museum-Chambers of the Law School of the University of Lisbon – Professor Marcello Caetano and Professor Paulo Cunha Chambers

————— **Rui Soares Pereira**
753-772 Arguição da Tese de Doutoramento apresentada por Felipe Teixeira Neto – *Responsabilidade objetiva e dano: uma hipótese de reconstrução sistemática*
Cross-examination of the PhD Thesis presented by Felipe Teixeira Neto – Strict liability and damage: a hypothesis of systematic reconstruction

LIVROS & ARTIGOS

————— **Isabel Graes**
775-782 Recensão à obra *Inamovilidad, interinidad e inestabilidad*, de Pedro Ortego Gil

————— **José Lamego**
783-784 Recensão à obra *Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers*, de Thomas Olechowski

————— **Miguel Nogueira de Brito**
785-795 Recensão à obra *Ausnahmeverfassungsrecht*, de Anna-Bettina Kaiser

O juiz e as fontes formais do direito: de “servo” a “senhor”? A experiência belga (séculos XIX-XXI)

The judge and the formal sources of law: from “slave” to “master”? The belgian experience (19th-21th centuries)

Georges Martyn*

Resumo: Este artigo descreve a evolução das fontes formais do direito na Bélgica. Historicamente influenciado pelo direito francês, o direito produzido pelo poder legislativo tinha uma importância primordial no século XIX. O único controlo que o judiciário exercia sobre a legislação era a “exceção de ilegalidade”, que tornava possível ao juiz não aplicar, num caso concreto, uma norma emanada do poder executivo, quando esta contrariava os termos da legislação. O reconhecimento da responsabilidade civil do executivo (1920), o estabelecimento do Conselho de Estado (1946) e a criação pretoriana dos princípios gerais do direito foram passos para um maior controlo judicial. No final do século, também o controlo judicial da constitucionalidade das leis entrou no direito belga, por uma dupla porta: a “Europeização” (reconhecendo normas supra-nacionais) e a federalização. Uma *Cour d’arbitrage* foi ins-

Abstract: This article describes the evolution of the formal sources of the law in Belgium. Historically influenced by French law, the law made by the legislative branch was of paramount importance in the nineteenth century. The only control the judiciary had over rules was the ‘exception of illegality’, making it possible for a judge not to apply an executive power made rule in a certain case, when it did not correspond to the black letter text of parliamentary legislation. Establishing liability of the Executive (1920), creating a Council of State (1946) and the praetorian recognition of ‘general principles of law’, were steps towards more judicial control. Finally, control of the constitutionality of legislation came in by a double backdoor: Europeanization (recognizing supra-national norms) and federalization. A *Cour d’arbitrage* was installed to decide conflicts of competence between the par-

* Professor catedrático da Faculdade de Direito e Criminologia da Universidade de Gante (Faculteit Recht en Criminologie, Universiteit Gent-Ghent University – Flandres, Bélgica). Georges.Martyn@ugent.be. Este artigo é uma versão atualizada e reformulada, concentrando-se agora unicamente na Bélgica, de uma contribuição publicada no livro *Ratio Decidendi. Guiding Principles of Judicial Decisions, Volume 1: Case Law*, W. HAMILTON BRYSON / SERGE DAUCHY (ed.), integrado na coleção *Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History*, XXV-1, Berlim, Ducker & Humblot, 2006, pp. 201-222. O texto original também tocou alguns aspetos do sistema holandês. O autor agradece à professora Sílvia Alves pela tradução e pelos comentários enriquecedores.

tituída para dirimir conflitos de competência entre os parlamentos, mas esta tornou-se um verdadeiro tribunal constitucional.

Palavras-chave: Fontes formais do direito, legislação, teoria do direito, princípios gerais do direito, controlo judicial dos atos do legislativo e do executivo.

liaments, but it evolved towards a real constitutional court.

Keywords: Formal sources of the law; legislation, legal theory, general principles of the law, judicial review of legislative and executive acts.

Sumário: 1. A cultura jurídica belga no século XIX: uma herança francesa; 2. Investigação científica sobre o uso das fontes do direito: estado da arte; 3. O estilo (formal) do juiz; 4. A utilização das fontes formais do direito; 4.1. As fontes formais do direito no século XIX; 4.2. As fontes formais do direito nos nossos dias; 5. Observações finais.

1. A cultura jurídica belga no século XIX: uma herança francesa

Depois da derrota das forças armadas francesas na batalha de Waterloo, o Congresso de Viena de 1815 criou uma nova nação, o Reino Unido dos Países Baixos, como havia sido já decidido, em resposta a uma sugestão inglesa, no Tratado de Chaumont de março de 1814. Ao reino de Guilherme (“Willem”, em neerlandês; “Guillaume” d’Orange-Nassau, em francês), composto pelas antigas províncias setentrionais da República, juntaram-se os nove departamentos franceses que tinham formado no Antigo Regime os “Países Baixos Meridionais” e o “principado-bispado de Liège” (incluindo alguns pequenos senhorios independentes). A lei fundamental do Norte, de 1814, foi adaptada e “aprovada” por um referendo pouco democrático, conhecido na historiografia belga como a “aritmética holandesa” (considerou-se que os ausentes eram a favor, por exemplo). Na Constituição de 1815 (artigo 163.º) do jovem país, foi determinado que deveriam ser promulgados novos códigos.¹ Apesar de terem sido elaborados vários projetos,² em resultado de uma estreita cooperação entre os juristas

¹ “*Er zal worden ingevoerd een algemeen wetboek van burgerlijk regt, van koophandel, van lijfstraffelijk regt, van de zamenstelling der regterlijke magt, en van de manier van procederen*” (= um código civil, um código de comércio, um código penal, um código da organização judiciária e um código processual), W.J.C. VAN HASSELT (ed.), *Verzameling van Nederlandsche staatsregelingen en grondwetten*, Amesterdão, s.d.

² JOHN GILISSEN, “Codifications et projets de codification en Belgique au XIXe siècle (1804-1915)”, *Belgisch Tijdschrift voor Nieuwste Geschiedenis*, 14, 1983, pp. 203-285; JOHN GILISSEN, “De Belgische commissie van 1816 tot herziening van het Ontwerp Burgerlijk Wetboek voor het Koninkrijk der

das províncias do Norte e do Sul, nenhum viria a ser promulgado antes de a Bélgica declarar a sua independência, em 1830. Após esta data, ambos os Estados – o Sul (a Bélgica) durante mais tempo que o Norte (a Holanda) – continuaram a aplicar os códigos napoleónicos. Na Holanda, um novo código civil viria a ser introduzido em 1838 e outros se seguiriam. Os juristas belgas, porém, ainda hoje continuam a usar o antigo *Code civil* (1804) e o *Code d’instruction criminelle* (1808),³ embora, é óbvio, com várias alterações pontuais. O código penal napoleónico foi substituído por um exemplar belga em 1867, não sendo muito mais que uma paráfrase do original francês, e o código judicial belga data somente de 1967, dando este igualmente continuidade às instituições e aos princípios franceses. O *Code de commerce* (1807) foi finalmente renovado, passo por passo, substituindo-se título por título, só sendo muito recentemente revogado por completo para acolher um novo “código de direito económico” a partir de 2013, no qual, até à primavera de 2021, já foram inseridos vinte “livros”. Em 2020 também entrou em vigor o novo Código civil, começando com o novo direito da prova para depois substituir pouco a pouco a ‘antigo’ código.⁴

Nederlanden”, *Legal History Review*, 35, 1967, pp. 383-443. No Norte, muito trabalho já havia sido realizado na época anterior. Antes de ser anexada pela França, a antiga República das Sete Províncias Unidas dos Países Baixos tinha passado a ser a República Batava (1795-1806) e o Reino da Holanda sob Luís Bonaparte, irmão de Napoleão. Neste último período, por exemplo, um código civil foi elaborado para o Reino da Holanda, ALAIN WIJFFELS, “Balancing rationality and tradition: the French Code civil and the codification of civil law in the Netherlands, 1798-1838”, in *Le Code Napoléon. Un ancêtre vénéré? Mélanges offerts à Jacques Vanderlinden*, RÉGINE BEAUTHIER / ISABELLE RORIVE (ed.), Bruxelas, Bruylant, 2004, pp. 285-318. Wijffels (p. 316) escreve: “*The era of 19th-century legism had begun, and it would take some time before legal scholars could hop to regain control over legal doctrines*”. Abordaremos este “legismo” adiante. Sobre a codificação do direito civil no Norte e no Sul, *vd.* DIRK HEIRBAUT, “Codificatie van het burgerlijk recht in België en Nederland: parallel lives?”, in *Tweehonderd jaren codificatie van het privaatrecht in Nederland*, DIRK HEIRBAUT / J.H.A. LOKIN / J.M. MILO (ed.), Gróninga, Stichting het Groningsch Rechtshistorisch Fonds, 2010, pp. 147-160.

³ Nas primeiras décadas do século vinte e um, vários bicentenários foram festejados através de conferências académicas, oferecendo-nos as respetivas atas o *status quaestionis* da historiografia quanto ao ramo do direito em causa, e.g. DIRK HEIRBAUT / GEORGES MARTYN (ed.), *Napoleons nalatenschap. Un héritage Napoléonien. Tweehonderd jaar Burgerlijk Wetboek in België. Bicentenaire du Code civil en Belgique*, Malinas, Kluwer, 2005; RÉGINE BEAUTHIER / ISABELLE RORIVE (ed.), *Le Code Napoléon. Un ancêtre vénéré? Mélanges offerts à Jacques Vanderlinden*, Bruxelas, Bruylant, 2004; DIRK HEIRBAUT / GEORGES MARTYN (ed.), *Tweehonderd jaar Wetboek van Koophandel. Bicentenaire du Code de Commerce*, in *Iuris Scripta Historica*, XXIII, Bruxelas, Koninklijke Vlaamse Academie van België voor Wetenschappen en Kunsten, 2009; CHANTAL ABOUCAYA / RENÉE MARTINAGE (ed.), *Le Code Pénal. Les métamorphoses d’un modèle 1810-2010*, Lille, Centre d’Histoire Judiciaire, 2012; YVES JEANCIOS (ed.), *La dimension historique de la peine, 1810-2010. Bicentenaire du Code pénal de 1810*, Paris, Economica, 2013.

⁴ Lei do 13 de abril 2019 “*portant création d’un Code civil et y insérant un livre 8 « La preuve »*”, *Moniteur belge*, 14 de maio 2019 (<http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/loi/2019/04/13/2019012168/moniteur>).

Em consequência, o desenvolvimento da cultura⁵ jurídica belga foi muito influenciado pela francesa, de tal modo que alguns académicos se perguntam se será possível falar numa tradição jurídica belga verdadeiramente autónoma.⁶ O breve período da ocupação francesa (1795-1815) parece ter sido realmente decisivo para a história jurídica belga.⁷ O velho direito consuetudinário e as antigas ordenações foram inteiramente abandonados e cinco códigos napoleónicos viriam a ser introduzidos. A partir desse momento, foi estritamente proibido aos juízes aplicarem qualquer das “velhas fontes” (direito romano e canónico, costumes locais, antigo direito legislado, doutrina ou decisões dos tribunais) nas matérias reguladas pelos novos códigos. Por outro lado, o artigo 4.º do *Code civil* obrigava o juiz a decidir todos os casos, não obstante a obscuridade ou a insuficiência da lei. Os historiadores do direito demonstraram que esta proibição foi, no essencial, respeitada.⁸ Os novos

O artigo 2.º da lei introdutória prevê a alteração do nome do antigo código: “*A compter de l’entrée en vigueur de la présente loi, le Code civil du 21 mars 1804 portera l’intitulé « ancien Code civil ».*” A entrada em vigor foi o dia 1 de novembro 2020.

⁵ Trata-se, no caso belga, tanto de “cultura jurídica” no sentido estrito como no sentido mais amplo da expressão. Queremos significar com este sentido amplo: os usos e costumes dos juristas no seu dia-a-dia, a organização prática dos tribunais, a literatura e a arte relativas ao direito e à justiça, a(s) camada(s) socia(i)l(s) dos juristas etc. Mas é sobretudo o sentido mais restrito que é tomado em consideração no presente texto, definido como “a específica forma através da qual valores e conceitos estão integrados no funcionamento das instituições legais e na interpretação dos textos jurídicos” (“*a specific way in which values, practices, and concepts are integrated into the operation of legal institutions and the interpretation of legal texts*”, JOHN BELL, “Comparative law and legal theory”, in *Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems*, WERNER KRAWIETZ *et al.* (ed.), Berlin, Duncker & Humblot, 1994, pp. 19-33). Para a cultura jurídica belga dos séculos dezanove e vinte, *vd.* KOEN RAES, “Ontwikkelingen in de Belgische rechtscultuur. Een cultuurhistorische verkenning”, in *Politieke en sociale geschiedenis van justitie in België van 1830 tot heden*, DIRK HEIRBAUT / XAVIER ROUSSEAU / KAREL VELLE (ed.), Bruges, die Keure, 2004, pp. 345-356.

⁶ DIRK HEIRBAUT, “The Belgian Legal Tradition: Does it Exist?”, in *Introduction to Belgian Law*, HUBERT BOCKEN / WALTER DE BONDT (ed.), Antuérpia, Kluwer, 2000, pp. 1-22.

⁷ HERMAN VAN GOETHEM, “La Belgique sous l’annexion à la France, 1795-1813: l’acceptation des nouvelles institutions judiciaires et du droit français”, in *Auctoritates. Xenia R.C. Van Caenegem oblata. De auteurs van de rechtsontwikkeling. La formation du droit et ses auteurs. Law making and its authors. Die Auktoren der Rechtsentwicklung*, SERGE DAUCHY / JOS MONBALLYU / ALAIN WIJFFELS (ed.), Bruxelas, Koninklijke Vlaamse Academie van België voor Wetenschappen en Kunsten, 1997, pp. 289-300.

⁸ GEORGES MACOURS, “De visie van de Belgische 19de-eeuwse rechtspraak op de subsidiaire rol van het oude Romeinse recht. Een verkennend onderzoek”, in “*Houd voet bij stuk*”. *Xenia iuris historiae G. Van Dievoet oblata*, FRED STEVENS / DIRK VAN DEN AUWEELE (ed.), Lovaina, Faculteit Rechtsgeleerdheid, 1990, pp. 253-289; GEORGES MARTYN, “In search of foreign influences, other than French, in nineteenth-century Belgian court decisions”, in *Ratio decidendi. Guiding Principles*

e bem mais profissionalizados tribunais (mais profissionais que os magistrados locais e práticos do Antigo Regime)⁹ de facto fundamentavam as suas sentenças quase exclusivamente na legislação vigente. No termo final (a partir da criação da napoleónica *École de droit* em Bruxelas)¹⁰ e imediatamente após o período francês, pode verdadeiramente falar-se numa nova geração de juristas belgas. Os jovens práticos nunca haviam sido confrontados com o ordenamento jurídico do Antigo Regime, mas, em duas décadas, habituaram-se ao direito francês, revolucionário e napoleónico, e em geral à cultura jurídica francesa.¹¹

of Judicial Decisions. Volume 2: Foreign law, SERGE DAUCHY / W. HAMILTON BRYSON / MATTHEW C. MIROW (ed.), in *Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History*, XXV-2, Berlim, Duncker & Humblot, 2010, pp. 155-167; HENK KOOIKER, *Lex scripta abrogata. De derde renaissance van het Romeins recht. Een onderzoek naar de doorwerking van het oude recht na de invoering van de civielrechtelijke codificaties in het begin van de negentiende eeuw*, Nimega, dissertação de doutoramento da Universidade Católica, 1996.

⁹ XAVIER ROUSSEAU / JEAN-PIERRE NANDRIN, “Le personnel judiciaire en Belgique à travers les révolutions (1780-1832). Quelques hypothèses de recherches et premiers résultats”, in *Le personnel politique dans la transition de l’ancien régime au nouveau régime en Belgique*, Kortrijk, UGA, 1993, pp. 13-69; JEAN-PIERRE NANDRIN, *Hommes et normes. Le pouvoir judiciaire en Belgique aux premiers temps de l’indépendance (1832-1848)*, Lovaina-a-Nova, dissertação de doutoramento da Université catholique de Louvain, 1995; JEAN-PIERRE NANDRIN, “La professionnalisation de la magistrature belge aux premiers temps de l’indépendance de la Belgique”, in *Juges, avocats et notaires dans l’espace franco-belge. Expériences spécifiques ou partagées (XVIIIe-XIXe siècle)*, HERVÉ LEUWERS (ed.), Bruxelas, Archives Générales du Royaume, 2010, pp. 113-137.

¹⁰ FRED STEVENS, “Het rechtsonderwijs in België in de 19e eeuw”, in *Handelingen IXe Nederlands-Belgisch congres “Rondom Feenstra”*, FACULTEIT DER RECHTSGELEERDHEID (ed.), Leyde, Rijksuniversiteit Leiden, 1986, pp. 57-71; FRED STEVENS, “Het rechtsonderwijs in de Zuidelijke Nederlanden in het begin van de 19de eeuw”, in *Enseignement et droit*, in *Cahiers du Centre de recherches en histoire du droit et des institutions*, IX, Bruxelas, CRHiDI, 1998, pp. 118-148.

¹¹ Aliás, mesmo já no Antigo Regime, as culturas jurídicas não tinham sido tão diferentes e verificava-se sobretudo uma influência enorme da ordem jurídica francesa nos Países Baixos. A Flandres, por exemplo, a região economicamente mais desenvolvida, tinha sido, na época medieval, feudalmente subordinada à coroa francesa. Até à época de Carlos Quinto, os flamengos puderam recorrer das sentenças do Conselho da Flandres para o *Parlement de Paris*. Antes de terem a sua própria universidade em Lovaina, a partir de 1425, a maioria dos juristas ia estudar direito romano e direito canónico em Paris, Orléans ou Montpellier. Oficinas em Antuérpia, Gante e Bruxelas imprimiam livros da doutrina francesa e o legislador em Bruxelas, do século XV ao século XVIII, inspirava-se, quer no conteúdo, quer mesmo na formulação literal das ordenações ‘belgas’, nos exemplos régios da França, *vd. p.e. M. GRANDGAGNAGE, De l’influence de la législation civile française sur celle des Pays-Bas, pendant le seizième et le dix-septième siècles*, Bruxelas, Académie Royale, 1832; GEORGES MARTYN, *Het Eeuwig Edict van 12 juli 1611: zijn genese en zijn rol in de verschriftelijking van het privaatrecht*, Bruxelas, Algemeen Rijksarchief, 2000. Sobretudo o Norte da França, o chamado *pays de droit coutumier*, conhecia o mesmo sistema de fontes do direito que os Países Baixos, tendo como fonte principal o direito costumeiro e o *ius commune* como fonte subsidiária.

Um dos principais traços desta cultura, no que diz respeito à função judicial, residia no dever de fundamentação das sentenças (obrigação que os tribunais do Antigo Regime não tinham conhecido nestas regiões, ao contrário do que se praticava em Portugal). Apesar de ser possível sustentar que, não obstante a introdução de novas instituições legislativas e judiciais e a unificação do direito aplicado no território (sendo o direito anterior à Revolução caracterizado pela sua diversidade de regras locais, senhoriais, cidadinas, regionais e régias), existia ainda grande continuidade entre o direito “belga” dos finais do século XVIII e o direito napoleónico, o dever de fundamentar as decisões judiciais era realmente inédito nos Países Baixos. Durante o Antigo Regime, o juiz que explicasse os motivos da sua decisão era considerado tolo.¹² A pretensão de conhecer as razões ou motivos das decisões judiciais tinha sido frequentemente manifestada nos *Cahiers de doléances* de 1789, foi acolhida através de um *décret* de 1790, confirmada na *Constitution de l’an III* e repetida numa lei de 1810.¹³ A obrigação de motivação também foi consagrada na constituição do Reino Unido dos Países Baixos de 1815¹⁴ e no artigo 97.º (hoje, artigo 149.º da constituição coordenada) da lei fundamental belga de 1831. Nos debates da Constituinte (*Congrès National*), Montesquieu, considerado

¹² J.P.A. COOPMANS, “Vrijheid en gebondenheid van de rechter vóór de codificatie”, in *Rechtswinding. Opstellen aangeboden aan Prof. Dr. J.M. Pieters, ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Katholieke Hogeschool te Tilburg*, Deventer, Kluwer, 1970, pp. 71-109; PHILIPPE GODDING, *La jurisprudence*, in *Typologie des sources du Moyen Âge occidental*, A-III-1, Turnhout, Brepols, 1973; PHILIPPE GODDING, “La motivation des arrêts du Grand Conseil de Malines au 16^e siècle. À propos d’un article récent”, *Legal History Review*, 45, 1977, pp. 155-157; PHILIPPE GODDING, “Jurisprudence et motivation des sentences, du moyen âge à la fin du 18^e siècle”, in *La motivation des décisions de justice*, CHAÏM PERELMAN / PAUL FORIERS (ed.), Bruxelas, Bruylant, 1978, pp. 37-67; TONY SAUVEL, “Histoire du jugement motivé”, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l’étranger*, 71, 1955, pp. 5-53; C. VERKERK, “Onderzoek naar de motivering in rechte bij de Grote Raad van Mechelen in de zestiende eeuw: de tienden van raapzaad en hennep in Snellerwaard, Hekendorp en Lange Linschoten”, in *Miscellanea Consilii Magni, ter gelegenheid van twintig jaar Werkgroep Grote Raad van Mechelen*, TOM DE SMIDT (ed.), Amesterdão, Universiteit van Amsterdam, 1980, pp. 97-120; VÉRONIQUE DEMARS-SION / SERGE DAUCHY, “La non motivation des décisions judiciaires dans l’ancien droit français: un usage controversé”, in *Ratio Decidendi. Guiding Principles of Judicial Decisions, Volume 1: Case Law*, W. HAMILTON BRYSON / SERGE DAUCHY (ed.), Berlim, Ducker & Humblot, 2006, pp. 87-116.

¹³ GODDING, “Jurisprudence et motivation des sentences” (*supra*), pp. 66-67.

¹⁴ O artigo 172.º, para as sentenças criminais (determinando explicitamente que se deve citar o número do artigo da lei aplicado, o que integra o princípio da legalidade no direito penal) e o artigo 173.º, que só obriga a mencionar, nas sentenças civis, “as razões” (“172. *In alle criminele vonnissen, ten laste van eenen beschuldigten gewezen moet de misdaad worden uitgedrukt en omschreven, met aanhaling van de artikelen der wet, waarop de uitspraak is gegrond. 173. Alle civiele vonnissen moeten de gronden inhouden, waarop dezelve zijn gewezen*”).

uma autoridade, foi frequentemente citado. Num sistema de separação de poderes, muito inspirado por este autor iluminista, o juiz era considerado a boca da lei (*bouche de la loi*).

Não foram criadas novas instituições judiciais no reinado de Guilherme I dos Países Baixos e escassa legislação foi então promulgada. Em 1816, foi determinado que o direito costumeiro seria apenas aplicável quando a lei expressamente para ele remetesse. O dever de decidir, mesmo no caso de obscuridade da lei, foi confirmado em 1820.

Pouco mudou com a independência da Bélgica em 1830. A cultura jurídica belga tinha sido e continuou predominantemente a ser francesa, apesar de cerca de sessenta por cento dos habitantes belgas falarem flamengo, uma variante do neerlandês.¹⁵ As razões eram históricas, científicas e sociais. Se retrocedermos no tempo, percebemos que foram os duques da Borgonha (território de língua francesa) quem introduziu, nos séculos XIV e XV, novas instituições e legislação, quase na totalidade de inspiração francesa. Essas instituições continuaram a fazer uso da “nobre” língua francesa durante o domínio espanhol e austríaco. As ideias iluministas e revolucionárias foram igualmente divulgadas por cidadãos francófonos. Na ciência jurídica, os textos latinos do direito romano e do direito canônico eram mais facilmente acessíveis para os práticos do direito francófonos (sendo o francês uma língua românica) do que para os flamengos (sendo o neerlandês uma língua germânica). A literatura sobre o direito costumeiro, escrita em neerlandês, era muito escassa, enquanto as obras jurídicas francesas tinham grande divulgação entre os Países Baixos. Mais importante, contudo, é o elemento social, uma vez que as elites das instituições políticas, judiciais e administrativas eram francófonas ou, pelo menos, usavam somente o francês nas suas relações profissionais e sociais, antes da Revolução Francesa, certamente sob a ocupação francesa e ainda, até tarde, nos séculos XIX e XX.¹⁶

¹⁵ RENÉ VICTOR, *Een eeuw Vlaamsch rechtsleven*, Antuérpia, De Sikkel, 1953, p. 3.

¹⁶ Uma das novas liberdades fundamentais, proclamada na constituição de 1831, ao lado das liberdades de religião, de expressão, de reunião, de ensino e de associação (todas elas exigidas pela “União Monstruosa” entre liberais e católicos, num esforço de resistência comum contra o rei demasiado absoluto Guilherme) era a liberdade do uso das línguas. A elite (ab)usou (d)esta liberdade para excluir o flamengo do foro oficial, usando somente o francês no Parlamento e no Governo, na administração e na justiça. Levou mais de um século até que os flamengos tivessem legislação (a partir de 1898) ou processos judiciais na sua própria língua, ROBERT SENELLE / R. VAN DE VELDE, “Honderdvijftig jaar staatsrechtelijk denken in België”, in *Honderdvijftig jaar rechtsleven in België en Nederland 1830-1980. Preadviezen uitgebracht voor een colloquium georganiseerd door de juridische faculteiten van de universiteiten van Gent en Leiden, Gent, 5-7 november 1980*, EGIED

Hoje, as coisas mudaram na Bélgica. Depois da regulação da utilização das línguas nos julgamentos criminais (após do escândalo de dois inocentes homens flamengos sentenciados à morte sem terem entendido uma palavra do respetivo julgamento), outras leis sobre o uso das línguas se seguiram em matéria administrativa, de educação e de justiça civil.¹⁷ Desde 1898, todos os diplomas legais são publicados simultaneamente em francês e em neerlandês, tendo ambas as versões do texto força de lei.¹⁸ No final do século XIX e no início da primeira metade do século XX, os estudantes de direito começaram a desenvolver exercícios de simulações de julgamento (que, hoje, seriam chamadas *moot courts*) em neerlandês, jovens advogados juntaram-se em sociedades flamengas e revistas flamengas começaram a ser publicadas.¹⁹ Uma consequência importante desta emancipação dos juristas flamengos reside no facto de os juristas valões (os belgas francófonos) continuarem ligados à literatura francesa e belga francófona, enquanto os juristas flamengos (de língua neerlandesa) se atêm aos seus próprios textos, privilegiam a literatura flamenga e, transpondo as suas fronteiras, preferem, cada vez mais, a literatura holandesa,²⁰

SPANOGHE / ROBERT FEENSTRA (ed.), Leyde, Universitaire Pers, 1981, pp. 309-340; HERMAN VAN GOETHEM, *De taaltoestanden in het Vlaams-Belgisch gerecht, 1795-1935*, Bruxelas, Koninklijke Academie voor Wetenschappen, Letteren en Schone Kunsten van België, 1990; para um caso de administração local, *vd. LIEVEN D’HULST*, “In Vlaanderen Vlaams? Bestuurlijke meertaligheid en vertaling in Kortrijk (1830-1914)”, *De Leiegouw*, 59, 2017, pp. 101-124.

¹⁷ BART COPPEIN / FRANÇOISE MULLER, “La législation linguistique en Belgique”, in *Tweehonderd jaar justitie. Historische encyclopedie van de Belgische justitie. Deux siècles de justice. Encyclopédie historique de la justice belge*, MARGO DE KOSTER / DIRK HEIRBAUT / XAVIER ROUSSEAU (ed.), Bruges, die Keure, 2015, pp. 477-499.

¹⁸ GEORGES MARTYN, “Het Burgerlijk Wetboek en de evolutie van de ‘Vlaamse’ rechtstaal in België”, in HEIRBAUT / MARTYN (ed.), *Napoleons nalatenschap (supra)*, pp. 271-300; GUIDO VAN DIEVOET, “Het Nederlands als wetstaal in België in de negentiende en de twintigste eeuw”, *Pro Memorie*, 5, 2003, pp. 96-118.

¹⁹ SEBASTIAAN VANDENBOGAERDE, “Belgium’s legal periodicals as vectors of translation policy: how Flemish legal journals contributed to the development of a Dutch legal language”, *Parallèles*, 29, 2017, pp. 60-73; SEBASTIAAN VANDENBOGAERDE, “De Belle Époque als bloeiperiode van de Belgische juridische tijdschriften”, in *De ‘Belle Époque’ van het Belgisch Recht (1870-1914)*, BRUNO DEBAENST (ed.), Bruges, die Keure, 2016, 185-205.

²⁰ E.g. JACQUES HERBOTS, *Contract Law in Belgium*, Bruxelas, Bruylant, 1995, p. 30. De destacar é o papel, cada vez mais importante, das revistas com conselho de redação misto, flamengo-holandês, como a *Tijdschrift voor Privaatrecht*, na área do direito civil, e *Pro Memorie*, na área da historiografia do direito. No plano científico, mas com influência na legislação e na jurisprudência, realizam-se os congressos anuais, com os seus pré-avisos publicados, da *Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland* (Associação para o Estudo Comparativo do Direito da Bélgica e da Holanda).

inglesa e americana à francesa ou belga francófona.²¹ A cultura jurídica belga está a desintegrar-se. De acordo com alguns autores,²² os juristas flamengos,²³ sob influência holandesa, alemã e anglo-americana, manifestam preferência por uma metodologia mais pragmática (*problem-oriented*) e são mais criativos na procura de soluções, fazendo uso de diferentes fontes do direito. Os juristas valões, por seu lado, parecem permanecer mais ligados ao sentido literal do texto da lei e ao seu contexto histórico. Apesar de esta tendência ser inegável, como ficou claro nomeadamente com a jurisprudência divergente das câmaras flamengas e francófonas da *Cour de cassation* e do *Conseil d'État*,²⁴ é minha opinião pessoal que as diferenças

²¹ Não surpreende terem os direitos americano e britânico, em primeiro lugar graças à sua acessibilidade linguística, manifesta influência nos ramos do direito internacional (público e privado) e do direito comercial (nacional, europeu e internacional). Existem já decisões dos tribunais supremos e normas dos legisladores belgas usando palavras como *factoring, leasing, sponsoring, ruling, franchising* etc. Nesta receção de terminologia vêem-se já analogias com a receção do *ius commune* no direito do Antigo Regime, mas é possível encontrar ainda muitíssimos outros paralelismos. Entre um quinto a um quarto dos estudantes de direito flamengos beneficiam de uma bolsa Erasmus para frequentar cursos no estrangeiro, maioritariamente em inglês. Mas são sobretudo os melhores estudantes que prolongam os seus estudos na Grã-Bretanha e nos Estados Unidos, antes de começar um doutoramento na Bélgica, onde introduzem elementos aprendidos no estrangeiro, primeiro nas suas publicações, depois nos seus ofícios como juízes, funcionários ou políticos. Este “canal de receção” começou logo depois da Segunda Guerra Mundial, mas tornou-se cada vez mais importante, *vd.*, por exemplo, os relatos sobre as carreiras de proeminentes juristas na antologia: THEO VEEN, CHRIS COPPENS, GRETHA DONKER e SJOERD FABER (ed.), *Prominenten kijken om. Achttien rechtsgeleerden uit de Lage Landen over leven, werk en recht*, Hilversum, Verloren, 2004.

²² DIRK HEIRBAUT, “The Belgian Legal Tradition” (*supra*), pp. 16-19; DIRK HEIRBAUT / MATTHIAS STORME, “The Belgian Legal Tradition: From a Long Quest for Legal Independence to a Longing for Dependence?”, *European Review of Private Law*, 5, 2006, pp. 645-683; FRANÇOIS OST / MARK VAN HOECKE, “La jurisprudence en Belgique”, *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 33, 1994, pp. 107-137.

²³ E, seguramente, os juristas “belgas” são, entretanto, muito poucos. Já não existe nenhuma faculdade de direito ‘mista’. A Universidade de Gante foi a primeira, em 1930, a oferecer ensino universitário exclusivamente em neerlandês, em lugar do francês. Seguiram-se Lovaina e Bruxelas, nos anos sessenta e setenta do século passado. Hoje, os diplomas universitários são atribuídos em nome da comunidade flamenga ou da comunidade francesa. Os tribunais só usam a língua da região (neerlandês, na região flamenga; francês, na região valona) e em Bruxelas, região bilingue, os tribunais têm câmaras unilingues. Somente nas instituições supremas (como a *Cour de cassation*, o Conselho de Estado e a Corte constitucional) decorrem sessões plenárias bilingues. No final do século XX, foi extinta a Ordem Nacional de Advogados e o país tem hoje a *Ordre des barreaux francophones et germanophone* e a *Orde van Vlaamse Balies*, GEORGES MARTYN / BART QUINTELIER, “De Belgische advocatuur”, in MARGO DE KOSTER *et al.* (ed.), *Deux siècles de justice (supra)*, pp. 330-362.

²⁴ JÉRÔME SOHIER, “Chambres flamandes et chambres francophones: divergences et dissonances”, in *Le Conseil d'État de Belgique. Cinquante ans après sa création*, BERNARD BLÉRO (ed.), Bruxelas,

são ainda relativamente pequenas se comparadas com as semelhanças. Para o século XIX e a maior parte do século XX, o direito belga, seja a legislação, a jurisprudência ou a doutrina, permanece de orientação francesa. Examinemos agora, neste quadro “belga, mas de cunho francês”, a investigação desenvolvida sobre como os juízes fundamentam as suas decisões e quais os princípios que os guiam.

2. Investigação científica sobre o uso das fontes do direito: estado da arte

Durante o século XIX, o processo de formação da decisão judicial não mereceu especial atenção. A aplicação da norma legal aos factos era reduzida a um puro raciocínio silogístico, com uma premissa “maior” (a norma legal), uma premissa “menor” (os factos) e uma só conclusão.²⁵ A resposta a todas situações que careciam de regulação jurídica poderia ser encontrada na lei codificada e a *Cour de cassation*, mais um auxiliar do legislativo do que um tribunal autónomo ou criativo, velava pela uniforme interpretação da lei.²⁶ Que eu conheça, não existe investigação

Bruylant, 1999, pp. 699-731. Para um exemplo da *Cour de cassation*: CÉDRIC EYBEN / PIERRE JADOU, “L’indemnisation du préjudice par ricochet du conducteur sur la base de l’article 29bis avant sa modification par la loi du 19 janvier 2001: une controverse qui contamine les chambres francophone et néerlandophone de la Cour de cassation”, *Journal des Tribunaux*, 129, 2010, pp. 97-99.

²⁵ Em 1925, HENRI DE PAGE (1894-1969), um dos maiores juristas belgas do século XX (vd. DIRK HEIRBAUT, “Henri De Page. Een man in de schaduw van zijn werk”, *Tijdschrift voor Privaatrecht*, 38, 2001, pp. 111-121), escreveu na sua obra, muito divulgada, *De l’interprétation des lois* (Bruxelas, Bruylant), que, mesmo condenando muitos juristas o mero silogismo lógico, este continuava a ser a forma tradicional de aplicar as regras ao caso. Salientando os meros aspetos lógicos do raciocínio judicial, os juízes de facto evitavam admitir que muitas vezes não tinham só de aplicar uma regra clara, mas precisavam de interpretar a regra antes de poder aplicá-la. Meio século mais tarde, este ponto de vista ainda se confirmou: “*Les juges ne reconnaissent pas volontiers, du moins dans les motivations de leurs décisions, qu’ils ont procédé à une interprétation de la loi*”, FRANÇOIS OST, “L’interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur”, in *L’interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, MICHEL VAN DE KERCHOVE (ed.), Bruxelles, Facultés Universitaires Saint Louis, 1978, pp. 111-112.

²⁶ JEAN-PIERRE NANDRIN, “La Cour de cassation belge de 1832 et le pouvoir judiciaire. Héritage de la période française?”, in *Justice et institutions françaises en Belgique (1795-1815). Traditions et innovations autour de l’annexion. Actes de colloque tenu à l’Université de Lille II les 1, 2 et 3 juin 1995*, CENTRE D’HISTOIRE JUDICIAIRE (ed.), Hellelmes, Centre d’Histoire Judiciaire, 1996, pp. 275-293. Apresentando um estudo sobre as relações entre os juízes de paz e a corte suprema durante o período francês: VAAST VAN HERREWEGHE, *De Vrederechter en Cassatie. De verhouding tussen de wetsongebonden ‘laagste’ en de wetsbewakende ‘hoogste’ rechter, 1790-1813*, Gante, Mys en Breesch, 1993. Constituem estudos, hoje já datados, sobre a história da corte de cassação belga: CHARLES FAIDER, “La première année de la Cour de cassation”, *La Belgique Judiciaire*, 1856, 14, 43-52;

científica anterior a 1900 sobre como os juízes “realmente” (no sentido da escola americana do *legal realism*) trabalhavam com os textos. Na doutrina, o prestígio da Escola Exegética francesa era inquestionável, enquanto que a influência da obra de Savigny ou de Ihering se revela praticamente inexistente.²⁷

As influências alemã, especialmente através de Josef Esser (*Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung*, 1956; *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1970), e americana, através de Wesley Newcomb Hohfeld (*Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays*, 1919) e Karl Llewellyn (*The Bramble Bush: On Our Law and Its Study*, 1930), entre outros, emergem somente na segunda metade do século XX, primeiro na Holanda,²⁸ mas pouco depois também na Bélgica. Naquele país, académicos como Paul Scholten, Eduard Maurits Meijers e Jacob Christiaan Van Oven, antes e durante a Segunda Grande Guerra, estudaram em particular a história jurídica como instrumento de atualização do direito, incentivando desse modo os juízes a

CAMILLE SCHEYVEN, *Traité pratique des pourvois en cassation, de l'organisation et des attributions diverses de la Cour suprême*, Bruxelas, Bruylant, 1866; LÉON CORNIL, *Het Hof van Verbreking: oorsprong en aard*, Bruxelas, Bruylant, 1948; RAOUL HAYOIT DE TERMICOURT, “Het Hof van Verbreking voor honderd jaar”, *Rechtskundig Weekblad*, 17, 1953-54, pp. 49-66; ROBERT JANSSENS, “Het Hof van Cassatie van België. Enkele hoofdmomenten van zijn ontwikkeling”, *Legal History Review*, 45, 1977, pp. 95-116. É bastante tarde que é prestada atenção ao papel criativo da jurisprudência do tribunal supremo: ERNEST KRINGS, “Aspecten van de bijdrage van het Hof van Cassatie tot de rechtsvorming”, *Rechtskundig Weekblad*, 54, 1990-91, pp. 313-325; 345-359. A visão, hoje, mudou completamente e já não se duvida que as decisões da *Cour* integram as fontes do direito, e.g. MATTHIAS VAN DER HAEGEN, “Transformation of the cassation model in France, The Netherlands and Belgium: piercing the legalistic veil”, in *Transformation of Civil Justice: Unity and Diversity*, ALAN UZELAC / C.H. (REMCO) VAN RHEE (ed.), Cham, Springer, pp. 349-378; MATTHIAS VAN DER HAEGEN, “Het Hof van Cassatie op het kruispunt van publieke en private belangen: pleidooi voor een versterking van de cassatierechtspraak”, *Tijdschrift voor Privaatrecht*, 52, 2015, pp. 1235-1309.

²⁷ JAN VAN DEN BROECK, “Het Burgerlijk Wetboek en de invloed van de Duitse rechtshistorische school in België tijdens de 19de eeuw”, in *Liber amicorum John Gilissen. Wetboek en grondwet in historisch perspectief*, JACQUES VANDERLINDEN *et al.* (ed.), Antuérpia, Kluwer, 1983, pp. 417-425; EMILE VAN DIEVOET, *Het burgerlijk recht in België en in Nederland van 1800 tot 1940. De rechtsbronnen*, Antuérpia, De Sikkell, 1943.

²⁸ J.M. POLAK, *Theorie en praktijk der rechtsvinding*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1953; JACK TER HEIDE, *Rechtsvinding*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1965; GERARD E. LANGEMEIJER, *Nieuwe Duitse theorieën over rechterlijke rechtsvinding*, Bruxelas, Koninklijke Vlaamsche Academie voor Wetenschappen, 1966; mas sobretudo: GERARD WIARDA, *Drie typen van rechtsvinding*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1972, um livro que continua a conhecer reedições até hoje, *vd.* MARK VAN HOECKE, “G.J. Wiarda, Drie typen van rechtsvinding, 1972”, in *Juristen die schreven en bleven. Nederlandstalige rechtsgeleerde klassiekers*, GEORGES MARTYN / LOUIS BERKVENS / PAUL BROOD (ed.), Hilversum, Verloren, 2020, pp. 294-298.

decidirem de modo mais criativo. Após a Guerra, autores como Gerard Langemeijer, Jack Ter Heide e, mais significativamente, Gerard Wiarda, usando a perspectiva das ciências sociais, constataram também o impacto das influências externas, ou dos elementos não jurídicos, na decisão judicial.

Na Bélgica, o recurso a informação não “canónica” ou meramente jurídica na decisão judicial iniciou-se ainda sob influência francesa, nomeadamente com a *libre recherche scientifique* de François Géný, por volta de 1900. Paul Vander Eycken e, cerca de duas décadas mais tarde, Henri De Page podem ainda ser considerados seguidores de Géný.²⁹ Atribuía um papel importante à equidade no processo de procura da solução pelo juiz. Estudos científicos mais profundos sobre o processo decisório do juiz foram empreendidos nos anos 60 do século XX por Paul Friers e Chaïm Perelman, especialmente no seu *Centre national de recherche de Logique*, em Bruxelas. As contribuições dos seus congressos sobre a fundamentação das sentenças judiciais, sobre as lacunas e as antinomias na lei ou sobre a racionalidade e a metodologia jurídicas são ainda hoje fundamentais.³⁰ Finalmente, Walter Van Gerven (professor em Lovaina e, mais tarde, entre 1988 e 1994, advogado geral no Tribunal de Justiça da União Europeia) teve um importante papel na divulgação do conhecimento científico sobre a forma como os juristas pensam o direito, reunindo teorias belgas e especialmente estrangeiras, nas suas famosas obras *Het beleid van de rechter* (“A política ou o governo do juiz”) e *Met recht en rede* (“Com direito e razão”).³¹

Por mais reveladores – revelaram como os juízes realmente raciocinam quando decidem um caso – que esses trabalhos possam ter sido, eram ainda muito teóricos na descrição da forma como os juízes pensam (ou melhor: como se pensa que eles

²⁹ PAUL VANDER EYCKEN, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Bruxelas, dissertação de doutoramento da Universidade Livre, 1906; HENRI DE PAGE, *À propos du gouvernement des juges. L'équité en face du droit*, Bruxelas, Bruylant, 1931, escreve, na página 178: “l'école de l'exégèse ne fut qu'un phénomène transitoire, une parenthèse”. A “política” ou o “governo” (*gouvernement*) do juiz, para De Page, situa-se num nível superior à política partidária: “Les juges n'ont pas de désires qui puissent les menacer. Leur gouvernement est d'ordre bien supérieur. C'est celui des idées, des équilibres constitutionnels et moraux qui se trouvent au-dessus des lois, bien plus que dans les lois” (p. 189).

³⁰ P.e. CHAÏM PERELMAN (ed.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelas, Bruylant, 1968; CHAÏM PERELMAN / PAUL FORIERS (ed.), *La motivation* (*supra*).

³¹ No primeiro livro citado, Walter Van Gerven apresenta um panorama das mais importantes escolas ou paradigmas alemães, americanos e holandeses, do sistematismo, passando pelo problematismo, até ao valorismo. No *value-oriented thinking*, fala dos riscos de exagero, como no caso do juiz francês Magneaud. O professor flamengo finalmente defende um sistema, que descreve como “*trans-subjective value-oriented judicial reasoning*”. Vd. também WALTER VAN GERVEN / J.C.M. LEYTEN, *Theorie en praktijk van de rechtsvinding*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1977.

pensam) e como constroem o raciocínio a partir dos simples factos até à decisão final. Referiam-se ainda à forma como um juiz-padrão lida com a lei e não verdadeiramente à forma como ele, na realidade e em concreto, atua e pensa. Poucos investigadores avançaram para além das razões ou dos fundamentos efetivamente formulados, e ousaram colocar questões sobre os valores ocultos ou não expressos, o pano de fundo sociológico e os impulsos psicológicos que conduzem às decisões, mas que desaparecem, contudo, sob a justificação formal da decisão tomada.³² Como julga realmente o juiz? Como pensa enquanto homem ou mulher de carne e osso, não como jurista academicamente treinado? A clássica imagem do poder judicial é a imagem inquestionavelmente conservadora de um juiz que se limita a aplicar as normas e os valores definidos pelo poder legislativo. Nos anos setenta do século XX, um grupo de pesquisa da Universidade de Gante, liderado por Mark Van Hoecke, estudou as decisões do tribunal da relação (*cour d'appel*) de Gante.³³ O estudo revelou que, nestas, muitos dos enunciados empíricos são normalmente aceites e tidos em consideração, sem nenhuma preocupação em buscar a respetiva prova ou sem referência a fontes científicas, pelo que os juízes, embora não o verbalizem, confiam na sua própria experiência pessoal. Os juízes também incorrem em erros de raciocínio e são guiados até às decisões por valores implícitos. Os juízos de valor raramente são justificados, aparecendo antes expressos sob a forma neutra de enunciados descritivos. Normas extrajudiciais são frequentemente aplicadas através de conceitos jurídicos como culpa ou boa fé. É possível concluir a partir destas investigações que a personalidade do juiz desempenha um papel importante – ou, pelo menos, maior do que os juristas normalmente admitem – no processo de decisão.

Jan Ten Kate e Peter van Koppen, que realizaram idêntica investigação na Holanda, durante os anos 80, consideraram, pelo contrário, que a personalidade do juiz não exercia significativa influência na decisão judicial.³⁴ Tudo o que podemos

³² Perelman fala em “*l'indication des raisons qui motivent le jugement*”, o que Esser designa por “*Begründung*”, a justificação (digamos *a posteriori*), e em “*l'indication des mobiles psychologiques*” (ou seja, os antecedentes), CHAÏM PERELMAN, “La motivation des décisions de justice, essai de synthèse”, in PERELMAN / FORIERS (ed.), *La motivation (supra)*, pp. 415-426.

³³ MARK VAN HOECKE, *Mens- en maatschappijbeeld van de rechter*, Gante, Instituut voor Procesrecht, 1975. O livro tem, em anexo, um pequeno resumo em inglês sobre a ideologia do juiz.

³⁴ JAN TEN KATE / PETER VAN KOPPEN, *Determinanten van privaatrechtelijke beslissingen*, Arnhem, Gouda Quint, 1984. Este estudo pesquisa nomeadamente por que razões, em casos civis iguais ou ao menos parecidos, dois juízes muitas vezes chegam a decisões diferentes. Inspirados pela metodologia da psicologia, os cientistas organizaram um experimento, tomando em conta (na primeira parte) as características pessoais do juiz e (na segunda parte) os elementos decisivos nas argumentações.

concluir a partir destes projetos é que investigar os princípios retóricos da decisão, mas ocultos ou “escondidos” por detrás da motivação jurídico-formal (ou pelo menos não expressos), não constitui um empreendimento fácil. Por essa razão, nas próximas páginas, iremos centrar a nossa atenção na fundamentação apresentada de forma expressa.

3. O estilo (formal) do juiz

Como foi já referido, a fundamentação da sentença judicial é um dever constitucional (artigo 149.º da Constituição coordenada). Baseia-se nos direitos de defesa e foi uma reação contra a arbitrariedade dos juízes do Antigo Regime. As partes devem poder conhecer exatamente as razões da decisão, de forma a que, em caso de erro, seja possível recorrer. O dever de fundamentação constitui uma obrigação formal, sendo que uma fundamentação deficiente não deixa de ser uma fundamentação.³⁵ O modelo clássico da fundamentação é o silogismo do pensamento iluminista francês, tal como foi paradigmaticamente descrito na obra de Mimin, *Le style des jugements*.³⁶ Toda a decisão se reduz na verdade a uma frase,³⁷ tomando os factos e o direito como

No sumário (p. 95-97), diz-se: “*judicial knowledge is of little importance for decision-making in these kinds of cases (...) next to the minor influence of personal characteristics (...) in practice so many other elements of the case influence the decision, that the influence of personal characteristics drowns in the error variance in individual decisions*”.

³⁵ ROBERT LEGROS, “Considérations sur les motifs”, in PERELMAN / FORIERS (ed.), *La motivation (supra)*, 7-8.

³⁶ Usei a quarta edição: PIERRE MIMIN, *Le style des jugements (Vocabulaire – Construction – Dialectique – Formes juridiques)*, Paris, Librairies techniques, 1978.

³⁷ Depois da crise que viveu o sistema judicial belga nos anos noventa (sobretudo depois de um processo criminal de pedofilia que fixou os olhos do mundo inteiro na Bélgica) várias iniciativas foram e ainda continuam a ser levadas a cabo para tornar a justiça mais acessível e compreensível. Vários tribunais experimentaram já novas formulações nas suas decisões, inclusive até a *Cour de cassation*. Antigamente, as decisões eram tão breves que era preciso ler o aviso do Ministério Público para poder compreender o raciocínio da *Cour*, IVAN VEROUĞSTRAETE, “Het Hof van Cassatie en de motiveringsplicht”, in *Mélanges offerts à Pierre van Ommeslaghe*, Bruxelas, Bruylant, 2000, pp. 1061-1087; BOUDEWIJN BOUCKAERT, *Hoe gemotiveerd is Cassatie? Pleidooi voor een waarachtig precedentenhof en een hernieuwde motiveringscultuur*, Antuérpia, Kluwer, 1997. Em 2002, a *Cour* mudou pela primeira vez o seu estilo de formular (abandonando o antigo estilo com as considerações “*attendu que...*”, reiteradas), mas sem realmente dar muito mais informação (BOUDEWIJN BOUCKAERT / BART DE MOOR, *Handleiding juridisch schrijven*, Antuérpia, Maklu, 2004, pp. 41-43). Não só o supremo tribunal iniciou recentemente mais uma iniciativa para tornar as suas decisões mais compreensíveis, usando uma “linguagem clara” (*klare taal*), mas também muitos outros tribunais (de juízes de paz até tribunais da relação), assim como as ordens dos advogados e os *gerechtsdeurwaarders/huissiers de justice* (oficiais de justiça) lançaram projetos para melhorar a acessibilidade linguística dos seus documentos.

elementos objetivos. Uma vez que os críticos mostraram que os mesmos factos podem ser entendidos da forma mais divergente e as normas interpretadas em todos os sentidos, os juízes têm aplicado um cuidado cada vez maior em qualificar os factos tão precisamente quanto possível e, quanto à norma aplicável, em interpretá-la segundo o entendimento mais comum, recorrendo aos trabalhos preparatórios e, nas últimas décadas (*vd. infra*), citando com crescente frequência a jurisprudência e a doutrina.³⁸ Ainda assim, com esta explicitação dos factos e das normas, a decisão judicial foi sempre e ainda é muito formal e até formalística, orquestrada por um juiz passivo, que aceita os factos provados pelas partes, repete ou refuta os argumentos que estas apresentam (exceto nos casos de interesse público, em que o tribunal pode deduzir exceções de modo ativo) e cuida de não decidir *ultra petita*.

Atentando neste estilo formal de decisão, construído de forma lógica, é ainda assim forçoso admitir que muito frequentemente existem princípios orientadores que lhe estão subjacentes, implícitos, subentendidos. O juiz, em primeiro lugar, decide e clarifica, para si próprio, quais as razões (materiais) de decidir e somente depois, em segundo lugar, apresenta a decisão com uma argumentação formal, construindo o quadro (lógico) que a justifica. Por vezes, os princípios orientadores da decisão não se encontram de forma alguma expressos; por vezes ainda, são referidos através de conceitos como equidade, razoabilidade, racionalidade, utilidade ou interesse público, senso comum, natureza das coisas ou até lei natural. Ocasionalmente, essas referências a outros “princípios orientadores”, que não resultam literalmente do texto da lei, são de certo modo permitidos ou acolhidos na própria legislação, como sucede com as normas de textura aberta,³⁹ mas tal

³⁸ MAURICE ADAMS, “Het ongemakkelijk huwelijk tussen recht en politiek. Een essay over de rechter als evenwichtskunstenaar”, *Rechtskundig Weekblad*, 60, 1996-97, pp. 1209-1215; MICHEL VAN DE KERCHOVE (ed.), *L'interprétation en droit (supra)*; MARK VAN HOECKE, *De interpretatievrijheid van de rechter*, Antuérpia, Kluwer, 1979. Este último insiste num melhor diálogo institucionalizado entre o(s) legislador(es) e o poder judicial, salientando que é inevitável existirem mal-entendidos entre o que o “legislador-emissor” regula e o que o “juiz-recetor” entende e aplica. *Vd. também* PAUL FORIERS, “Les relations des sources écrites et non écrites du droit”, in *Rapports belges au VIIIe Congrès international de droit comparé*, Bruxelas, Bruylant, 1970, pp. 39-60.

³⁹ Nos casos em que a lei contém “regras abertas”, abre-se também o poder discricionário do juiz, uma faculdade para decidir o caso concreto dentro de limites mais amplos do que os de uma regra estrita. Porém, esta “abertura” não pode significar uma liberdade total, que resultaria em arbitrariedade. O juiz sempre fica limitado pelos princípios gerais do direito e pelos direitos fundamentais, tanto expressos em textos legislativos como implícitos e subjacentes ao sistema enquanto tal, KAREN BROECKX, “The discretionary power of the judge. Regional report: Belgium, France, Italy, The Netherlands”, in *Discretionary Power of the Judge: Limits and Control*, MARCEL STORME / BURKHARD HESS (ed.), Malinas, Kluwer, 2003, p. 244.

pode também não suceder. Em alguns ramos de direito, o seu papel é fundamental (como ocorre com o conceito de boa fé no direito contratual); noutros, é restrito e até restringido (como no direito penal).⁴⁰

No século XIX, não se esperava que os juízes expusessem nas suas decisões esses princípios orientadores de natureza material. Eram obrigados a permanecer presos a uma argumentação puramente formal, exclusivamente baseada nos textos legais. Hoje, os juízes sentem-se muito mais livres para se referirem, sem qualquer dificuldade, à jurisprudência e à doutrina para fundamentar as suas decisões, assim como aos princípios orientadores nos quais se baseiam. A “revolução” que operou a passagem do juiz-“servo” do legislador para um juiz-“senhor” das fontes formais do direito, exercendo mesmo uma função política, será descrita na próxima seção.

4. A utilização das fontes formais do direito

Se o estilo formal das sentenças só está a alterar-se – ou, digamos, a “modernizar-se” – bastante recentemente, não se pode negar que o juiz belga dos nossos dias se sente muito mais livre para se referir a outras fontes formais do direito, para além do direito legislado, do que o juiz do século XIX.⁴¹

⁴⁰ ERIK CLAES, *Legaliteit en rechtsvinding in het strafrecht: een grondslagentheoretische benadering*, Lovaina, Leuven University Press, 2003.

⁴¹ É uma evolução “belga” sem dúvida, mas talvez seja um pouco mais “flamenga” do que valona, devido, em grande medida, ao exemplo holandês. Enquanto, por exemplo, no início do século XX, o grande autor holandês Joachimus Pieter Fockema-Andrae explicava que o juiz sempre tinha de aplicar a regra legislativa, mesmo que fosse errada, o influente professor Snijders, nos anos setenta, admitindo que o supremo tribunal (o “Conselho superior”/ *Hoge Raad*) continuava a ter a obrigação de controlar a legalidade das decisões judiciais subalternas, admitiu que a jurisprudência inferior gozava duma maior liberdade e duma ampla escolha de fontes alternativas, salientando que elementos factuais tinham um papel muito mais importante nas decisões do que os juristas sempre declaravam, HENRICUS SNIJDERS, *Rechtsvinding door de burgerlijke rechter. Een kwantitatief rechtspraakonderzoek bij de Hoge Raad en de gerechtshoven*, Leyde, dissertação de doutoramento, 1978. Naquela altura, segundo este pesquisador, o tribunal supremo inseria raramente referências a casos decididos e, no período 1970-1974, só uma única vez à doutrina. Concluiu que, para o *Hoge Raad*, os princípios orientadores eram o texto da lei, a análise gramatical, a história do próprio texto legislativo, os seus objetivos e o sistema ao qual pertencia. Os juízes inferiores, no entanto, utilizavam argumentos muito mais factuais e Snijders inferiu que o momento da qualificação dos factos talvez fosse o mais importante do raciocínio judicial. Em comparação com os resultados das pesquisas de Fockema-Andrae (1893-1903), o estudo de Snijders revelou que os tribunais se tinham distanciado muito mais do sentido literal do texto legislativo. Ao contrário da situação de meio século antes, os tribunais já não tinham medo, por exemplo, de aceitar a aplicação duma regra costumeira contra a letra da lei. No início do século, Fockema-Andrae nunca havia mencionado palavras como “utilidade” ou “razoabilidade”, citadas sem hesitações pelos tribunais da segunda

4.1. As fontes formais do direito no século XIX

Como referimos antes, não existia na Bélgica uma verdadeira teoria ou “escola” sobre como os juízes deveriam fundamentar as suas sentenças, nem qualquer investigação científica sobre como eles realmente atuavam quando decidiam. Olhando para a forma como os tribunais de facto operavam durante o século XIX e no início do século XX, através dos olhos de um historiador do direito, torna-se claro que a influência da Escola da Exegese francesa e de um dos seus representantes mais significativos, o professor de direito civil de Gante François Laurent,⁴² foi fundamental, advogando a exclusividade do direito produzido pelo legislador⁴³ e, acima de tudo, dos códigos napoleónicos (apesar de essa nunca ter sido a intenção de Portalis, segundo o seu discurso preliminar do código civil!⁴⁴). Fazendo uso, cada vez que fosse necessário, da interpretação extensiva, devia ser possível colocar e resolver qualquer novo problema no âmbito do direito legislado vigente.

Olhando para a forma como os tribunais (especialmente os tribunais superiores) realmente atuavam, percebemos que esta perspetiva teórica foi de facto levada à prática, como demonstrou o professor gandense Boudewijn Bouckaert.⁴⁵ O tribunal supremo, *Cour de cassation*, não apenas declarava sem efeito sentenças por terem realizado uma interpretação indevida da lei, mas também por terem fundado a decisão em normas extralegais, i.e. num princípio jurídico não expressamente consagrado pelo legislador. Não existia reconhecimento da *desuetudo* ou da *consuetudo contra legem*. O direito consuetudinário não se encontrava reconhecido como fonte do direito autónoma, e só podia ser aplicado em domínios explícita e estritamente

metade do século. Parece também que depois da Segunda Grande Guerra o juiz holandês já não se sentia inibido em falar explicitamente nos interesses envolvidos.

⁴² GEERT BAERT, “François Laurent. Zijn leven, zijn tijd en zijn strijd (1810-1887)”, in *Liber memorialis François Laurent*, JOHAN ERAUW et al. (ed.), Bruxelas, Story-Scientia, 1989, pp. 54-57; ELISABETH BRUYÈRE, *Principes, esprit et controverses. L’Avant-Projet de Code civil de François Laurent ou l’œuvre séditieuse d’un libre-penseur*, tese de doutoramento da Universidade de Gante, 2019.

⁴³ LUC WINTGENS (ed.), *Het wetsbegrip*, in *Acta van het Centrum voor wetgeving, regulering en legisprudentie*, vol. 1, Bruges, die Keure, pp. 54-57.

⁴⁴ “Si l’on manque de loi, il faut consulter l’usage ou l’équité”, citado em CHARLES HUBERLANT, “Les mécanismes institués pour combler les lacunes de la loi”, in CHAÏM PERELMAN (ed.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelas, Bruylant, 1968, p. 54.

⁴⁵ BOUDEWIJN BOUCKAERT, *De Exegetische School. Een kritische studie van de rechtsbronnen- en interpretatieleer bij de 19de eeuwse commentatoren van de Code civil*, Antuérpia, Kluwer, 1981. O mesmo autor recapitulou as suas conclusões e fez uma comparação com o direito vigente no início do terceiro milénio: BOUDEWIJN BOUCKAERT, “Het Burgerlijk Wetboek en de andere rechtsbronnen”, in DIRK HEIRBAUT / GEORGES MARTYN (ed.), *Napoleons nalatenschap (supra)*, pp. 253-269.

circunscritos, como no comércio, de novo nos termos definidos pelo legislador. As sentenças não faziam qualquer referência aos precedentes ou sequer a decisões anteriores, nem à doutrina. Este era o tipo de decisão judicial que era publicado nas (poucas) revistas jurídicas existentes e, neste sentido, constituíam um exemplo para os restantes tribunais (inferiores).

Embora Emile Van Dievoet⁴⁶ tenha demonstrado que muitos tribunais das instâncias inferiores nem sempre seguiam realmente a visão de Laurent, é possível concluir que em geral,⁴⁷ por volta de 1900, na Bélgica, existia uma verdadeira primazia da lei no processo de decisão judicial. O direito era a lei em sentido formal,⁴⁸ tal como promulgada pelas duas câmaras do Parlamento nacional belga, sem submissão a qualquer controlo de constitucionalidade.⁴⁹

⁴⁶ EMILE VAN DIEVOET, *Het burgerlijk recht (supra)*, fez uma pesquisa de comparação belgo-holandesa do uso das fontes formais do direito no ramo do direito civil. Para a Bélgica, distinguiu quatro períodos. De 1814 a 1830, os tribunais parecem hesitantes quanto ao uso de referências a fontes; as argumentações são muito factuais e o juiz tenta esconder-se atrás de expressões como “*il est évident que*” ou “*cela est fondé sur le droit naturel, autorisé par une loi positive*”. Segundo uma amostra de jurisprudência dos anos 1856-1860, as decisões já são mais elaboradas e justificadas, muitas vezes salientando a continuidade com o direito do Antigo Regime ou com os princípios do direito romano. Nos anos 1886-1890, percebe-se uma influência manifesta da Escola Exegética e de François Laurent em particular; quando a regra não é clara, consultam-se as obras francesas de Pothier, Merlin e Dalloz. É só na última época estudada (1931-1935) que surgem, paulatinamente, novas ideias, sugeridas pela doutrina e por decisões anteriores inspiradoras, expressamente referenciadas.

⁴⁷ Exceção deve ser feita aos juízes de paz, instituição de feição francesa, introduzidos como homens locais de confiança que tinham uma primeira obrigação de conciliação, tentando conduzir as partes a um compromisso amigável. O juiz de paz não tinha que aplicar a letra da lei, guiando-se pela equidade. Na Bélgica, o controlo deste juiz inferior pela *Cour de cassation* só foi introduzido, e quase por acaso, em 1876, VAAST VAN HERREWEGHE, *De Vrederechter (supra)*, pp. 109-117.

⁴⁸ A legislação no sentido material – as regulamentações do governo e das administrações subalternas, tal como as províncias e os municípios – estava sujeita a um controlo limitado pela “exceção de ilegalidade”, dando ao juiz o poder de não tomar em consideração, num caso particular, uma regulamentação destes órgãos do poder executivo, quando não estivesse em conformidade com a lei (artigo 159.º da Constituição coordenada, *vd. infra*).

⁴⁹ Tal como a constituição dos Estados Unidos da América, a lei fundamental belga não previa nenhum controlo de constitucionalidade das leis do Parlamento. Porém, ao contrário do caso americano, a Bélgica nunca conheceu uma decisão tal como *Marbury vs. Madison*. O tribunal supremo belga, a *Cour de cassation*, sendo um mero “controlador judiciário do judiciário”, nunca demonstrou a ousadia de criticar o legislador, mesmo que tenha tido ocasiões para fazê-lo, p.e. a 23 de julho de 1849, *Pasicrisie*, 1849, vol. 1, p. 442; a 20 de novembro de 1862, *Pasicrisie*, 1963, vol. 1, p. 362; e a 21 de outubro de 1966, *Pasicrisie*, 1967, vol. 1, p. 240. *Vd. MARCEL BARZIN, “Du contrôle de la constitutionnalité des lois”, Académie royale de Belgique. Bulletin de la Classe des Lettres*, 1966, pp. 335-350; ROBERT JANSSENS, “Het Hof van Cassatie” (*supra*), p. 111.

4.2. As fontes formais do direito nos nossos dias

O quadro aqui desenhado mudou radicalmente, sobretudo na segunda metade do século XX. A lei em sentido formal é ainda, no ensino jurídico como na atividade judicial, a pedra angular do sistema jurídico, mas não é mais o seu único guia. Ao longo do século XX, as três fontes formais do direito mencionadas, *viz.* a lei, a jurisprudência e a doutrina, desenvolveram-se significativamente, sobretudo em consequência da internacionalização (e da federalização), especialização e profissionalização. Em segundo lugar, uma nova fonte formal do direito fez a sua aparição na cena jurídica. Finalmente, as relações de força entre as várias fontes e a respetiva importância relativa mudaram.

O que sucedeu com a lei? Mudanças políticas conduziram à criação de novas instituições. O Parlamento belga já não tem o monopólio da produção legislativa. A partir dos anos setenta do século XX, através de uma série de reformas estaduais, a Bélgica tornou-se um Estado federal, constituído por três comunidades e três regiões, cada uma com o seu próprio parlamento, competente, em certas matérias, para aprovar decretos com força idêntica à legislação federal. Por outro lado, parte da soberania nacional foi transferida para a União Europeia, cuja produção normativa pode ter aplicação direta nos Estados-Membros. No caso *Franco-Suisse Le Ski*, de 1971, o Tribunal da Cassação belga declarou que o direito europeu de aplicação direta tem primazia sobre a legislação nacional.⁵⁰ Tratou-se de uma primeira consagração do controlo “supra-legislativo”, digamos “constitucional” (tornando possível aos juízes afastar a legislação nacional com fundamento na incompatibilidade com uma norma superior), até então inexistente na Bélgica.

A jurisprudência (especialmente a jurisprudência publicada), também conheceu, de certo modo, uma explosão quantitativa. Em livros e revistas, e hoje *online*, é possível encontrar uma multitude de sentenças judiciais, não apenas dos “velhos” tribunais da administração da justiça estadual, mas também de muitas instituições arbitrais e vários tipos de instituições extrajudiciais (e.g. disciplinares, administrativas, comerciais...).⁵¹ Embora não gozando do privilégio da exequibilidade, é importante

⁵⁰ *Cour de cassation*, 27 de maio de 1971, *Arresten van Cassatie*, 1971, p. 967. A 5 de fevereiro de 1963, o Tribunal Europeu (*Jurisprudentie van het Hof van Justitie*, 1963, p. 3), no caso *Van Gend en Loos*, já tinha decidido que a comunidade europeia formava uma nova ordem jurídica no direito internacional público, para a qual, em certas áreas de competência, os Estados-Membros tinham resignado a uma parte da sua soberania, e na qual não só os Estados, mas também os indivíduos, podiam exercer direitos subjetivos.

⁵¹ LUC HUYSE / HILDE SABBE, *De mensen van het recht*, Lovaina, Van Halewijck, 1997, p. 174.

sublinhar o papel que estes mecanismos de resolução de conflitos desempenham na interpretação das normas escritas e na criação de princípios jurídicos em específicos domínios, como a proteção do consumidor e do ambiente.

De facto, a jurisprudência é hoje plenamente reconhecida como uma fonte formal do direito no sentido de que os juízes realmente “criam” direito e não se limitam à sua descoberta e aplicação.⁵² Em milhares de casos concretos, as normas legais são objeto de interpretação, concretização, exemplificação e explicações divergentes segundo as circunstâncias. Normas gerais são explicitadas e particularizadas. O tribunal não pode modificar a lei, mas, interpretando-a, pode adaptá-la a novas circunstâncias e modernizá-la ou até integrar lacunas.⁵³ A interpretação da lei é de facto uma atribuição da administração da justiça. O legislador não pode antever todos os casos e o juiz, se não quer ser responsabilizado por denegação de justiça, é forçado a ser um “modelador”, adaptando a norma legal à evolução social. Em caso de incerteza, obscuridade ou lacuna da legislação, o juiz é obrigado a criar direito. Exemplos dessa criação, descrita, analisada e comparada a desenvolvimentos paralelos em outros países, ganharam um lugar próprio no sistema jurídico através

⁵² IVAN VEROUĞSTRAETE, “De rechter en de macht”, in *Recht en macht*, MARCEL STORME (ed.), Bruxelas, Koninklijke Academie voor Wetenschappen, Letteren en Schone Kunsten van België, 1990, pp. 181-210; IVAN VEROUĞSTRAETE, “Le juge, censeur de la loi”, in *Le rôle du juge dans la cité*, Bruxelas, Bruylant, 2002, pp. 47-61. Ilustrativos da rápida evolução dos espíritos em relação ao papel criador da jurisprudência são dois livros de um mesmo autor, publicados com um intervalo de três décadas e descrevendo de maneira diferente o papel dos tribunais em geral e do suprema tribunal em particular: FRANÇOIS RIGAUX / JEAN DABIN, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruxelas, Bruylant, 1966; FRANÇOIS RIGAUX, *La loi des juges*, Paris, Odile Jacob, 1997. Luc Huyse, o sociólogo do direito belga mais conhecido, afirmou: “*In some matters, Parliament has become the notary, only formalising the new law created by precedent*”, DIRK LUYTEN / JOGLI MEIHUIZEN, “Luc Huyse: interview met een multi-disciplinair grensbewoner”, *Pro Memorie*, 6, 2004, p. 284. *Vd.* também MAURICE ADAMS, “Government of laws, not of men? Over recht, macht en de democratische legitimiteit van rechtsvorming door de rechter. Een toepassing in de context van trias politica en vage normen”, *Chroniques de Droit Public*, 3, 1999, pp. 173-201.

⁵³ O livro já mencionado *Het beleid van de rechter*, de WALTER VAN GERVEN (Antuérpia, Standaard, 1973, com múltiplas reimpressões) teve um importantíssimo papel intensificador neste contexto. As primeiras reações à publicação foram às vezes bastante hostis, argumentando-se sobretudo com a falta de controlo democrático da formação de regras de direito por juízes não eleitos, ROBERT KRUIHTOF, “Naar een ‘gouvernement des juges’ in het Belgische verbintenisrecht?”, in *Hulde aan Prof. Dr. R. Kruitof*, MARIEKE COENE *et al.* (ed.), Antuérpia, Maklu, 1992, pp. 27-79. Hoje, porém, já não se nega, nem se critica, o papel criativo da jurisprudência, MAURICE ADAMS, “Democratische rechtspraak: variaties op een ideaal”, in *Recht en democratie: de democratische verbeelding van het recht*, MAURICE ADAMS / PATRICIA POPELIER (ed.), Antuérpia, Intersentia, 2004, pp. 337-380; H.C.F. SCHOORDIJK, “De methode van rechtsvinding en haar geschiedenis”, *Tijdschrift voor Privaatrecht*, 40, 2003, pp. 613-641.

da doutrina. Exemplos famosos são as teorias do abuso do direito e do equilíbrio nas relações de vizinhança. Importante foi também a introdução do *contrôle marginal*,⁵⁴ baseado no princípio da racionalidade, atribuindo ao juiz o poder de intervir na ponderação das relações contratuais privadas, ou, no direito público, o poder de abandonar o limitado controlo de pura legalidade. Neste último caso, já não se averigua apenas se a letra da lei formal foi violada, mas também se investiga se os atos do governo são compatíveis com o espírito da lei. Passou-se assim de um controlo de mera legalidade literal a um controlo da legitimidade dos atos do poder executivo.

Certamente, o tempo da estrita Escola Exegética há muito terminou. Contudo, não se deve exagerar a rutura com o passado. Atendendo à forma como os textos legais são interpretados, verifica-se ainda uma significativa continuidade. O que finalmente desapareceu foi a literalidade e o formalismo extremos. As “novas” visões de François Gény, em França (*la libre recherche scientifique*), de Paul Vander Eycken (interpretação teleológica em função das necessidades sociais) e Henri De Page (*l'induction sociale*) têm em certa medida uma natureza mais teórica do que real.⁵⁵

Três mudanças ocorridas são, ainda assim, importantes. A primeira reside no facto de os juízes, em lugar de se referirem às palavras exatas do texto legal (argumentação sobretudo formal), salientarem cada vez mais a coerência das suas decisões com o quadro geral do sistema jurídico (ou, digamos, uma argumentação muito mais material). A segunda alteração diz respeito à utilização de argumentos históricos. Enquanto, há cem anos, os juízes se referiam aos textos dos trabalhos preparatórios da legislação para esclarecer o verdadeiro sentido (original) da lei, perguntam-se agora muito mais o que diria um legislador “ideal”, “a-temporal” ou “inter-temporal” a respeito do caso concreto: qual deve ser o sentido da lei hoje, tendo em conta os princípios que guiaram o legislador original ou histórico, mas colocado no contexto contemporâneo? Finalmente, alusões à – na verdade, mítica – lei natural transformaram-se em referências à – acima de tudo racional – ciência jurídica ou ao próprio sistema (*vd. infra*, quanto aos princípios gerais do direito).

⁵⁴ JAN RONSE, “Le contrôle marginal des décisions discrétionnaires en droit privé”, in CHAÏM PERELMAN / PAUL FORIERS (ed.), *La motivation (supra)*, pp. 403-414; JAN RONSE, “Marginale toetsing in het privaatrecht”, *Tijdschrift voor Privaatrecht*, 14, 1977, pp. 207-222; ROBERT SOETAERT, “Rechtsbeginselen en marginale toetsing in cassatie”, in *Liber amicorum Jan Ronse*, GEERT BAERT (ed.), Bruxelas, Story-Scientia, 1986, pp. 51-66; PATRICK WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1. (*Théorie générale du contrat*), Bruxelas, Larcier, 2011, p. 276; PIERRE VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, vol. 1, Bruxelas, Bruylant, 2010, p. 74.

⁵⁵ FRANÇOIS OST, “L’interprétation logique et systématique” (*supra*), pp. 115-116.

A criação judicial de direito foi também influenciada por outras transformações. Dentro do sistema judiciário, o número de tribunais aumentou e, no seio destas instituições, cresceu também o número de câmaras ou secções e de magistrados (estes últimos selecionados muito mais profissionalmente – e já não politicamente – graças à criação do Alto Conselho da Justiça, em 1999, e assistidos cada vez mais por “referendários”).⁵⁶ Além disso, esses magistrados tornaram-se cada vez mais especializados. No domínio do direito do trabalho (e do direito social), por exemplo, os *Conseils de prud’hommes* oitocentistas, integrados por dois representantes dos empresários e um dos trabalhadores, foram substituídos por tribunais do trabalho, presididos por juristas profissionais.⁵⁷ Similar evolução ocorreu na área do direito comercial, em que os velhos tribunais comerciais apenas contavam com comerciantes como juízes. De 1869 em diante, os escrivães passaram a ser juristas formados na universidade; em 1910, tornaram-se “*référéndaires*” ou assessores dos juízes; e finalmente, com a promulgação do Código Judicial de 1967, este referendário converteu-se no profissional que assume as funções de presidente do tribunal de comércio, hoje chamado “tribunal das empresas”.⁵⁸

Outro importante alargamento das instituições públicas de resolução de conflitos verifica-se com a criação, em meados do século XX, do Conselho de Estado.⁵⁹ Esta instituição é competente para apreciar a legalidade da atividade governamental, quer se trate de atos administrativos individuais ou de normas gerais estabelecidas pelos vários órgãos administrativos.⁶⁰ O que realmente deve ser entendido por ato

⁵⁶ <http://www.csj.be/fr>.

⁵⁷ LUK BURGELMAN, “Geschiedenis van de Belgische magistratuur (1830-2002)”, in DIRK HEIRBAUT *et al.* (ed.), *Politieke en sociale geschiedenis (supra)*, pp. 187-215; URBAIN DEPRez, “Les juridictions du travail”, in *À l’enseigne du droit social belge. Numéro spécial de la Revue de l’Université Libre de Bruxelles*, Bruxelas, Éditions de l’Université de Bruxelles, 1978, pp. 230-282.

⁵⁸ GEORGES MARTYN, “Le débat à propos des tribunaux de commerce en Belgique depuis 1807”, in *Actes des Journées Internationales de la Société d’Histoire du Droit – Dijon 2007. Le droit, les affaires et l’argent. Célébration du bicentenaire du Code de commerce*, ANNE GIROLLET (ed.), Dijon, Société pour l’Histoire du Droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands, 2008, pp. 445-462.

⁵⁹ O Conselho foi criado pela lei de 23 de dezembro de 1946 e oficialmente instalado a 8 de outubro de 1948, GUSTAAF BAETEMAN, “De Raad van State op de drempel van de 21ste eeuw”, in *50 jaar Raad van State*, GUSTAAF BAETEMAN / GEERT DEBERSAQUES (ed.), Bruges, die Keure, 1998, pp. 1-35; ANDRÉ ALEN, *Rechter en bestuur in het Belgische publiekrecht. De grondslagen van de rechterlijke wettigheidscontrole*, Antuérpia, Kluwer, 1984; SABIEN LUST, *Raad van State. Afdeling Administratie. Rechtsherstel door de Raad van State*, Bruges, die Keure, 2000; FRANÇOISE MULLER, “Entre exhortations doctrinales et résistances judiciaires: la laborieuse création du Conseil d’Etat belge (1831-1946)”, in *Les modes de résolution des conflits entre gouvernants et gouvernés*, SERGE DAUCHY (ed.), Bruxelas, CRHiDI, 2009, pp. 67-97. Foi só no ano de 1994 que o Conselho foi consagrado no texto da Constituição.

⁶⁰ Já antes da Primeira Grande Guerra vários juristas e políticos belgas tinham promovido iniciativas para a criação dum Conselho de Estado, p.e. RENÉ MARCQ, *La responsabilité de la puissance publique*,

de uma “autoridade administrativa ou serviço público” não é explicado na lei de 1946 ou em qualquer outro diploma legislativo ulterior. Esta lacuna foi integrada pela jurisprudência do próprio Conselho (e do Tribunal da Cassação, que exerce um controlo de legalidade e pode anular decisões do Conselho de Estado, e que também decide conflitos de competência entre as instituições do poder judicial e os tribunais ditos administrativos),⁶¹ num perfeito exemplo do poder criativo do judiciário. O legislador tem explicitamente aceitado esta ação criativa do Conselho, como sucede com a aplicabilidade de muitos diplomas que simplesmente reconduz à autoridade administrativa, “tal como entendido no sentido do artigo 14.º das leis coordenadas sobre o Conselho de Estado”.⁶² O Conselho tem desenvolvido um trabalho cada vez mais intenso. Enquanto que, nos primeiros anos, a sua atividade estava praticamente circunscrita às disputas sobre funcionários públicos, sob o efeito da sempre crescente intervenção pública em toda a sorte de assuntos, encontra-se agora a tratar de matérias como o direito do ambiente, o ordenamento do território, a regulação económica, a política de asilo, etc. Em domínios tão vastos como estes, o Conselho tem procedido a uma interpretação muito extensiva da sua competência, ou seja, dos fundamentos de anulação de decisões da administração.⁶³

O judiciário não somente conseguiu maior controlo sobre o poder executivo – a partir de 1946, o recurso de anulação (geral) de atos administrativos juntou-se à velha mera exceção de ilegalidade em casos individuais, ou seja, deixando sobreviver a norma regulamentar e só não a aplicando no concreto caso em disputa – como virou o seu olhar crítico também para o poder legislativo.

No último quartel do século XX, foi criado o Tribunal de Arbitragem (*Cour d'Arbitrage/Arbitragehof/Schiedshof*). Trata-se de uma verdadeira inovação belga⁶⁴

Bruxelas, Larcier, 1911; MAURICE BOURQUIN, *La protections des droits individuels contre les abus de pouvoir de l'autorité administrative en Belgique*, Bruxelas, Bruylant, 1912.

⁶¹ Na Bélgica, os tribunais administrativos não integram a estrutura dos tribunais judiciais. É a consequência de uma certa suspeita por parte dos políticos, quando foi criado o Conselho de Estado, em 1946, dependendo este do ministério do Interior e não do ministério da Justiça.

⁶² FREDERIK VANDENDRIESSCHE, “De invulling van het begrip administratieve overheid na de arresten Gimvindus en BATC van het Hof van Cassatie”, *Rechtskundig Weekblad*, 64, 2000-2001, pp. 497-506. O Tribunal da Cassação explicitou que mesmo pessoas coletivas de direito privado podem ser consideradas autoridades públicas quando tomam decisões que possam vincular terceiros, *Cour de cassation*, 5 de fevereiro de 2016, decisão C.15.0164.F, www.juridat.be.

⁶³ GUSTAAF BAETEMAN, “De Raad van State” (*supra*), p. 21; também *vd. infra* sobre os princípios da boa administração.

⁶⁴ A Holanda, por exemplo, continua sem tribunal constitucional, apesar de uma tal criação ter vindo a ser frequentemente discutida. A visão maioritária (como tinha sido na Bélgica durante dois séculos) continua a ser que a expressão democrática da vontade dos representantes do povo

e é integrado simultaneamente por académicos (constitucionalistas) e por (antigos) políticos (na sua maior parte, de facto, também juristas).⁶⁵ A sua primeira atribuição (desde os anos oitenta) consistia em julgar os conflitos de competência entre o Estado nacional (o nível federal), as regiões e as comunidades, mas podia também anular “decretos” (designação das leis formais das regiões e das comunidades) ou leis nacionais, caso violassem os princípios da igualdade e da não discriminação (hoje, os artigos 10.º e 11.º da Constituição), sendo a ideia subjacente que as reformas do Estado não pudessem resultar em desigualdades entre os belgas. O Tribunal, de forma muito criativa, ligou estas disposições constitucionais a outros direitos fundamentais garantidos pela Constituição (interpretada esta em conformidade com a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e outras convenções internacionais), ampliando desta maneira a sua atividade de controlo. Em 2003, o legislador confirmou esta jurisprudência, ao atribuir expressamente ao Tribunal competência para velar por todos os direitos constitucionalmente garantidos (tal como por alguns princípios constitucionais em matéria fiscal). Por fim, em 2007, o legislador mudou a designação “Tribunal de Arbitragem” para “Tribunal Constitucional”.

A jurisprudência introduziu também a responsabilidade do Estado por atos dos poderes legislativo, executivo e judicial. No século XIX, a atividade da administração pública gozava de imunidade.⁶⁶ O caso *Flandria* (nome da parte que levou uma discussão sobre responsabilidade delitual por parte duma autoridade pública até ao supremo tribunal) de 1920 constitui um marco quanto à responsabilidade civil do Estado.⁶⁷ O Tribunal da Cassação decidiu então que o Estado era responsável

não deve ser criticada por um pequeno “clube” de juristas independentes, HANS LINDAHL, “Rechtsvorming als politieke representatie: de kwestie van constitutionele toetsing”, in *De rechter als rechtsvormer*, BART VAN KLINK / ERIK-JAN BROERS (ed.), Haia, Boom, 2001, 173-196. Na Bélgica, pelo contrário, o Parlamento quase nunca debateu a criação de um verdadeiro tribunal constitucional (como existe na Alemanha ou nos Estados Unidos da América, por exemplo), mas o país acabou por ter um, como consequência das reformas do Estado e de evoluções pretorianas.

⁶⁵ A instituição não faz parte do poder judicial e tem o seu próprio estatuto, com base num capítulo próprio da Constituição (coordenada em 1994), JAN VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, Antuérpia, Maklu, 1990. Mesmo que não possa ser considerado um tribunal ordinário, não se pode negar que tenha um papel judicial, julgando casos concretos entre duas partes, sendo uma delas sempre uma entidade pública.

⁶⁶ PAUL LEWALLE, “Les responsabilités des pouvoirs publics en droit belge. Antécédents et perspectives”, in *L'administration face à ses juges*, JEUNE BARREAU DE LIÈGE (ed.), Liège, Jeune Barreau, 1987; PAUL LEWALLE, *Contentieux administratif*, Bruxelas, Larcier, 2008.

⁶⁷ *Cour de cassation*, 5 de novembro de 1920, *Pasicrisie*, 1920, vol. 1, p. 193; FRANÇOISE MULLER, *La Cour de cassation belge à l'aune des rapports entre pouvoirs. De sa naissance dans le modèle classique de la séparation des pouvoirs à l'aube d'une extension de la fonction juridictionnelle, 1832-1914/1936*, Bruges, die Keure, 2011, pp. 302-326.

pelos danos causados pela negligência, imperícia ou imprudência do poder executivo (culpa administrativa ou *faute du service*). Foi o ponto de viragem para o alargamento progressivo do âmbito da responsabilidade civil extracontratual do Estado (e outras entidades públicas), até que também o legislador foi considerado responsável pela sua atuação ou, mais exatamente, pela sua omissão,⁶⁸ tal como ficou decidido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, no acórdão *Francovich* de 19 de novembro de 1991.⁶⁹ Numa questão prejudicial de um juiz italiano, o Tribunal decidiu que a Itália podia ser responsabilizada por não ter procedido, no prazo devido, à transposição de uma diretiva europeia.

Agora que o Tribunal Constitucional, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e o Tribunal de Justiça da União Europeia podem declarar inválidas as leis formais belgas, com um leque de fundamentos progressivamente mais amplo, aumenta também cada vez mais o número de pedidos de indemnização por responsabilidade do legislador⁷⁰ interpostos nos tribunais nacionais. Se o juiz ainda é entendido como “a boca da lei”, aquilo que podemos dizer é que essa boca, sem dúvida, hoje às vezes morde. O poder judicial tem nos nossos dias um enorme impacto no direito, não somente interpretando o direito positivo, mas também criando e “aniquilando” direito através do controlo da legalidade dos atos do poder executivo e através do controlo da constitucionalidade das leis formais, assim como julgando ações de responsabilidade civil dos poderes públicos.

E como evoluiu a doutrina ao longo do século XX? Hoje já não se discute que as obras dos académicos do direito constituem uma fonte do direito. Eles não se limitam a sumariar, explicar ou comentar. Eles são críticos e criativos, como sucedeu paradigmaticamente com as teorias do abuso do direito e do equilíbrio nas relações de vizinhança, antes referidas. A doutrina realmente comenta aquilo que os juízes fazem, descobre desenvolvimentos e propõe novas ideias e soluções, mas somente

⁶⁸ MICHEL MAHIEU / SEBASTIEN VAN DROOGENBROECK, “La responsabilité de l’état législateur”, *Journal des Tribunaux*, 117, 1998, pp. 825-846; GUNTER MAES, “Sancties bij een door het Arbitragehof vastgestelde ongrondwettige afwezigheid van wetgeving”, *Rechtskundig Weekblad*, 67, 2003-2004, pp. 1201-1209; GUNTER MAES, “Algemene zorgvuldigheidnorm en aansprakelijkheid voor de wetgevende macht”, *Nieuw Juridisch Weekblad*, 3, 2004, pp. 398-404.

⁶⁹ DIRK ARTS, “Het Francovich-arrest en zijn toepassing in de Belgische rechtsorde”, *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht*, 48, 1993, p. 495.

⁷⁰ Finalmente, o Estado também foi declarado responsável por erros judiciais no caso *Anderlecht Café*, decidido pela *Cour de cassation* a 19 de dezembro de 1991, ALOÏS VAN OEVELEN, “De aansprakelijkheid van de Staat voor ambtsfouten van magistraten en de orgaantheorie na het Anca-arrest van het Hof van Cassatie van 19 december 1991”, *Rechtskundig Weekblad*, 56, 1992-1993, pp. 377-398; ALOÏS VAN OEVELEN, *De overheidsaansprakelijkheid voor het optreden van de rechterlijke macht*, Antuérpia, Maklu, 1997.

se os tribunais seguem essas propostas elas serão consideradas efetivas.⁷¹ Um exemplo clássico é a rejeição pelo supremo Tribunal da Cassação do conceito holandês de *rechtsverwerking* (garantindo, em síntese, que quando o credor age como se não estivesse interessado na execução de um certo crédito, mas surpreende afinal o devedor, exigindo-o, a sua pretensão é rejeitada), apesar de apoiado por alguns autores e por vários tribunais de primeira instância (sobretudo flamengos).⁷²

Por outro lado, o que é, entretanto, totalmente aceite, tanto pela doutrina como pelo judiciário, é o aparecimento de uma nova fonte formal do direito na cena jurídica: os princípios gerais do direito. A ideia básica que se encontra aqui subjacente é a de que existem certos princípios fundamentais não escritos, verdadeiros princípios retóricos do direito, com múltiplas aplicações nos concretos diplomas legais, sem, todavia, terem sido expressos enquanto tal pelo legislador ou, pelo menos, de forma exaustiva. A proibição de fazer justiça pelas próprias mãos, por exemplo, não se encontra estabelecida enquanto tal na lei ou na constituição. O direito do suspeito ou da testemunha ao silêncio como forma de não-incriminação constitui outro exemplo. Um dos primeiros princípios gerais do direito a ser reconhecido foi o direito à defesa, i.e. a obrigação de garantir a qualquer um a oportunidade de apresentar as suas razões e meios de defesa antes que contra si seja pronunciada uma decisão negativa.⁷³ Esses princípios não se confundem com os princípios gerais de (um ramo de) direito que se podem encontrar nos velhos manuais do ensino jurídico. Nada têm que ver com os grandes traços caracterizadores dos ramos de direito. Se considerarmos os princípios gerais como uma fonte formal do direito é mais como uma concreta regra que são entendidos, uma regra capaz de fundamentar a decisão judicial, ainda que não esteja incorporada num diploma legal, precedente ou autoridade doutrinária.⁷⁴ Os princípios gerais do direito

⁷¹ IVAN VEROUĞSTRAETE, “De invloed van de doctrine op de rechtspraak”, *Tijdschrift voor Privaatrecht*, 21, 1984 (*Feestbundel 20 jaar Tijdschrift voor Privaatrecht*), pp. 65-88.

⁷² É, de facto, um exemplo da divisão emergente entre uma cultura jurídica própria flamenga e outra francófona, mas ambas belgas. O conceito de *rechtsverwerking* é de origem holandesa e não admira que o jargão francófono mesmo não conheça uma palavra própria para designá-lo. O Tribunal da Cassação, de cunho francês, continua a atribuir um papel preponderante aos códigos, no sistema dos quais se usam conceitos como “termo/prazo” e “prescrição”, mas não *rechtsverwerking*, criação meramente doutrinária, inspirada no exemplo holandês e divulgada por revistas e livros flamengos, mas não valões.

⁷³ WALTER GANSHOF VAN DER MEERSCH, “Le droit de défense, principe général de droit. Réflexions sur des arrêts récents”, in *Mélanges en l’honneur de J. Dabin*, vol. 2, Bruxelas, Bruylant, 1963, pp. 569-614.

⁷⁴ Mesmo que não seja uma regra formulada de modo expresso e concreto (por exemplo, no caso do “princípio do prazo razoável” não se trata da definição de um prazo determinado quanto ao número de dias, meses ou anos), o juiz encontra no princípio o poder de decidir em concreto e

constituem uma fonte formal autónoma do direito. O legislador, o juiz ou o académico podem encontrar ou (re-)formular um princípio, mas ele pré-existe a essa formulação.⁷⁵ Faz parte do direito não escrito belga.⁷⁶ Os princípios gerais irrompem da lei natural, mas são parte do sistema jurídico positivo. Hoje, o seu carácter vinculativo é aceite sem qualquer reserva. A maioria dos princípios gerais estão, na escala hierárquica das normas legais, ao nível da lei formal, mas há também princípios gerais com valor constitucional.⁷⁷ Tal como nos países vizinhos da Bélgica, os princípios gerais apenas irrompem depois da Segunda Grande Guerra.⁷⁸ Nos anos 70, a sua popularidade cresceu na jurisprudência, ao mesmo tempo que os académicos tentaram catalogá-los.⁷⁹ Os seus maiores sucessos foram colhidos no domínio do direito administrativo, onde foram reconhecidos princípios (em especial pelo Conselho de Estado) como o princípio da confiança, da racionalidade, da proporcionalidade e do *fair play*. São designados “princípios da decente e boa governança ou administração”.⁸⁰ Enquanto nos primeiros anos da sua existência

tomadas em conta todas as circunstâncias do caso (dizendo neste mesmo exemplo que, aplicando o *contrôle marginal*, já não seria razoável aceitar o prazo estabelecido por uma das partes). Os princípios gerais são de certo modo uma forma de equidade aplicada. Não são idênticos à equidade, porque este é um conceito geral, enquanto dos princípios gerais existem muitas variantes: o prazo razoável, o direito de defesa, a razoabilidade na medida das sanções, a proporcionalidade etc. A equidade, no sistema belga das fontes formais do direito, não constitui uma fonte independente, mas é mais uma maneira de aplicar as várias fontes, tal como a lei ou um princípio geral. Os princípios gerais, estes sim, constituem fontes do direito, nos quais os tribunais fundamentam as suas decisões. Podem mesmo aplicar um princípio, negligenciando uma outra fonte formal.

⁷⁵ “*Ils ne sont pas créés par le juge [...] il en constate l'existence*”, WALTER GANSHOF VAN DER MEERSCH, “Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit”, *Journal des Tribunaux*, 89, 1970, pp. 557-573; 581-596.

⁷⁶ MARK VAN HOECKE, “De algemene rechtsbeginselen als rechtsbron: een inleiding”, in *Algemene rechtsbeginselen. Referaten van de lezingencyclus georganiseerd door de Interuniversitaire Kontaktgroep Rechts Theorie, november 1987-maart 1989*, MARK VAN HOECKE (ed.), Antuérpia, Kluwer, 1991, p. 3; PAUL VAN ORSHOVEN, “Non scripta, sed nata lex”, *eod.*, pp. 69-70; MARK VAN HOECKE, “Naar een theorie van de algemene rechtsbeginselen”, *eod.*, pp. 292-293.

⁷⁷ JOHAN VANDE LANOTTE / GEERT GOEDERTIER, *Overzicht publiek recht*, Bruges, die Keure, 2001, pp. 160-164.

⁷⁸ Segundo MARK VAN HOECKE (“De algemene rechtsbeginselen” (*supra*), p. 10), o acórdão decisivo do Tribunal da Cassação é de 10 de janeiro de 1950, *Pasicrisie*, 1950, vol. 1, p. 302. O primeiro princípio reconhecido, neste caso, foi o da “continuidade do serviço público”, ROBERT SOETAERT, “Algemene rechtsbeginselen in Cassatie”, in MARK VAN HOECKE (ed.), *Algemene rechtsbeginselen (supra)*, pp. 83-94.

⁷⁹ P. CLAEYS BOUÛAERT, “Algemene beginselen van het recht. Vijftien jaar rechtspraak van het Hof van Cassatie”, *Rechtskundig Weekblad*, 66, 2002-2003, pp. 112-162.

⁸⁰ JURGEN DE STAERKE, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en behoorlijk burgerschap. Beginselen van de openbare dienst*, Bruges, die Keure, 2002. Um dos jurisperitos mais importantes no

o Conselho de Estado havia sido muito inspirado pela jurisprudência do seu congêneres francês, o reconhecimento dos princípios da boa governança constitui um exemplo da crescente influência holandesa.⁸¹

Esboçado o quadro geral da evolução da lei, da jurisprudência e da doutrina nos séculos XIX e XX, bem como o aparecimento dos princípios gerais do direito na segunda metade do século XX, examinemos finalmente o que mudou nas relações entre essas várias fontes do direito. A primazia da lei de há um século atrás quebrou-se. As instituições judiciais podem deixar sem efeito ou, pelo menos, ignorar a legislação formal (Tribunais europeus, Tribunal Constitucional) e material (Conselho de Estado e todos os tribunais, que podem fazer uso da exceção de ilegalidade). A “ilegalidade” já não se refere só ao texto da lei, mas de um modo mais amplo à sua legitimidade dentro do sistema legal e à sua conformidade com os princípios gerais do direito.⁸² A jurisprudência, num diálogo permanente com a doutrina, desempenha um papel fundamental na criação de direito novo e na

processo de reconhecimento e desenvolvimento dos princípios da boa administração foi Louis-Paul Suetens, professor de direito administrativo na Universidade Católica de Lovaina e membro do Conselho de Estado. Escreveu explicitamente que tinha ido buscar inspiração na Holanda, p.e. LOUIS-PAUL SUETENS, “Algemene rechtsbeginselen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het Belgisch administratief recht”, *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht*, 25, 1970, pp. 179-196; LOUIS-PAUL SUETENS, “Algemene beginselen van behoorlijk bestuur in de rechtspraak van de Raad van State”, *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht*, 36, 1981, pp. 81-89; LOUIS-PAUL SUETENS, “Algemene beginselen van behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie der normen. Inleidende verkenning”, in *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, INGRID OPDEBEEK / MARC BOES (ed.), Antuérpia, Kluwer, 1993, pp. 1-26. Suetens estabeleceu listas dos princípios reconhecidos pelo Conselho de Estado em 1970, 1981 e 1993. A *Cour de cassation* reconheceu, ao menos implicitamente, a existência dos princípios como fonte formal do direito num acórdão de 29 de abril de 1960, mas muitas dúvidas surgiram nos anos 60 (e.g. P. MAROY, *Application des principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative. Rapport*, Bruxelas, Instituut voor Bestuurswetenschappen, 1961; CHARLES HUBERLANT, “Le droit administratif belge comprend-il des principes généraux non écrits?”, in *Mélanges en l'honneur de J. Dabin*, vol. 1, Bruxelas, Bruylant, 1963, pp. 661-690; MARC SOMERHAUSEN, “Les principes généraux du droit administratif”, in *Perspectivas del derecho público en la segunda mitad del siglo XX. Homenaje a Enrique Sayagues-Laso*, LEÓN CORTIÑAS-PELAEZ (ed.), vol. 4, Madrid, Instituto de Estudios de Administracion Local, 1969, pp. 465-490). Somente após a publicação de Suetens, em 1970, as opiniões divergentes da doutrina conheceram um certo alinhamento.

⁸¹ GUSTAAF BAETEMAN, “De Raad van State” (*supra*), p. 17; LOUIS-PAUL SUETENS, “Algemene rechtsbeginselen” (*supra*), p. 379. A expressão “decente e boa governança ou administração” é de origem holandesa, tendo sido já usada numa lei, em 1954, GERARD J. WIARDA, “Algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het Nederlandse recht”, *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht*, 25, 1970, pp. 365-378.

⁸² KAREL RIMANQUE, *De grondwet toegelicht, gewikt en gewogen*, Antuérpia, Intersentia, 1999, pp. 318-319.

adaptação do antigo. Enquanto os académicos procuram no estrangeiro novas ideias e sugerem muitas alterações, os (altos) tribunais decidem o que finalmente vai ser aceite ou não. Em lugar da primazia do direito legislado, legitimado pela representação democrática no parlamento, podemos falar hoje numa primazia do judiciário. Por outras palavras, longe de ainda ser a boca da lei, obrigado a seguir literalmente o texto da lei, como um servo que segue o seu senhor, o juiz tornou-se ele próprio senhor.

5. Observações finais

À primeira vista, não há nada de errado no primado da criação judicial de direito (*primacy of judge made law*). É certamente um passo na direção de um contexto jurídico internacional mais unificado, ou pelo menos mais uniforme, onde a superação do contraste entre o sistema de *common law*, baseado em precedentes e *stare decisis*, e o sistema continental, alicerçado no direito legislado, se apresentava como uma torre difícil de tomar. Embora oficialmente a Bélgica não reconheça os precedentes como fonte formal do direito, as decisões dos tribunais são citadas e as referências à jurisprudência (sobretudo dos tribunais superiores) multiplicaram-se ao longo do tempo.⁸³

O facto de os juízes manterem um olhar atento às soluções do legislativo e do executivo não será a verdadeira realização do Estado de direito (*rule of law*)? Ou será o “governo dos juízes ou dos juristas” (*rule of lawyers*)? Não será finalmente a realização dos “pesos e contrapesos” (*checks and balances*), exigidos por um verdadeiro sistema de separação de poderes?⁸⁴

Contudo, na minha opinião pessoal, não podemos ignorar a outra face da moeda. Todo o controlo exercido por um juiz profissional e academicamente capacitado é um controlo técnico, obedecendo às regras próprias da lógica jurídica. Mas não nos esqueçamos que “o direito” não é sinónimo de justiça. O direito é

⁸³ MAURICE ADAMS, “De precedentenwerking van rechterlijke uitspraken”, *Jura Falconis*, 33, 1996-1997, pp. 747-762, dizendo que, na prática, é muitas vezes mais fácil convencer um juiz citando a “autoridade” duma decisão judicial publicada do que citando a mera letra da lei. No mesmo sentido: PAUL VAN ORSHOVEN, “Non scripta, sed nata lex” (*supra*).

⁸⁴ Não foi surpresa ver a *Cour de cassation* belga, a 20 de maio de 1916, declarar nulos os regulamentos da administração alemã, força ocupante durante a Primeira Grande Guerra, “*la force ne créant pas le droit*”, LUK BURGELMAN, “Geschiedenis” (*supra*); ROBERT JANSSENS, “Het Hof van Cassatie” (*supra*), p. 102; MÉLANIE BOST / STANISLAS HORVAT, “Une première crise majeure. L’impact de la Grande Guerre sur la justice belge”, in MARGO DE KOSTER *et al.* (ed.), *Deux siècles de justice (supra)*, pp. 517-537.

um instrumento da ordem social. Regras e instituições não são em si mesmas boas ou más; são apenas meios para a realização de objetivos sociais, exteriores ao próprio sistema jurídico. Os verdadeiros princípios ou a derradeira decisão sobre o bom e o mau não são decisões jurídicas. Se uma sociedade confia o poder de decidir aos juristas do poder judicial, apenas poderemos esperar que esses homens e mulheres sejam dignos dessa confiança.

Por fim, espera-se desses juristas profissionais que façam o melhor que podem para produzir uma argumentação clara, explícita e exaustiva,⁸⁵ não somente para persuadir as partes, mas também para convencer a opinião pública. Nos anos 90, a justiça belga caiu numa crise profunda, em especial por ocasião do acórdão *Spaghetti*, pronunciado pelo Tribunal da Cassação no caso do pedófilo e assassino Dutroux. O supremo tribunal removeu um juiz de instrução (*juge d'instruction*) – aos olhos da opinião pública “bom” – porque tinha comido uma massa numa festa beneficente oferecida à família das vítimas. Apesar de a decisão de remover o juiz do caso ter sido juridicamente correta (a justiça não apenas deve ser imparcial como deve parecê-lo e um juiz que come com uma das partes não pode ser um juiz imparcial), não foi apreciada pelo público. Se os juristas, e especialmente os juízes, querem legitimar a confiança e o poder colocados nas suas mãos, devem estar conscientes de quão importante é a transparência quanto aos princípios que orientam as suas decisões.

⁸⁵ O mencionado autor Walter Van Gerven defendeu uma maior transparência e propôs introduzir, na fundamentação de cada decisão judicial, o raciocínio que Esser chamou de *Vorentscheidung* (decisão antecedente/prévia), HERMAN COUSY / WOUTER DEVROE, “Met recht en rede, de reden van het recht: interview met Walter Van Gerven”, *Pro Memorie*, 6, 2004, p. 92. Van Gerven explicitou a sua visão duma *creative justice* em: “Creatieve rechtspraak”, *Tijdschrift voor Privaatrecht*, 34, 1997, pp. 1-2. Quanto à posição dos magistrados nesta discussão: JAN LOYENS, “Het onbehagen van de magistratuur. Beschouwingen bij dertig jaar mercuriales”, *Rechtskundig Weekblad*, 67, 2003-2004, pp. 1281-1293.