

Faculdade de Direito de Lisboa

SLL - INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO I/ NOITE 1ª ÉPOCA/ 2010

SUB-TURMAS 5 e 6

**APONTAMENTOS DE INTRODUÇÃO AO
ESTUDO DO DIREITO**

1º SEMESTRE 2010/2011

Docente: *Sandra Lopes Luís*

Estes apontamentos correspondem à matéria das aulas práticas da cadeira de Introdução ao Estudo do Direito leccionada às sub-turmas 5 e 6 da Noite, no 1º semestre do ano lectivo de 2010- 2011. Têm uma finalidade exclusiva de auxílio aos alunos no estudo para a preparação dos exames.

INDÍCE

CAPÍTULO I: A Ordem Jurídica

1. Ordem natural e ordem social: ordem fáctica; técnica e normativa. Ideia de normatividade
2. Diversidade de ordens normativas: ordem religiosa; ordem moral; ordem de trato social e ordem jurídica
3. Relações direito e moral
4. Caracterização da Ordem Jurídica: necessidade/ imperatividade/ coercibilidade/ exterioridade/ estatalidade
5. Os fins do Direito: a Justiça, Segurança Jurídica e Promoção do Bem-estar Económico, Social e Cultural
6. Sociedade politicamente organizada: Estado; Estado de Direito; realização do Direito como função do Estado
7. Os meios de tutela pública
8. Ramos de Direito

CAPÍTULO II: Fontes de Direito

1. Considerações gerais sobre Fontes de Direito
2. Costume
3. Jurisprudência
4. Doutrina
5. Lei
6. Direito internacional
7. Princípios fundamentais de Direito
8. Hierarquia das fontes/ normas

CAPÍTULO III: Interpretação

1. A interpretação em sentido restrito

- A. Noção
- B. Modalidades de interpretação
 - a. Critério dos sujeitos/ fontes/ origem ou valor: Interpretação autêntica; oficial; judicial; doutrinal e particular
 - b. Critério do objectivo ou fim da interpretação: Subjectivistas/ Objectivistas/ Teses mistas; Historicistas/ Actualistas; art. 9 CC
 - c. Critério dos resultados da interpretação: interpretação declarativa; extensiva; restritiva; abrogante; enunciativa; correctiva
- 2. A integração de lacunas
 - a. Considerações iniciais
 - b. Lacuna jurídica
 - c. Integração: analogia legis; analogia júris; norma que o interprete criaria
- 3. Novas perspectivas metodológicas de concretização ou desenvolvimento do direito
 - a. Redução teleológica
 - b. Extensão teleológica
- 4. Exemplos práticos e dúvidas da doutrina

CAPÍTULO IV: A Norma Jurídica

- 1. Noção e estrutura da norma jurídica
- 2. Características da norma jurídica
- 3. Classificações de normas jurídicas

CAPÍTULO V: Casos práticos

- 1. Casos práticos resolvidos sobre Interpretação
- 2. Casos práticos resolvidos sobre Integração de Lacunas
- 3. Casos práticos sobre Fontes de Direito e Normas Jurídicas
- 4. Testes de anos anteriores

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA:

Manuais de Introdução ao Estudo do Direito

MRS (Marcelo Rebelo de Sousa), 4ª Edição 1998 Europa América;
S J (Santos Justo) 3ª Edição, 2006;
O A (Oliveira Ascensão) 10ª Edição, 1997;
NSG (Nuno Sá Gomes), 2001; CM (Castro Mendes) 1994;
BM (Baptista Machado) 15ª Edição, 2006;
AV/PL (Antunes Varela e Pires de Lima – CC anotado);
G T (Galvão Telles) 10ª Edição, 1998; F A (Freitas do Amaral) 2004;
PO (Paulo Otero), 1999;
Fernando José Bronze, 2002;

Outros manuais

Castanheira Neves: Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais 1993
Karl Larenz: Metodologia da Ciência do Direito, 4ª Edição 2005
Karl Engisch: Introdução ao Pensamento Jurídico, 10ª Edição 2008
Gomes Canotilho/Vital Moreira: CRP anotada, 2010.

Livros de Hipóteses Práticas

Marcelo Rebelo de Sousa e outros, AAFDL 1998
Carla Amado Gomes, AAFDL 1997
Pedro Ferreira Murias, AAFDL 2001
Daniel Morais, AAFDL 2008
David Magalhães: Noções Fundamentais de Direito, 2010

Faculdade de Direito de Lisboa

SLL - INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO I/ NOITE 1ª ÉPOCA/ 2010

SUB-TURMAS 5 e 6

CAPÍTULO I: A Ordem Jurídica

Abreviaturas dos nomes de Autores:

MRS (Marcelo Rebelo de Sousa); S J (Santos Justo); O A (Oliveira Ascensão); NSG (Nuno Sá Gomes)
CM (Castro Mendes); BM (Baptista Machado); AV/PL (Antunes Varela e Pires de Lima – CC anotado);
G T (Galvão Telles); F A (Freitas do Amaral); PO (Paulo Otero)

Aspectos a abordar:

- 9. Ordem natural e ordem social: ordem fáctica; técnica e normativa. Ideia de normatividade**
- 10. Diversidade de ordens normativas: ordem religiosa; ordem moral; ordem de trato social e ordem jurídica**
- 11. Relações direito e moral**
- 12. Caracterização da Ordem Jurídica: necessidade/ imperatividade/ coercibilidade/ exterioridade/ estatalidade**
- 13. Os fins do Direito: a Justiça, Segurança Jurídica e Promoção do Bem-estar Económico, Social e Cultural**
- 14. Sociedade politicamente organizada: Estado; Estado de Direito; realização do Direito como função do Estado**
- 15. Os meios de tutela pública**

Ordem natural e ordem social: ordem fáctica; técnica e normativa.

Ideia de normatividade¹

Introdução:

Ideia de que homem é um ser social pois estabelece relações com os outros homens, logo é necessário que o seu comportamento seja disciplinado por regras de organização e de conduta. Deve-se fixar uma ORDEM para a sua actuação

Assim surge a necessidade de:

- 1- Definir ordem
- 2- Distinguir a ordem social da ordem natural
- 3- Separar os vários tipos de ordem dentro da ordem social: fáctica/ técnica / normativa

Ordem

ORDEM é a conjugação de vários elementos para a obtenção de uma função comum (regularidade de actos). Exprime-se por leis que traduzem o encadeamento de condutas necessárias para consecução dos objectivos em vista. É um dado imediato da observação sociológica/ é uma realidade.

ORDEM NATURAL: É a ordem que não se dirige ao homem, mas visa explicar os fenómenos naturais

Ordem natural (ordem do SER)

- D) Explica o fenómeno botânico e o equilíbrio dos organismos animais

¹ Bibliografia: Santos Justo/ Oliveira Ascensão/ Nuno Sá Gomes

- II) Exprime-se por leis da física/ da geografia / da genética (ex. lei o heliocentrismo/ geocentrismo/ lei da gravitação de Newton que explica porque os corpos caem na vertical)
- III) Exprime-se segundo um princípio da causalidade (causa/ efeito), são cegas a considerações de valor
- IV) A ordem natural **não pode ser violada**: porque se reconduz a esquemas mentais de explicação da realidade (visa explicar a realidade) o que pode acontecer, é que esses esquemas mentais estejam errados se um aspecto factual contraria o enunciado dessa lei. Neste caso essa lei não se mantém e procura-se uma nova lei para explicar a realidade
- V) As leis da natureza são posteriores aos fenómenos que visam interpretar

ORDEM SOCIAL: é a ordem das condutas humanas. Tem por objecto regular a actividade humana e as relações entre os membros da sociedade (*ideia*: não há sociedade sem normas). Exprime-se através de normas relacionais: regras para solucionar conflitos

Dentro da ordem social pode-se separar:

- a) Ordem técnica
- b) Ordem fáctica
- c) Ordem normativa

Ordem Técnica (ordem do útil/ vantajoso)

- I) Exprime-se por um conjunto de regras que disciplinam a actividade humana visando a realização de certos **objectivos** que se querem alcançar
- II) São regras condicionais: se, se quiser alcançar algo, é útil que se proceda segundo uma determinada técnica – **meio para atingir um fim** - orientam a acção do homem na sua relação com os meios/ instrumentos para a obtenção dos fins pretendidos

- III) Não têm imperatividade (não se impõe ao homem/ não sente um dever): caso o sujeito não queira obter um resultado não violou um dever
- IV) Exemplos de regras técnicas: de dança/ construção civil (casas) / fertilização de solos/ fabrico de carros

Ordem Fáctica

- I) Consiste na descrição das condutas humanas e nas previsões de comportamentos futuros.
- II) Tem por objecto a análise da actividade do homem (relações de facto/ ser) sem que se lhe imponha o modo como ele se deve comportar
- III) Exprime-se por leis sociológicas² e económicas, segundo as quais diante certas condições certas consequências tendem a verificar-se.
- IV) Exemplos: depois de uma guerra a verifica-se uma expansão da natalidade; lei da oferta e da procura (preços); desvio de emprego para países com mão-de-obra mais barata; fenómenos migratórios; crime nos grandes centros urbanos
- V) São diferentes das leis naturais porque a convivência dos homens muda através dos tempos, enquanto que a ordem natural (por exemplo das abelhas) é sempre a mesma, a sua explicação é que pode mudar (mas o fenómeno é o mesmo sempre). As leis naturais são exactas e universais, já as leis fácticas são contingentes, isto é, variam no tempo e no espaço.
- VI) É diferente da ordem técnica porque a ordem fáctica traduz meras enunciações de juízos de valor da actuação do homem, não orientando a conduta do homem para atingir um fim. Os sociólogos, economistas e historicistas não têm o propósito de disciplinar formas de conduta, embora as suas conclusões possam e devam influir na ordenação dos comportamentos.

Ordem normativa (ordem do DEVER SER)

² A sociologia: estuda a formação/ transformação/ e desenvolvimento das sociedades humanas, os seus factores económicos, culturais e religiosos

- I) É a Ordem que visa orientar a conduta do homem na relação com os outros homens. Tem um **carácter intersubjectivo**: visa disciplinar as suas condutas fixando o modo como elas se devem processar
- II) Corresponde a realidades éticas do ponto de vista do **DEVER SER** (diferente da ordem natural – refere-se ao SER)
- III) Dirige-se com **carácter imperativo** à vontade do homem (o homem sente um dever de não roubar, pois se o fizer terá consequências). Diferente ordem técnica não se situa num plano axiológico de valores
- IV) A ordem normativa **é violável** porque a conduta do homem pode adequar-se a ela ou não.
- V) Ordem normativa impõe-se à vontade do homem antes dele agir. É anterior aos actos que pretende regular

Diversidade de ordens normativas: ordem religiosa; ordem moral; ordem de trato social e ordem jurídica

Bibliografia: Santos Justo/ Oliveira Ascensão

Dentro da ordem normativa (ordem do DEVER SER/ ÉTICA) podemos separar quatro tipos de ordens:

1. Ordem de trato social
2. Ordem religiosa
3. Ordem moral
4. Ordem jurídica

ORDEM DE TRATO SOCIAL

É a ordem definidora das regras de cortesia e de civilidade entre os membros de uma sociedade. Integra todos os usos e práticas do comportamento social que vai desde o modo de vestir, modo como nos expressamos, etiqueta e deveres de respeito para com as outras pessoas. Esta ordem visa facilitar ou tornar mais agradável a convivência social.

A ordem de trato social tem uma certa vincutividade para os seus destinatários: RECEIO DE ENFRENTAR SANÇÕES SOCIAIS.

Devem-se separar os usos e práticas sociais que têm um carácter normativo, e que portanto fazem parte da ordem de trato social, dos que não o têm:

- i) *Normativos* – gozam de uma certa **vincutividade social** decorrente da pressão que o grupo exerce sobre todos os membros para obter um certo comportamento. A sua não observância é sancionada com uma reacção social adversa (reprovação/ marginalização), o que depende da cultura em que se esta inserido. Ex: filas nos autocarros/ casamento noiva vestir de branco/ luto morte de familiar.
- ii) *Não normativos* - são meros “comportamentos convergentes que não integram a ordem de trato social. Trata-se de usos e práticas sociais que traduzem hábitos **sem carácter vincutivo** porque a conduta que se afaste deles não é objecto de pressão ou sanção social. Ex. uso de fato e gravata em provas orais/ as horas das refeições.

ORDEM RELIGIOSA

Estabelece o **relacionamento** do homem com as divindades (sentido de transcendência). Encontra o seu **fundamento** na fé e tem **expressão** tanto no comportamento de cada um perante si próprio como perante as outras pessoas.

As normas religiosas impõem deveres aos homens na sua relação com Deus: a proibição de matar, de roubar e amar o próximo (mandamentos da Lei de Deus), são deveres do crente para com Deus e não para com os outros homens – **sentido de transcendência** da regra religiosa – há **sanções divinas**.

Tal acontece mesmo quando tais normas impõem condutas nas relações entre os homens. De facto, as normas religiosas podem ter expressão e produzir efeitos nas relações entre os homens, todavia tal ocorre de modo reflexo, enquanto resultado das relações entre o crente e as divindades. Ao beneficiar dos mandamentos de Deus, os nossos semelhantes não são sujeitos activos de um direito religioso imposto ao crente e estabelecido a seu favor, mas apenas reflexamente beneficiam dele.

-Não se devem confundir com as normas de ordem religiosa, as **normas que regulam a organização e funcionamento das comunidades religiosas** dos agrupamentos de instituições dos crentes das diferentes religiões, pois estas são impostas pela hierarquia e traduzem-se em regras terrenas e com sanções terrenas.

- **Relações entre a ordem religiosa e a ordem jurídica da sociedade civil:** o direito da sociedade civil garante liberdade de culto religioso sem no entanto assumir ele próprio o conteúdo das normas religiosas.

ORDEM MORAL

Traduz uma ordem normativa que estabelece os deveres de natureza ética visando o aperfeiçoamento da pessoa quer perante si própria quer no seu comportamento (externo e interno) em relação aos outros (com todos aqueles com que se relaciona). Implica um conjunto de preceitos e concepções altamente obrigatórios para a consciência.

Sanção: peso consciência; remorsos

Caracteriza-se pela interioridade, absolutidade e espontaneidade do dever moral

É uma realidade dotada de alguma imprecisão, por isso podem-se separar três grandes sectores dentro da moral:

- I) **Moral de consciência individual:** está situada no íntimo da consciência de cada pessoa, levando-a a seguir a verdade e a praticar o bem, afastando-se do mal. A **consciência individual** aparece com uma dupla função: revela a **norma** de conduta (ex não matar) e simultaneamente aparece como **instância julgadora** do cumprimento ou incumprimento dos seus ditames, sancionando com remorso ou sentimento de culpa a respectiva violação.³

- II) **Moral social ou positiva:** comporta o conjunto de preceitos de carácter ético existente numa determinada sociedade, vigente num momento histórico entre os seus membros. Temos três tipos de moral social:
 - a) Moral social própria de cada país ou de um grupo de países culturalmente definido que gozam de um idêntico grau de civilização
 - b) Diferentes tipos de moral social no âmbito interno de cada país: moral social urbana e rural.
 - c) Regras morais dotadas de uma tendencial universalidade que correspondem a uma consciência moral comum. Ex. proibição de matar/ roubar

- III) **Morais particulares:** conjunto de normas morais que pautam a actividade de certos grupos fechados de pessoas definidas em função da profissão que exercem. Ex:
 - a) Ética médica ou bioética: princípios éticos que devem pautar a investigação científica e tecnológica sobre a vida humana (clonagem/ aborto/ eutanásia)
 - b) Deontologia jurídica ou jornalística: conjunto de deveres de natureza moral a que se encontram adstritos os juristas ou jornalistas no relacionamento

³ Não obstante o seu carácter individual tais preceitos morais assumem relevância social, pois carecem de sentido para a conduta de um indivíduo que vivesse isolado.

com os colegas e na sua actividade (respeito direitos liberdades e garantias das pessoas)

ORDEM JURÍDICA

A ordem jurídica:

Ordena os aspectos mais importantes da convivência social

Exprime-se através de **regras jurídicas**

Visa a prossecução de valores da **Justiça** e da **Segurança**.

As **regras jurídicas** exprimem a ordem jurídica e têm a seguinte estrutura:

Previsão ou *factispecie*: prevê um acontecimento ou estado de coisas, ex. *danificação de coisa albeia*

Estatuição ou efeito jurídico: consequência para o caso de a previsão não se verificar ex. *obrigação de indemnizar*

Subjacente à ordem jurídica esta a ideia de um direito relativamente estável num certo tempo constituído por um conjunto de normas correlacionadas e harmónicas entre si a que se denomina **Direito Positivo**, e ao qual se apontam algumas características que adiante veremos.

Relações direito e moral

Bibliografia: Santos Justo/ Oliveira Ascensão

RELAÇÕES DIREITO E MORAL

1º Separação Direito e Moral

2º Relações de interdependência entre Direito e Moral

1º Separação Direito e Moral (4 critérios)

I) Critério teleológico:

Moral – interessa-se pela relação plena do homem – fim pessoal

Direito – visa a realização da Justiça para assegurar a paz social necessária à convivência em liberdade

II) Critério do objecto:

Moral: incide sobre a **interioridade** (motivação dos actos/ intenções do foro íntimo); ocupa-se com o que se processa no plano do pensamento e da consciência, que são as acções humanas internas.

Direito: atende ao que externamente se manifesta; acção humana depois de **exteriorizada**

Critica: este critério desvaloriza a importância que o direito atribui ao elemento intenção das acções humanas. Porque disciplina acções livres, o Direito não dispensa a apreciação de factores internos como culpa ou dolo, isto é não dispensa os motivos da actuação. Por outro lado, este critério também não

atende ao relevo que a moral confere ao lado externo: a moral exige a actuação correctamente manifestada.

III) Critério da Imperatividade:

Moral – Unilateralidade – como visa a perfeição pessoal limita-se a impor deveres, isto é perante um sujeito moralmente obrigado, não existe uma outra pessoa a exigir o cumprimento dos seus deveres.

Direito – Bilateralidade – como visa regular as relações sociais segundo a Justiça, impõe deveres e reconhece direitos correlativos, isto é quem se encontra juridicamente obrigado face a ele existe outra pessoa que lhe pode exigir o cumprimento desses deveres.

Critica: nem sempre é assim, pois existem normas que não são susceptíveis de sanção (direitos que carecem de coercibilidade) ex: obrigações naturais, o seu cumprimento não é judicialmente exigível.⁴

IV) Critério do motivo da acção

Moral é **autónoma**: os preceitos morais têm a sua fonte na consciência de quem os deve cumprir (da pessoa que fixa a norma moral), que constitui também a instância que decide sobre o seu cumprimento ou incumprimento (sanção) – O AUTOR DA NORMA MORAL É A PESSOA QUE LHE DEVE OBEDECER

Direito é **heterónimo**: A NORMA É FRUTO DA VONTADE DE UM SUJEITO DIFERENTE. Existe sujeição a um querer alheio.

⁴ Vide infra a matéria da classificação de normas quanto à sanção e também a matéria da coercibilidade.

Referidos os principais critérios, conclui-se que nenhum fixa de modo certo e acabado os limites que sejam do Direito e da Moral. E não raro, concordam os valores morais e os jurídicos.

2º Relações de interdependência entre Direito e Moral

Influência da Moral sobre o Direito: existem normas jurídicas que têm na moral o seu fundamento. Exemplos: art. 282 do CC que fixa a proibição de negócios usurários; art. 13 da CRP consagra o princípio da igualdade).

Neste sentido, coloca-se a questão de saber se será é legítimo legalizar soluções morais? Sim, desde que as normas morais assumam relevância social e não natureza intra-subjectiva

Recepção do Moral pelo Direito: casos em que as próprias normas jurídicas remetem expressamente para a moral, isto é as normas morais passam a valer como Direito.

Ex:

O art. 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem que a CRP acolhe, remete para “*as justas exigências da moral*”.

Também no Direito Civil art. 280 CC “*negócios jurídicos cujo objecto ou fim seja ofensivo aos bons costumes*”, apelando à moral social dominante.

Caracterização da Ordem Jurídica: necessidade/ imperatividade/ coercibilidade/ exterioridade/ estatalidade

Bibliografia: Santos Justo/ Oliveira Ascensão/ Paulo Otero

Como já afirmamos, subjacente à ordem jurídica está a ideia de um direito relativamente estável num certo tempo constituído por um conjunto de normas correlacionadas e harmónicas entre si a que se denomina Direito Positivo⁵, e ao qual se apontam algumas características.

Vamos abordar cinco características do Direito ou da ordem jurídica:

1. **Necessidade**
2. **Imperatividade**
3. **Coercibilidade**
4. **Exterioridade**
5. **Estatalidade ou Estadualidade**

Necessidade

Enquanto característica do Direito, pode ser encarada de duas perspectivas:

1. Necessidade como imprescindibilidade social do Direito

Parte-se da ideia da natureza social do homem. A institucionalização da sociedade surge como exigência natural da satisfação de necessidades individuais ou colectivas do Homem. A existência das relações que se estabelecem entre os membros da sociedade enquanto expressão da convivência social, determinam sempre a existência de regras que regulem ou disciplinem a maioria das relações sociais – o direito surge como algo natural ao próprio estado social do Homem – logo o direito é imprescindível para efeitos da sobrevivência da sociedade (é uma realidade social inerente à condição humana).

Esta ideia da necessidade da ordem jurídica para efeitos da sobrevivência ou subsistência da sociedade e do próprio Homem, diverge das restantes ordens normativas:

Ordem de Trato Social: a sociedade pode viver perfeitamente sem as regras de trato social, não obstante ser possível a redução da qualidade de vida.

⁵ Direito visto na perspectiva da Ordem Jurídica considerado como um sistema de normas.

Ordem Religiosa: mesmo que se acredite que a religião é essencial à condição humana, tal é uma imprescindibilidade individual (sobrevivência espiritual dos homens em termos individuais) e não social (sociedade consegue viver sem religião).

Ordem Moral: aqui também existe uma imprescindibilidade individual e não social. Para além da preocupação do direito em transformar certas regras morais em regras jurídicas, precisamente pela sua imprescindibilidade social – Mínimo Ético -

2. Necessidade como fundamento do Direito

A intervenção sobre inúmeros sectores da vida social só se justifica se existir uma razão de necessidade ou utilidade que fundamente o Direito.

Esta razão de necessidade fundamenta o limite da fronteira da legitimidade e não legitimidade da forma de exercício do poder. Ex:

Intervenção jurídico-penal – a incriminação de condutas só deve ocorrer se o comportamento em causa ofender os valores ou bens essenciais da sociedade (quem estaciona no passeio não vai preso).

Intervenção fiscal – fixação de impostos não deve ser arbitrária, deve haver uma fundamentação suficiente.

Imperatividade

A imperatividade atende à ideia de força obrigatória dos actos jurídicos.

As normas jurídicas são imperativas porque a sua essência é a do **dever ser**: devemos obedecer-lhes sem a possibilidade de escolhermos livremente entre o seu cumprimento e não cumprimento.

Por isso, dir-se-á que o Direito orienta as nossas condutas independentemente da nossa vontade porque só assim se cumprirá a sua função ordenadora indispensável à subsistência da sociedade.

A imperatividade é **reforçada** pela sanção, que é a consequência normativamente **desfavorável** prevista para o caso da violação de uma regra e pela qual se reforça a imperatividade dela. Em toda a ordem normativa há sanções, mas nem toda a regra jurídica é assistida de sanção.

- Discute-se se todo o direito é imperativo, no sentido de que todos os seus actos têm natureza obrigatória. A imperatividade não reúne consenso como característica do direito:

- 1) Tese imperativista: imperatividade é uma característica do Direito, onde há imperatividade há Direito, se não há imperatividade não há Direito.
- 2) Tese anti-imperativista: nem todas as proposições têm natureza imperativa
- 3) Concepções mistas: síntese das teses anteriores, uma parte dos actos jurídicos têm natureza imperativa, outros actos, embora não sejam dotados de imperatividade, devem ser reconhecidos como jurídicos.

Exemplos de actos que não seriam imperativos, seriam os actos que se limitam a consagrar na lei definições de certos conceitos jurídicos ou mesmo as normas de organização. Todavia mesmo em relação a estas é possível perspectivar alguma imperatividade:

Normas conceituais: são regras autónomas que só ganham sentido quando conjugadas com outros preceitos jurídicos que por elas são esclarecidos. Os destinatários das normas conceituais são os aplicadores do Direito. Os tribunais e a Administração devem obediência à lei (não podem sob pena de ilegalidade da decisão, recusar aplicar um conceito legal designadamente através da articulação interpretativa entre a definição em causa e outras normas que ganham significado à luz desse conceito), e como tal tais normas gozam de *imperatividade* para estes órgãos. Ex: 202 CC definição de coisa – todos os negócios jurídicos que tenham por objecto coisas devem atender a esta definição.

Normas organizatórias: ex. art 201 CRM, são sempre imperativas para os órgãos em causa, sob pena de o seu desrespeito ser sancionado com a invalidade.

Como devemos então entender a imperatividade?

- O facto de se dizer que toda a ordem jurídica é imperativa, não significa que todos os actos traduzam imperativos, isto é, que toda a regra jurídica seja um imperativo indicando uma forma como o homem deve agir. **Há regras que participando da imperatividade da própria ordem jurídica, não representam imperativos tomados em si.** ⁶

A imperatividade como característica do Direito é **somente a imperatividade da ordem normativa no seu conjunto**, pois os actos jurídicos devem encerrar (directa ou indirectamente pelo seu conteúdo e função normativas), uma determinada obrigatoriedade susceptível de se projectar sobre um ou vários sujeitos.

Exterioridade

Consiste no facto de as normas jurídicas disciplinarem comportamentos que se manifestam exteriormente, o que significa que as meras intenções sem manifestação externa não provocam Direito, embora se dê relevância à consciência para determinar os motivos que explicam as condutas sociais.

Ex: *eu quero roubar este livro* – O direito não dá qualquer relevância se não houver comportamento.

Estatalidade (Pretensa característica)

Monismo Jurídico: *o direito é criado e aplicado pelos órgãos estaduais.*

Esta teoria é representado por Kelsen na sua obra a Teoria Pura do Direito, onde considera que o Estado é o Direito (isto é o direito positivo) e que o Direito é o Estado, enquanto conjunto de normas dotadas de coercibilidade e emanadas das estruturas decisórias do poder. Reduz a aplicação da norma jurídica ao Estado.

⁶ Como veremos a propósito da matéria da norma jurídica, há normas de conduta e outras normas que não visam directamente regular a conduta do homem.

Pluralismo Jurídico: *nem todo o direito é criado e aplicado pelos organismos estaduais.*

O Estado não tem o monopólio da criação do direito nem a exclusividade da sua aplicação. Há normas jurídicas provenientes por exemplo do Direito Internacional (Declaração Universal dos direitos do Homem) e do Direito Consuetudinário. Embora não se duvide que em regra as normas dimanam dos órgãos estaduais que exercem uma função legislativa, a sua aplicação é feita principalmente pelo poder executivo e as situações de litígios dirimidas pelos tribunais.

Coercibilidade

Traduz a possibilidade de um aparelho organizado usar a **força** sempre que uma regra jurídica seja violada por acção ou omissão, isto para obter do infractor o constrangimento para o respectivo cumprimento, ou então para sancionar o mesmo incumprimento.

Coercibilidade é diferente de coacção porque coercibilidade traduz a mera possibilidade de utilização do uso da força (representa uma coacção virtual ou em potência).

Coacção é o efectivo uso da força / acto ou facto de se exercer a força.

Exemplos de possíveis expressões de utilização da força em Direito (manifestações de coacção directa ou indirecta):

- 1- Sanções patrimoniais ou pessoais
- 2- Execução forçada sobre património ou pessoa de certa prestação
- 3- Detenção pessoal
- 4- Entrada em domicílio privado
- 5- Expulsão de certo local
- 6- Uso de armas de fogo

- 7- Uso material de força física através de uma intervenção (militares/ forças policiais) usando meios violentos sobre as pessoas

Quem pode exercer a força?

O princípio geral é o de que só o Estado o pode exercer coacção. Todavia existem casos excepcionais em que se permite o uso da força por particulares: meios de tutela privada como a legítima defesa ou o direito de resistência, casos em que se permite repelir pela força qualquer agressão verificados certos pressupostos.

Discute-se se a coercibilidade constitui uma verdadeira característica do Direito?

- 1- **Tese Tradicional:** O Direito é um conjunto de normas garantidas pela força ou pelo menos passíveis de serem garantidas pelo uso da força. (1º normas; 2º força). Esta tese identifica o Direito com o poder do Estado, “ o Direito resume-se à força”. O uso da força comporta duas formas de exercício: a) poder de constranger através da força quem não faz o que deveria ser feito; b) poder de impedir através da força quem faz o que não deveria fazer. *A coercibilidade é característica do Direito.*

- 2- **Tese do Direito como regulador da força:** entende que o Direito é um conjunto de normas que regula o exercício da força (1º força; 2º normas). Toma a força como elemento do conteúdo das normas jurídicas (o que as distingue das restantes normas sociais) e não como algo externo situado ao nível da garantia do cumprimento ou de sancionamento do incumprimento da norma. A coacção não é simples instrumento de realização do direito, mas é a própria matéria regulada pelo Direito, as normas jurídicas disciplinam o quando, o como, o quem do exercício do poder de coacção (pessoas/ condições procedimentos pressuposto/medida da força).

- 3- **Tese configuradora da força como elemento não essencial do Direito:** nega à coacção e coercibilidade o estatuto de elemento caracterizador do Direito. A coacção não é elemento essencial do Direito por três razões:
- a) Coacção **não é necessária** a todo o Direito porque o cumprimento das normas jurídicas é por regra feita espontaneamente e sem qualquer necessidade de intervenção da força. A maioria dos destinatários acata as normas jurídicas por motivos que nada têm a ver com medo da sanção ou exercício da força pelo Estado.
 - b) A coacção **não existe** em todo o Direito: há normas em relação às quais não existe qualquer possibilidade de exercício da força para obter o seu cumprimento ou para sancionar o seu incumprimento
 - c) Coacção **não é possível** em todo o Direito: questão de saber quem coage o coactor (a norma que permite o uso da coacção também teria que gozar de protecção coactiva e assim sucessivamente para assumir natureza jurídica)

Posição a adoptar:

A consideração da coercibilidade como sendo característica do direito, determina a necessidade de todas as normas para serem jurídicas gozarem da possibilidade de serem impostas pela força.

Verifica-se que a coacção não é necessária, não existe e não é possível em relação a um número considerável de normas, que são tidas como tendo natureza jurídica.

Coacção não existe:

Nem todo o direito pressupõe coacção, por exemplo: art. 11 da CRP“ os símbolos da Republica de Portugal são a bandeira e o hinos nacional”; também não existe mecanismo coactivo que obrigue o PR a respeitar o art. 136 da CRP onde se estabelece um prazo 20 dias para promulgar as leis.

Coacção não é possível:

Há regras cuja sanção não pode ser coactivamente imposta, por exemplo se Estado é condenado a pagar uma indemnização, não é possível usar a força para executar a sentença jurídica porque quem detém a força é justamente quem está obrigado a pagar.

Coacção não é necessária:

A verdade é que a motivação psicológica ou acatamento da maioria das normas jurídicas não passara pelo receio das sanções decorrentes do seu incumprimento, mas antes se devera procurar no entendimento enraizado por um processo de inserção social da necessidade do respeito de tais normas para a sobrevivência ou melhor vivência de todos em sociedade.

Os fins do Direito: a Justiça, segurança jurídica e promoção do bem-estar económico, social e cultural

Bibliografia: Santos Justo/ Oliveira Ascensão/ Paulo Otero/ MRS

O direito regula as relações da vida social, conjugando interesses conflitantes. Essa conjugação pode revestir duas formas:

- 1- Compatibilização dos vários interesses em questão
- 2- Sacrifício do interesse que deve ceder em relação aos outros mais importantes

O peso que se dá aos fins do Estado, variam de comunidade para comunidade (mais ou menos democrática), todavia existem fins do Estado universais que são constantes em toda a parte.

Justiça

Não existe um conceito unitário de justiça. Justiça é um conceito complexo que encerra uma diversidade de perspectivas de enquadramento.

Segundo postulados da igreja católica, fala-se da “vontade de Deus no coração dos homens”, fala-se também de “dar a cada um o que é seu”.

Vamos por isso analisar algumas **perspectivas ou modalidades** de justiça enquanto fim do Direito:

- 1- **Justiça comutativa:** visa corrigir as desigualdades que possam existir nas relações entre pessoas privadas e assegurar a equivalência de prestações ou a equivalência entre dano e indemnização. Tem por base uma ideia de paridade de posições entre as pessoas nas *relações de coordenação* (direito privado). Assenta no princípio da igualdade e reciprocidade.
- 2- **Justiça distributiva:** visa assegurar que os bens económicos sociais e culturais (vantagens que se devem receber da sociedade) não sejam distribuídos pelos cidadãos e classes de modo assimétrico ou desproporcionado, de modo a não violentar a natureza idêntica do ser humano. Atende à finalidade de distribuição e à situação dos sujeitos (méritos e necessidades), conduz a desigualdade de resultados. É a justiça própria das *relações de subordinação* e pertence ao direito público.

A justiça implica algumas ideias ou corolários que ajudam na sua definição:

Princípio da igualdade significa que:

- a) Se deve tratar igual o que é igual na sua essência: verificando-se uma paridade de circunstâncias ou situações, o comportamento de todos os membros da sociedade deve ser julgado segundo as mesmas regras, aplicando-se os mesmos critérios. Ex: os seres humanos não podem ser discriminados por razões de sexo, idade, raça,

religião, estado, situação económica, ideologia ou actividade política (vide art. 13 da CRP).

- b) Se deve tratar de modo desigual o que é substancialmente diferente: verificando-se desigualdade de circunstâncias a justiça subjacente ao princípio da igualdade exige agora que o tratamento jurídico a dar aos diferentes casos, implique também desigualdade, pois nada há mais injusto, do que tratar como igual o que é desigual. Visa-se uma igualdade real em termos sociais (bem estar e qualidade de vida art. 9 alinea d da CRP) centrada na melhoria das condições das pessoas mais desfavorecidas. A promoção da justiça social passa por uma correcção das desigualdades na distribuição da riqueza e rendimento, especialmente através do sistema fiscal. Ex: criação de leis de investimento para as zonas mais pobres.

Princípio da proporcionalidade: entre as soluções fornecidas pelo direito e as situações a que aquelas se destinam. Assenta em três ideias:

- a) *Proibição do excesso ou a necessidade:* a justiça passa por o direito não poder impor sacrifícios ou lesões para além do **estritamente necessário** e também pela imprescindibilidade do meio a adoptar em concreto.

Ex: a intervenção da lei penal incriminadora da conduta deve efectuar-se nos casos em que se coloquem em causa directa ou indirectamente bens ou valores essenciais da sociedade que sejam objecto de um juízo de reprovação ético-social – fala-se num princípio de intervenção mínima do direito penal; também segundo o art 337 CC o exercício da legítima defesa deve obedecer a um princípio de proibição de excesso, sob pena de ser ilícito (se alguém levanta a mão para bater, não pegar numa arma e matar).

- b) *Adequação das soluções às situações reais:* impondo ao decisor a **aptidão do meio a usar**, tendo em vista alcançar com ele o resultado pretendido.

Ex: art. 562 e 566 CC, a restituição *in natura* é preferível à indemnização em dinheiro; também a obrigatoriedade de vacinas a animais atingidos por certa doença só será uma medida adequada se, se souber que isso é suficiente para a prevenção da propagação da epidemia a animais.

c) *Ideia de equilíbrio*: entre as prestações envolvidas, impondo que os **interesses de uma parte não se realizem à custa do interesse da outra**. Exclusão de soluções que conduzem a desequilíbrios de equivalência das prestações em termos contratuais ou posições jurídicas em confronto.

Ex: o art. 437 do CC dispõe que no caso de alteração anormal das circunstâncias em que uma das partes fundou a sua decisão de contratar, pode ocorrer a resolução ou modificação do respectivo contrato; o art. 428 do CC dispõe que num contrato bilateral se, se verificar o incumprimento de uma das partes, pode a outra invocar a seu favor a figura da excepção de não cumprimento.

Princípio da imparcialidade: impede que os titulares dos órgãos do poder político/ Estado se beneficiem a eles próprios, parentes, sócios, colegas quando definem as regras de Direito, fixando se impedimentos e incompatibilidades dos titulares dos Órgãos da Administração, de titulares de cargos políticos, juízes (escusas e suspeições). Ex: art. 266 n°2 da CRP

Segurança

Tem subjacente uma ideia de certeza para evitar o caos (desordem/ justiça pelas próprias mãos) e garantir a paz e a tranquilidade.

O conceito de segurança tem sido um conceito confuso, podemos entendê-lo de três modos:

- 1- Como traduzindo o **estado de ordem e paz** que a ordem jurídica tutela, prevendo e reprimindo os actos de agressão contra pessoas e bens. É a segurança através do direito que garante a nossa existência pessoal e social contra ataques e perturbações.
- 2- Como traduzindo uma **certeza do direito**: o que permite prever os efeitos jurídicos dos nossos actos e em consequência planear a vida em bases firmes e estáveis. Comporta a previsibilidade de condutas.

- 3- Como traduzindo a **protecção dos particulares em relação ao Estado** (poder).
Idea de que num Estado de Direito os órgãos devem respeitar os direitos que integram a esfera dos indivíduos. Esta segurança é tutelada pelo princípio da legalidade que limita a acção do Estado e também pela independência dos tribunais que decidem os recursos contra os actos da Administração.

Relações entre a Justiça e a Segurança

O Direito nem sempre traduz situações ideais, muitas vezes exprime soluções possíveis, surgem, por isso, conflitos de valores ao nível da norma jurídica: sacrificar a Justiça, ou sacrificar a Segurança em nome da Justiça?

O sacrifício deve ser parcial, não se deve afastar totalmente cada um deles, a ideia é conjugar ambos. Deve-se obedecer a uma racionalidade na criação do Direito, procurando regras que conciliem de modo racional os dois objectivos e alcançando soluções que com maior ou menor cedência de um deles se integrem numa lógica global de sistema.

Devemos entender que existe uma complementaridade entre estes valores:

- Pois a **Justiça exige sempre segurança**, não se podendo imaginar uma sociedade justa sem um mínimo de segurança já instaurada. A justiça assenta sempre no pressuposto da segurança, daí que potenciais conflitos entre a segurança e a justiça acabam por se reconduzir a conflitos da justiça consigo mesma, isto é, conflitos de diferentes perspectivas da tutela jurídica.

- Por outro lado, também a **segurança jurídica só se mantém se as normas não negarem em absoluto a justiça**, uma vez que a ordem que garante a paz dada pelas normas que tutelam a segurança, quando estas sejam injustas, só a mantém e por isso, tal ordem corre continuamente o risco de ser derrubada pela força (insurreição/ rebelião). A manifestação vazia do poder sendo apenas resultado da força tem um êxito precário. A segurança não pode resultar da estabilização de um poder arbitrário alheio ou negador de qualquer intenção ética ou imposto apenas pelo terror.

Não há uma contradição entre segurança e justiça, mas uma complementaridade, a justiça pressupõe sempre segurança e a segurança está ao serviço da justiça.

Casos hipotéticos de prevalência da segurança sobre a justiça:

Caso julgado: existe quando um mesmo conflito não pode voltar a ser apreciado judicialmente. Todavia, sendo a sentença uma obra humana e porque errar é humano não se afasta a impossibilidade de uma injustiça. Ex: condenado por um crime que não cometeu

Usucapião: posse do direito de propriedade durante certo tempo permite que o possuidor adquira a titularidade do direito. Permite a perda do direito por parte do legítimo proprietário a favor do possuidor que se comporta como proprietário. Sacrifício da justiça decorrente do título legitimador. Lei valoriza a segurança, estabilidade decorrente da aparência da situação factual subjacente à posse.

Prescrição: em matéria penal a lei prevê que o procedimento criminal se extingue decorridos certos prazos depois da prática do crime, extinguindo-se a responsabilidade criminal. A lei permite que quem cometeu um crime fique impune, não podendo mais ser julgado por esse facto – prevalência da segurança sobre a justiça, pois a pessoa não pode ficar eternamente à espera para ser julgado.

Promoção do Bem-estar Económico-social e Cultural

Hoje em dia, o Estado intervém também na vida económica, nas relações sociais e actividade cultural, isto porque conclui que os mecanismos de mercado não asseguram a redução das desigualdades existentes na colectividade: assimetrias pessoais, funcionais e regionais.

O Estado visa garantir um patamar mínimo de bem-estar por isso, fixa níveis salariais mínimos, pensões sociais, tendencial gratuitidade de grau de ensino (escolaridade obrigatória).

Este fim é indissociável da:

- 1- Justiça distributiva
- 2- Segurança: a tranquilidade pública e a estabilidade do Direito são mais facilmente concretizáveis numa comunidade onde o bem-estar esteja genericamente partilhado pelos cidadãos.

Sociedade politicamente organizada: Estado; Estado de Direito; realização do Direito como função do Estado⁷

A forma de organização da sociedade pressupõe um **Estado**.

Noção de Estado: colectividade, ou seja um povo fixo num determinado território que nele institui por autoridade própria um poder político, relativamente autónomo.

Na definição de Estado observamos três elementos essenciais que a teoria tradicional põe em destaque:

- 1- **Povo:** é o conjunto de cidadãos ou nacionais de cada Estado, isto é, ligados a um certo Estado por um vínculo de *nacionalidade* que lhes reconhece o gozo de direitos

⁷ Bibliografia: Marcelo Rebelo de Sousa/Santos Justo/ Oliveira Ascensão

políticos. Trata-se de um conceito jurídico-político que não se confunde com o conceito de:

População: conceito de natureza *demográfica* – conjunto de pessoas físicas residentes no território de um Estado, num determinado momento histórico, sejam elas, nacionais, estrangeiras ou apátridas.

Nação: tem uma natureza *cultural* (cristalização de valores intelectuais e morais que um povo encarna e aspira realizar – a cultura manifesta-se na literatura, arte, religião, música, moral direito). A nação tem subjacente uma comunidade que assenta numa convivência mais ou menos longa de homens ligados pela mesma etnia, língua e tradições sedimentadas naquela convivência.

- 2- **Território**: é o espaço onde o povo se rege segundo as suas leis executadas por autoridade própria e com exclusão da intervenção de outros povos.⁸

Integra o solo e subsolo (território terrestre); espaço aéreo; mar territorial (no caso de o Estado ter costa marítima – mar territorial). O território de um Estado é limitado por fronteiras e define o âmbito de competências no espaço dos seus órgãos supremos.

- 3- **Poder político**: faculdade exercida por um povo de, por autoridade própria, instituir órgãos⁹ que exerçam com relativa autonomia a jurisdição sobre um território, nele criando e executando normas jurídicas e usando os necessários meios de coacção.

Funções do Estado

⁸ O território proporciona uma ideia de estabilidade, por isso, um povo nómada não tem Estado.

⁹ Os órgãos são os centros institucionalizados de poderes e deveres que participam no processo de formação e manifestação de vontade imputável ao Estado.

Para assegurar os objectivos que constitucionalmente lhe estão atribuídos, o Estado tem de realizar permanentemente varias actividades a que se chamam **funções**.¹⁰

As funções do Estado não se encontram todas no mesmo plano, tal é determinado pela CRP. O poder constituinte gera a CRP que condiciona o poder de revisão constitucional e as demais funções do Estado.

1º Patamar: - **funções primárias/principais** ou independentes: as que os órgãos do poder político do Estado podem realizar de uma forma essencialmente livre ou minimamente vinculada: função política e legislativa

2º Patamar – **funções secundárias/ subordinadas** ou dependentes: função jurisdicional e administrativa.

Função política: cabe ao Governo (art. 182 da CRP) e traduz-se na definição e prossecução pelos órgãos do poder político dos interesses essenciais da colectividade, realizando a cada momento as opções consideradas mais adequadas para o efeito. Visa criar as condições necessárias para a real fruição de direitos económicos e sociais, ex: políticas ao nível do funcionamento dos sistemas de saúde, educação e segurança social; acesso a cargos e funções públicas; actos políticos negociais (acordos de concertação social, de recuperação de empresas, contratos de investimento).

Função legislativa: traduz-se na prática de actos legislativos pelos órgãos constitucionalmente competentes na forma prevista na CRP e que revestem a forma externa de lei.

A função política e legislativa, obedecem à CRP (incluindo leis de revisão constitucional) e condicionam as funções jurisdicionais e administrativa, estas devem ser conformes à CRP aos actos políticos e às leis.

¹⁰ Cabe aos órgãos realizar os objectivos do Estado, sendo as funções as actividades desenvolvidas pelos órgãos para alcançar os objectivos que lhe estão constitucional mente cometidos.

As funções secundárias decorrem das primárias.

Função jurisdicional: consiste no julgamento de litígios resultantes de conflitos de interesses privados, ou de conflitos entre interesses públicos e privados, bem como na punição da violação da CRP e das leis. É desempenhada por órgãos independentes, colocados numa posição de passividade e imparcialidade e cujos titulares são inamovíveis e não podem ser responsabilizados pelo julgamento das suas decisões.

Função administrativa: consiste na satisfação das necessidades colectivas que por virtude da prévia opção política ou legislativa se entende que incumbe ao estado prosseguir. É uma tarefa cometida a órgãos independentes dotados de iniciativa e parcialidade na realização do interesse público e com titulares amovíveis e responsáveis pelos seus actos.

As relações entre Estado e Direito

Ao longo da história verifica-se uma luta contra a arbitrariedade e jurisdição da actividade do Estado. A ideia de justiça sempre esteve presente pois tal seria uma forma de assegurar a paz:

Estado liberal visa: destruir privilégios do clero; igualdade dos cidadãos perante a lei; tutelar direitos civis e políticos

Estado social de Direito: preocupa-se com a justiça distributiva e o bem-estar económico e social e cultural dos cidadãos.

Existem várias doutrinas acerca da relação entre o Direito e o Estado:

- 1- *Doutrina normativista:* Kelsen identifica o Estado com o Direito e como tal o Estado agiria sempre de acordo com o Direito, pelo que não faz sentido o problema de limitação do Estado pelo Direito. O Direito é anterior e superior ao Estado

- 2- *Doutrina marxista*: também aqui se entende que o Direito se confunde com o Estado, que não passa dum instrumento nas mãos da classe dominante para sujeição das outras classes.

Critica a estas doutrinas: o Direito não se confunde com o Estado, mas cabe ao Direito limitar e legitimar o Estado.

O Direito visa realizar a Justiça. Ao Estado incumbe instituir e garantir a ordem jurídica que lhe deve obediência. Logo o Estado só pode ser de Direito.

Estado de Direito

O Estado de Direito tem na jurisdição a sua essência, o Direito fundamenta-o e define as suas competências.

Ao longo da história surgiram três etapas contra a arbitrariedade:

1. Luta contra o arbítrio judicial na idade média (abusos dos juízes que tratavam com brandura os ricos e severa os pobres).
2. Instauração de uma justiça administrativa de controlo dos actos da administração
3. Institucionalização dum controlo jurisdicional das leis: o legislador deve respeitar um direito superior que a constituição consagra

Percorridas estas fases, ergue-se um Estado material de Direito, que realiza a concepção personalista da justiça e se caracteriza por quatro notas:

1. O ordenamento jurídico é todo estruturado e tem na lei a sua fonte mais importante
2. São afirmados e protegidos os direitos humanos: direitos subjectivos públicos essenciais ao Estado de Direito
3. A acção administrativa é susceptível de recurso gracioso e contencioso que tutela os direitos dos administrados

4. A legislação é jurisdicionalmente controlada: garante-se a obediência à CRP e aos direitos subjectivos públicos.

Faculdade de Direito de Lisboa

SLL - INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO I/ NOITE 1ª ÉPOCA/ 2010

SUB-TURMAS 5 e 6

Ramos de Direito

Abreviaturas:

MRS (Marcelo Rebelo de Sousa); S J (Santos Justo); O A (Oliveira Ascensão); NSG (Nuno Sá Gomes)

CM (Castro Mendes); BM (Baptista Machado); F A (Freitas do Amaral); G T (Galvão Telles)

Aspectos a abordar:

1. **Conceito**
2. **Critério de distinção entre Direito Público e Privado**
3. **Classificações**

Conceito¹¹

O Direito estadual costuma ser concebido como uma árvore, com o seu tronco e com os diversos ramos. A *árvore* representa o conjunto da ordem jurídica, o *tronco* é constituído pelos valores jurídicos superiores e princípios gerais comuns a todos os ramos de Direito e os *ramos* são as várias partes ou divisões de direito, diferenciadas em função da **matéria que as normas jurídicas** regulam (por exemplo direito constitucional, direito penal, direitos reais, etc).

Cada ramo de Direito tem o seu objecto específico, isto é uma determinada matéria a que se dedica, que pode ser: os assuntos constitucionais, os crimes e as penas, ou a vida privada das pessoas. Por isso acaba por ter uma *feição particular e um espírito próprio*, o que justifica a sua autonomização.

Tradicionalmente faz-se a distinção entre Direito Internacional e direito interno, todavia para efeitos de estudo dos ramos do direito vamos cingir-nos ao direito interno, ou Direito Estadual. Assim, em primeiríssimo lugar surge a distinção clássica que se estabelece entre Direito Público e Direito Privado. A separação entre estes dois ramos de Direito é muito antiga vindo já do período romano e o critério distintivo está longe de ser unânime.

¹¹ Vide FA p. 215.

Critério de distinção entre Direito Público e Privado¹²

São avançados pela doutrina três critérios distintivos:

1. Critério do interesse
2. Critério da qualidade dos sujeitos
3. Critério da posição dos sujeitos

Critério do interesse

De acordo com este critério as normas de direito público visam proteger os interesses públicos do Estado e as normas de direito privado visam proteger os interesses dos privados. Assim a norma administrativa sobre as Câmaras Municipais ou a norma fiscal sobre o imposto automóvel serve os interesses públicos. Por outro lado a norma civil sobre o contrato de compra e venda entre particulares ou a norma laboral sobre o direito dos trabalhadores a férias, são normas que servem os interesses privados de indivíduos.

Crítica: apesar de este critério ser correcto na maior parte dos casos, a verdade é que há casos em que não o é:

Há normas de direito público que protegem a realização de interesses dos particulares, por exemplo: as normas de processo civil visam regular os processos que decorrem nos tribunais judiciais para efectivação de direitos civis ou comerciais pertencentes a particulares.

Na normas de direito privado que visam proteger na esfera da vida privada dos particulares certos interesses públicos, por exemplo as normas de direito civil destinadas a proteger os interesses dos filhos em caso de separação ou divórcio dos pais,¹³ ou a norma que dispõe que na falta de herdeiros, os bens de qualquer pessoa falecida são atribuídos a título sucessório ao Estado – *tais normas são entendidas pelos civilistas como normas de direito privado simultaneamente de interesse e ordem pública.*

¹² Vide MRS, FA, NSG

¹³ O Estado considera ser de interesse público assegurar especial protecção às crianças privadas de um ambiente familiar normal (art. 69 n.º2 da CRP). Por isso, tais normas são de interesse e ordem pública, mas nem por isso deixam de ser normas de direito privado porque a especial protecção que concedem aos filhos menores não se traduz na atribuição a estes de poderes de autoridade sobre os pais. Vide FA p.251.

No entanto os autores¹⁴ que defendem este critério mitigam a validade das críticas dizendo que o direito público e privado, *apenas predominantemente ou essencialmente mas não exclusivamente, tutelam respectivamente o interesse público e privado.*¹⁵

Critério da qualidade dos sujeitos

De acordo com este critério é direito publico aquele que regula as relações em que ambos sujeitos ou pelo menos um dele são sujeitos públicos, isto é o Estado ou as outras pessoas colectivas de direito público como as autarquias locais ou institutos públicos. Por outro lado, é direito privado aquele em que ambos sujeitos da relação são particulares, isto é indivíduos ou pessoas colectivas privadas como associações, fundações ou sociedades.

Critica:

Este critério também não serve porque muitas vezes o Estado e os restantes entes públicos intervêm na vida jurídica exactamente nas mesmas condições em que intervêm os particulares, estando igualmente sujeito à aplicação das mesmas regras. Por exemplo o Município de Lisboa pode ser condenado a pagar uma indemnização por danos causados a um munícipe nos termos gerais do direito privado; o Estado também pode ser herdeiro de Direito; o Estado pode arrendar, vender ou comprar bens tal como se de um particular se tratasse, por exemplo adquirir veículos.

Critério da posição dos sujeitos

Surge para responder as insuficiências do segundo critério.

De acordo com este critério não é a qualidade dos sujeitos da relação jurídica que serve de base à distinção, mas é antes a posição que nela assumem que permite a separação entre direito público e privado. Assim o direito público é aquele em que o Estado e as pessoas colectivas de direito público intervêm na sua posição de supremacia enquanto titulares de *jus imperii* ou poderes de autoridade. Por outro lado são de Direito privado as relações em que intervêm os particulares ou mesmo o Estado e outras pessoas colectivas de direito publico, quando actuem em posição de igualdade ou paridade com os outros sujeitos.

¹⁴ Com esta posição MRS.

¹⁵ Cfr NSG p. 230.

Assim, quando o Estado expropria um terreno, ou cobra um imposto age munido de poderes de autoridade, o que justifica a natureza pública das situações jurídicas em causa, mas já quando compra um automóvel ou arrenda um prédio age em condições de igualdade com a outra parte, por isso a natureza das relações envolvidas não pode deixar de ser privada.

Critica:

Invoca-se, por um lado, que o direito privado também regula certas relações em que os sujeitos se encontram numa situação de desigualdade jurídica, como no caso da filiação e das relações de trabalho em que os filhos e os trabalhadores se encontram subordinados aos pais e patrões, e por outro lado, também certas relações de direito público se desenvolvem em perfeita igualdade, como o caso de convenções jurídicas entre municípios para a prossecução de interesses comuns são normas de direito público, mas não se pode dizer que haja nelas *jus imperii*.¹⁶

MRS¹⁷

Entende que o critério da posição dos sujeitos descreve mas não explica o essencial, isto é a razão pela qual nuns casos o Estado age dotado de poderes de autoridade e noutros não. MRS entende que em certos casos tais poderes surgem porque está em causa um interesse que o determina, o que vem explicar os tais poderes ou deveres especiais. Quando o Estado ou qualquer ente público agem numa posição de autoridade, o que está em causa é predominantemente a prossecução de poderes públicos. Quando pelo contrário agem numa posição de paridade está em causa predominantemente um interesse privado. Conclui deste modo, que é o interesse que traça as fronteiras entre direito público e privado.

FA¹⁸

Defende um critério combinado do interesse e dos sujeitos:

¹⁶ Vide NSG p. 232.

¹⁷ Vide p. 258.

¹⁸ Vide p. 250.

É direito público: *o sistema de normas que tendo em vista a prossecução dum interesse colectivo, conferem para esse efeito a um dos sujeitos da relação jurídica poderes de autoridade sobre o outro.*

É direito privado *o sistema de normas que visando regular a via privada das pessoas não conferem a nenhuma delas poderes de autoridade sobre as outras, mesmo quando pretendam proteger um interesse público considerado relevante.*

NSG¹⁹

Considera que a variedade da tipologia normativa que o direito apresenta implica que os três critérios apresentados sejam insuficientes para traçar com absoluto rigor as fronteiras entre direito público e privado. Por isso, propõe um critério combinado que atende não só ao interesse tutelado, mas também à qualidade dos destinatários das normas e ainda à posição dos sujeitos da relação jurídica:

- a. São normas de direito público as que tutelarem directamente interesses públicos.
São normas de direito privado as que tutelarem directamente interesses privados
- b. Especialmente são de direito público as que relacionem juridicamente apenas entes públicos entre si, tutelando interesses públicos, ou relacionem juridicamente os entes públicos e os particulares atribuindo àqueles prerrogativas de autoridade
- c. São de direito privado as normas que tutelando directamente interesses privados relacionem os sujeitos em termos de igualdade jurídica, igualdade esta que se mantém mesmo no caso de supra-ordenação: filiação e contrato de trabalho

SJ, BM, CM, O A, Nogueira de Brito – defendem o critério da posição dos sujeitos.

Classificações

Direito público

1. Direito Constitucional

¹⁹ Vide p. 232.

2. Direito Administrativo: Direito do Urbanismo; Direito do Ambiente
3. Direito Financeiro, Tributário e Fiscal
4. Direito Processual
5. Direito Penal

Direito privado

1. Direito privado Comum ou Civil:²⁰
 - a. Direito das Obrigações
 - b. Direitos Reais
 - c. Direito da Família
 - d. Direito das Sucessões
 - e. Direito da Personalidade e Direito de Autor (recentes)
2. Direitos privados especiais
 - a. Direito comercial
 - b. Direito do Trabalho

Outros ramos de Direito com naturezas mistas²¹

1. Direito Internacional Privado (doutrina não é unânime na sua qualificação como de direito público ou privado)
2. Direito de Previdência Social
3. Direito Bancário
4. Direito Agrário

Direito penal:²²

Não é unânime a consideração do direito penal como ramo de direito público. O A entende que os deveres penais são deveres dos indivíduos e o facto de as penas serem aplicadas judicialmente, não implica que o direito penal regule a actividade do Estado. Defende que tal actividade poderá apenas respeitar ao processo, mas não ao direito penal em si.

²⁰ Note-se que a parte Geral do CC (fontes e interpretação) aplica-se ao direito privado e ao direito público, constituindo assim um ponto de referência obrigatório para qualquer jurista. Da mesma forma a Teoria Geral do Direito Civil, aplica-se a todos os ramos de Direito Civil, daí a sua não autonomização.

²¹ Existem áreas do direito em que a demarcação entre direito público e privado é muito difícil de fixar pois cada vez mais as diferenças entre eles tendem a esbater-se. De facto, o direito público está com o passar do tempo a privatizar-se e o direito privado está-se a publicizar devido ao alargamento dos fins do Estado e do sua intervenção na vida económica social e cultural

²² Vide SJ p. 243 e O A p.347

A maior parte da doutrina²³ entende, todavia, que o direito penal tem a natureza de direito público, pois sendo o conjunto de normas jurídicas que definem os crimes e estabelecem as correspondentes penas e medidas de segurança, visa proteger a ordem jurídica de ataques cuja particular gravidade ofende as condições essenciais da vida social, o que justifica a aplicação de sanções especialmente graves.

Faculdade de Direito de Lisboa

SLL - INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO I/ NOITE 1ª ÉPOCA/ 2010

SUB-TURMAS 5 e 6

CAPÍTULO II: Fontes de Direito

²³ Vide MRS, SJ, NSG, FA.

Abreviaturas:

MRS (Marcelo Rebelo de Sousa); S J (Santos Justo); O A (Oliveira Ascensão); NSG (Nuno Sá Gomes)
CM (Castro Mendes); BM (Baptista Machado); AV/PL (Antunes Varela e Pires de Lima – CC anotado);
G T (Galvão Telles); F A (Freitas do Amaral)

Aspectos a abordar:

9. Considerações gerais sobre Fontes de Direito
10. Costume
11. Jurisprudência
12. Doutrina
13. Lei
14. Direito internacional
15. Princípios fundamentais de Direito
16. Hierarquia das fontes/ normas

Considerações gerais sobre Fontes de Direito²⁴

1. Noção:

No seu sentido jurídico formal fontes de direito são os modos de **formação** ou **revelação** de normas jurídicas.²⁵ Segundo NSG fontes são as formas do aparecimento e manifestação de normas.

Fontes formadoras: são factos normativos que estabelecem direito novo, isto é, criam, modificam ou extinguem normas jurídicas. Têm natureza constitutiva, são inovadoras.

Ex.: quando uma **lei** revoga outra lei, ou mesmo um **costume** inovador.

²⁴ Vide FA, SJ, O A

²⁵ FA p. 352; também 393 para FA uma coisa é a fonte ou seja o facto jurídico de onde nasce o direito, outra coisa é o direito nascido dessa fonte, ou seja, uma norma ou um conjunto de normas, por isso a lei enquanto fonte de direito não pode ser definida como norma.

Fontes reveladoras: são os factos normativos que desvendam o conteúdo de normas já em vigor, mas ignoradas pelo público. Têm natureza declarativa, não são inovadoras.

As fontes reveladoras são relevantes para redescobrir as normas jurídicas, cuja fonte ou texto, não careça de publicação em boletim oficial adequado para divulgação no seio da comunidade, ou nos casos em que publicadas, tenham caído por completo esquecimento. Exemplos de fontes reveladoras poderão ser a doutrina e jurisprudência.²⁶

2. Classificação das fontes de direito:

Imediatas: produzem directamente normas jurídicas, sem qualquer subordinação a outra fonte. De acordo com o CC, são a *lei e as normas corporativas*.

Mediatas: são aquelas que só são reconhecidas como fontes de direito na medida em que a lei lhes confere esse valor. De acordo com o CC são *assentos, os usos e a equidade*.

Voluntárias: são aquelas que explicitam uma vontade dirigida especificamente à criação duma norma jurídica. Ex: lei, jurisprudência e doutrina

Não voluntárias: são aquelas que **não** explicitam uma vontade dirigida especificamente à criação duma norma jurídica. Ex: costume

3. Consagração legal: art. 1 a 4 do CC

O CC adopta a tese clássica das fontes de direito: 1º lei; 2º costume; 3º jurisprudência; 4º doutrina

Art. 1 CC - *Lei e normas corporativas* (note-se que a consagração das normas corporativas como fonte autónoma de direito fundamenta-se em resquícios históricos, isto é a criação

²⁶ Vide FA p. 439.

do sistema corporativo pela CRP de 1933, nunca inteiramente concretizado pelo Estado Novo)²⁷

Art. 2 do CC – *Assentos* (este artigo foi declarado inconstitucional)

Art. 3 do CC – *usos* (os usos são fonte de direito na medida em que são acolhidos pela lei)

Art. 4 do CC – *equidade* (esta não é fonte de direito, visto que não é um facto produtor ou revelador de normas jurídicas, mas um modo de decisão de casos concretos sem apelo a critérios genéricos).

FA critica a teoria tradicional das fontes de direito e mantém o costume ao lado da lei, enquanto fontes de Direito devido à sua relevância, não só no direito internacional, mas também em muitos países (PALOPS) com os quais Portugal mantém fortes relações, onde o costume é fonte de direito por excelência.

FA: 1º costume; 2º lei; 3º doutrina; 4º jurisprudência

O A também coloca o costume ao lado da lei.

Costume ²⁸

1. **Noção:** *pratica social reiterada com convicção de obrigatoriedade*

Elementos essenciais da noção:

- **Corpus ou elemento material/ objectivo:** pratica social reiterada ou constante, isto é, uma **prática** seguida pelo povo, parte dele ou por certas instituições com uma certa **duração**.

²⁷ Vide FA p.358

²⁸ Vide FA, O A, SJ

Quanto à duração a lei da Boa Razão no tempo do Marquês de Pombal impunha um período de 100 anos para validação do costume, F A fala de uma prática desde *tempos imemoriais*, isto é, que os homens vivos em certa época não tenham memória de quando começou a prática habitual.

Este elemento corresponde ao mero uso. Os **usos** são práticas sociais reiteradas sem convicção de obrigatoriedade. Não são modos autónomos de criação do Direito porque, só valem na medida em que a lei os acolher (art. 3 do CC). Por isso, ao contrário do costume, os usos não têm juridicidade própria.²⁹

- **Animus ou elemento espiritual/ subjectivo:**³⁰ convicção por parte de quem adota um costume, de que essa prática é imposta ou permitida pelo Direito. Implica a consciência ou reconhecimento pelos membros de um grupo social de que há uma **obrigatoriedade jurídica** daquela prática, uma consciência de que se deve agir assim e que tal não deriva apenas de cortesia ou rotina.³¹ Existe um sentido de cumprimento de um dever.

A juridicidade do costume, tal como da lei, só existe se houver uma validade normativa que lhe confira fundamento jurídico, que é dada pela **consciência jurídica geral**.

Para que o costume seja fonte de direito, é necessário que a norma jurídica por ele criada seja dotada de **sanção** no caso de violação (consequência desfavorável). Na Idade Média algumas sanções por violação de costumes decorriam do próprio Rei, mas na maioria dos casos resultavam da própria população (morte/ prisão/ torturas/ expulsão da cidade). Hoje em dia, o incumprimento de costumes internacionais implica várias sanções: políticas, diplomáticas, económicas e até militares.

Pretensos requisitos do costume (O A):

1. *Consagração legal:* costume não tem de ser aceite pela lei
2. *Imposição pelos órgãos do poder político:* não é necessário que o costume seja imposto pelos órgãos do Estado, e que seja judicialmente aplicado (se a coercibilidade não é essencial ao Direito, também a valia do costume não depende do seu acatamento)

²⁹ Vide MRS p. 155 onde se refere o art. 885 n.º2 do CC como exemplo de relevância dos usos pela lei.

³⁰ Também apelidada de *opinio juris vel necessitatis* pelos Romanos – convicção de obrigatoriedade ou licitude jurídica de certa prática

³¹ A oferta do folar da Pascoa não implica uma regra jurídica, o mero uso não se basta ao costume (O A)

pelos órgãos do Estado). Assim, uma sentença pode decidir contra uma regra costumeira, que esta em si não é prejudicada – só quando em consequência da persistência a actuação dos órgãos públicos, forem atingidos ou o uso ou a convicção de obrigatoriedade, o costume deixa de existir.

2. Relação do costume com a lei

Embora a lei seja a *fons juris* predominante, ela não está acima do costume. A juridicidade do costume radica nos mesmos valores e princípios normativos da consciência jurídica geral da comunidade.

Logo a relação do costume com a lei, pode ser:

Secundum legem – a norma costumeira e a norma extraída da lei têm o mesmo sentido. O costume apenas pode ter utilidade interpretativa.

Praeter legem – a norma costumeira não contraria a lei, mas vai além dela pois tem por objecto matéria que a lei não regula. O Costume pode ter utilidade na integração de lacunas.

Contra legem – o costume e lei estão em contradição. Por isso, como uma lei pode revogar um costume, também este pode fazer cessar a vigência de uma lei anterior.

Importa separar o **costume contra legem** do **desuso**, pois este, não importa a extinção da lei. Por exemplo, se as autoridades tolerarem a circulação de motociclistas sem capacete, a lei não cessou a sua vigência. Só cessará, se, se criar a convicção de que é lícito proceder assim, isto é, se, se formar um **costume contra legem**. - *No desuso o repúdio da lei é menos enérgico* -

Valia prática do costume por comparação com a lei:

Vantagens – lei: maior certeza e adequação enquanto instrumento de transformação social/
costume: maior adaptação à evolução social

Desvantagens – lei: a sua rigidez impede-a de acompanhar a evolução social/ costume: maior incerteza, pois é de prova difícil dado que exprime uma ordem espontânea da sociedade.

3. O costume em Portugal ³²

Reconhecimento do costume na lei portuguesa:

- *Costume secundum legem*: lei ignora-o.
- *Costume praeter legem*: lei ignora-o porque o art. 10 do CC a respeito da integração de lacunas, não se refere ao costume.
- *Costume contra legem*: a lei não lhe reconhece qualquer valor jurídico porque não admite a possibilidade de a lei cessar a sua vigência por força de um costume que lhe é contrário (art. 7 do CC).

Todavia:

É reconhecido o **costume internacional** nos artigos 8 n.º1 e 29 n.º2 da CRP.

E, embora o costume não seja referido nos artigos iniciais dos CC relativos às fontes de direito, a verdade é que ele está acolhido no **art. 348 do CC**, onde se prevê a prova do **direito consuetudinário**.

Posições dos diferentes autores:

O A:

Pode-se invocar que a prova do costume só será relevante enquanto admitida pela lei, todavia **O A** diz que se está a partir de pressupostos errados, pois considera que o valor do costume depende não do legislador, mas das concepções que adoptarmos sobre a

³² Vide MRS, NSG

juridicidade do costume. E este está em pé de igualdade com a lei.³³ O costume é um modo de revelação do direito que brota directamente da sociedade e que existe independentemente da atitude dos governantes em relação a ele.

Todavia pode suceder que o Estado condicione a medida em que os seus órgãos aplicam o direito costumeiro, gerando-se perturbações sociais graves pelo conflito de orientações normativas (por um lado a lei, por outro lado o costume).³⁴ O costume existe, mas o Estado não lhe confere efectividade.

Esta tensão entre o Direito e o que o Estado aplica, tende a cessar pela derrota de um:

1. Nuns casos pela falta de aplicação coactiva, o costume definhará – as pessoas acatam a posição dos órgãos públicos que fazem prevalecer a **lei**.
2. Noutros casos, o **costume** impõe-se até a proibição da lei ser suprida.

FA:

F A entende também que o costume é uma fonte imediata de direito em Portugal. Defende as teses pluralistas (pluralismo jurídico) segundo as quais o ordenamento jurídico tem mais que uma fonte de direito válida. O Direito brota não só do Estado, mas também de outros organismos e da própria sociedade.

Em defesa do costume como fonte de Direito:

- a. O costume tem maior legitimidade democrática porque brota do povo.
- b. Existem vários casos em que o costume se afirma como fonte de direito, nomeadamente ao nível internacional.
- c. O costume é também a principal fonte de direito nos PALOPS
- d. Em Portugal o costume incide mais na área do Direito Público

Exemplos de costumes:

Internacionais: princípio do *pacta sunt servanda*; princípio do *mare liberum*

³³ Neste sentido, vide também FA.

³⁴ O que sucedeu com os touros de morte em Barrancos.

Direito constitucional: no Reino Unido a Constituição não é escrita; Em Portugal Jorge Miranda entende que existem costumes *contra legem* nos casos de: desvalorização dos planos; desnecessidade de deliberação para que projectos e propostas de lei sejam votados na especialidade em Comissão desrespeitando - se o art. 168 n.º3 da CRP; prevalência da categoria Ministro de Estado sobre os demais Ministros em desrespeito do art. 183 da CRP; aparecimento do Presidente da Câmara Municipal como órgão autónomo do município contra o art. 150 da CRP.

Direito Administrativo: existe o costume universitário do voto de Minerva (quando o júri está empatado sobre a nota a atribuir a um aluno, deve decidir a favor do aluno – é como se Minerva deusa da sabedoria, ajudasse o aluno); no período da queima das fitas é costume suspenderem-se as aulas; também os feriados nos dias 26 de Dezembro e 2 de Janeiro.

MRS:

A relevância do costume não depende da lei. **O costume é uma forma autónoma de criação do direito que se situa ao lado da lei**, não carecendo de consagração legal, nem de efectiva aplicação coactiva pelos órgãos do Estado.

A importância do costume, enquanto fonte de direito é inegável, nomeadamente ao nível do Direito Internacional.

O desafio subjacente ao costume, reside em saber se há condições propícias para o seu florescimento, o que depende de razões históricas e sociais.

Nogueira de Brito:

Exclui que o costume seja uma fonte privilegiada de Direito e sujeita-o à CRP. Embora reconheça que a lei não está acima do costume enquanto fonte de Direito.

O costume deve ser avaliado à luz dos valores fundamentais da comunidade expressos na CRP.

Jurisprudência³⁵

1. Noção:

Entende-se por jurisprudência o conjunto de decisões em que se exprime a orientação seguida pelos tribunais ao julgarem os casos concretos que lhes são submetidos.

A jurisprudência pode ser considerada como fonte de direito quando a máxima de decisão ou o critério normativo que conduziu à solução do caso concreto seja considerado **vinculativo** perante outro caso da mesma índole.

2. A jurisprudência e os sistemas de Direito

Antes de determinar em concreto as situações em que a jurisprudência pode ser considerada como fonte de direito, convém analisar o modo como ela é considerada nos principais sistemas de direito existentes do mundo ocidental.

Sistema anglo - saxónico:

A ele pertencem países como os EUA, Canadá e Grã - Bretanha.

Aqui está consagrado o **princípio do precedente judicial** de acordo com o qual a decisão judicial de um caso concreto vincula os tribunais a decidir os casos idênticos que apareçam no futuro.³⁶

No sistema de precedente a jurisprudência é tida como fonte de Direito porque estando o juiz vinculado a manter a orientação seguida, da orientação jurisprudencial inicial resultou **uma regra** para decisão de novos casos (o juiz decide numa perspectiva generalizadora – a sua decisão baseia-se num critério normativo).

Sistema romano - germânico

A ele pertencem países como Portugal, França, Alemanha.

³⁵ Vide O A; FA; NSG; S J; MRS; Nogueira de Brito

³⁶ O precedente vincula em termos verticais os tribunais inferiores, e em termos horizontais os tribunais superiores até ao momento em que o precedente não é alterado/anulado por esse mesmo tribunal. Vide O A p. 318 e FA com posições diferentes.

Aqui está consagrado o **princípio da liberdade de decisão judicial** de acordo com o qual a decisão judicial de um caso concreto, não constitui precedente obrigatório para o julgamento de casos idênticos no futuro, quer sejam, perante o mesmo tribunal quer perante tribunais inferiores ao que decidiu primeiro.

No sistema romanístico a jurisprudência não é fonte de Direito pois a máxima de decisão dos tribunais não é elevada a regra que deve observar-se noutros casos.

3. Possíveis casos de jurisprudência como fonte de Direito

- a. **Costume jurisprudencial**
- b. **Decisões dos tribunais superiores, com força obrigatória geral: Assentos e Acórdãos do TC**
- c. **Jurisprudência uniformizada**

a. Costume jurisprudencial

Consiste na repetição de julgados que leva à formação de um costume jurisprudencial. Tem dois elementos:

Uso – repetição de julgados. Implica um número significativo de casos (diferente da jurisprudência constante que abrange poucos casos).

Convicção de obrigatoriedade – não só para os juízes que decidem mas também para os interessados directos no processo (quanto a este último aspecto, separa-se também da jurisprudência constante).

Da jurisprudência, brotam então novas regras jurídicas, mas O A considera que a fonte de Direito não é propriamente a jurisprudência, mas antes o costume

- b. **Decisões dos tribunais superiores, com força obrigatória geral: Assentos e Acórdãos do TC**

Assentos

Estavam previstos no art. 2 do CC e eram decisões do STJ (Supremo Tribunal de Justiça) reunido em pleno, que fixavam doutrina com força obrigatória geral, isto é, no caso de dúvida ou contradição na interpretação de algum preceito legal, o STJ fixava a interpretação tida por mais adequada, com força imperativa para futuros casos idênticos.³⁷

Esta força obrigatória geral, traduzia-se no facto de o assento vincular para o futuro os tribunais (incluindo o próprio STJ), a Administração Pública e todos os cidadãos.

Os assentos eram considerados fonte de Direito, daí a sua inserção no capítulo das fontes no CC, e por isso eram também publicados no Diário da Republica.

Posteriormente, o acórdão n.º 810/93 do TC de 7 de Dezembro veio julgar inconstitucional em processo de fiscalização concreta a norma do art. 2 do CC por violação do art. 112 n.º 6 da CRP (actual art. 112 n.º5).³⁸

Em consequência com a reforma do CPC os assentos foram substituídos pelo julgamento ampliado de revista, que é um meio de uniformização de jurisprudência pelo STJ, mas que não vincula os restantes tribunais.

Valor dos assentos: atendendo à sua força obrigatória geral, vinculam todos os aplicadores do Direito

Acórdãos do TC com força obrigatória geral

Os acórdãos do TC, com força obrigatória geral estão previstos no art. 281 n.º1 e 3 da CRP em sede de fiscalização abstracta e concreta e também em sede de fiscalização preventiva nos artigos 278 e 279 da CRP.

Surgem ao abrigo da faculdade conferida pelo art. 119 n.º 1 g) da CRP e³⁹ são publicados no Diário da Republica no capítulo dedicado às fontes de Direito.

São a única situação em que a jurisprudência em Portugal é entendida como **fonte de Direito**, pois a declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade vincula a todos para o futuro.

³⁷ O art 763 do Código de Processo Civil de 1936 dispunha que: “ se no domínio da mesma legislação, o STJ proferir dois acórdãos que, relativamente à mesma questão fundamental de Direito, assentem sobre soluções opostas, pode recorrer-se para o tribunal pleno do acórdão proferido em ultimo lugar” (em pleno o STJ proferia um assento em relação à questão).

³⁸ Vide FA contra esta posição do TC p. 463

³⁹ FA p.466

Natureza jurídica das decisões com força obrigatória geral:

Discute-se se tais decisões têm a natureza de lei ou se serão jurisprudência.

Carácter legislativo:

Têm uma **prescrição normativa**, pois asseguram para o futuro um certo conteúdo normativo (tanto os assentos como as declarações do TC com força obrigatória geral).

Carácter jurisdicional:

-as decisões com força obrigatória geral têm um carácter vinculado porque são de emissão obrigatória uma vez verificados os respectivos pressupostos, isto é nunca são adoptadas por iniciativa do tribunal, mas estão sujeitas ao **princípio do pedido**. Por outro lado a lei é adoptada por livre iniciativa do legislador, independentemente de qualquer vinculação a um pedido prévio, pelo que se pode falar numa **liberdade constitutiva da lei**.

- Os acórdãos estão subordinados à lei; Diferentemente a lei pode incidir sobre todas as matérias

- Só a lei pode ser alterada ou suprimida, isto é, tem **auto-reversibilidade**; os tribunais não podem livremente revogar as suas decisões com força obrigatória geral, pois o poder de Direito esgota-se com a declaração com força obrigatória geral. O acórdão deve ter a estabilidade própria das decisões judiciais

Em conclusão:

A atribuição de força obrigatória geral a uma decisão jurisprudencial não lhe retira carácter **jurisprudencial**, dado que também aqui o tribunal *exprime um conjunto de fontes existentes ao declarar qual o direito que se aplica com força obrigatória geral*. O tribunal realiza uma declaração **abstracta** do direito a aplicar ao caso⁴⁰, por isso pode-se dizer que tais decisões servem o direito constituído e não visam proceder a uma renovação da ordem jurídica, como acontece na lei.

⁴⁰ Nas restantes situações em que a decisão do juiz não é fonte de Direito, o tribunal declara em concreto o direito a aplicar ao caso

Para MRS, as decisões com força obrigatória geral também são *actos jurisdicionais*.

c. Jurisprudência uniformizada

Verifica-se quando os Tribunais Superiores, diante casos semelhantes decidem adoptar as mesmas providências para chegar a modos uniformes de decisão, evitando-se assim, oscilações e insegurança nas suas decisões e também desperdício de actividade jurisprudencial na decisão que novos casos idênticos aos já outrora decididos.

Pressupostos para os recursos de uniformização de jurisprudência:

- a) Existência de *dois acórdãos contraditórios* quanto à mesma questão de Direito
- b) *Identidade da legislação* a aplicar
- c) *Possibilidade de interpor recurso* para o Tribunal Superior, em Tribunal Pleno, do segundo acórdão.⁴¹

Valor dos acórdãos de uniformização de jurisprudência:

Não têm força obrigatória geral: vinculam apenas no processo em que são proferidos.

A jurisprudência uniformizada não é fonte de Direito. Os acórdãos uniformizadores de jurisprudência têm uma **eficácia meramente persuasiva**, não vinculando os tribunais inferiores a adoptar uma determinada decisão, tal como acontece no precedente.

Doutrina⁴²

Noção:

A doutrina traduz-se nas opiniões ou pareceres dos juristas acerca duma questão de direito expostas em tratados, manuais, monografias, pareceres.

⁴¹ Cfr MRS

⁴² Vide MRS, O A, SJ e FA

Os juriconsultos são juristas qualificados, em regra Docentes de direito nas Universidades.

A doutrina é elaborada pelos teóricos do Direito para ser utilizada pelos práticos do Direito:

1. Dá a conhecer aos práticos o conteúdo e significado de um certo ordenamento jurídico positivo (dá parecer sobre a melhor forma de aplicar o direito aos casos concretos, influenciando os tribunais nas decisões que tomam).
2. influencia os poderes legislativo e judicial no exercício das suas funções.

A doutrina pode ser exercida:

- Por forma individual – influência dominante por exemplo de um certo Professor em certo ramo de Direito.
- Por forma colectiva - a conhecida “*communis opinio doctorum*” (quando se diz a doutrina é unânime..)

Qual a relevância da doutrina?

Tem variado ao longo do História. Em Portugal houve épocas em que a opinião de um doutor criava Direito, por exemplo nas ordenações afonsinas a Glosa de Acúrcio ou a opinião de Bártolo. Também nas Ordenações Manuelinas, na insuficiência da lei, a opinião de vários autores (a *communis opinio doctorum*) servia para resolver as dúvidas existentes e **devia ser acolhida e respeitada por todos**, nomeadamente pelos aplicadores do direito.

Hoje em dia a doutrina já **não é considerada uma forma de criação imediata e directa do Direito** (o juiz não lhe deve obediência).⁴³ Todavia, a sua influência na vida jurídica é muito importante, nomeadamente na construção de institutos jurídicos, na determinação de princípios gerais de direito, na feitura e na interpretação das leis e na integração de lacunas.

A doutrina tem assim um papel essencial como factor de evolução jurídica, no bom desempenho das funções legislativa, administrativa e jurisdicional, embora não seja uma fonte directa de Direito, a verdade é que ela contribui poderosamente para a determinação

⁴³ MRS, O A, S J, NSG defendem esta posição. Já F A entende que a doutrina é fonte imediata de direito, vide p. 431 e ss

do verdadeiro significado do Direito.⁴⁴ A sua influência depende da valia intrínseca dos jurisconsultos, isto é da sua *auctoritas* ou saber socialmente reconhecido.

Exemplos desta influência da doutrina em Portugal:

-Os ensinamentos de Manuel de Andrade e Antunes Varela contribuíram para a feitura e conformação do CC.

-Os projectos, escritos e críticas à jurisprudência de Marcello Caetano influenciaram o nosso direito administrativo, até aos dias de hoje.

-Freitas do Amaral influenciou a feitura do Código de Procedimento Administrativo e mais recentemente Mário Aroso de Almeida influenciou a feitura do Código de Processo dos Tribunais Administrativos.

Lei

Aspecto estático ⁴⁵

1. Noção:⁴⁶

Existem várias acepções para a palavra lei no campo do Direito.

-Lei como sinónimo de **Direito**

-Lei como um dos modos de formação de **normas jurídicas** (enquanto fonte de Direito)

-Lei como **diploma emanado da AR** por oposição aos Decretos-lei do Governo

Enquanto **fonte de Direito**, o art. 1 n.º2 do CC, considera a lei como “*todas as disposições genéricas providas dos órgãos estaduais competentes*”.

⁴⁴ A maior parte das vezes quem prepara as leis ou os códigos são os Professores Universitários, da mesma forma quando surgem dúvidas jurisprudenciais, são estes Professores que resolvem muitas das questões com os seus pareceres.

⁴⁵ O Aspecto dinâmico da lei onde se abordam as matérias da publicação e cessação de vigência da lei, serão estudadas no próximo semestre

⁴⁶ Vide O A; FA; MRS; SJ; NSG; BM

A determinação precisa do conceito de lei enquanto fonte de Direito, que é o que ora nos interessa, não tem sido fácil nem tão pouco consensual, todavia para ultrapassar essa dificuldade, tem sido aceite pela doutrina a seguinte distinção:

- a) **Lei formal:**⁴⁷ é o diploma emanado por um *órgão legislativo*,⁴⁸ que reveste uma forma pré-determinada e cujo conteúdo pode abranger normas jurídicas ou comandos individuais.

- b) **Lei material:** é o diploma emanado pelo órgão competente, com *conteúdo normativo*, contendo uma ou mais normas gerais e abstractas, independentemente da sua forma externa.⁴⁹

O direito positivo português refere-se a estas duas modalidades de Lei:

- O art. 1.º do CC adopta um conceito material de lei.
- O artigo 112.º da CRP adopta um conceito formal de lei.
- O artigo 18.º n.º 3 adopta um conceito formal e material de lei.

Em regra a maioria das leis é **simultaneamente formal e material.**, por exemplo: a lei da AR que disponha em sentido geral e abstracto sobre a indemnização devida às vítimas de crimes violentos.

Mas pode suceder que os dois critérios não coincidam.

Uma **lei em sentido formal** pode não ter o conteúdo material de lei, por exemplo: uma lei da AR que privatiza ou nacionaliza uma determinada empresa; ou uma lei que promova um General a Marechal por feitos gloriosos em combate.

⁴⁷ Note-se que FA entende leis em sentido formal só as leis da AR, porque são as únicas com nome e forma externa de lei; e considera leis em sentido material as leis AR, dec-leis G, dec legislativo regionais. Autonomiza o regulamento como fonte autónoma de direito vide p.403 e 509 FA

⁴⁸ Em Portugal, os órgãos do poder político com competência para produzir actos legislativos são a Assembleia da República, o Governo e as Assembleias Legislativas Regionais

⁴⁹ Mrs considera que as leis também materiais são aqueles actos legislativos que além de serem formalmente leis, são dotados de generalidade e abstracção no seu conteúdo. P.45 Nog Brito diferente este adopta a posição de O A.

Ou pelo contrário, uma **lei em sentido material** pode não ter a forma externa de lei, por exemplo um regulamento do Governo que aprove normas gerais e abstractas (um despacho normativo que fixe as taxas das rendas condicionadas).⁵⁰

Posições na doutrina acerca do conceito de Lei

Para O A, lei é:

*Um texto ou fórmula significativa de uma ou mais regras, emanado com a observância das formas eventualmente estabelecidas de uma autoridade competente para pautar **critérios normativos** de solução de situações concretas.*

Ou seja, são três os pressupostos da noção de lei:

1. Uma autoridade competente para estabelecer critérios normativos
2. Observância de formas eventualmente estabelecidas para essa actividade: o acto lei deve revestir a forma escrita (não há leis orais)
3. Sentido de alterar a ordem jurídica pela introdução dum acto normativo: a lei deve criar modificar ou extinguir normas jurídicas

Em suma, O A adopta uma noção ampla de lei, considerando que para a sua qualificação basta apenas a sua existência em **sentido material**.⁵¹

Para SJ a lei propriamente dita é **simultaneamente formal e material**, por isso define lei como: uma declaração solene com valor normativo, ditada pela autoridade que detém a potestas normandi do Estado com observância da forma estabelecida.

MRS, não refere directamente um conceito de lei, todavia considera que a contraposição deve ser entre lei meramente formal e lei também material, pois esta ultima para além de ter um carácter geral e abstracto, deve também revestir a forma de lei.

⁵⁰ Cfr FA p. 402

⁵¹ Vide p.272

Desta afirmação de MRS, parece decorrer que para se poder falar em lei, temos que ter sempre um acto legislativo (**lei em sentido formal**), isto é uma lei da AR, um decreto-lei do G ou um decreto legislativo regional, tal como decorre do art. 112 da CRP ⁵²

Nogueira de Brito parece seguir O A.

Para efeitos de explanação da matéria, vamos também seguir a posição de O A e desse modo incluir na noção de lei como fonte de Direito, não só os actos legislativos, mas também todos os actos normativos emanados por Entidades Públicas, o que significa que vamos incluir na noção de lei também as **normas regulamentares**.

Classificação de leis⁵³

Atendendo à solenidade, as leis podem qualificar-se em:

a) **Solenes**

Leis que obedecem a um procedimento específico⁵⁴

- i. Leis constitucionais
- ii. Leis ordinárias: leis da AR e decretos - leis do G
- iii. Decretos legislativos regionais

b) **Comuns**

Leis que não obedecem a um procedimento específico.

⁵² Vide p.42 e 44.

⁵³ Vide SJ e NSG

⁵⁴ Por exemplo as leis da AR são elaboradas de acordo com um certo processo legislativo, fixado nos artigos 167 e 168 e 226 n.º2 da CRP, são promulgadas pelo PR e mandadas publicar como tais art 134 b) e 119 n.º1 da CRP. Cfr NSG p. 174

- i. Leis elaboradas pelos órgãos centrais do Estado, ex:
 - Decreto regulamentar do G
 - Resolução do conselho de Ministros
 - Portaria do Governo
 - Despacho normativo do Governo
- ii. Leis elaboradas pelos órgãos locais do Estado: ex regulamentos dos Governos Cívicos
- iii. Leis das Regiões autónomas: decretos regulamentares regionais
- iv. Leis das autarquias: ex. posturas/ regulamentos municipais.⁵⁵

Deste leque de leis, importa distinguir as formas legislativas das formas regulamentares, isto é, separar as leis em sentido material das leis que não o são em termos formais.⁵⁶

2. O regulamento⁵⁷

Noção

É o acto unilateral do Estado, ou de outra entidade pública ou privada habilitada a exercer o poder executivo (função administrativa), que de forma escrita, cria, modifica ou extingue normas jurídicas subordinadas à lei.

Os regulamentos estão previstos no art. 112 n.º 7 e 8 e 199 c) da CRP e abrangem todas as fontes que se destinam a dar execução às normas contidas nos actos legislativos.

Classificação:

1. *Critério âmbito de aplicação*: centrais; regionais; locais; institucionais

⁵⁵ Vide também art.238 n.º 3 e 4 da CRP e 254 n.º2

⁵⁶ Vide p. 179 NSG

⁵⁷ Vide FA, NSG, O A

Centrais: emanam do G e aplicam-se a todo o território. Ex decretos regulamentares, resoluções do Conselho de Ministros, portarias ministeriais com carácter normativo e despachos normativos

Regionais: emanam de um dos Governos Regionais existentes para regulamentar legislação regional ou nacional. Ex decretos regulamentares regionais (art. 227 n.º1 d CRP).

Locais: emanam dos órgãos das autarquias locais, para vigorarem apenas no território municipal. Ex. posturas municipais

Institucionais: quando emanam de órgãos competentes de institutos públicos/pessoas colectivas de Direito Público (ex. regulamento curricular e pedagógico duma Faculdade de Direito) ou de Associações publicas (ex o regulamento deontológico e disciplinar duma Ordem profissional).⁵⁸

2. *Critério da obrigatoriedade:* externos; internos ⁵⁹

Externos: obrigam não só os órgãos da Administração, mas também os cidadãos em geral. Gozam de publicidade

Internos: obrigam apenas os funcionários dependentes de hierarquia do órgão que o emite. Não gozam de publicidade externa. Ex circulares

3. *Critério da relação com a lei:* regulamentos complementares ou de execução; autónomos e independentes

Regulamentos complementares ou de execução: são os regulamentos que desenvolvem a disciplina constante de uma lei, viabilizando a sua aplicação aos casos concretos. Ex. Se uma lei dispõe que os alunos economicamente desfavorecidos poderão beneficiar duma bolsa de estudo a conceder pelos Serviços Sociais da Universidade nos termos que estes mediante regulamento venham a definir, torna-se claro que tal norma só poderá ter aplicação efectiva aos casos concretos da vida após criação de regulamento de execução,

⁵⁸ Cfr FA p. 510

⁵⁹ Cfr NSG p. 120 e 179. Os regulamentos internos da administração abrangem apenas os funcionários subalternos de um superior hierárquico e têm por fundamento a própria hierarquia administrativa cfr FA p. 513

que fixe: as condições em que os interessados podem beneficiar da bolsa, os montantes das bolsas, os documentos a acompanhar o pedido da bolsa, etc..

Regulamentos autónomos:⁶⁰ são os regulamentos emitidos pela Administração descentralizada ao abrigo de um poder regulamentar próprio e autónomo. Ex. regulamentos das *regiões autónomas* art. 227 n.º1 da CRP; e das *autarquias locais* art. 241 da CRP e 13 n.º 1 da lei 159/99 de 14 de Setembro, ex. posturas municipais de trânsito - em que se define com pormenor para cada localidade quais as ruas abertas ao público e os locais de estacionamento.

Regulamentos independentes: são os regulamentos do Governo emitidos ao abrigo do art. 199 c) e 112 n.º7 da CRP, quando o Governo na ausência de leis ou decretos -lei (em matérias não legislativas por natureza e concorrenciais com a AR), opta por intervir não legislativamente, mas pela via regulamentar. Deste modo, o Governo exerce o seu poder próprio de editar regulamentos necessários para a execução das leis, entendido em termos amplos. Estes regulamentos revestem a forma de decreto regulamentar tal como resulta do art. 112 n.º7 da CRP.

Tanto os regulamentos independentes como os autónomos, **não vêm complementar uma lei carecida de regulamentação**, mas visam fixar a disciplina jurídica necessária à realização de atribuições específicas do legislador conferidas a certas entidades públicas confiando no melhor conhecimento acerca da realidade com que têm de lidar.

F A fala a este propósito de casos em que apesar de não haver nenhum preceito legal ou constitucional que especificamente confira um poder regulamentar, esse poder existe. Dando como exemplos: os regulamentos internos da Administração com fundamento na *hierarquia administrativa*; os regulamentos relativos ao *poder de gestão do serviço* pelos dirigentes face às relações especiais de poder em que se acham os utentes (ex utentes de hospitais, escolas, bibliotecas, museus.); regulamentos do funcionamento de órgãos colegiais ou regimentos que têm por fundamento o *poder de auto-organização* da instituição.⁶¹

Formas de regulamentos

1. *Decretos regulamentares*: promulgados pelo PR e referendados pelo PM e Ministros da matéria (art. 134 b) e 140 n.º1 da CRP) e publicados DR (art. 119 CRP)

⁶⁰ Cfr NSG . note-se que FA considera que regulamentos autónomos são independentes p. 511

⁶¹ Vide p. 514

2. *Resoluções do Conselho de Ministros*: competência regulamentar deste órgão art. 200 CRP: não intervenção presidencial, mas publicada DR
3. *Portarias*: assinadas pelo ministro em razão da matéria⁶² e publicadas no DR
4. *Despachos normativos*: só usados quando a lei o prevê, subscritos por um ou mais Ministros ou Secretários de Estado e publicáveis no DR
5. *Instruções, circulares e ofícios circulados*: regulamentos internos do Governo
6. *Regimentos internos*: estatuto de um órgão ou instituição. Ex regimento da AR
7. *Decretos regulamentares regionais*: regulamentos das regiões autónomas
8. *Posturas municipais*: regulamentos das autarquias locais
9. Sem forma especial os regulamentos dos restantes institutos públicos, serviços com autonomia administrativa, e mesmo os regulamentos dos órgãos colegiais das empresas privadas concessionárias de serviços públicos.

Considerações finais

Regulamento e Lei em sentido formal

Tanto a lei como os regulamentos, são materialmente actos criadores de normas jurídicas, a diferença reside no valor formal de cada um em relação ao outro: a lei pode revogar o regulamento, mas o regulamento não pode revogar a lei e, se a contrariar é ilegal. Também a lei, em regra baseia-se unicamente na CRP, enquanto que o regulamento só será válido se uma lei de habilitação atribuir competência para a sua emissão (salvo os regulamentos independentes que se fundam directamente na CRP).⁶³

Valia dos regulamentos enquanto fonte de Direito.

Os regulamentos de execução têm acentuado valor, nomeadamente quando interpretem oficialmente a lei, integrem lacunas, desenvolvam, concretizem ou complementem aspectos vagamente tratados na lei.

⁶² Ex: Portaria que identifica os modelos para publicitação de pedidos de licenciamento, comunicação prévia ou autorização de operações urbanísticas.

⁶³ Cfr FA p. 516

4. A Lei na CRP

A CRP identifica as fontes de **origem normativa**:

- Art. 8 – Direito internacional
- Art. 112 – **Actos normativos internos**

Os actos normativos da AR estão previstos nos artigos 161, 164 e 165 da CRP; os do G nos art. 198 da CRP *competência legislativa do Governo* e art. 199 c) da CRP *competência regulamentar do Governo*; a competência legislativa das regiões autónomas está consagrada no art. 227 n.º 1 a) a c) da CRP; a competência regulamentar das regiões autónomas está no art. 227 n.º 1 d) da CRP; e o poder regulamentar das autarquias locais está previsto no art. 241 da CRP.

A CRP enquanto norma primária de produção jurídica, tem uma função de no art. 112 n.ºs 2 a 7 de determinar os critérios de validade de cada um dos actos normativos nas suas relações com os demais, estando subjacente uma ideia de *hierarquia*.

Do art. 112 decorrem dois princípios:⁶⁴

1. **Princípio do sistema de normas sobre produção jurídica:** previsto art. 112 n.º 5 da CRP de acordo com o qual, *nenhum acto pode criar outros actos normativos com força igual ou superior ao dele próprio*.
Afirma-se a tipicidade dos actos legislativos, o que comporta: proibição de actos não legislativos de interpretação ou integração (proibição de interpretação autêntica das leis através de regulamentos); e também a proibição de regulamentos modificativos/ suspensivos/revogatórios de leis
2. **Princípio da hierarquia:**⁶⁵ os actos normativos não têm todos o mesmo valor hierárquico, genericamente pode-se dizer que no topo temos as leis constitucionais, a seguir os actos legislativos e no fim os actos regulamentares. O princípio da hierarquia, desdobra-se em vários princípios:
 - a) *Princípio da proeminência ou superioridade das leis* relativamente aos restantes actos normativos – art. 112 n.º 5 CRP.

⁶⁴ Vide CRP anotada de Gomes Canotilho e Vital Moreira; também Nogueira de Brito

⁶⁵ Quanto às relações entre lei e regulamento vide os artigos 112 n.º 5, 6 e 7 da CRP

- b) *Princípio da tendencial paridade entre leis e decretos-lei* - art. 112 n.º2 da CRP
- c) *Princípio da proeminência das normas de enquadramento sobre normas complementares*: podemos separar os actos legislativos em **leis de valor reforçado**⁶⁶ ou leis de enquadramento (leis de bases, de autorização, orgânicas – art. 112 n.º3 da CRP; lei de enquadramento do orçamento – art. 106 da CRP; leis que carecem de aprovação de maioria dois terços deputados – art. 168 da CRP) e em **leis ordinários**.
- d) *Princípio da preferência de lei* – lei como limite: a lei prevalece sobre todos os actos do poder executivo, como tal não pode ser contrariada por nenhum acto inferior a ela.
- e) *Princípio da precedência de lei*: lei funciona como habilitação legal de outros actos. Não existe regulamento sem lei prévia anterior - art. 112 n.º7 da CRP.
- f) *Princípio da reserva de lei* – lei como fundamento: a reserva de matéria para a lei (ou reserva material de lei), existe sempre quando a CRP prescreve que certa matéria seja regulada por lei (art. 164 e 165 da CRP). Este princípio tem duas dimensões:
 - i. *Negativa*: proibição que outra fonte regule a matéria, salvo quando se limite a executar a lei
 - ii. *Positiva*: dever de a lei fixar o regime de certa matéria, não podendo declinar a sua competência a favor de outra fonte.

Direito internacional⁶⁷

1. Direito internacional público: tratados e acordos internacionais

São *tratados internacionais* os acordos de vontades celebrados entre Estados, que são **aprovados** pelos Parlamentos nacionais e **ratificados** pelos respectivos Chefes de Estado,

⁶⁶ As leis de valor reforçado, são aquelas que beneficiam de forma e procedimentos especiais, e que regulam a produção de outras leis.

⁶⁷ Vide NSG, O A, FA

e que de forma escrita e solene, criam, modificam ou extinguem normas de Direito Internacional.

Exemplos de tratados internacionais: A Convenção de Viena para a protecção da Camada do Ozono (1985), O tratado Luso - Espanhol de amizade e não agressão (1939)

São *acordos em forma simplificada*: os acordos internacionais aprovados pelos Parlamentos nacionais, mas não ratificados e apenas **assinados** pelo Chefe de Estado (art. 134 b) da CRP); os acordos inter-governamentais aprovados apenas pelos países sobre matérias que não pertençam à competência reservada dos Parlamentos nacionais (art. 197 n°1 c) da CRP); acordos entre organizações internacionais ou entre algumas delas e um ou mais Estados.

Exemplos de acordos simplificados celebrados por Portugal: Acordo de supressão de vistos no âmbito da CPLP; Protocolo de Cooperação entre Portugal e Macau no domínio das pescas.

Em todos estes casos existe um contrato internacional de carácter normativo, por isso, são fontes de Direito.

As normas dos Tratados e Acordos a que Portugal se tiver vinculado vigoram na ordem interna (art. 8 n° 2 da CRP) na qualidade de fontes normativas internacionais, e não como leis ou regulamentos portugueses.

2. Direito comunitário

Direito comunitário original: o texto dos tratados - Tratado de Lisboa

Direito comunitário derivado: o que é produzido pelos órgãos da União Europeia e que comporta – regulamentos, decisões, directivas, recomendações e pareceres.

Regulamentos e decisões: são actos obrigatórios para todos os seus destinatários e directamente aplicáveis dentro das ordens jurídicas dos estados membros.

Directivas: vinculam em parte os países destinatários, mas pressupõem em regra que estes por acto normativo interno façam a respectiva integração e transposição para a sua ordem jurídica nacional.

Recomendações e pareceres: não são vinculativos.

O art. 8 da CRP n° 3 consagra o **princípio da aplicabilidade directa** das normas emanadas das organizações internacionais, no caso da União Europeia, dos regulamentos (direito comunitário derivado). Trata-se duma recepção automática plena, não carecendo de nenhum acto de aprovação ou ratificação. (no caso do direito internacional convencional existe uma recepção automática condicionada – 8 n°2 CRP).

O art. 8 n°4 da CRP consagra o **princípio do primado do direito da União Europeia** sobre o direito do Estado Português. Isto é, a normas de direito originário e derivado prevalecem sobre as de Direito interno (incluindo as da CRP). O primado afirma-se:

Como aplicação preferente – o direito da U E não pode ser declarado inconstitucional nem desaplicado, o que leva a que o direito interno ordinário pré-existente se torne inválido ou inaplicável.

Reserva de constitucionalidade – desde que respeite os princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático.

Princípios fundamentais de direito^{68 69}

Noção

Para FA os princípios gerais ou fundamentais de Direito são em regra máximos ou formulas que exprimem as grandes orientações e valores que caracterizam uma certa ordem jurídica ou um certo ramo do direito.

⁶⁸ Santos Justo e NSG entendem que os princípios fazem parte das fontes não intencionais de Direito, a par do costume p. 218

⁶⁹ Fala-se também de princípios fundamentais da CRP e princípios gerais de cada ramo de direito cfr NSG p. 205

São exigências universais de qualquer ordenamento jurídico como forma de legitimação e validade. Transcendem o direito positivo e são válidos *de per si* num Estado de Direito porque representam postulados da ideia de Direito. Impõem-se ao próprio legislador constituinte porque colocam as suas opções sob o signo da Justiça. Em suma, os princípios fundamentais são expressão do Direito Natural, e por isso interrogáveis. O seu acolhimento decorre do art. 8 n°1 da CRP..

Distinção entre princípios e regras:

Enquanto **fonte de Direito**, os princípios enunciam valores ou orientações que se transformam em normas jurídicas. Os princípios são fonte geradora de regras, e estas são o produto dos princípios.

Todavia, o art. 204 CRP distingue expressamente as disposições ou regras constitucionais dos princípios nela consignados, por isso devemos entender os princípios como fórmulas com um reduzido grau de determinabilidade que para serem aplicados necessitam da mediação do legislador ou juiz, enquanto que as regras, tendo um maior grau de determinabilidade, são susceptíveis de aplicação imediata.

Caracterização e importância

Quanto à forma podemos falar de:

- Princípios normativos de direito positivo que são **enunciados de modo expreso**, por ex: princípio do Estado de Direito Democrático do art. 2 da CRP.
- Princípios gerais que são **induções lógicas** das normas jurídicas positivas, partindo duma compreensão teleológica do sistema positivo (induzidos a partir de varias disposições legais) por ex.: princípio da igualdade dos Ministros dentro do Governo.

A importância dos princípios decorre de três funções que desempenham:

1. Função criadora de normas – enquanto fontes de Direito – *dimensão ontológica* (ex. o princípio da boa fé enunciado no art. 266 n°2 da CRP dá origem a varias normas do

Código do Procedimento Administrativo (art. 6 A), que concretizam vários deveres de actuação da administração pautados pela boa-fé)

2. Função interpretativa das leis – *dimensão metodológica*
3. Função integradora das normas jurídicas: enquanto meio de integração de lacunas da lei – *dimensão axiológica* –

Considerações finais:

Não é consensual a consideração dos princípios fundamentais como fonte autónoma de direito SJ, NSG, FA e BM entendem que são fontes de Direito. O A e MRS não se pronunciam. Nogueira de Brito nega a sua qualificação como fontes autónomas de Direito.

Espécies e exemplos de princípios, vide p. 506 FA

Hierarquia das fontes

A expressão hierarquia das fontes/ normas

Segundo O A não há hierarquia entre regras, mas hierarquia das fontes, isto porque as regras derivam das fontes e também por natureza todas as regras vinculam.⁷⁰

Para MRS a expressão hierarquia das fontes de direito não parece a melhor, porque *em rigor não existe hierarquia entre as fontes no sentido de ordenação de relevância jurídica decrescente quanto aos diversos modos de **revelação** de direito, mas antes quanto ao seu modo de **criação***. Assim é melhor falar de **hierarquia de formas de criação de Direito** e não de hierarquia de fontes de

⁷⁰ Vide p. 581

direito ou de factos normativos – trata-se de hierarquia de títulos, de matrizes de concretização do direito e só consequentemente de regras (O A parece também ir neste sentido pois quando fala em fontes de Direito, refere-se à sua vertente de modos de criação do Direito).⁷¹

FA considera que se pode falar de **paridade** de fontes e de **hierarquia** de fontes. Em Portugal há casos de paridade: lei e decreto-lei e também paridade lei e costume; mas a maior parte dos casos é utilizada a expressão hierarquia das fontes: 1ºCRP, 2º lei valor reforçado, 3º lei simples e 4º regulamento.⁷²

BM entende com razão que a hierarquia das normas depende da hierarquia das fontes em que estão contidas.⁷³

*A hierarquia das fontes na doutrina*⁷⁴

Hierarquia para MRS⁷⁵

1. CRP formal e costume constitucional
2. Lei de revisão constitucional
3. Factos criadores de direito internacional: actos e costumes
4. Actos políticos *stricto sensu* – actos que condicionam o exercício da função legislativa
- ex: programa do governo; moção de censura ao governo; decreto do PR que dissolva a AR ou declare o estado de sitio ou emergência
5. Leis em sentido formal: leis reforçadas e leis comuns: leis e decretos-lei; num mesmo plano situam-se os costumes em matérias legislativas.
6. Decretos legislativos regionais: CRP submete-os as leis gerais da República e aos decretos-lei do Governo 112 n° 4 e 5 da CRP
7. Acórdãos do TC com força obrigatória geral. Acima dos actos jurisdicionais e dos actos da Administração

⁷¹ Vide p. 154

⁷² Vide p. 563

⁷³ Vide p. 167

⁷⁴ Sem grandes concretizações defendo a seguinte hierarquia: 1º Direito internacional geral, 2º Direito da união europeia, 3º Direito constitucional, 4º Direito Internacional Publico e 5º direito ordinário.

⁷⁵ Vide p. 157

8. Actos da administração unilaterais e normativos: regulamentos. No mesmo plano os costumes administrativos
9. Contratos administrativos: criam direito
10. Actos jurisdicionais não normativos e actos administrativos

Hierarquia para FA ⁷⁶

1. Fontes internacionais: costumes, tratados e jurisprudência. Abarca o Direito Internacional Geral ou Comum ou *ius cogens* (art. 8 n.º1 da CRP), o Direito Internacional Convencional ou particular (art. 8 n.º2, art. 278 n.º1 e 280 n.º3 CRP) e o direito da União Europeia (art. 8 n.º3 e 4 da CRP). Como se verifica, FA defende o primado do Direito Internacional sobre a CRP
2. CRP
3. Direito ordinário ou infra-constitucional:
 - a. Lei e costume em paridade
 - b. Regulamentos e praxes administrativas em paridade

Hierarquia para NSG

1. Princípios jurídico-fundamentais
2. CRP e leis de revisão constitucional
3. Direito Internacional Geral (incluindo costume) e Convencional (tratados e acordos internacionais)
4. Decretos do PR
5. Leis e decretos-lei, resoluções da AR com eficácia normativa
6. Decretos legislativos regionais
7. Decretos regulamentares
8. Decretos regulamentares regionais
9. Resoluções normativas do Conselho de Ministros
10. Portarias e despachos normativos (regulamentos ministeriais)
11. Regulamentos dos Governadores Civis

⁷⁶ Vide p. 567

12. Regulamentos das autarquias locais (posturas, regulamentos e regimentos, entre os quais não há hierarquia)
13. Regulamentos dos entes públicos intermédios.

Conflitos de fontes

Baptista Machado⁷⁷ refere algumas regras importantes que auxiliam a resolver os conflitos entre actos normativos de direito interno.

Existem três critérios gerais para resolver conflitos de normas:

1. *Critério da posteridade* – quando conflito entre fontes da mesma hierarquia prefere a lei mais recente: lei posterior derroga lei anterior art. 7 CC
2. *Critério da especialidade* - quando conflito entre fontes da mesma hierarquia lei especial prevalece sobre a lei geral ainda que esta seja posterior, salvo se outra a intenção inequívoca do legislador art. 7 CC
3. *Critério da superioridade* – quando conflito entre fontes de hierarquia diferente: lei superior derroga lei inferior, isto é as normas de hierarquia superior, prevalecem sobre as normas de hierarquia inferior.

Podem-se ainda apontar algumas ideias que também são úteis na resolução de conflitos entre normas:

- a. Entre **lei e decreto-lei não há hierarquia**, pode suceder que Governo regule por decreto-lei matéria reservada de lei da AR, nesse caso o diploma padece de inconstitucionalidade orgânica.
- b. O decreto regulamentar ou decreto simples do Governo não pode violar disposto numa lei ou decreto-lei sob pena de ilegalidade.
- c. As portarias genéricas e os despachos normativos subordinam-se aos decretos regulamentares e aos decretos simples
- d. Além das matérias reservadas de competência exclusiva da AR ou do Governo, há matérias de competência conjunta, nestes casos prevalece sempre a lei posterior, por exemplo um decreto-lei pode revogar uma lei ou o inverso.

⁷⁷ Vide p. 167 e ss.

- e. Entre o **direito regional** (decretos legislativos regionais e decretos regulamentares regionais), e o direito estadual não há relação de hierarquia, cada um tem por força da CRP a sua esfera de competência limitada.
- f. As **autarquias locais** só têm competência normativa de tipo regulamentar (posturas e regimentos). O direito regulamentar do Estado tem precedência sobre o direito regulamentar das autarquias, sem prejuízo da autonomia constitucional reconhecida. Assim, fora da sua competência autónoma, as Autarquias devem respeitar as leis estatais sob pena de ilegalidade. Por exemplo: um regulamento municipal sobre edificações não deve contrariar uma lei sobre edificações urbanas.
- g. Pode suceder que num decreto-lei se preveja que certos dos seus preceitos sejam revogados ou alterados por simples portaria ou interpretados por despacho.

Faculdade de Direito de Lisboa

SLL - INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO I/ NOITE 1ª ÉPOCA/ 2010

SUB-TURMAS 5 e 6

CAPÍTULO III: Interpretação

Abreviaturas dos nomes de Autores:

MRS (Marcelo Rebelo de Sousa); S J (Santos Justo); O A (Oliveira Ascensão); NSG (Nuno Sá Gomes)
CM (Castro Mendes); BM (Baptista Machado); AV/PL (Antunes Varela e Pires de Lima – CC anotado);
G T (Galvão Telles); F A (Freitas do Amaral)

Aspectos a abordar:

- 1. A interpretação em sentido restrito**
- 2. A integração de lacunas**
- 3. Novas perspectivas metodológicas de concretização ou desenvolvimento do direito**
- 4. Exemplos práticos e dúvidas da doutrina**

Considerações gerais:

Depois de termos analisado e definido o Direito, e de termos concluído que este se manifesta através de regras jurídicas, vamos agora determinar o sentido da regra para poder solucionar o caso concreto ou a situação da vida com que o aplicador do Direito se depara.

Fala-se de interpretação em termos amplos no sentido de abranger todas as modalidades de determinação da regra jurídica, abarcando nesse conceito:

-A interpretação em sentido estrito: é a determinação do sentido da regra

-A integração de lacunas: é o preenchimento do vazio jurídico, depois de se concluir pela via da interpretação que não existe regra na fonte

-Novas perspectivas metodológicas de concretização ou desenvolvimento do direito: os autores incluem aqui outras modalidades de determinação de regras que não cabem no conceito de interpretação porque ultrapassam a letra da lei.

Os artigos relevantes do CC para o estudo desta matéria são os artigos: 8, 9, 10, 11 e 13.

Interpretação em sentido estrito

Aspectos a abordar:

1. Noção

2. Modalidades de interpretação

- a. **Critério dos sujeitos/ fontes/ origem ou valor:** Interpretação autêntica; oficial; judicial; doutrinal e particular
- b. **Critério do objectivo ou fim da interpretação:** Subjectivistas/ Objectivistas/Teses mistas; Historicistas/ Actualistas; art. 9 CC
- c. **Critério dos resultados da interpretação:** interpretação declarativa; extensiva; restritiva; abrogante; enunciativa; correctiva

Noção

Tal como já foi referido, a interpretação em sentido restrito consiste na determinação do sentido da regra que decorre da fonte, de forma a poder resolver o caso concreto. Imaginando que a regra é uma obra de arte, um quadro por exemplo, pela via da interpretação vai-se determinar o significado de cada traço da pintura.

Modalidades de interpretação

Os autores apresentam várias modalidades de interpretação, de acordo com diferentes critérios. Temos três critérios principais, que convém analisar:

1. Critério dos sujeitos/ fontes/ origem ou valor
2. Critério do objectivo ou fim da interpretação
3. Critério dos resultados da interpretação

Modalidades de interpretação quanto ao sujeito/ fonte/ valor⁷⁸

Este critério atende, por um lado, à *entidade* que faz a interpretação e, por outro lado, ao *valor* que essa interpretação tem relativamente aos restantes sujeitos interpretes e aplicadores do Direito.

Quanto a este critério podemos falar de:

- a) Interpretação autêntica
- b) Interpretação oficial
- c) Interpretação judicial
- d) Interpretação doutrinal
- e) Interpretação particular

Interpretação autêntica

2 Requisitos:

⁷⁸ A doutrina adopta genericamente quanto a este critério as modalidades de interpretação referidas. Todavia pela aparente dissemelhança, convém referir a posição de MRS. MRS faz a distinção entre auto-interpretação (se é feita pelo mesmo órgão que elaborou a lei) e hetero-interpretação (feita por órgão diferente do que elaborou a lei), incluindo no âmbito desta a : hetero-interpretacao legislativa, administrativa, jurisdiccional e doutrinal. Duas notas devem ser referidas quanto a esta posição: primeiro a interpretação legislativa corresponde genericamente à interpretação autêntica e a interpretação administrativa corresponde à oficial; segundo não se descarta a possibilidade de auto-interpretacao legislativa no caso de um decreto-lei do Governo interpretar um regulamento seu, e também situações de auto-interpretacao administrativa, no caso inverso

1. feita por lei de valor igual ou superior ao da norma interpretada. Interpretação feita por uma nova lei que se dirige a fixar o sentido normativo de uma lei anterior. Esta nova lei é uma lei interpretativa (art. 13º)

Ex:

Lei interpretada: “ lei da AR que diz que quem conduzir sob efeito de substâncias psicotrópicas, deve ser punido com coima”

Lei interpretativa: “ lei da AR ou decreto-lei do Governo que diz que se devem incluir também medicamentos, no conceito de substâncias psicotrópicas”

2. A interpretação autêntica é vinculativa para todos os aplicadores do direito, ainda que esteja errada.

Interpretação oficial

2 Requisitos:

1. feita por lei (em sentido amplo) de valor inferior ao da lei interpretada

Ex:

Lei interpretada: “ lei da AR que diz que quem conduzir sob efeito de substâncias psicotrópicas, deve ser punido com coima”

Norma interpretativa “ **portaria** do Ministro da Administração Interna que diz que se devem incluir também medicamentos no conceito de substâncias psicotrópicas”

2. Não tem efeito vinculativo para os outros (tribunais, particulares), não tem eficácia externa devido ao art. 112 nº5 da CRP que o impede (as leis de valor inferior não podem alterar ou contradizer o sentido normativo das leis hierarquicamente superiores). Tem uma eficácia meramente interna, isto é, vincula apenas em termos de obediência hierárquica (obriga apenas os agentes administrativos subordinados à entidade que fez a interpretação oficial).

Situação particular que suscita dúvidas:

Qual o valor da interpretação feita por despacho normativo do Ministro da tutela, nos casos em que é a própria lei a estabelecer que as dúvidas suscitadas na sua aplicação devem ser resolvidas por despacho ministerial?

Temos 2 posições na doutrina:

1. Há quem entenda que temos uma interpretação autêntica, feita por delegação da lei interpretada. Paulo Cunha (consultar livro de Nuno Sá Gomes)
2. A maior parte da doutrina entende que temos uma interpretação oficial, porque a Constituição fixa a escala hierárquica das leis, não podendo as leis de grau inferior alterá-la

o art. 112º, nº 2 CRP estabelece limites à delegação de poderes

não é possível atribuir, por delegação, competência legislativa a entidades que só têm competência regulamentar

Interpretação Judicial

1. Feita pelos tribunais num processo
2. Só tem valor vinculativo no processo em si. Fora do processo, apenas pode persuadir pela força e exactidão dos argumentos (invocação de jurisprudência).

Interpretação doutrinal

1. Feita fora das condições que caracterizam as situações anteriores. Por juristas ou jurisconsultos
2. Não tem qualquer força vinculativa, mas pode persuadir: em resultado do prestígio do intérprete ou da coerência lógica da argumentação

Interpretação particular

1. Feita por qualquer cidadão comum, não jurista (quanto a estes fala-se de interpretação nos termos do art. 6 do CC)

2. Não tem qualquer força vinculativa

Modalidades de interpretação quanto ao objectivo ou fim

Este critério, decorre de correntes doutrinárias de interpretação que surgiram no século XIX, através das quais se pretendia saber as *finalidades* da interpretação.

Quando estamos a interpretar que sentido da lei pretendemos obter?

Subjectivistas/ Objectivistas/ Teses mistas

Subjectivistas:

Tese elaborada pela escola clássica alemã, representada por Savigny e Heck no início do sec. XIX.

Visa determinar o pensamento do legislador ou “*mens legislatoris*”, isto é a vontade da pessoa concreta que fez a lei.

Vantagens: certeza e segurança, porque só existe um sentido possível da lei, o do legislador

Desvantagens: dificuldades em determinar nos tempos de hoje a vontade concreta do legislador porque as leis resultam de órgãos colegiais.

Objectivistas:

Tese defendida por Radbruck no final do sec. XIX.

Visa determinar o sentido intrínseco da lei, desligado da vontade de quem a fez. “É como se a lei ganha-se vida própria”. É limitada apenas pelos elementos linguísticos e sistema de Direito em que se insere. Está em causa determinar a “*mens legis*”

Vantagens: maior adaptação às exigências de justiça e necessidades do caso concreto. A lei tem virtualidades próprias além daquelas que o legislador lhe deu. Nem sempre o legislador se exprime da melhor forma e a própria lei pode abranger casos não previstos pelo legislador.

Desvantagens: falta de unanimidade quanto à determinação do seu sentido

Teses mistas ou de síntese⁷⁹

Defendidas por Larenz e Engisch no início do sec. XX. De acordo com estas teses pretende-se retirar o que existe de verdade nas teorias subjectivistas e nas objectivistas. Assim, defende-se que o sentido da lei não se identifica com a *mens legislatoris*, mas também não a dispensa, é antes o resultado de um processo que considera todos os momentos, o objectivo e o subjectivo: *é preciso conhecer a decisão do legislador e os fundamentos em que se apoia para se acomodar e adaptar a lei ao presente.*

Historicistas/ actualistas

Historicistas:

Visa-se determinar o sentido da lei no momento da sua criação e entrada em vigor.

Vantagens: maior certeza e segurança dado que se determina o sentido no âmbito das circunstâncias da sua criação.

Desvantagens: não atende ao carácter de durabilidade das leis. As leis não são feitas para vigorarem apenas um ou dois anos, e por vezes o sentido inicial da feitura não se coaduna com as mudanças sociais que entretanto podem ocorrer.

Actualistas:

Visa-se determinar o sentido da lei no momento da sua interpretação.

Vantagens: maior adaptação às exigências da vida (dado que se interpreta uma lei que pode ter 30 anos, à luz das exigências de hoje). Impede que tenham que se estar sempre a fazer novas leis.

Desvantagens: pode levar a situações de arbítrio. Aplicações de leis a casos, que não se compadeçam com tal solução (desfasamento da realidade).

⁷⁹ Vide SJ 323

Quais os elementos de interpretação decisivos nestas diferentes teses?

Teses subjectivistas e historicistas: elemento histórico é essencial

Teses objectivistas e actualistas: elemento literal + teleológico e sistemático

Posição do legislador português quanto a estas teses:

Art. 9 do CC

Teses objectivistas/ subjectivistas/ Teses mistas: BM/ AV/ SJ/CM

Da expressão *Pensamento legislativo* “ usada no nº1 do art.9 decorre que o legislador português não se quis comprometer com nenhuma das teses, o então Ministro da Justiça Antunes Varela escreveu que “ *colocando-se deliberadamente acima da velha querela entre subjectivistas e objectivistas, a nova lei limitou-se a consagrar uns tantos princípios que considerou aquisições definitivas da ciência jurídica, sem curar grandemente da sua origem doutrinaria*” (in BM)

Não se fala em pensamento do legislador/subjectivismo nem em pensamento da lei/objectivismo.

Indícios objectivismo:

1. Referencia ao elemento literal: a expressão..*a partir dos textos..*”no art.9 nº1 e a expressão “ *..na letra da lei um mínimo de correspondência..*”no art.9 nº2 afastam o subjectivismo, pois: **o sentido da lei deve ter um mínimo de correspondência na lei**
2. Art. 9 n.º3 refere-se ao legislador em abstracto que é racional, justo e sábio, e não se refere ao legislador em concreto muitas vezes precipitado, incorrecto e infeliz (BM+ AV)

Indícios subjectivismo:

1. Art. 9 n.º1 “ interpretação não deve cingir-se à letra da lei” consagra a menor importância da lei
2. Art. 9 n.º1 consagra o elemento histórico essencial às teses subjectivistas “*circunstancias em que a lei foi elaborada*”

Teses mistas defendidas, por:

Santos Justo⁸⁰/ Antunes Varela (também Alemanha por Larenz e Engisch)

O sentido da lei não se identifica com a *mens legislatoris*, mas também não a dispensa, é o resultado de um processo que considera todos os momentos, objectivos e subjectivos.

É preciso conhecer a **decisão do legislador e os fundamentos** em que se apoia para se adaptar a lei ao presente.

Segundo AV O art.º 9, afasta os excessos dos objectivistas que não atendem às circunstâncias históricas em que a norma nasceu (art. 9 n.º1) e condena os excessos dos subjectivistas que prescindem por completo da letra da lei para atender apenas à vontade do legislador. (9 n.º2).

Teses objectivistas defendidas, por:

MRS e O A: art. 9 é objectivista porque a lei deve valer uma vez integrada na ordem social, verificando-se um apagamento do legislador após o acto de criação normativa — sentido da fonte na ordem social. A lei é necessariamente aberta a todos os estímulos que nela provocam alterações históricas, mas se o objectivo do legislador tiver ficado perceptível na lei, o intérprete não o pode ignorar.

Ego/ SLL: objectivismo mitigado, porque vai buscar elementos históricos de interpretação.)

Interpretação objectivista: essencial elemento literal/ sistemático/ teleológico

Interpretação subjectivista: essencial elemento histórico

⁸⁰ Vide p. 323

Teses actualistas/ historicistas

O acolhimento das teses historicistas decorre da expressão “*atender às circunstâncias em que a lei foi elaborada*” e o acolhimento de teses actualistas decorre da expressão “*condições do tempo em que a lei é aplicada*” art.9 n°1

A doutrina defende uma conotação actualista prevalecente porque esta não é incompatível com a consideração de circunstâncias do tempo de aplicação da lei para o efeito de determinar o seu sentido, mas já a posição historicista é incompatível com a consideração de circunstâncias do tempo de aplicação da lei para efeitos de determinar o seu sentido.
MRS/ O A/ Nuno Sá Gomes

Baptista Machado considera que a *occasio legis* é importante ao actualismo para ajustar o significado da norma à evolução entretanto sofrida.

Modalidades de interpretação quanto ao resultado

Esta modalidade de interpretação está directamente dependente da relação entre os vários elementos da interpretação, por isso urge inicialmente determinar quais os elementos de interpretação de que o aplicador do Direito se pode socorrer.

Elementos da interpretação: ⁸¹

Os elementos da interpretação são os meios para se determinar o sentido real dos textos legais. Imaginando que a lei é a tal obra de arte, os elementos são os meios que temos ao nosso dispor para perceber o que a pintura significa. Temos desde logo a tela, o pintor que a fez, a corrente em que se insere, a circunstância histórica em que foi feita, etc. Todos estes elementos vão-nos auxiliar a dar um sentido à obra de arte. O mesmo ocorre na

⁸¹ Vide SJ; BM; MRS; GT

interpretação e na determinação do sentido da lei: os elementos da interpretação integram-se num acto unitário, que é a *interpretação*.

Os elementos da interpretação separam-se em:

Elemento literal ou gramatical - *corpo*

Elemento lógico ou espírito da lei – *alma*

- a. Histórico
- b. Sistemático
- c. Teleológico ou racional

Elemento literal: é composto pelas palavras pelas quais a lei se exprime, cujo sentido é determinado pelas regras gramaticais. No nosso exemplo da obra de arte, seria a tela.

Este elemento constitui um ponto de partida da interpretação, mas é um elemento frágil, porque muitas vezes as palavras são vagas e equívocas e também pode suceder que não se tenha exprimido da melhor forma

Elemento lógico: são todas as circunstâncias que ultrapassam a letra da lei e que nos podem auxiliar a perceber o seu sentido. No exemplo dado seria, o autor a corrente em que se insere, as circunstâncias históricas, etc.

Elemento histórico: consiste na evolução temporal ou cronológica da feitura da lei. Pode-se separar em:

- i. Trabalhos preparatórios: inclui todos os ante-projectos, projectos e actos que registam as discussões nas comissões e plenários que são importantes para determinar o sentido da lei e a vontade do legislador
- ii. Precedentes normativos: são as normas nacionais e estrangeira que vigoraram no passado ou na época de formação da lei, e que a influenciaram
- iii. *Occasio legis*: são as circunstâncias históricas, políticas e jurídicas que rodearam a feitura da lei, e que o intérprete não deve desconsiderar. Exemplo: a CRP mantém traços de socialismo que hoje em dia já perderam o sentido, mas que faziam todo o sentido na época em que foi feita.

Elemento sistemático: consiste no facto de a interpretação duma norma implicar o conhecimento das normas afins ou paralelas, pois a ordem jurídica tem uma unidade e coerência jurídica que devem ser salvaguardadas na interpretação.

Ideia de que um preceito não é uma ilha isolada.

Assim, um preceito deve ser interpretado em conjunto com as restantes normas: com a epígrafe que a precede, com os textos que estão imediatamente antes e depois e ainda com outros textos que estão mais afastados, em lugares paralelos. Ex o art. 1273 do CC “indenização por benfeitorias” previsto no livro III relativo aos direitos Reais, não pode deixar de ser interpretado em conjugação com o art. 216, que está na parte inicial do Código, onde se definem as varias modalidades de benfeitorias

Elemento teleológico ou racional:

Definição pelos diferentes autores:

- **MRS:** é a finalidade social da lei ou ponderação dos interesses que determinaram o seu conteúdo.
- **Santos Justo:** corresponde ao fim concreto ou necessidade que a regra visa satisfazer
- **Nuno Sá Gomes** – o elemento teleológico é a *ratio da lei*, isto é os **fins ou necessidades práticas que a lei visa satisfazer**. NSG entende que a *ratio legis* respeita aos fins que o legislador histórico quis atingir, todavia se estes não se puderem determinar, deve-se atender à finalidade que razoavelmente uma regulamentação pode ter, isto é aos **fins objectivos de Direito – justiça, segurança jurídica, paz e equilíbrio social**. Para harmonizar estes fins ou critérios teleológicos objectivos deve-se recorrer ao sistema de princípios jurídico - axiológicos e constitucionais.
- **O A:** separa o elemento teleológico da *ratio legis* (esta = espírito da lei). O elemento teleológico é a **justificação social da lei**, as condições que se tomam em conta são as condições actuais, procura-se perante essas condições uma relevância sociológica. (*ego: típica perspectiva objectivista*)

Elementos da interpretação no art. 9 CC

Literal

Menor importância da lei: art. 9 n.º 1 – “não deve cingir-se à letra da lei”

Lei como ponto de partida: art. 9 n.º1- “reconstituir a partir dos textos”

Função positiva da lei: art. 9 n.º3 consagra o princípio do aproveitamento das leis

Função negativa da lei: art. 9 n.º2 dispõe que o sentido da lei deve ter um mínimo de correspondência na letra

Histórico

“ Circunstâncias em que a lei foi elaborada” art.9 n.º1

Sistemático

“ Unidade do sistema jurídico” art. 9 n.º1

Teleológico

O Elemento teleológico decorre do **art. 9 n.º3**: se o legislador se exprimiu bem, é porque escolheu os fins mais adequados para satisfazer a necessidade

O A e MRS, porque são objectivistas, consideram que o elemento teleológico **também** decorre do **art. 9 n.º2** “*circunstâncias em que a lei é aplicada*”, o que parte da ideia de O A de justificação social da lei: fins actuais!

Considerações finais:

Só com a consideração destes elementos se pode verdadeiramente interpretar uma lei. Não é qualquer pessoa que lendo todas as manhas o Diário da Republica, consegue encontrar a

solução para a resolução dum litígio que tenha. Para se interpretar a lei é preciso lê-la, é certo, mas a missão do intérprete vai para além disso.

O **sentido real** da lei só se obtém pela consideração dos elementos literal e do lógico.

Da relação entre a letra e o espírito da lei, podemos realizar diferentes modalidades de interpretação, **as modalidades de interpretação quanto ao resultado**.

Modalidades de interpretação quanto ao resultado⁸²

1. **Interpretação declarativa**
2. **Interpretação extensiva**
3. **Interpretação restritiva**
4. **Interpretação abrogante**
5. **Interpretação enunciativa**
6. **Interpretação correctiva**

Interpretação declarativa

Verifica-se quando o espírito da lei determinado pelos elementos lógicos, **coincide perfeitamente** com o significado das suas palavras, não havendo desarmonia entre a letra e o espírito da lei. *O legislador disse X, e era precisamente X que queria dizer.*

As dificuldades que podem surgir com esta modalidade de interpretação verificam-se quando o significado literal seja ambíguo ou indeterminado. O que ocorre quando o legislador usa **expressões pluri-significativas**, isto é expressões cujo sentido comum das palavras comportam mais que um significado. Nestes casos cabe ao intérprete fixar um dos

⁸² Vide MRS, S J, NSG, CM, O A

significados possíveis que deverá ser escolhido atendendo ao elemento lógico da interpretação.

Assim falamos de:

Interpretação declarativa lata – se o interprete opta pelo significado mais extenso.

Interpretação declarativa restrita – se o interprete opta pelo significado menos extenso

Exemplo: a palavra “homem” pode ter o significado em termos amplos de **ser humano** (pessoa do sexo masculino + pessoa do sexo feminino); ou ter o significado em termos mais restritos de **pessoa do sexo masculino**. No caso do art. 362 do CC, parece evidente que a expressão homem está usada no seu sentido amplo. O mesmo sucede relativamente à expressão “filhos” usada nos artigos 1826, 1847 e 1877 do CC.

Interpretação extensiva e restritiva

Verifica-se quando da análise da relação entre o elemento lógico e o literal, se apura que existe uma **desarmonia entre a letra e o espírito da lei**, isto porque o legislador não foi feliz nas expressões que usou.

Nestes casos, o intérprete está autorizado a fazer uma rectificação do sentido literal, por consideração do elemento lógico, que se **deve situar ainda dentro dos significados literais possíveis (art. 9 nº2 do CC)**, adoptando-se um significado mais afastado ao significado comum das palavras.⁸³

Extensiva:

Se o legislador disse menos do que queria dizer – o sentido literal é mais estreito que o sentido real – o intérprete deve estender a letra da lei, em função dos elementos lógicos da interpretação.

⁸³ Se ultrapassado o sentido literal possível caímos nas figuras redução ou extensão teleológica. VIDE POSIÇÃO O A – extensão teleológica

Ex: art. 877 do CC que proíbe a venda de pais e avós a filhos e netos sem consentimento dos outros filhos e netos. Coloca-se a questão de saber se a expressão “ avós” refere-se só aos pais dos pais, ou também aos pais dos avós ou bisavós?

Avós de acordo com o seu significado gramatical comum são os pais dos pais. Todavia atendendo aos elementos lógicos da interpretação, em especial ao elemento teleológico parece que a proibição também se deve estender a bisavós e bisnetos, pois com o art. 877 do CC pretende-se que os restantes filhos ou netos não sejam tratados de modo desigual e também assegurar o princípio da intangibilidade da legítima (quota hereditária indisponível).

Por outro lado a expressão bisavós em termos literais não está muito distante da expressão avós, há mesmo quem diga que bisavós são os segundos avós, pelo que com tal extensão da letra da lei ainda se respeita o art. 9 n.º2 do CC.

Restritiva:

Se o legislador disse mais do que queria dizer – o sentido literal é mais amplo que o sentido real – o intérprete deve limitar a letra da lei, em função dos elementos lógicos da interpretação.

*Exemplo:*⁸⁴ antes da introdução do divórcio no ordenamento jurídico brasileiro, havia uma disposição com o seguinte teor: “O casamento é indissolúvel”. Coloca-se a questão de saber se uma pessoa viúva ainda se encontra casada.

Indissolúvel significa que não se pode desfazer em qualquer circunstância. Todavia, atendendo aos elementos lógicos da interpretação, verifica-se que, não obstante a fórmula ampla empregue, o sentido da regra é a de que o casamento é indissolúvel somente por divórcio. Por isso nos casos de morte o casamento é dissolúvel.

⁸⁴ Vide O A

Interpretação abrogante, enunciativa e correctiva⁸⁵

Interpretação abrogante

Noção

É aquela em que o intérprete reconhece que o sentido da lei é indecifrável ou seja que é impossível apreender o seu conteúdo.

Verifica-se quando à pergunta qual o sentido da lei? se responde: nenhum!

Traduz o reconhecimento de que não há regra nenhuma. O intérprete limita-se a reconhecer que a fonte jurídica não apresenta nenhuma regra: *ele não mata a regra, apenas verifica que aquela está morta.*

A esta modalidade de interpretação está subjacente a ideia de incompatibilidade ou contradição insanável entre o espírito e a letra da lei, pelo que é impossível determinar um sentido útil à lei. *Do confronto entre a letra e o espírito não é possível retirar qualquer sentido ou significado à lei.*

Casos do CC onde em que se admite: arts.23nº2 e 348nº3 CC

*Modalidades de interpretação abrogante:*⁸⁶

1. *Lógica:* resulta da incongruência insanável dos preceitos interpretados o que leva a uma impossibilidade prática de solução — *não pode ser assim!*
2. *Valorativa:* quando as disposições subjacentes às disposições em causa forem incompatíveis entre si, isto é, os preceitos interpretados são informados por critérios valorativos opostos e contraditórios - *não deve ser assim!*

O A considera inadmissível em Portugal a *interpretação abrogante valorativa* porque se legislador pôs em vigor simultaneamente duas regras, **a valoração do intérprete não se pode substituir à do legislador**, preferindo uma em detrimento ou considerando

⁸⁵ Vide MRS, SJ, NSG, CM

⁸⁶ Vide O A p. 427 e NSG p.277

as duas liquidadas. Pelo contrário, G T permite esta modalidade de interpretação quando a incompatibilidade valorativa entre preceitos for particularmente grave.

Admissibilidade na doutrina da interpretação abrogante lógica⁸⁷

MRS entende que só é admissível a interpretação abrogante lógica e sempre a título excepcional

A interpretação abrogante lógica tem carácter **excepcional** no direito português, ocorre em casos muito raros porque o intérprete está obrigado ao aproveitamento máximo das leis, tentando descobrir um sentido útil para cada lei – Art. 9 n.º3 CC- **Princípio de aproveitamento das leis.**

No direito português pode ocorrer interpretação abrogante lógica, sempre a título excepcional em três casos:

1. Se um artigo é carecido de qualquer sentido (o que só é legítimo inferir depois de usados todos os elementos da interpretação e de ensaiados todos os sentidos reais pensáveis)
Ex: se o art. 66 n.º1 CC tivesse a seguinte redacção “ a personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com a morte”
2. Uma lei remete para um regime jurídico que não existe, nem se antevê logicamente que possa vir a existir
Ex: se tivesse sido abolido o registo automóvel, deveria ter sido objecto de interpretação abrogante a lei nova que impusesse ao proprietário de automóvel que pretendesse recorrer em juízo, a apresentação do título de registo de propriedade.⁸⁸
3. A mesma lei apresenta disposições contraditórias, ou duas leis são no todo ou em parte contraditórias sem que se possa afirmar que uma delas, a posterior revogue a anterior

⁸⁷ Vide NSG p. 277 a doutrina em geral admite esta modalidade de interpretação.

⁸⁸ Vide O A p. 405

Ex: art. 66 CC “ a personalidade adquire-se no momento do nascimento completo” e se o art. 68nº 1 tivesse a seguinte redacção “ a personalidade cessa com a vida”

Verificados estes pressupostos, o intérprete deve declarar que daquela fonte não se retira sentido nenhum.

No caso de duas leis incompatíveis discute-se a consequência:

- a. Há quem entenda que as duas ficam liquidadas: se nenhuma fonte puder ser aproveitada a consequência normal da interpretação abrogante é a revelação duma **lacuna**
- b. Outros entendem que se deve aproveitar uma delas. Esta deve ser a solução primeira a adoptar, tal só não deverá acontecer se não se encontrar nenhum critério de prevalência.

Considerações finais

Na interpretação abrogante, **não se trata de revogação** da lei, porque não existe lei, só existe uma mera aparência da lei (as suas palavras repugnam o espírito). Mesmo a interpretação abrogante por incompatibilidade ou valorativa, só se verifica perante casos de *incompatibilidade simultânea* e não sucessiva, pois neste último caso a norma posterior revoga a anterior

Cabral Moncada considera que a interpretação abrogante não é mais que interpretação restritiva levada às últimas consequências.⁸⁹ No mesmo sentido Galvão Telles “*é como interpretação restritiva levada as últimas consequências, tanto se restringe a letra que ela desaparece*”.⁹⁰

Interpretação enunciativa ou inferência lógica de regras implícitas⁹¹

⁸⁹ Vide - S J 338.

⁹⁰ Vide p 185

⁹¹ Vide MRS/ BM/ NSG/ SJ

Noção

É aquela em que o interprete deduz de uma norma, uma regra que nela apenas esta virtualmente contida, usando para tal certas inferências ou argumentos lógico – jurídicos.

Enquanto, que na *interpretação em sentido estrito* se visa apenas descobrir o sentido real que tem na lei pelo menos uma **explicitação mínima**, na *inferência lógica de regras implícitas*, trata-se de, com base em regras já existentes, inferir outras regras que não estão expressamente formuladas, através de **processos lógicos de inferência**.

- i. **Interpretação em sentido restrito** - conteúdo explícito da lei: intérprete retira uma regra que tenha um **mínimo de correspondência na lei**

Ego: *processo estático* (ir à lei e retirar significado)

Letra + espírito = sentido da lei X ou regra X (com mínimo de correspondência na letra da lei)

- ii. **Interpretação enunciativa** - conteúdo implícito da lei: intérprete retira da lei outras regras não expressamente formuladas através de processos lógicos de inferência

Ego: *processo dinâmico*

Da regra X, o espírito da lei permite retirar a regra Y (uma nova regra - sem correspondência na letra da lei, mas implicitamente manifestada através de processos lógicos de inferência)

Aqui ainda temos interpretação?

Sim, porque o **ponto de partida é a lei**.⁹²

Esta interpretação está rodeada das maiores precauções, porque está em causa a admissão de formas tácitas de manifestação de vontade no exercício da função legislativa do Estado.⁹³

⁹² Ideia defendida por MRS.

A descoberta de novas regras assenta em diferentes argumentos:⁹⁴

1. “ **a minori ad maius**”, a lei que **proíbe** o menos também proíbe o mais

Ex: perante uma lei que proíba aos menores de 21 anos a *administração* de bens imóveis, é possível inferir que a *venda* dos mesmos lhes esta vedada

O A: se uma lei proíbe a *actividade cambiaria* a estrangeiros, podemos inferir que o *comercio bancário* também lhes esta vedado (esta proibição esta logicamente contida na primeira)

2. “ **a maiori ad minus**”, a lei que **permite** o mais também permite o menos

Ex: perante a lei Y que permite a venda de certo bem é possível inferir a possibilidade de empréstimo desse mesmo bem

O A: quem está autorizado a entrar em competições desportivas pode também treinar; quem pode caçar, pode também apoderar-se das peças abatidas

3. “**a contrario**”, da disciplina **excepcional** estabelecida para certo caso, deduz-se um **princípio regra oposto** para os casos não abrangidos pela norma excepcional:

- *regime excepcional* ---- *leva aos regime regra* -

Ex: se uma lei obriga os proprietários de automóveis com registo anterior a 1970 a procederem a uma inspecção semestral dos mesmos, é possível inferir que os proprietários de automóveis com registo posterior àquela data não estão sujeitos a tal obrigação.

O A: 1571 e 1569nº1 b CC

*Este argumento é de particular dificuldade porque assenta no carácter excepcional da regra de que se parte.*⁹⁵

⁹³ Pode-se questionar também a sua compatibilidade com o art. 9 nº2 do CC

⁹⁴ Vide MRS

⁹⁵ Como veremos quando estudarmos as modalidades de normas, as **normas excepcionais** consagram um **regime oposto ao regime regra** (exemplos: 342 e 344 CC inversão ónus prova/ isenção de um imposto a grupo de cidadãos – deficientes motores); por outro lado, as **normas especiais** consagram uma disciplina diferente para um grupo de pessoas, coisas, situações, mas **não directamente oposto ao regime normal das normas gerais**. (exemplo: regra que prevê um dever de pagar impostos a uma categoria de cidadãos que desenvolvem uma certa modalidade de trabalho por conta de outrem ex desportistas ou os artigos 874 e ss do

4. “ **Sendo legítimos os fins, também o são os meios**” a lei que permite ou proíbe o fim, permite ou proíbe o meio

Ex: se certa lei permite a caça em coutadas demarcadas a certas categorias de cidadãos, é possível inferir a legalidade da venda de espingardas caçadeiras a essas categorias de potenciais caçadores

Admissibilidade da interpretação enunciativa

É contestada por alguns, mas genericamente admite-se como uma modalidade de interpretação quanto ao resultado.⁹⁶ Deve-se fazer notar a posição de O A que considera a interpretação enunciativa, como uma terceira categoria de determinação de regras, ao lado da interpretação e da integração de lacunas.⁹⁷

MRS: a interpretação deve estar rodeada de grandes precauções porque pode implicar a formulação de juízos de valor e também tem subjacente a discussão acerca da admissão de formas tácitas de manifestação da vontade do exercício da função legislativa do estado.

Interpretação correctiva⁹⁸

Noção:

Verifica-se quando o sentido real é afastado, modificado ou corrigido pelo intérprete com fundamento em injustiça, ou inoportunidade da lei.

Ideia de que “*o legislador não teria querido aquela norma se tivesse previsto o seu resultado*”.

CC que fixam a disciplina particular do contrato compra e venda sendo que a disciplina geral dos contratos consta do art. 405 do CC.

⁹⁶ Vide SJ, NSG, BM

⁹⁷ Cfr p. 468.

⁹⁸ Vide AO/NSG/SJ/MRS

- i. Diferente da interpretação *extensiva e restritiva* porque na correctiva o sentido real **não é aceite**:
Lei X--- regra X-----interprete não concorda com a regra X
- ii. Diferente da interpretação *abrogante* porque nesta não existe regra.

Duas possibilidades de Interpretação correctiva defendida por alguns autores excepcionalmente:

1. Admite-se a interpretação correctiva, quando apurado o sentido real da lei, se verifica que este é **contrário ao direito Natural** (princípios supra legais que enforma o ordenamento jurídico/ regras de justiça natural) pelo que a lei deverá ser taxada de injusta: *lex corrupta*.
O direito Natural deve prevalecer pois não há segurança se forem negados os princípios fundamentais da convivência social.
2. Outros, defensores de uma grande liberdade de interpretação dos juízes na aplicação da lei, admitem a interpretação correctiva em casos de **extrema inadequação total do sentido real da lei à lógica da justiça do caso concreto**

Admissibilidade em Portugal:

O anteprojecto de Manuel de Andrade, defendia esta modalidade de Interpretação no seu art. 9 “ *É consentido restringir o preceito da lei quando para casos especiais ele levaria a consequências graves e imprevistas que certamente o legislador não teria querido sancionar*”

Todavia, este texto do anteprojecto foi eliminado, não aparecendo norma equivalente no nosso CC.

Por isso, parece inadmissível a interpretação correctiva, pois não são os juízos de razoabilidade ou justiça do intérprete que se podem substituir aos critérios do legislador.

O A entende inadmissível a interpretação correctiva porque não admitida no anteprojecto. Contudo considera que a ordem natural deverá prevalecer se o sentido da fonte lhe for contrário. Revelando, deste modo, uma certa abertura à interpretação correctiva quando o sentido da lei for contrário ao direito natural.

S J diz que a interpretação correctiva se considera geralmente aceite.

MRS considera que de acordo com o art. 8º2 do CC, a interpretação correctiva é, em princípio inadmissível. Mas afirma que para os defensores de orientações jusnaturalistas tal modalidade de interpretação é excepcionalmente admissível sempre que contrária ao Direito natural

NSG entende que a proibição desta modalidade de interpretação decorre do art. 8º2: “*o legislador não deve negar obediência à lei sob pretexto de o seu conteúdo ser injusto ou imoral o seu conteúdo legislativo*”.

Por outro lado, **AV/ PL** consideram que embora a lei proíba a apreciação da justiça ou da moralidade da regra, o art. 8º2 não exclui que em caso de dúvida a justiça ou injustiça possa ser tida em conta como elemento da interpretação da lei. Entendem ainda que, de acordo com o art. 9º3 do CC, quando o sentido literal da norma interpretada seja equivoco, deve-se presumir que o legislador quis formular as soluções mais justas e morais.

Considerações finais

Posto isto, parece evidente que os casos em que alguns autores admitem a possibilidade de interpretação correctiva, isto é quando são postos em causa preceitos de direito natural, o que está em causa efectivamente é o **controlo da validade da norma** e não um problema de interpretação. A correcção não resulta da interpretação da regra, mas do controlo da validade de uma norma. Temos um problema de hierarquia das fontes do direito e não de interpretação, a legislação ordinária sendo fonte de valor inferior aos princípios jurídicos fundamentais não pode contrariá-los, pelo que se o fizer, nasce morta.

Faculdade de Direito de Lisboa

SLL - INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO I/ NOITE 1ª ÉPOCA/ 2010

SUB-TURMAS 5 e 6

Integração de lacunas

Abreviaturas:

MRS (Marcelo Rebelo de Sousa); S J (Santos Justo); O A (Oliveira Ascensão); NSG (Nuno Sá Gomes)
CM (Castro Mendes); BM (Baptista Machado); AV/PL (Antunes Varela e Pires de Lima – CC anotado);
G T (Galvão Telles)

Aspectos a abordar:

- 1. Considerações iniciais**
- 2. Lacuna jurídica**
- 3. Integração: analogia legis; analogia júris; norma que o interprete criaria**

Considerações iniciais

Artigos relevantes: 8 nº1/ 10 e 11 CC

Teorias

SJ:

Teoria tradicional – correntes positivistas que propugnam a separação entre interpretação e integração. Defendem o princípio da plenitude do ordenamento jurídico e entendem que o sistema jurídico não tem lacunas.

Doutrina Moderna: agora fala-se numa ideia de **desenvolvimento do Direito** que abarca a interpretação e a integração. Considera que o caso concreto é condicionante da interpretação e que existem lacunas rebeldes à analogia (situações em que a lei remete para meios técnicos/ órgãos ou processos que não existem)

Novos resultados interpretação: Interpretação correctiva/extensão teleológica/redução teleológica

SJ:

1. Interpretação:
2. Integração lacunas
3. Desenvolvimento do direito: interpretação correctiva; extensão e redução teleológica

O A :

1. Interpretação: declarativa; restritiva; extensiva; correctiva: redução teleológica; abrogante
2. Integração lacunas
3. Interpretação enunciativa

Já verificamos como se decifra o sentido/conteúdo de uma lei através da interpretação. Também verificamos como se descobrem regras implícitas a partir do exame de uma lei, vamos agora estudar o preenchimento de lacunas, isto é a actividade de colmatar omissões ou vazios em domínios que o direito deveria reger.

Ego: Depois de interpretar a lei chega-se à conclusão de que existe um vazio sobre certa matéria, quando haja um dever de legislar sobre certa matéria.

A interpretação é prévia à integração de lacunas, só depois da interpretação das leis vigentes se pode concluir que existe um vazio legal sobre certa matéria.

Na busca da regra possível são possíveis três passos, em que o 1º precede o 2º e em que o 3º pressupõe fatalmente os primeiros:

1. A regra está explícita na lei: procurando-se um equilíbrio entre o elemento literal e lógico é possível encontrar-se a regra por interpretação declarativa, restritiva e extensiva
2. A regra está implícita na lei: a sua descoberta passa por uma operação de inferência apoiada em certos princípios lógicos.
3. Não existe regra, nem explícita, nem implícita na lei e o trabalho do jurista, será o da integração ou preenchimento do vazio jurídico descoberto

Importa agora determinar o que é a integração de lacunas.

Lacuna jurídica

Primeiramente, importa saber o que é uma **lacuna jurídica**:

Lacuna jurídica: existe quando se verifica a falta de uma regra jurídica para reger certa matéria, que tem de ser prevista e regulada pelo direito.

Tem de haver cumulativamente:

1. Ausência de disciplina jurídica ou vazio jurídico
2. Imprescindibilidade dessa disciplina: o vazio respeita a matéria que o Direito não pode ignorar, que deve ser juridicamente conformada.

Ex: não haverá lacuna pelo facto de não existir regulação jurídica para as relações entre padrinho e afilhado ou para as forma de saudação do vizinho (importante demarcar fronteiras entre direito e outras ordens normativas para determinar situações de lacunas jurídicas.)

Nota:

A lacuna não se esgota ausência da lei (perspectiva estritamente legalista do fenómeno jurídico), se houver uma regra **não escrita ou costumeira/jurisprudencial** aplicável ao caso não existe lacuna.

Espécies de lacunas:

Voluntárias: a inexistência da disciplina é querida pelo legislador que não quis resolver a questão e deixou-a para a jurisprudência. Ex eutanásia/ barrigas de aluguer

Involuntárias: o legislador não previu o caso, por isso não elaborou a lei. Por lapso não teve conhecimento da situação ou pensou erradamente o que já estava disciplinado

Iniciais: surgem na altura em que o legislador legisla

Posteriores: resultam de novas questões que surgindo em consequência da evolução técnica ou económica, determinam a não aplicação de uma lei que se tornou inadequada. Ex contrato de compra e venda por internet

De previsão: traduz-se na falta de previsão de uma certa situação de facto.

De estatuição: revela a ausência das consequências a que o Direito faz corresponder a verificação de certa situação de facto. Ex: quando se diz que haverá um certo prazo para a prática de certo acto, mas se esquece de indicar a forma de determinar tal prazo.

NSG fala em lacuna de regulamentação: quando a lei prevendo o caso, remete para critérios de equidade (não normativos) a estatuição

Da lei: ocorrem no âmbito do direito legislado

Manifesta: a lei não contem nenhuma norma jurídica, embora segundo a sua própria teologia a devesse ter.

Ocultas: a lei contem uma norma jurídica aplicável a uma certa categoria de casos, mas não considerou certas situações especiais.

De colisão: surgem quando várias normas contraditórias disciplinam uma dada situação. Na falta de um critério que afaste um conflito, nenhuma se aplica.

Do Direito: ocorrem no âmbito mais alargado do ordenamento jurídico, que não constituindo um sistema fechado, mas aberto e sujeito a uma evolução contínua é susceptível de ser lacunoso.

Nota:

A **interpretação restritiva/ restrição teleológica** pode dar a conhecer uma lacuna oculta
Ex: se lei determinasse em regra genérica a forma de celebração do casamento, e se apurasse por interpretação restritiva que não se aplica aos casamentos *in articulo mortis* existe uma lacuna quanto à forma de celebração deste.

Justificação. O dogma da plenitude do ordenamento jurídico. ⁹⁹

O ordenamento jurídico é inevitavelmente lacunoso porque a suas fontes não podem contemplar todas as situações possíveis em que a vida se manifesta. São numerosas as razões que explicam as lacunas, entre as quais:

1. Imprevisibilidade: a vida é tão rica e complexa que há situações imprevisíveis e insusceptíveis de serem entendidas pelo legislador e disciplinadas *a priori* por um a lei. Ex: lei dos direitos de autor
2. Intenção de o legislador não disciplinar certa matéria: sucede quando esta é ainda muito fluida, e por isso é arriscado legislar sem o conhecimento mais completo das situações, preferindo nestes casos o legislador deixar aos órgãos que aplicam o direito a resolução de certa questão; ou quando lhe falte capacidade para encontrar a solução. Ex eutanásia/ barrigas de aluguer

⁹⁹ Vide SJ

Integração (de lacunas)

Dever de integrar lacunas decorre do art. 8 n.º1 do CC

Noção:

O preenchimento do vazio jurídico é um **processo precário**: pressupõe a permanência da lacuna após a sua integração. O tribunal integra a lacuna para apreciar o caso concreto, que terá de ser preenchido para casos futuros.¹⁰⁰

Trata-se de um processo **normativo** porque se determina a **regra** aplicável ao caso concreto. Não existe uma solução casuística das situações como na equidade

Processos:

Intra-sistemáticos: a solução do caso conforme o conjunto de disposições vigentes.

1. Analogia legis – recurso a uma regra determinada normalmente legal
2. Analogia juris – recurso a um princípio jurídico determinado normalmente induzido por regras legais
3. Norma que o intérprete criaria – apela ao espírito geral do sistema

Extra-sistemáticos:¹⁰¹ a solução funda-se noutros critérios.

1. Normativos: o legislador emite uma norma para colmatar a lacuna
2. Discricionários: o legislador dá à Administração a possibilidade de optar entre duas soluções igualmente possíveis de acordo com a melhor prossecução do interesse público
3. Equitativos: o juiz não decide segundo uma norma (injunções do sistema normativo), mas segundo as circunstâncias do caso concreto. Também não procura criar uma norma, não se abstrai, procurando uma solução adequada a todos os casos daquela índole – uma regra – antes considera o caso nas suas particularidade, procurando uma solução que se lhe adegue à luz do valor da Justiça.

¹⁰⁰ Salvo a situação dos assentos quando eram considerados fonte de Direito

¹⁰¹ Vide : S J/O A/ NSG

Vantagens equidade: maior adequação ao caso concreto; desvantagens: não contribui para a definição da ordem jurídica, depois tudo fica na mesma.

MRS: nestes casos de processos extra-sistemáticos não existe verdadeiramente integração de lacunas, porque a lacuna ou desaparece (1), ou nunca existiu (2 e 3). Santo justo também reconhece isto em relação à equidade.

- a) Se um acto legislativo visa fazer desaparecer uma lacuna – lacuna desaparece
- b) Se a Administração actuar ao abrigo de um poder discricionário que a lei lhe confira – não existe qualquer lacuna
- c) Se o juiz resolve um caso concreto com recurso à equidade – aqui não há qualquer preocupação normativa, não se visa determinar qualquer regra

Analogia legis:

Verifica-se quando os casos que o direito não preveja, sejam regulados segundo a norma aplicável aos **casos análogos. Art 10 n°1 CC**

Casos análogos: *são aqueles em que procedem as mesmas razões justificativas que no caso omissis* -art. 10 n°2 CC.

Deve-se procurar uma **situação similar**/ comparação de qualificações jurídicas

Facto X facto Y

Lei B-----?????

Não basta que o facto X seja semelhante ao facto Y, mas deve-se olhar para a **ratio legis da lei B** - a justificação de regime que se define para o facto X - e depois ponderar se essa mesma razão vale para o facto Y

Só se houver essa **identidade de razões legais** é que é legítimo estabelecer-se uma relação de analogia.

Nota: a analogia pode ter por base qualquer regra: legal/consuetudinária/jurisprudencial

Diferença entre analogia e Interpretação extensiva¹⁰²

Na teoria é fácil a diferença, mas na prática muito difícil de aplicar

O A: Na integração o caso não está compreendido nem na letra nem no espírito da lei.

Na interpretação extensiva: caso não está previsto na letra, mas está no espírito da lei.

Exemplo da dificuldade:¹⁰³

A lei prevê tipos de figuras jurídicas como crimes, contratos, impostos, sociedades. Se a propósito de um desses tipos surge uma disposição que falta num outro, por exemplo se extinção da compra e venda se encontra uma certa previsão e para o depósito não, pode-se dizer que por interpretação extensiva a regra abrange também o depósito? A resposta é não, porque quando o legislador disciplina um tipo, ele não disse menos do que queria dizer por não abranger outro tipo. A disposição referente ao depósito deveria surgir no título do depósito, se não surge, existe uma lacuna. Se considerarmos que a regra da compra e venda se aplica ao depósito, estaremos a preencher a lacuna por analogia e não a fazer interpretação extensiva.

A dificuldade é acrescida porque existem autores que identificam a interpretação extensiva com a interpretação declarativa lata (casos em que o interprete se limita a escolher um dos sentidos possíveis do texto), e falam em integração logo que se transcendam os sentidos gramaticais.

A distinção entre estas duas figuras é relevante também pelo disposto no art. 11 do CC, onde se exclui a aplicação analógica de normas excepcionais, mas se permite a interpretação extensiva.

¹⁰² Vide também supra no esquema auxiliar de resolução de casos práticos.

¹⁰³ Vide O A p. 437

Exemplos de analogia legis

1. Se existe uma lacuna sobre o regime dos poderes das Forças Armadas em caso de **calamidade pública** (inundação/ incêndio), pode-se recorrer à *analogia legis* preenchendo a lacuna com base no regime de poderes extraordinários das Forças Armadas em situação de **perturbação da ordem pública**, caso se demonstre que a razão justificativa deste poder vale para aquela outra situação (caso de necessidade de aplicação da disciplina militar na obtenção e uso de meios para enfrentar a situação de crise vivida). E no entanto uma inundação é facticamente bem diferente da ocorrência de distúrbios da ordem pública.
2. Se existe uma regulamentação completa sobre navegação e transportes marítimos, e ausência quanto a navegação aérea — pode a 1ª ser aplicada à segunda por analogia porque existe uma similitude entre si. Pode haver diferenças entre o caso omissivo e o previsto, mas reside em pontos irrelevantes para a regulamentação jurídica (pontos irrelevantes para o facto desse transporte assentar no ar ou água). Mas se os pontos forem relevantes, por exemplo regulamentação da assistência marítima, aí a analogia já não é possível.¹⁰⁴
3. Recurso à lei que regula a difusão televisiva por sistema hertziano tradicional, para reger matérias de televisão por cabo, relativamente às quais existe lacuna legal.
4. A regra disciplinadora das sociedades por quotas, pode ser aplicável por analogia as sociedade anónima, havendo a mesma *ratio decidendi*.

Limites à analogia legis:

A analogia legis não é possível em relação a regras bem determinadas:

¹⁰⁴ Vide CM p 238

1. Regras excepcionais (art. 11 CC)
2. Regras penais positivas – que definem os crimes ou estabelecem penas e os seus efeitos. A razão deste limite prende-se com a autonomia individual contra abusos e o princípio da legalidade ou tipicidade (art. 29 da CRP e art. 1 n.º3 do Código Penal)
3. Regras restritivas de direitos liberdades e garantias
4. Direito fiscal: princípio da legalidade fiscal 103 n.º2 CRP e 11 n.º4 Lei Geral Tributária: os impostos são criados e disciplinados nos seus elementos essenciais pela lei, sendo proibida analogia (salvaguarda do princípio da segurança jurídica).
5. Tipologias legais: se a tipologia (tipos com características semelhantes) não diz se é taxativa ou enunciativa (enuncia meras hipóteses) deve-se considerar excepcional? O A entende que não basta a lei apresentar vários casos para se concluir pelo carácter taxativo desses casos. S J considera que quando a lei fixa uma enumeração completa ou um numerus clausus, reserva expressamente certo regime a casos específicos Ex 1306 CC e 483 n.º2 CC

1. Normas excepcionais

Como sabemos o art. 11 do CC admite a interpretação extensiva de normas excepcionais, mas proíbe a sua analogia.

As normas excepcionais¹⁰⁵ só valem para os casos previstos e não para outros, de outro modo generalizar-se-ia o que é excepcional.

Discute-se na doutrina se a proibição da aplicação analógica de normas excepcionais é total, ou se, se, dirige apenas às normas excepcionais, cujas normas gerais correlativas contivessem princípios de ordem pública de molde a que a suposta norma excepcional contrarie esses mesmos princípios.

Posição O A:

- O A¹⁰⁶ entende que no art. 11 a regra excepcional não se basta com a mera contradição de uma outra regra dependente apenas da técnica legislativa usada – **excepção** formal, mas exige um suporte mais sólido, isto é, uma contradição com os princípios gerais

¹⁰⁵ Vide Castanheira Neves in Metodologia Jurídica

¹⁰⁶ Também NSG.

informadores de qualquer sector do sistema jurídico que é dizer, a criação dum verdadeiro **ius singulare**. Só neste último caso se poderá dizer que existe a criação de verdadeiras normas excepcionais ou de uma **excepção material ou substantiva**.

Defende, por isso, que apenas não podem ser aplicadas por analogia as regras excepcionais cujas correlativas regras gerais contenham princípios de ordem pública.

O A reconhece que é um processo falível e delicado dependente de considerações valorativas, mas o método de determinação substancial é o que mais está conforme com as fontes, dado que **não depende apenas da técnica legislativa usada**.¹⁰⁷

O A corrobora esta posição, dando um exemplo para demonstrar que a técnica legislativa não pode ser o critério decisivo para determinar a verdadeira excepcionalidade da norma.

Exemplos de situações de mera excepcionalidade formal:

1. O possuidor faz seus os frutos, salvo se estiver de ma fé
2. O possuidor não faz seus os frutos, salvo se estiver de boa fé

O conteúdo da regra de conduta é exactamente o mesmo

Significado:

1. Se boa fé, faz seus os frutos, se ma fé não os faz
2. Se boa fé faz seus os frutos, se ma fé não

Regra e excepção nos 2 casos:

1. Regra: boa fé faz seus os frutos/ excepção: não faz
2. Regra: ma fé não faz seus os frutos / excepção boa fé faz

Como se vê temos 2 regras com o mesmo significado, mas cuja identificação da regra e da excepção em cada uma delas varia devido à diferente técnica legislativa usada.

O A diz que a consideração de uma regra excepcional depende da técnica legislativa usada, mas tal regra **precisa de um suporte mais sólido**, não basta a mera contradição com

¹⁰⁷ Isto é não basta para qualificarmos uma regra como excepcional, que ela contrarie uma outra regra de âmbito mais vasto, pois se o legislador apresentasse uma primeira categoria como regra, ficariam automaticamente as restantes qualificadas como excepções, mesmo nos casos em que o seu conteúdo não fosse realmente contraditório.

outra regra, isto é uma **excepcionalidade formal**,¹⁰⁸ deve haver antes uma contradição com os princípios gerais¹⁰⁹ informadores de qualquer sector do sistema jurídico, que é dizer uma **excepcionalidade material ou substancial**. Só esta última serve para a exclusão da analogia.

Para se excluir a analogia nos termos do art. 11 do CC deve-se criar um verdadeiro **ius singulare** que se verifica quando a disciplina do caso constitui uma interrupção da consequência lógica e político-legislativa dos princípios isto é, quando se apresenta como um desvio às regras gerais em termos de se por em colisão com elas e as afastar.

Exemplo de uma situação de excepcionalidade material é o art. 875 do CC (que prevê a escritura pública para a compra e venda de bens imóveis), pois contraria o art. 219 do CC que fixa um princípio de liberdade de forma dos negócios jurídicos.

Temos neste caso uma regra excepcional (art. 875) porque se dirige a uma situação particular, os contratos de compra e venda de bens imóveis, que vem contrariar uma outra regra (agora geral porque se dirige a todos os negócios jurídicos – art. 219) que tem incido um princípio, o princípio da liberdade de forma ou da consensualidade.

PL/AV:

O projecto do CC chegou a admitir, como regra a aplicação analógica das normas excepcionais, só a não permitindo nos casos em que as normas gerais correlativas exprimissem princípios essenciais de ordem pública. Tal suscitou dúvidas sobre o seu resultado prático de aplicação, pelo que foi rejeitado.

-Daniel Morais:¹¹⁰ afirma que Pamplona Corte Real *rejeita a distinção entre normas formalmente excepcionais e substancialmente excepcionais, entende que para existir uma norma excepcional, definida*

¹⁰⁸ Esta serve à interpretação enunciativa, mas as normas excepcionais formais carecem de razão prática e utilitária que justifica a excepção.

¹⁰⁹ Exemplos de princípios de Direito Civil: O Princípio da Autonomia privada, O Princípio da Responsabilidade, O Princípio da Confiança, O Princípio da Boa Fé, Princípio do Reconhecimento do Direitos de personalidade; princípio da liberdade de forma

Exemplos de princípios de Direito Publico (266 CRP): Boa fé; legalidade, justiça; imparcialidade; proporcionalidade; igualdade (13 CRP); prossecução do interesse público; colaboração da administração com os particulares; da universalidade (12 CRP)

¹¹⁰ Casos práticos resolvidos nº 39.

*como uma norma que particulariza e contraria substancialmente uma norma geral, tem de haver uma razão forte, que é precisamente o princípio no qual esta se apoia. Pamplona Corte Real defende todavia que **todas as normas** excepcionais são sustentadas por princípios gerais¹¹¹, tal como a norma geral, por isso o que as separa é o seu **campo de aplicação mais restrito**.*

Do exposto resulta que para Pamplona Corte Real a tónica da distinção entre normas excepcionais e gerais assenta no seu campo de aplicação mais restrito e não no facto de as normas excepcionais contrariarem certa categoria de princípios.

Segundo Daniel Morais parte da doutrina defende que posição O A gera dificuldades.

Se não for possível a analogia legis, o passo seguinte é a analogia juris

Analogia júris:

Verifica-se quando não existe uma regra análoga, e se apela aos **princípios jurídicos** para resolver a situação. Isto é, olha-se para o ordenamento jurídico na sua globalidade e retira-se uma disciplina jurídica para o caso.

Se o facto X e o facto Y têm uma similitude material e jurídica, existe analogia juris, se o facto Y vier a ser regulado pelo princípio jurídico que regula o facto X.

Ex: se o facto Y vier a ser resolvido por apelo ao princípio da igualdade/boa fé/proporcionalidade/ protecção confiança/ liberdade religiosa temos analogia juris

EX: O A

Se existe uma norma “ *as obrigações contratuais devem se exercer de boa fé*”

Caso: obrigações **não contratuais** também boa fé? – **analogia legis**: sim dada a proximidade das situações

¹¹¹ Daniel Morais considera que isto também não é correcto.

Caso: direitos **não obrigacionais** (direitos subjectivos), por exemplo os direitos de personalidade também deverão ser exercidos de boa fé? Tentar procurar um princípio geral que justifique que os direitos subjectivos devem ser exercidos com boa fé - ir ao princípio geral da boa fé – extensão justificada por **analogia iuris**.

Admissibilidade da analogia juris:

O art. 10 n.º1 e 2 do CC, fala simplesmente em analogia, não distinguindo entre analogia legis e juris. Por isso, pode-se conceber também a existência da analogia juris. Esta é a posição de MRS/BM/NSG/ O A.

Todavia, S J contesta a legitimidade da analogia iuris, diz que o art. 10 só prevê a analogia legis porque o n.º1 refere-se à “**norma aplicável ao caso análogo**” e o n.º2 ao “**caso previsto na lei**” e não segundo os princípios gerais. NSG afirma que esta posição não tem razão de ser porque como entende O A a diferença entre analogia iuris e legis é de grau, à medida que a regra se vai esbatendo, o princípio torna-se mais nítido.

O A e G T fazem ainda uma distinção entre analogia juris e aplicação dos princípios gerais de direito para colmatar lacunas. Note-se todavia que esta solução dos princípios gerais de Direito está consagrada no Brasil em vez *da norma que o intérprete cria*.

Norma que o interprete cria¹¹²

O que fazer quando não existe caso análogo? Isto é, não existe similitude de situações reguladas nem qualquer preceito ou princípio assente na mesma razão de decidir: não existem princípios materiais ou normas que determinem directamente condutas.

O art. 10 n.º3 do CC refere: *situação resolvida pela norma que o intérprete cria se tivesse que julgar dentro do espírito do sistema.*

¹¹² Importante separar da equidade

Quem está a integrar coloca-se na posição do legislador (AR/G), olha para as regras e princípios de Direito, toma-os em consideração e cria a norma mais consentânea com a ponderação dessas regras/ princípios e interesses envolvidos na situação de facto carecida de disciplina jurídica.

Neste processo deve-se considerar o espírito geral do sistema e o Direito natural. O integrador de lacunas atende à substância do tecido normativo e formula a regra numa posição estritamente objectiva, isto é, deve criar a norma que melhor quadre dentro do espírito do sistema de acordo com **critérios objectivos**.

Por isso, este mecanismo do art. 10 n.º3 do CC não pode significar:

1. Remissão para o arbítrio do intérprete
2. Apelo ao sentimento jurídico
3. Recurso equidade:
 - Equidade tem subjacente uma **intenção individualizadora** – atende à circunstância do caso concreto, pois visa resolvê-lo de acordo com a sua justiça própria.
 - o art.10 n.º3 tem subjacente uma **intenção generalizadora**, o que decorre da expressão “ pela norma” - visa resolver com a valoração que merece não o caso concreto, mas a *categoria de casos* em que ele se enquadra.

Interprete:

É o intérprete que é o agente da integração, mas o critério dessa integração é objectivo, o que decorre da expressão “ *espírito do sistema*”. Este facto amarra o intérprete aos valores próprios do ordenamento, devendo agir em conformidade com os juízos de valor legais e naturais.

Considerações finais:

Verifica-se assim uma orientação generalizadora e objectivista que preside à norma que o intérprete criaria – art. 10 n.º3 CC.

A norma que o intérprete criaria aplica-se ao caso concreto, e uma vez resolvido, **a lacuna mantém-se.**

Novas perspectivas metodológicas de concretização ou desenvolvimento do direito:

Como já foi referido, os autores incluem aqui outras modalidades de determinação de regras que não cabem no conceito de interpretação porque ultrapassam a letra da lei. Santos Justo inclui aqui a interpretação correctiva, a extensão teleológica e a redução teleológica. Há ainda quem trate aqui também a respeito da integração de lacunas a figura da “ norma que o intérprete criaria”¹¹³

Redução teleológica e Extensão teleológica

Autores: O A p. 402/ S J p. 363/ Karl Larenz p.555 – 569

Redução teleológica

Doutrina concebida pelos alemães.¹¹⁴

¹¹³ Vide aulas teóricas Prof. Nogueira de Brito. Também Larenz e Engisch.

¹¹⁴ Vide O A p. 402

Verifica-se quando interpretada uma lei e dela se retira uma regra, se entende que esta tem um sentido muito amplo, pelo que o interprete atendendo à finalidade da lei, vai restringir o seu alcance.

Esquema:

LX---- Interpretação (elementos histórico/sistemático/teleológico+ literal) --- **retira-se a regra X**---interprete conclui atendendo à **finalidade da lei** que esta regra X é demasiado ampla ---- logo = **vai restringir a regra X**

Há uma **nova relevância do elemento teleológico**: com a redução teleológica, o elemento teleológico, que já é um dos elementos essenciais à interpretação, vai ter nova relevância em momento posterior, permitindo-se já a restrição da própria norma e não da formulação ampla da letra da lei literal.

É **diferente da interpretação restritiva**, porque esta tem a sua fronteira no significado literal possível. Aqui vai-se mais além. Trata-se de casos que se subsumem à previsão legal, mas que contrariam o seu fim porque simplesmente não foram pensados pelo legislador quando fez a lei.

Ex da jurisprudência alemã:¹¹⁵

O art.181 BGB estabelece *a nulidade do negócio jurídico realizado consigo mesmo*

O fim do art. 181 do BGB é proteger o representado, impedindo que o representante, em virtude de uma colisão de interesses entre ele e o representado, realize um negócio consigo mesmo com eficácia para o representado, que o beneficie (ao representante) e prejudique o outro (o representado).

Art. 181 do BGB: **visa proteger os interesses do representado**

Se o representante legal fizer uma **doação** a um incapaz e ao mesmo tempo a aceitar (em nome do representado), será que se deve aplicar o art. 181 do BGB?

¹¹⁵ Fala-se de redução teleológica e lacuna oculta

A letra da lei parece abranger este caso, pois a doação é um **negócio jurídico gratuito** que carece de aceitação do beneficiário (neste caso seria do menor). Todavia, verifica-se que a invalidade de tal negócio jurídico contradiz o fim do art. 181 do BGB, dado que, sendo a doação um negócio jurídico gratuito que visa trazer uma vantagem jurídica ao representado, se for declarado nulo o negócio, prejudicar-se-iam os interesses do representado que é precisamente o que tal norma pretende evitar.

O Supremo Tribunal Federal entendeu, por isso, que a regra contida no art. 181 foi concebida de modo muito amplo, pelo que, neste caso não previsto pelo legislador, deve-se fazer uma restrição que ultrapassa o seu sentido literal (interpretação contra o seu sentido literal, mas de acordo com a sua teleologia).

Concluindo assim, que não se deve aplicar o art. 181 do BGB porque contraria o fim que a própria norma tem em vista.

Critica de O A que vê com dificuldade e nega a autonomização desta figura:

1. Ou cai na Interpretação abrogante pela via da contradição valorativa
2. Ou cai na Interpretação correctiva pela via da inadequação

Extensão teleológica

Autores: S J p. 362) / Karl Larenz

O A inclui esta figura na interpretação extensiva.

A extensão teleológica verifica-se quando o teor literal da lei é demasiado estrito, por isso, com fundamento na imanente teologia, alarga-se o seu campo de aplicação a casos literalmente não abrangidos. Trata-se de uma continuação da interpretação que **ultrapassa o limite literal possível**.

Ex: o art. 844 2º paragrafo do BGB fixa ao responsável por acidente que causou a morte do marido de alguém *uma indemnização por danos através do pagamento de uma pensão pecuniária para o sustento durante o tempo presumível da vida do de cujus*.

A **finalidade** deste artigo é fazer com que a pessoa que causou a morte do marido, se substitua, de certa forma, a este último no cumprimento do seu **dever de alimentos** para com a esposa. Por isso esta pensão pecuniária por danos para o sustento deve ocorrer por tanto tempo quanto a suposta pessoa falecida viveria.

Uma viúva cujo marido falecera num acidente pediu uma pensão que ultrapassa aquele momento, invocando que depois da morte natural do marido teria direito a uma pensão da Segurança Social que perdeu por o marido não ter podido continuar a pagar as necessárias quotas. E qual o fundamento para este facto?

A viúva invocou que se o marido estivesse vivo, ter-lhe-ia continuado a pagar as cotas para a Segurança Social, o que lhe iria dar direito a uma **pensão de velhice** que duraria até ao final da sua vida (da viúva). O não surgimento deste direito na sua esfera jurídica, é consequência da morte do marido, por isso o responsável deve pagar uma pensão que ultrapasse a presumível vida do marido, estendendo-se até ao final da vida da viúva.

O Supremo Tribunal Federal alemão deu-lhe razão e alargou o dever de indemnizar até à morte da titular do direito de alimentos (da viúva).

Existe extensão teleológica, porque a lei foi pensada para uma indemnização que substitua o dever de alimentos, e não para outros danos negativos que possam decorrer da morte do marido. Todavia, dado que a finalidade da lei é compensar a viúva pelos prejuízos que para ela decorrem da morte do *de cuius* (falecido), fazendo com que o responsável se substitua a este em termos pecuniários, faz todo o sentido que **ultrapassando a letra da lei**, se fixe uma indemnização para além da presumível vida do *de cuius*.

Faculdade de Direito de Lisboa

SLL - INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO I/ NOITE 1ª ÉPOCA/ 2010

SUB-TURMAS 5 e 6

Abreviaturas dos nomes de Autores:

MRS (Marcelo Rebelo de Sousa); S J (Santos Justo); O A (Oliveira Ascensão); CN (Castanheira Neves)

Bibliografias: MRS, O A, Castanheira Neves, Karl Larenz, Karl Engisch, Fernando José Bronze

Interpretação

Esquema auxiliar para resolução de casos práticos/ exemplos práticos sobre interpretação/ questões controversas

Esquema auxiliar para resolução de casos práticos

Interpretação – inter. enunciativa / redução/ extensão teleológica – analogia

Letra (exegese) ----- fora da letra (criação)

1. Interpretação normal resolve? (declarativa/ restritiva/ extensiva)
2. Argumento lógico ajuda? (salvo argumento a contrario, que merece especial atenção)
3. Reduzindo a letra da lei, resolve-se o problema? (*nos casos de redução teleológica parece que há uma lacuna, que decorre do facto de a restrição não ter sido feita expressamente, pelo que a redução faz cessar a lacuna*).
4. Há normas excepcionais cuja aplicação se suscita? Caso de integração de lacunas

Exemplos práticos acerca das diferentes modalidades de interpretação

Interpretação declarativa (optar pelo sentido mais restrito ou mais amplo)

Homem (individuo sexo masculino/ ser humano) ex. 362 CC

Filhos (descendentes do sexo masculino/ descendentes em geral do sexo masculino e feminino) ex. 1826 CC

Alienar (dispor duma coisa parcialmente / dispor duma coisa totalmente)

Comida (alimentos sólidos / alimentos líquidos + sólidos)

Objectos contundentes (armas / qualquer objecto que cause contusão)

Interpretação extensiva

Avós - estende a bisavós 877 CC

Mães solteiras - estende a divorciadas

Interpretação restritiva

Casamento é indissolúvel - limita-se a indissolúvel por divórcio

Benfica campeão nacional - limita-se a campeão nacional de futebol

Estado mental – limita-se a estado mental negativo/depressivo art. 282 n°1 CC

Aos Bombeiros – limita-se a Bombeiros da cidade de Faro

Lei art. 5 n°1 do CC – limita-se às leis que estejam sujeitas a publicação (há normas das autarquias não sujeitas a publicação)

Redução teleológica

Art. 181 do BGB : proibição de negócios consigo próprios - caso doação do representante a favor do representado

Lei impõe senhorio deve fazer obras de conservação – esta obrigação também se aplica no caso de regime das rendas condicionadas?

Lei: proibição entrada em estádios com objectos contundentes – também abrange elementos da PSP?

Lei que reconhece aos assistentes de certa escola o direito a serem contratados como professores auxiliares logo que obtenham o doutoramento, deve ser restringida aos assistentes de certa escola *que nela se tenham efectivamente habilitado com o referido grau de doutor*, e não àqueles que embora docentes da aludida instituição, se tenham doutorado em instituição diferente. Só assim não se subverterá a salvaguarda da autonomia identificadora de cada escola.

Extensão teleológica

O art. 844 2º paragrafo do BGB fixa ao responsável por acidente que causou a morte do marido de alguém *uma indemnização por danos através do pagamento de uma pensão pecuniária para o sustento durante o tempo presumível da vida do de cujus*. Também abrange uma pensão de velhice que existiria se o marido tivesse pago as cotas?

A norma que prevê que não é permitido a docentes acumular funções no ensino particular se estes beneficiarem de dispensa de actividade docente durante um ano escolar a fim de realizarem trabalhos de investigação deve circunscrever-se à regência de disciplinas integrantes do currículo de um curso no ensino particular, ou deverá também abranger actividades de direcção/ gestão que desempenhem nas escolas particulares? A letra parece abranger só a primeira situação, mas a teleologia da lei parece incluir todas as actividades do tipo mencionadas susceptíveis de dispersarem ou absorverem (com frequência muito mais que a simples regência de cadeiras) em termos intoleráveis ao docente.

Larenz dá um bom exemplo com a expressão *filhos*.¹¹⁶

Interpretação declarativa: filhos de acordo com o significado linguístico geral são os filhos carnais e descendentes de 1º grau

Interpretação extensiva: se a noção filhos abranger filhos adoptivos e enteados

Analogia: se a norma referente a filhos se aplicar a netos, porque se transcende o sentido literal possível

¹¹⁶ CFR p. 500

Restrição teleológica: caso em que a norma não se aplica a filhos (carnais/ de 1º grau) porque são casados

Interpretação enunciativa

Argumento **a minori ad maius**”, a lei que **proíbe** o menos também proíbe o mais

Ex: perante uma lei que proíba aos menores de 21 anos a *administração* de bens imóveis, é possível inferir que a *venda* dos mesmos lhes esta vedada

O A: se uma lei proíbe a *atividade cambiaria* a estrangeiros, podemos inferir que o *comercio bancário* também lhes esta vedado (esta proibição esta logicamente contida na primeira)

Argumento “**a maiori ad minus**”, a lei que **permite** o mais também permite o menos

Ex: perante a lei Y que permite a venda de certo bem é possível inferir a possibilidade de empréstimo desse mesmo bem

O A quem está autorizado a entrar em competições desportivas pode também treinar; quem pode caçar, pode também apoderar-se das peças abatidas

Argumento “**a contrario**”, da disciplina **excepcional** estabelecida para certo caso, deduz-se um **princípio regra oposto** para os casos não abrangidos pela norma excepcional:

- Regime *excepcional* ---- leva aos regime *regra* -

Ex: se uma lei obriga os proprietários de automóveis com registo anterior a 1970 a procederem a uma inspecção semestral dos mesmos, é possível inferir que os proprietários de automóveis com registo posterior àquela data não estão sujeitos a tal obrigação.

O A: 1571 e 1569nº1 b CC

Argumento “ **Sendo legítimos os fins, também o são os meios**” a lei que permite ou proíbe o fim, permite ou proíbe o meio

Ex: se certa lei permite a caça em coutadas demarcadas a certas categorias de cidadãos, é possível inferir a legalidade da venda de espingardas caçadeiras a essas categorias de potenciais caçadores

Dúvidas suscitadas na doutrina:

*Separação entre Analogia e interpretação extensiva*¹¹⁷

Engisch: não é fácil descobrir a correcta linha de fronteira entre a interpretação e a analogia.

A dúvida passa por saber se a letra da lei comporta a interpretação, ou não.

Exemplos práticos doutrina e jurisprudência alemã:

- Jurisprudência do Tribunal Federal: considerou que o ácido clorídrico era uma arma para efeitos de aplicação do art. 223 do Código Penal (arma por interpretação extensiva também inclui meios que actuam quimicamente) - Engisch: questiona esta posição/ Larenz concorda.

- Discute-se também na jurisprudência e doutrina alemã punir como violação de domicílio as chamadas nocturnas feitas com intuito malicioso dado o art. 123 do Código Penal que exige “ introdução na habitação”. Engisch diz que aqui não há interpretação extensiva

- O art. 463 n° 2 do BGB dispõe que: *o comprador pode exigir indemnização por danos relativos a incumprimento se o vendedor oculta dolosamente o defeito da coisa.* E se o vendedor simulou dolosamente a comprador uma qualidade inexistente da coisa?

¹¹⁷ Vide também supra no capítulo da Analogia.

A lei não menciona esta situação, mas em ambos casos o vendedor aproveita-se dolosamente de um erro do comprador perfeitamente conhecido sobre a qualidade dum coisa. Por isso ambos casos devem ser regulados do mesmo modo. A maioria da doutrina entende existir uma lacuna que deve ser integrada pela via analógica – analogia legis –

Analogia e argumento a contrario

Elucidação do problema:

Temos uma norma X que se dirige a uma situação particular X e uma situação da vida Y que não cabe na letra de tal norma. Procura-se determinar a norma para resolver a situação Y.

1. Se optarmos pelo argumento de analogia: vai-se discutir se a norma X é substancialmente excepcional ou formalmente substancial:
 - a. Se é substancialmente excepcional – a norma X não se aplica ao facto Y
 - b. Se é formalmente excepcional – a norma X pode-se aplicar analogicamente ao facto Y
2. Se optarmos pelo argumento a contrario: parte-se do princípio de que a norma X não se aplica ao facto Y, todavia a norma X auxilia na determinação do regime a aplicar ao facto Y, na medida em que este regime terá conteúdo oposto ao previsto na norma X

Engisch: A escolha entre o argumento de analogia e o argumento *a contrario*, não se pode fazer no plano da pura lógica, mas tem de combinar-se com a teleologia.

Preceitos excepcionais não são estendidos por analogia. E quando se discute a aplicação analógica de normas excepcionais não há lugar a argumento *a contrario*, pois na falta dos pressupostos particulares, a consequência jurídica específica **tem de ser denegada**

Castanheira Neves (CN): a opção entre analogia e a argumento *a contrario* deve-se resolver pela interpretação de acordo com valorações teleológicas. CN não há um critério seguro entre os dois procedimentos – deve-se verificar se a ***razão própria da norma excepcional*** também justifica a sua aplicação a outros casos. (Não excluí a aplicação analógica de normas excepcionais, ressalvados os casos de radical exclusividade.)

Larenz:¹¹⁸ a decisão da escolha entre argumento *a contrario* e argumento por analogia, não depende de uma apreciação subjectiva, mas é orientada por valores, por um pensamento teleológico

Conclusão:

Do pensamento destes autores decorre que a escolha entre o argumento de analogia e o argumento *a contrario* passa pela análise da *teleologia da lei*. Ideia de que para se perceber a intenção da lei: *a lógica tem de combinar-se com a teleologia*

Exemplos práticos: *Argumento a contrario*

1. *MRS - Ex:* se uma lei obriga os proprietários de automóveis com registo anterior a 1970 a procederem a uma inspecção semestral dos mesmos, é possível inferir que os proprietários de automóveis com registo posterior àquela data não estão sujeitos a tal obrigação.
2. *O A - ex:* 1571 e 1569nº 1 b CC quando se verificar a impossibilidade do exercício do direito de servidão (exemplo uma servidão de passagem obstruída devido a alteração do terreno), esta só se extingue decorridos 20 anos de acordo com o art. 1569 n.º1 b) do CC. Sendo o art. 1571 **um preceito excepcional dele decorre a**

¹¹⁸ Vide p.554

regra geral de que a impossibilidade de exercício de qualquer outro direito real implica a sua extinção imediata. Por isso, se no caso do usufruto dum pomar a fruição da coisa for impossível porque o terreno é arenoso, o usufruto extingue-se.

3. Engisch – ex: certa lei dispõe que *o proprietário dum quadrúpede responde pelos prejuízos que tal animal tenha causado*. Questão discutida saber qual o regime em relação aos animais bípedes (ex avestruz). **Dúvida:** saber se, se usa um *argumento de analogia* ou um *argumento a contrario*. Engisch opta por um argumento a contrario. O *argumento de analogia*, partiria do pressuposto de que há uma lacuna, mas que as mesmas razões justificativas da aplicação da norma aos quadrúpedes, também valem para os bípedes. Já o *argumento a contrario* partiria do pressuposto de que a norma sendo excepcional, aplica-se à particular situação dos animais quadrúpedes, pelo que de tal norma se **extrai o regime geral** no sentido de que face aos restantes animais não deve haver qualquer responsabilidade do proprietário.

4. *Caso prático:* pessoa parte serviço de louça em virtude de enfarte. Questiona-se a aplicação do art. 483 do CC. Temos uma situação em que não existe culpa do autor do dano que, por esse motivo, caberia no art. 483 n.º2. Este preceito remete para os regimes do art. 500 e ss, que são normas excepcionais dirigidas a situações particulares. Logo, sendo os casos de responsabilidade sem culpa a excepção, a regra será a de que a responsabilidade ópera com culpa, por isso não havendo culpa da pessoa que partiu o serviço, não existe dever de indemnizar.

Exemplos práticos: *Aplicação analógica de normas excepcionais*

1. **Caso prático resolvido:** suscita-se a aplicação do art. 875 CC (escritura publica para compra e venda de bens imóveis) a um contrato de compra e venda de bens

móveis. Recusa da aplicação analógica deste artigo porque é uma norma excepcional (substancial).

2. Caso teste passado: suscita-se a aplicação do regime de renda condicionada previsto para o arrendamento de habitação, a um caso de arrendamento comercial.

3. Casos exames passados:

- a. Suscita-se a aplicação da norma que prevê linhas de créditos especiais para minimizar danos ocorridos por efeito de condições atmosféricas em actividades comerciais, industriais e de serviços, a uma empresa de plantação de legumes (actividade agrícola).
- b. Suscita-se a aplicação duma norma que atribui subsídios a empresários de táxis por efeito de aumento de combustíveis, a uma empresa de transportes de alunos.

SLL:

Diferença resolução de hipótese pela possibilidade de aplicação analógica de normas excepcionais ou pela via da interpretação enunciativa através do uso de *argumento a contrario*.

Aplicação analógica:

1. Suscita-se a aplicação duma concreta lei para resolver um caso
2. Não serve para determinar uma regra, porque a determinação da excepcionalidade corre paralela à determinação do regime geral (norma excepcional não se aplica, logo sobra o regime geral)
3. Para excluir a aplicação da norma tem de se verificar uma excepcionalidade substancial

Interpretação enunciativa argumento a contrario:

1. Pretende-se resolver um caso, mas não se sabe bem o regime
2. Visa excluir *ab initio* a aplicação duma norma excepcional, determinando a partir dela o regime geral
3. Exclusão da aplicação da norma basta-se com a mera excepcionalidade formal. Com o uso deste argumento devemos ter plena convicção de que o fim da lei singular não comporta dada situação concreta, enquanto que na aplicação analógica a lei excepcional pode ser aplicada à situação - AQUI A SITUAÇÃO ESTÁ MAIS LONGE DA RATIO DECIDENDI DA LEI que estamos a analisar -

Sandra Lopes Luís

CAPÍTULO IV: A Norma Jurídica

Abreviaturas:

MRS (Marcelo Rebelo de Sousa); S J (Santos Justo); O A (Oliveira Ascensão); NSG (Nuno Sá Gomes)
CM (Castro Mendes); BM (Baptista Machado); AV/PL (Antunes Varela e Pires de Lima – CC anotado);
G T (Galvão Telles)

Aspectos a abordar:

- 5. Noção e estrutura da norma jurídica**
- 6. Características da norma jurídica**
- 7. Classificações de normas jurídicas**

Noção e estrutura da norma jurídica

Noção

A norma jurídica é um elemento fundamental do direito na sua função de ordenar a convivência humana. Todavia o seu sentido não é unívoco, fala-se de disposição, preceito, lei, regra jurídica.

A regra normalmente é considerada como um **critério de conduta**: regra pela qual se pautam as condutas humanas – diz respeito aos comportamentos que os indivíduos devem adoptar ou não.

Embora a generalidade das regras visem orientar condutas, existem regras em que essa função está ausente. Por exemplo:

- *Normas de segundo grau*: de identificação jurídica (arts. 67, 202, 203 CC); de produção jurídica; normas sancionatórias
- *Regras sobre regras*: normas sobre fontes; vigência da lei; interpretação; revogatórias (que se limitam a revogar outras)
- *Normas que produzem efeitos jurídicos automáticos*: ex 130 CC regula os efeitos jurídicos da maioria
- *Normas totalmente retroativas*, ex: 308 e 309 CC
- *Normas instrumentais*: normas de organização que disciplinam a estrutura e funcionamento dos órgãos e processos técnicos de aplicação de normas – Direito Processual.

Do exposto, resulta que nem todas as normas regulam os comportamentos humanos, por isso, segundo O A para o Direito, a regra é necessariamente um **critério de decisão de casos concretos**: a regra surge como medianeira da solução jurídica de casos concretos, pois dá ao intérprete o critério pelo qual ele pode julgar ou resolver.

Toda a regra é necessariamente um critério que permite ao juiz resolver o caso concreto. Só graças a esse critério, podemos ordenar e apreciar os fenómenos. O A

Todavia há que precisar que nem todo o critério jurídico de decisão de um caso é uma regra jurídica. Os critérios de decisão podem ser:

1. Materiais: são os critérios normativos
2. Formais: equidade – aqui em vez de se trazer para os vários casos um paradigma de solução, dá-se uma orientação que permite através de uma valoração alcançar em concreto a solução do caso.

A regra jurídica é um critério material de decisão de casos concretos.

Estrutura da norma jurídica

A norma jurídica prevê uma situação de facto, a que faz corresponder certos efeitos jurídicos.

“ *quem matar outrem será punido com pena de prisão de 8 a 16 anos*”

A norma é composta por dois elementos:

1. Previsão ou antecedente (*factispecie* ou *tatbestand*)
2. Estatuição ou consequente

Previsão

*A previsão refere uma situação típica da vida/ uma certa situação de facto/ uma certa conduta.*¹¹⁹

As noções que a lei vai buscar às situações típicas da vida sofrem uma deformação teleológica ao serem incorporadas no sistema jurídico. Os factos são jurisdicionalizados, transformando-se os seus conceitos naturalistas em conceitos jurídicos. Assim todos os conceitos usados pela norma jurídica dão expressão a um específico sentido jurídico.

A previsão da regra é uma previsão **normativa**. Exemplos para elucidar esta situação:

O que significa a expressão *quem matar outrem*?

1. Se Eduardo der um tiro no coração de Ana e esta morrer, diz se que Ana matou Eduardo?
2. Se Joana, medica, desligar o aparelho a que se encontra ligado um doente com diagnóstico de morte cerebral?
3. Se Pedro, pai de uma criança de 4 anos, não reparando que ela brinca no mar, se ausentar para beber café, e no regresso se deparar com um afogamento fatal que matou o filho?

A determinação do sentido da expressão tem de ser determinada juridicamente, e não facticamente.

Da mesma forma, quando a lei fala de **filho**, a expressão dirige-se apenas aqueles que juridicamente possam ser considerados como tal, e não aos que o sejam de um ponto de vista biológico. Assim a criança abandonada à nascença, cuja paternidade não pode ser

¹¹⁹ Para NSG na previsão da norma cabem condutas ou situações figuradas no passado ou no futuro. Ao contrário, O A entende que as situações passadas não cabem na previsão da norma jurídica. Tal posição é consentânea com a noção que cada um dos autores tem da abstracção como característica da norma.

judicialmente determinada, não é filho para o Direito, ainda que seja sempre filho de alguém.

Estatuição

É a prescrição do efeito jurídico, no caso de a situação prevista (na previsão) se verificar.

Também a estatuição tem um carácter normativo, pois na sua essencialidade é jurídica e não fáctica.

Relações entre a previsão e a estatuição

A estrutura da regra ou relação entre previsão e estatuição são problemas que supõem uma aproximação **normativa**. Não estamos diante de um fenómeno causal do mundo material.

Aspectos relevantes da relação:

1)

A **regra não tem de coincidir necessariamente com certa disposição** ou preceito do diploma A, B ou C. Muitas vezes a regra jurídica obriga à conjugação de duas ou mais disposições, por exemplo o artigo X da Lei A contém só a previsão, e o artigo Y da lei C contem a estatuição.

As normas jurídicas implicam-se e correlacionam-se, e não raro a sua determinação exige o conhecimento de outras normas e até de outros institutos que as apliquem.

Por exemplo o art. 122 do CC dispõe que *Quem não tiver completado 18 anos de idade é menor*. E o art. 123 do CC dispõe que *os menores carecem de capacidade para o exercício dos direitos*.

A regra que se retira destes dois preceitos conjugados, vai no sentido de que quem não tiver completado 18 anos, não tem capacidade para o exercício de direitos.

2)

Por outro lado, a **formulação da previsão e estatuição pode estar invertida**. A estrutura previsão / estatuição é uma estrutura tipo ou tendencial, pode ocorrer que a previsão não anteceda a estatuição.

- 1º previsão/ 2º Estatuição

Art. 483 n° 1 do CC

Previsão: *Aquele que com dolo ou mera culpa violar o direito de outrem ou qualquer disposição destinada a proteger interesses alheios,*

Estatuição: *fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação.*

- 1º Estatuição / 2º previsão

Art. 284 n° 1 da CRP

Estatuição: *A AR pode rever a Constituição*

Previsão: *decorridos cinco anos sobre a data da publicação da ultima lei de revisão ordinária.*

Características da Norma Jurídica

1. Generalidade
2. Abstracção
3. Bilateralidade
4. Hipoteticidade
5. Imperatividade

Generalidade

Aspectos a abordar: Definição/diferença individualidade e pluralidade/generalidade aparente/ generalidade e abstracção/ admissibilidade como característica da norma

Definição

Traduz-se no facto de a norma jurídica ter uma indeterminabilidade de destinatários, isto é dirige-se não a uma pessoa concreta, mas a todas quantas se possam encontrar na situação hipotética, à qual determinada estatuição corresponde. Dirige-se a uma categoria de pessoas não individualmente determinadas.¹²⁰

Esta indeterminabilidade de destinatários é apurada no **momento da feitura da lei**.

Diferença individualidade

A generalidade contrapõe-se à individualidade, tipicamente: é geral o preceito respeitante aos cidadãos, e é individual o preceito respeitante ao cidadão X

Todavia, nem em todos os casos em que haja apenas um sujeito na situação normativamente prevista, o preceito é individual. Por exemplo:

As normas constitucionais que definem as competências e deveres do PR e PM são gerais.

¹²¹Isto porque?

Porque são normas que se dirigem a quem vier ocupar esses cargos e não às pessoas que em determinado momento as exercem. O que interessa é que a lei fixe uma **categoria de pessoas**, e não uma entidade individualizada. Assim, se o preceito se refere à categoria PR ou PM, é geral, mas se, se refere a pessoa determinada que em certo momento exerce um certo ofício, aí já teremos um preceito individual.

Diferença pluralidade

Em ambos casos existem vários sujeitos na situação normativamente prevista

¹²⁰ Cfr NSG

¹²¹ Norma que se dirige a uma categoria de pessoas que em cada momento se resolve numa única pessoa concreta.

Há pluralidade de destinatários quando a norma se dirige a várias pessoas individualmente determinadas. Por exemplo:

Se um Director Geral ordena *ao seu Secretário para avisar todos os directores de Serviços a se deslocarem ao seu gabinete, em certo dia e hora*, existe uma ordem plural e não geral, porque se dirige a pessoas individualmente consideradas.

Por outro lado, se o Director Geral *determinar para o futuro que todos os Directores de Serviços, em certo dia e hora se devem reunir no seu gabinete*, temos uma ordem geral, porque se dirige não só aos actuais directores, mas também a todos aqueles que em cada momento estiverem a desempenhar o cargo.

Dúvida suscitada por O A:

Se, se determinar que todos os Governadores são chamados à Capital, temos um preceito geral ou individual?

A resposta deve passar por sabermos se, se tem em vista as pessoas individualmente determinadas que num dado momento preenchem aquela categoria, ou se, se tem em vista a categoria tomada em si, independentemente das pessoas que a preencham.

Generalidade aparente

Se a regra se dirigir a todos os concessionários das zonas de jogo da Estremadura, e se, se concluir que apenas existe um único, neste caso, não existe generalidade, mas um comando individual.

Generalidade e abstracção

A generalidade coloca-se no plano **subjectivo** dos destinatários, isto é dos titulares das situações jurídicas por ela configuradas.

A abstracção situa-se no plano **objectivo** previsto na norma.

Admissibilidade como característica da norma

Sim: O A não obstante algumas dificuldades/ S J não se pronuncia, mas parece que também/ BM também parece que sim.

Não: NSG – a generalidade é apenas característica das normas jurídicas que têm destinatários, isto é, das normas de conduta, e não das restantes normas jurídicas.

MRS – a norma jurídica só seria geral se existisse sempre uma indeterminabilidade

dos seus destinatários, o que nem sempre acontece, pois existem situações de:

1. Indeterminação que são determináveis¹²²
2. Mera pluralidade dos destinatários
3. Unidade dos destinatários (quer seja pessoa individual ou colectiva)
4. Também só assim se compreende que existam matérias em que a questão da generalidade é expressamente mencionada como requisito necessário. Ex regras sobre direitos, liberdades e garantias, de acordo com o art. 18 n° 3 da CRP.

Nota:

Para MRS, é preciso não confundir **indeterminabilidade** com **indeterminação**. Há casos de regras com indeterminação de destinatários (regras indeterminadas) que são determináveis (isto é em relação às quais não existe indeterminabilidade de sujeitos). Decorre do pensamento de MRS que na indeterminabilidade (sujeitos indetermináveis) nunca se conseguem individualizar os destinatários no momento da feitura da norma, já na indeterminação (sujeitos indeterminados) embora aparentemente se dirija a uma multiplicidade de sujeitos, a verdade é que eles efectivamente podem ser individualizados.

MRS entende que para uma regra ser geral, tem de haver indeterminabilidade, por isso a generalidade **não é uma característica da regra**. Valendo o mesmo raciocínio para a abstracção, como veremos infra.

Ego/ SLL: característica tendencial da norma

¹²² Cfr MRS p.192, vide também Daniel Magalhães, p.106.

Abstracção

Aspectos a abordar: Definição/ Posição de O A quanto à definição/ Admissibilidade como característica da norma

Definição

Traduz-se, na indeterminabilidade das situações de facto a que a lei é aplicada, isto é, a norma jurídica aplica-se não a um caso específico, mas a um número indeterminado de situações subsumíveis à categoria prevista

Abstracto opõe-se ao **concreto**:

O preceito abstracto disciplina um número indeterminado de casos, uma **categoria** mais ou menos ampla de situações, e **não** casos ou situações determinadas, concreta ou particularmente visadas. (BM)

Posição de O A quanto à definição

O A entende que a abstracção implica que a norma jurídica se aplique a **factos futuros**, assim:

1. *Se, se ordena que todos **entreguem as armas que possuem** nos postos de Policia, temos generalidade, mas não abstracção porque a situação a que o preceito se aplica já está concretizada.*
2. *Se, se mandar que **as armas que forem adquiridas**, sejam apresentadas nos mesmos postos, já há abstracção, pois a disposição está aparelhada para execução futura.*

No primeiro caso a previsão é: *todos os que tiverem armas na sua posse*. A estatuição é: *devem entregar na PSP*

No segundo caso, a previsão é: *as armas que forem adquiridas*. A estatuição é: *devem entregar na PSP*. Aqui a previsão da norma é incerta, refere-se por isso a um número indeterminado de casos.

Segundo O A a previsão da norma pode abranger factos e / ou situações que podem estar já plenamente realizadas. **Só são normativas** (desde que tenham generalidade), as **disposições que produzam um efeito imediato** (efeito de uma só vez).

Por exemplo, o preceito que retira nacionalidade imediata a certas pessoas ou que ordena a mobilização de mancebos de certa idade, só naquela ocasião é normativo.

Já as regras retroactivas (a propósito da sucessão de leis), que se destinem somente a uma situação passada, não têm abstracção pois não visam resolver casos futuros que venham a definir-se.

Segundo O A para ser caracterizada pela abstracção, a norma tem de ser **posta a vigorar só de futuro**. Por isso, partindo da constatação de que há normas que se dirigem apenas a factos passados, O A conclui que a abstracção não é uma característica da norma jurídica.

NSG não concorda com a afirmação de que a abstracção se refere apenas a factos ou situações futuras não concretizadas. Considera que o abstracto se opõe ao concreto, porque considera a realidade não em toda a sua identidade, mas com **referência a determinadas características normativamente seleccionadas**, e por isso mesmo, se diz que a sua previsão é um **padrão/ modelo/ tipo**, quer se dirija a factos passados, quer se dirija a factos futuros.

B M dá também exemplos de normas abstractas que tratam situações já concretizadas:

- A lei que qualifique terrenos para construir
- A lei que ordene aos proprietários de terrenos confinantes com vias publicas, o arranque de certas espécies arbóreas.

O que importa é que seja abrangida uma **categoria de casos**.

MRS¹²³

Não se deve confundir **indeterminabilidade** como **indeterminação**.

¹²³ Cfr p. 192

Existem regras que se dirigem a situações de facto que podem ser indeterminadas, mas que não são indetermináveis. Caso das regras que se dirigem a situações de facto bem precisas (caso das leis retroactivas).

Decorre do pensamento de MRS que na indeterminabilidade (situações indetermináveis) nunca se consegue concretizar a situação no momento da feitura da norma, já na indeterminação (situações indeterminadas) embora aparentemente se dirija a uma multiplicidade de situações, a verdade é que elas efectivamente podem ser concretizadas.

Admissibilidade como característica da norma

NSG: sim/ S J não se pronuncia, mas parece que sim

O A/ MRS: não

CM / BM generalidade e abstracção são uma mesma categoria. Parece que admitem.

Considerações finais sobre generalidade e abstracção

A reter:

Generalidade e abstracção analisadas só na previsão da norma

Generalidade e abstracção são apuradas no momento da feitura da lei

Comandos jurídicos¹²⁴

Concretos e abstractos

Concretos: fixam condutas que devem ser adoptadas numa situação de facto individualizada

¹²⁴ Vide GT

Ex: juiz ordena que certa pessoa pague 100 euros a outra; norma que diga se se verificar a morte de C (situação de facto), A deve pagar 100 euros a B

Abstractos: fixam a conduta a adoptar numa situação de facto abstracta/ definida de forma típica.

Ex: contrato A deve a B dadas quantidades de certo tipo de mercadorias “ *sempre que este as requeira*” ou deve colocar certas quantias em dinheiro à sua disposição até certo limite, *sempre que este as solicite* - não há uma definição da situação no tempo/ não é determinada dia, hora, local

Comandos individuais e gerais

Individuais: cujos destinatários, são pessoas individualmente consideradas. Ex José deve pagar a António 100 euros

Gerais: destinatários são tipos ou categorias de pessoas. Ex o comprador tipo, deve pagar o preço ajustado

Bilateralidade

O A e MRS entendem que não é característica da norma

Ideia de que o Direito supõe sempre duas pessoas – Bilateralidade – o direito como visa regular as relações sociais segundo a Justiça, impõe deveres e reconhece direitos correlativos: isto é, existe alguém que se encontra **juridicamente obrigado** face ao direito, e também existe outra pessoa que lhe **pode exigir o cumprimento desses deveres**.

Segundo O A e MRS, isto não é defensável. Porque:

MRS - Direito penal: ao dever de não matar não corresponde um direito de não ser morto. A norma penal impõe deveres para a defesa de valores que transcendem a simples relação jurídica. Não pressupõe uma relação com certos sujeitos.

O A: -Em certos crimes não há sequer uma vítima determinada: ex crime de profanação de cadáver

- Também o direito de propriedade tem apenas em vista uma pessoa e uma coisa: aqui não há sujeitos passivos do direito de propriedade. Existe apenas um dever genérico de respeito, mas este não se integra numa relação jurídica

No fundo quando se fala em bilateralidade como característica da norma, pretende-se apenas exprimir a sua socialidade ou alteridade: a norma impõe-se ao respeito de todas as outras pessoas. A valoração normativa da situação de uma pessoa tem de ser uma valoração social relevante.

Hipoteticidade

MRS / O A / S J é uma característica da regra

A norma jurídica é hipotética porque, exprimindo sempre a ordem social, os efeitos jurídicos só se produzem se, se verificarem as situações ou factos previstos na previsão. Assim publicada uma lei sobre lenocínio (provocação ou favorecimento de da corrupção social de outrem) só se aplica se o lenocínio for efectivamente praticado.

Ego/ SLL: a aplicação da regra depende da hipótese da ocorrência de uma actuação humana — isto é do **facto**.

Imperatividade¹²⁵

MRS/ O A/ S J - não é característica de toda a norma

¹²⁵ Ligar com a matéria das características do direito.

Imperatividade é entendida como uma característica da ordem jurídica, mas nem todas as regras são imperativas.

Efectivamente, poderiam ser imperativas só as regras de conduta, mas como vimos a definição de regra ultrapassa-as. Temos uma multiplicidade de regras: regra como critério de decisão; regras definitórias e classificatórias; regras que produzem efeito automático; regras sobre regras; regras retroactivas.

Pergunta: *A regra jurídica exprime sempre um comando, uma ordem dirigida ao seu destinatário?*

Resposta: *Não.*

Classificações de normas jurídicas¹²⁶

Dividem-se de acordo com vários critérios:

1. Vontade dos destinatários:

- a. Injuntivas (ou imperativas)
 - i) Preceptivas
 - ii) proibitivas
- b. Dispositivas
 - i) Permissivas¹²⁷
 - ii) Supletivas

2. Plenitude do sentido:¹²⁸

- a. Autónomas
- b. Não autónomas/remissivas:
 - i) Remissão explícita (interpretativas; normas de reenvio ou devolução)
 - ii) Remissão implícita (ficções legais; presunções legais)

¹²⁶ Bibliografia: MRS/ O A/ S J / G T/ NSG

¹²⁷ Cfr. MRS, O A

¹²⁸ Estrutura vide GT

3. Âmbito pessoal de validade das normas:

- a. Gerais
- b. Especiais
- c. Excepcionais

4. Âmbito espacial de validade:

- a. Universais
- b. Regionais
- c. Locais

5. Quanto à sanção:

- a. Leges plus quam perfectae
- b. Leges perfectae
- c. Leges minus quam perfectae
- d. Leges imperfectae

6. Função das normas jurídicas

- a. Normas primárias
- b. Normas secundárias

Vontade dos destinatários:

Inicialmente importa separar as normas injuntivas das dispositivas:

Injuntivas: são aquelas que se aplicam independentemente da vontade das pessoas destinatárias (norma impõe-se sem ou contra essa vontade).

Não estão na disponibilidade dos destinatários. Trata-se de comandos que prosseguem interesses gerais ou individuais muito fortes, pelo que têm de ser acatadas a todo o custo.

Ex. Normas que regulam o trânsito/ previdência social/ estado de sítio

Dispositivas (facultativas): são aquelas que se aplicam atendendo à vontade dos seus destinatários (se as partes suscitam ou não afastam a sua aplicação)

Verifica-se uma disponibilidade de aplicação de tais normas pelos seus destinatários. (Apelam à livre vontade dos destinatários.)

Um dos seus pressupostos é a **vontade** das partes quanto à sua aplicação (vontade tem uma função cooperadora).

Ex. art 1445/ 2131

Normas Injuntivas:

Preceptivas: impõem um comportamento, uma conduta ou a prática de um acto

Formas positivas de conduta: FACERE

Ex. Norma que diz que o contrato deve ser pontualmente cumprido (art. 406 do CC)/ norma que manda circular pela direita/ norma que manda pagar impostos/ norma que ordena que o pai dê alimento aos filhos.

Proibitivas: normas que proíbem ou impedem uma conduta ou impõem uma omissão.

Formas negativas de conduta, manda não fazer: NON FACERE

Ex. Maioria normas penais (os outros não devem ofender a vida, honra, liberdade e património); norma que proíbe o casamento a menores ou a quem já é casado

Dispositivas:

Permissivas: permitem ou autorizam certos comportamentos/ condutas

Ex:

Regra que permite o casamento (não se aplica a norma que fixa os efeitos do casamento independentemente de uma manifestação de vontade nesse sentido)

Regra que autoriza a feitura de testamento (art. 2281 do CC)

Regra que permite ao cônjuge requerer divórcio se o outro violar os deveres conjugais.

Supletivas: visam suprir as deficiências ou ausências de manifestação de vontade das partes em determinado acto jurídico.

O A - Porque as partes não estão em condições de antecipar uma disciplina completa dos seus negócios, as regras supletivas podem:

1. **Suprir a deficiência da declaração da vontade das partes:** ex num contrato de compra e venda as partes limitam-se a indicar o que é específico daquela compra e venda (preço, coisa vendida, condições de entrega e pagamento), sendo tudo o resto deixado para as regras normais de compra e venda previstas no CC que se aplicam automaticamente no seu silencio (ex: se a coisa tiver defeito, aplicam se as disposições supletivas da lei)
2. **Falta total da declaração:** ex. art. 1717 do CC, o regime supletivo de bens de casamento, aplica se quando os nubentes não celebram convenção antenupcial.

Plenitude do sentido:

Autónomas: são normas que têm por si só um sentido completo, isto é, apresentam um conteúdo independentemente de outras normas jurídicas.

Ex:

Art 130 do CC que fixa os efeitos jurídicos da maioria

Art. 1367 do CC que permite ao proprietário fazer a apanha dos frutos no prédio vizinho

Art. 1690 do CC que reconhece a legitimidade a qualquer dos cônjuges para contrair dívidas

Não autónomas ou remissivas: são as normas (proposições jurídicas com as características gerais de todas as normas) que não têm um sentido completo, só o obtendo em combinação com outras regras.

Remetem para outras regras, podendo essa remissão ser *explícita* ou *implícita*

Remissões explícitas

Normas interpretativas:¹²⁹ visam **fixar o sentido** das palavras legais ou esclarecer as dúvidas que o seu conteúdo suscita, porque nem sempre o legislador se exprime da melhor forma (uso de expressões ambíguas).

Através delas ordena-se que as expressões se entendam e apliquem com o sentido fixado

A norma interpretativa não é autónoma porque não vive por si, sozinha não faz sentido – antes tem de se ligar ao preceito interpretado e com ele ficar a fazer um todo

A interpretação legislativa autêntica, pode ser:

1. Sucessiva: quando uma lei nova vem interpretar uma lei anterior
2. Simultânea: quando dentro de um corpo legislativo, um preceito interpreta expressões usadas noutra ou outros sentidos – norma interpretativa originária

Normas de devolução

Não regulam directamente certa matéria, mas antes remetem para outra regra que contém o regime aplicável.¹³⁰ Podemos separar as normas de devolução, em:

*Intra sistemáticas:*¹³¹ quando a devolução ocorre entre regras do mesmo sistema jurídico, por exemplo o art. 156 do CC – manda aplicar à inabilitação as regras sobre a interdição - em vez de se repetir toda a regulamentação anteriormente formulada para a interdição diz se simplesmente que essa regulamentação se aplica à inabilitação.

Mais ex: 1151 e 1134; 1186 e 1158; 1773 n° 3, 1779 e 1781 do CC; art. 1 do Código Comercial

Extra sistemáticas: quando a devolução ocorre entre regras de sistemas jurídicos diferentes (estranhos ou estrangeiros).

¹²⁹ Vide supra interpretação autêntica

¹³⁰ Vide O A

¹³¹ Vide SJ e NSG

Ex: as normas de Direito Internacional Privado que remetem para outra ordem jurídica (arts. 14 a 65 do CC); normas que remetem indirectamente para o direito canónico sobre o conhecimento das causas respeitantes à nulidade do casamento católico art. 1625 do CC

Remissões implícitas

A norma jurídica não remete expressamente para outra norma, mas estabelece que o facto ou a situação a regular **é igual ou considerado igual ao disciplinado por outra norma**, remetendo, por isso, implicitamente para o regime desta. É o regime jurídico que tal norma estabelece que se vem a aplicar.

Ficções legais: *Consideraram duas realidades diferentes como idênticas*

- **Noção:** verifica-se quando o legislador entende que determinado facto ou situação se **considera como se fosse igual** ao facto ou situação previsto noutra lei

Lei considera que o facto X (a disciplinar) é igual ao facto Y (já disciplinado) - permitindo-se que a norma que regula o facto Y também se aplique ao facto X.

Exemplos:

- O art. 109 do Código de Procedimento Administrativo consagra que o silêncio da administração quando solicitada à prática de um acto, durante um certo período de tempo, equivale à prática de um acto administrativo de indeferimento (silêncio + decurso prazo decisão = prática de acto administrativo de indeferimento). A *ratio* desta equiparação consiste em permitir que as pessoas prejudicadas com tal silêncio possam recorrer para os tribunais da ausência de decisão da Administração, numa altura em que o contencioso administrativo português, previa o recurso contencioso de anulação de **actos administrativos**, como o principal meio contencioso de defesa dos particulares face à Administração. Embora se saiba que o silêncio é diferente de um acto expresso de indeferimento, a lei considerava-os iguais para que se permita a aplicação do regime dos actos expressos, nomeadamente para efeitos de impugnação.

- Outro ex: art. 275 n° 2 do CC – norma que finge verificada a condição contra as regras da boa fé.

- As ficções separam-se das normas de devolução:

Nas normas de devolução existe uma **identificação da estatuição** das normas – a A aplica-se o mesmo regime de B.

Nas ficções existe uma **identificação da previsão** – diz se que A é = a B 8 que facticamente são muito diferentes) para necessariamente se aplicar a estatuição prevista para B.

- As ficções são regras autónomas porque não regulam directamente, mas antes têm de ser combinadas com outras regras para obter o regime aplicável

- Objectivo das ficções: aplicar a um facto diferente as consequências jurídicas de outro facto.

Presunções legais

Noção: verificam-se quando o legislador, para afastar as dificuldades que podem resultar da prova de um facto ou situação a regular, considera que provada a existência de um facto, também se considera provada a existência de outro.

Relação de 2 factos, o que se prova e o que não se prova. Verificado e provado o facto X, tem-se por verificado o facto Y, logo a norma que estabelece a presunção, remete implicitamente para a norma que disciplina o facto Y

Exemplo

Art. 1826 e 1874 – norma que estabelece a presunção de paternidade: provado **que A tem por mãe B (facto X)**, presume-se que **o pai é o marido da mãe (facto Y)** = aplicam se os efeitos da filiação nomeadamente o poder paternal

Norma autónoma: porque também aqui, porque uma regra (a presunção) devolve para outra regra a regulação da matéria

Diferente da ficção:

Ficção: sabe-se que os factos são diferentes, embora tratados como iguais pelo direito

Presunção: desconhece-se o traçado exacto do facto ou situação a regular, razão pela qual se recorre a outros já regulados pelo direito.

Objectivo: tem a ver com a prova de factos que não se sabe se existiram, mas que segundo a experiencia, quando normalmente se verifica um, também se verifica o outro (nas ficções os factos existiram).

Tipos presunções: 349 e 350 CC

Absolutas *ou jure et de jure*: são insusceptíveis de afastamento através de prova em contrário. Ex: art. 1260 n° 3 do CC (remete implicitamente para todas as normas sobre posse de boa fé como as normas de usucapião) / art. 243 n° 3 CC

Relativas *ou jures tantum*: são afastadas por prova em contrário Ex. presunção de paternidade

Âmbito pessoal de validade das normas¹³²

Gerais ou comuns

Noção: Definem um **regime regra** para o sector das relações que disciplinam (para a generalidade dos factos ou situações consideradas). Reportam-se a um **grupo de relações** e regulam-no na sua plenitude.

Exemplos:

- MRS norma que impõe o dever de pagamento de certo imposto aos cidadãos que trabalham por conta de outrem/ pessoas singulares
- art. 219 do CC: princípio da consensualidade dos negócios jurídicos
- art. 342 do CC: consagra o ónus da prova a quem invocar o direito

Especiais

¹³² Vide SJ

Noção: consagram uma **disciplina nova ou diferente** para um círculo mais restrito de pessoas, coisas ou situações, mas **não directamente oposto ao regime normal** das regras gerais. Uma norma é especial em relação a outra, quando sem contrariar substancialmente o princípio nela contido, se adapta a circunstâncias particulares.

Para NSG *toda a norma especial se inclui numa norma geral, cujo regime se particulariza ou adapta.*¹³³

Segundo O A, a especialidade é uma qualificação **relativa**, a regra A pode ser especial em relação à B, mas geral em relação à C.¹³⁴

Exemplos:

- CC: art 405 e ss são *normas gerais* porque fixam o direito genérico aplicado a todos os contratos; art. 874 e ss são *normas especiais* porque disciplinam qualquer um dos contratos em particular no caso a compra e venda, também depósito, mandato, etc.
- Especialidade entre ramos de direito privado: direito civil geral e direito comercial ou trabalho como regimes especiais.
- Normas que tipificam certos crimes considerando a qualidade militar dos autores
- MRS : Regra que prevê o dever de pagar impostos para uma certa categoria de cidadãos que desenvolvam uma determinada modalidade de trabalho por conta de outrem ex: agentes desportivos

Regime das normas especiais: art. 7 n°3 e 11 do CC

- As normas especiais porque inspiradas numa *ratione personal*, gozam dum regime específico quanto à cessação da sua vigência, não podendo ser revogadas por norma geral, *a menos que outra seja a intenção inequívoca do legislador* – art. 7 n° 3 Do CC –

O que significa esta última expressão - *a menos que outra seja a intenção inequívoca do legislador*?:

Para MRS, em princípio salvo disposição **expressa** nesse sentido

Para O A: deve-se atender a circunstâncias relevantes que nos permitam concluir que a lei geral pretende afastar a lei especial, o que ocorrerá no caso de se retirar da nova lei uma pretensão de regular totalmente a matéria, não deixando subsistir leis especiais.

¹³³ Cfr p. 154

¹³⁴ Cfr. P. 518

- A norma especial, por não ser contrária à geral é passível de aplicação analógica – art. 11 CC.

Excepcionais ¹³⁵

Noção: são normas que também se referem apenas a um ou algum facto ou situação de certa espécie/ **particular situação da vida**, mas agora exigem um **tratamento pelo direito contrário** ao da generalidade dos factos ou situações da espécie encarada. Consagram um *ius singulare*.

O A¹³⁶ - “na referência à regra excepcional, estão confundidas duas espécies com características diferentes e incidências práticas também diferentes: A regra formalmente excepcional autoriza a utilização do argumento a contrario; e a regra substancialmente excepcional – *ius singulares* – implica a proibição de analogia. Só casualmente uma regra será passível de ambas qualificações”

Exemplos:

- Regime que isenta do aludido imposto um sector de cidadãos, que pela aplicação da regra geral, estaria obrigado ao pagamento – pessoas deficientes/ caso em geral dos benefícios fiscais.
- Art. 344 do CC este inverte o ónus da prova
- Normas que exigem escritura pública em certos negócios jurídicos: art. 875 do CC

Regime:

Art. 11 do CC - normas excepcionais não comportam aplicação analógica, mas comportam interpretação extensiva e permitem argumento a contrario.

Âmbito espacial de validade:

¹³⁵ Ligar esta matéria à aplicação analógica de normas excepcionais e interpretação enunciativa – argumento a contrario - onde também se fala de normas excepcionais.

¹³⁶ Cfr p. 518

Universais/ nacionais ou globais: aplicam-se a todo o território do Estado. Sucede com a maior parte das normas contidas em leis e decretos-lei

Regionais: só se aplicam a determinada região, o caso dos decretos legislativos regionais

Locais: aplicam-se apenas no território duma autarquia local ex. normas contidas numa postura municipal

Quanto à sanção que aplicam¹³⁷

Leges plus quam perfectae: determinam a **invalidade dos actos** que as violam e aplicam uma **pena** para os **infractores**

Ex: casamento celebrado por quem é casado, o 2º casamento é anulável e o infractor é punido pelo crime de bigamia – art. 1601 e 1631 a) CC + 247 CP

- Contrato pelo qual o pai negocia com outrem favores da filha: negocio nulo 280 nº 2 CC+ sanção penal crime lenocínio.

leges perfectae: só determinam a **invalidade dos actos** contrários.

Exemplos: contrato de compra e venda e contrato de doação de imóveis sem escritura pública – arts. 875 e 947 nº 1 do CC e 220; testamento feito por quem é incapaz de testar arts. 2189 e 2190 do CC.

leges minus quam perfectae: não estabelecem a invalidade dos actos contrários, mas determinam que **não produzirão todos os efeitos**.

¹³⁷ Vide SJ e BM

Exemplos: o casamento dum menor sem autorização dos pais ou tutor, quando não suprida pelo conservador do Registo Civil, é válido, mas o menor não o deixa de ser quanto à administração dos bens que leve para o casamento, ou adquira posteriormente a título gratuito arts. 1604 a e 1649 do CC; o casamento sem respeito do prazo internupcial é válido, mas o transgressor perde os bens que tenha adquirido por doação ou testamento do seu primeiro cônjuge arts 1604 b) 1605 e 1650 do CC

Leges imperfectae:¹³⁸ são normas que **não fixam nenhuma sanção**. Normalmente têm por destinatários certos órgãos do Estado, quando a sua violação não é susceptível de qualquer sanção.¹³⁹

Ex: não existe sanção se o PR não promulgar uma lei

Ex: normas constitucionais que fixam o direito à segurança social e em consequência atribuem ao governo o dever de organizar e subsidiar o sistema de segurança social – art. 63 da CRP; normas que reconhecem o direito à protecção de saúde e estabelecem o dever do Governo criar um serviço nacional de saúde universal e geral e tendencialmente gratuito – art. 64 CRP

Se estas disposições não forem cumpridas, poderá haver uma sanção política – derrota eleitoral - mas não existe uma sanção jurídica

Ex. no direito cível: arts.402¹⁴⁰, 1672 e 1779 do CC

Função das normas jurídicas¹⁴¹

Este critério atende à finalidade das regras: regras de conduta por um lado e as outras regras.

Normas primárias:

¹³⁸ Ligar à matéria da coercibilidade

¹³⁹ Vide BM

¹⁴⁰ Exemplo de obrigação natural: as dívidas de jogo não obrigam ao pagamento, mas se forem pagas, quem pagou não pode posteriormente exigir a devolução do que foi pago.

¹⁴¹ Critério adoptado por NSG. MRS e O A falam em normas principais/ primarias e normas derivadas/ secundárias. SJ e GT não adoptam esta classificação.

São as que se destinam a regular os comportamentos humanos – normas de conduta

Normas secundárias ou de 2º grau

São as que se referem a outras regras - são as regras sobre regras:

1. *Normas de identificação* - identificam as normas de cada sistema, ex: normas sobre fontes de direito
2. *Normas sobre produção normativa*, ex: normas que fixam os limites de espaço e de tempo das outras regras do sistema jurídico; normas sobre interpretação e integração de lacunas; e outras formas de aplicação de outras regras
3. *Normas sancionatórias*, ex: normas sancionatórias de violação de outras regras

CAPÍTULO V: Casos práticos

Casos práticos sobre Interpretação¹⁴²

A modalidade de Interpretação depende da situação fáctica

Dicas genéricas de resolução:

- 1º Determinar o que se discute/ a expressão que está em causa/ ver se são invocados argumentos lógicos
- 2.º Analisar os elementos da interpretação: referir onde estão no CC/ como se define cada um deles/ qual o mais importante para o caso
- 3º Como se deve interpretar correctamente o preceito/ definir a modalidade de interpretação para fixar o sentido real da lei/ determinar quem tem razão

Resolva as seguintes hipóteses práticas, pronunciando-se sobre os elementos e modalidades de interpretação que conhece.

Caso Prático n.º 1

Arlindo, adepto fervoroso do Benfica e sócio n.º 999, desde longa data assiste aos jogos do seu “Glorioso” com o grande amigo **Nelson**. Em dia de derby na Luz, com a emoção do jogo, sentiu-se mal e foi-lhe diagnosticada doença grave tendo os médicos previsto que teria apenas 3 meses de vida. Ao saber desta pavorosa notícia, **Arlindo** decidiu fazer um

¹⁴² Para a resolução destas hipóteses é irrelevante a legislação efectivamente vigente

testamento público em Janeiro de 2009, do qual constava uma disposição a favor de **Nelson** com o seguinte teor:

*“Lego ao meu amigo **Nelson** a minha camisola autografada pelo Nuno Gomes, no caso de o Benfica ser campeão nacional este ano.”*

Arlindo faleceu em Março de 2009. O Benfica não ganhou o campeonato de futebol, mas obteve o primeiro lugar no campeonato nacional de andebol.

Nelson, consternado com a morte do amigo que sempre o acompanhou aos jogos do “Glorioso”, e fã incondicional do Nuno Gomes, diz que *“só a ele, e a mais ninguém pertence a camisola do “grande Nuno”*.

Quid iuris?

Resolução:

Saber se Nelson deve ficar com a camisola do Nuno Gomes. Está em causa a interpretação da deixa testamentária onde se dispõe “ no caso de o Benfica ser campeão nacional”. O Benfica foi campeão nacional de andebol, será que este facto preenche o disposto na deixa testamentária? Nelson faz uma interpretação literal da norma e diz que sim, pois da letra da lei refere se a “Benfica ser campeão nacional” sem especificar se é campeão nacional de futebol, de andebol ou de qualquer outra modalidade.

Importa analisar os elementos da interpretação:

- **Elemento literal:** Benfica campeão nacional de qualquer modalidade desportiva

- **Elemento lógico:**

1. Do elemento sistemático não temos dados.

2. Do elemento histórico previsto no art. 9 n° 1 do CC “ circunstâncias em que a lei foi elaborada” resulta que Nelson acompanhou durante largos anos o seu amigo Arlindo aos jogos do Benfica de **futebol** o que é revelador pelo uso das expressões “derby” e “glorioso”.

3. Do Elemento teleológico previsto no art. 9 n°3 do CC que corresponde à *ratio legis* ou fim concreto que a deixa testamentária visa satisfazer, verifica-se que Arlindo pretende partilhar com o seu amigo, e depois da sua morte, a alegria do Benfica ser campeão

nacional de **futebol** nesse ano, dando-lhe a camisola do Nuno Gomes conhecido jogador da equipa de futebol do Benfica.

Ora, do elemento lógico parece resultar que a expressão nacional se refere a campeão nacional de **futebol**. Todavia do elemento literal parece que basta o Benfica ser campeão nacional de qualquer modalidade desportiva.

Do exposto parece que Arlindo foi traído pelas palavras e disse mais do que efectivamente queria dizer. Existe uma desarmonia entre o elemento lógico, que aponta para a verificação da condição no caso de o Benfica ser campeão nacional de futebol, e o elemento literal que aponta para que tal aconteça no caso de o Benfica ser campeão nacional de qualquer modalidade desportiva.

Por isso fazendo uma interpretação restritiva da deixa testamentária, isto é limitando a letra da lei por consideração do elemento lógico, chegamos ao sentido real da lei que consiste na verificação da condição no caso de o Benfica ser campeão nacional de futebol.

Logo, Nelson não tem razão, e a camisola do Nuno gomes não deve ficar para ele dado que o Benfica não ganhou o campeonato de futebol.

Caso Prático n.º 2

Suponha que o Parlamento, pretende proteger a maternidade desvalida, e para tal cria um pacote de normas, entre as quais se inclui o Decreto-lei nº 21058 que contém uma disposição com o seguinte teor:

“ As mães solteiras beneficiam de uma redução de 50% no seu horário de trabalho nos seis meses posteriores ao parto ”

Imagine que **Susana**, recém divorciada e mãe de uma criança de um mês, solicita à sua empresa idêntica redução.

Quid iuris?

Resolução:

Saber se Susana mãe divorciada deve beneficiar de redução no seu horário de trabalho . Esta em causa a Interpretação da expressão “ mães solteiras” prevista no Decreto - lei.

Importa analisar os elementos da Interpretação.

Começando pelas literal. Mães solteiras são aquelas que nunca se casaram, pelo que fazendo uma Interpretação literal da norma Susana não teria direito à redução.

Quanto ao elemento lógico, releva o elemento teleológico previsto art. 9º3 CC, pois o Parlamento pretende proteger a maternidade desvalida com a criação desta norma, isto é permitir mães com filhos recém-nascido e que não tenham um companheiro que as ajude a tratar dele (todas as mulheres que estejam sós no momento da maternidade), possam beneficiar de uma redução no seu horário de trabalho para cuidar da criança. Note-se que este elemento lógico tem como limite a letra da lei (art. 9 nº 2 CC).

Assim, verifica-se uma desarmonia entre o elemento lógico e o literal, o legislador disse menos do que efectivamente queria dizer, queria referir-se a todas as mulheres sem companheiro depois do parto, mas referiu-se apenas às solteiras.

Por isso, devemos fazer uma interpretação extensiva do preceito ou seja estender a letra da lei, de molde a abranger também as mães divorciadas, o que ainda tem um mínimo de correspondência na letra da lei.

Logo Susana tem razão ao solicitar a redução.

Caso Prático n.º 3

Lisana, uma aficionada pelas novas tecnologias, enquanto pesquisava na internet, viu uma mega promoção do novo Iphone4. Dado que já há algum tempo pensava em trocar de telemóvel e estava sem dinheiro, decidiu pedir emprestados 250 euros à sua amiga **Maria Rosa** para adquirir o aparelho, entregando-lhe em penhor a sua bicicleta violeta que ficou na arrecadação da mutuante. Chegada a altura de pagar, **Lisana** continuava sem dinheiro e **Maria Rosa** passou a dar umas voltas na bicicleta, pois como estava a chegar o Verão queria recuperar a sua boa forma física e perder os quilinhos que havia ganho no Inverno. Perante a indignação de **Lisana**, **Maria Rosa** disse-lhe: “ quem pode vender, pode usar e eu posso nos termos do art. 675 do CC!”¹⁴³

Quid iuris?

¹⁴³ Esquecer o art. 671 b) do CC

Resolução:

Constituído um penhor que incide sobre uma bicicleta como garantia do montante de 250 euros emprestado (através de contrato de mútuo previsto no 1142 CC) por Maria Rosa a Lisana, que não devolveu o dinheiro no prazo acordado. Coloca-se a questão de saber se Maria Rosa (mutuante/ que empresta) pode usar a bicicleta de Lisana (mutuária/ a que recebe) atendendo ao art. 675 do CC que permite vender o bem no caso do mutuante não pagar o que deve. (credor pignoratícia/ devedor pignoratício).

Maria Rosa faz uma interpretação enunciativa do preceito ao usar o argumento *a maioria d minus*, segundo o qual se se permite o mais também se permite o menos. De acordo com esta modalidade de interpretação retiram-se regras implícitas de normas através de argumentos lógicos.

Atendendo a este argumento lógico, parece que Maria Rosa tem razão, pois se a finalidade da lei é a possibilidade da venda do bem objecto de penhor, para o credor pignoratício (neste caso Maria Rosa) se poder compensar do dinheiro emprestado e não devolvido, é como se ele tomasse o bem como seu, dado o incumprimento. E se **tomar o bem como seu**, parece evidente que também o possa **usar**.

Logo, Maria Rosa tem razão ao fazer uma interpretação enunciativa da norma para dela retirar outras regras implícitas, no caso, de regra pode **vender**, retira a regra **usar**.

Caso Prático n.º 4

Admita que a lei nº 21058 dá direito aos advogados a requererem quaisquer certidões relativas aos seus clientes. A Direcção Geral de Registos e Notariado, considerando que a lei não é clara e preocupada com uma certa protecção da privacidade dos cidadãos, emitiu uma circular com o seguinte teor ” *os conservadores e funcionários do registo cível só podem passar certidões a pedido dos advogados, quando estes apresentem procuração ou autorização dos seus clientes que especificamente lhes confira poderes para requerer o tipo de certidão em causa*”.

Júlio João M. B. Advogado, desprovido de qualquer autorização, insiste com um funcionário para que lhe passe a devida certidão. **Marco**, o funcionário até dizia: “ *eu*

concordo com o Sô Doutor, mas ordens são ordens, e eu não posso passar ao lado de uma circular da Direcção Geral. “

Quid iuris?

Resolução:

Temos uma situação em que uma circular (regulamento) interpreta uma lei, limitando o seu conteúdo. Assim, a lei que de cuja interpretação resulta que os advogados podem requerer quaisquer certidões relativas aos seus clientes é interpretada no sentido de os funcionários só poderem passar certidões se apresentada autorização dos clientes. A questão que se coloca aqui, é a de saber o valor que tem tal interpretação por parte da Administração.

Estamos diante de uma interpretação oficial ou administrativa, aquela que é feita por uma norma de valor inferior à interpretada, o que se verifica no caso, pois um regulamento interpreta uma lei . Esta modalidade de interpretação quanto à fonte ou valor não tem um carácter vinculativo ou eficácia externa, isto é vale apenas no âmbito da hierarquia administrativa (tem eficácia interna). Neste caso o funcionário do Registo Civil, deve respeitar a circular da Direcção Geral. Todavia, tal facto, não impede o advogado de contestar a circular hierarquicamente ou contenciosamente.

Logo o funcionário tem razão e Júlio João deverá recorrer da circular.

Caso Prático n.º 5

Em Abril de 2009, violentos distúrbios no estádio do Dragão, conduziram a ferimentos graves de alguns espectadores que foram agredidos com paus e pedras. Na sequência de tal acontecimento, publicou-se o Decreto-Lei n.º 11367 com o seguinte teor:

“ é absolutamente proibida a entrada em recintos desportivos com quaisquer objectos contundentes”

Num jogo entre o Benfica e o Naval, dois elementos da PSP armados com pistolas e bastões, pretendem entrar no Estádio da Luz para cumprir o seu dever legal de vigilância de eventos desportivos

Ricardo, que transportava 2 garrafas de vidro de *seven up* com capacidade de 1 litro cada, queria entrar porque dizia que tinha sede e que a *seven up* era cara.

Da mesma forma, **Carla** queria levar para o estádio o seu guarda-chuva vermelho e branco, lembrança do seu avô, pois dizia que “*estava meio adoentada e não queria apanhar mais uma molha!*”

Quid iuris?

Resolução:

Temos uma norma que impede a entrada em recintos desportivos com *objectos contundentes*.

É esta expressão que importa interpretar para as três situações em causa.

Atendendo à letra da lei, contundente significa: **qualquer objecto duro e pesado que possa causar contusão** ou pode referir-se simplesmente a **armas** (objecto usado para atacar/ ou defender). Temos uma expressão pluri-significativa, isto é, uma expressão cuja letra comporta gramaticalmente mais que um significado.

- **PSP**: caso típico de redução teleológica

A letra da lei refere-se a objectos contundentes. O elemento lógico, neste caso o histórico (“na sequência de distúrbios...”) e o teleológico, pretende evitar que haja ferimentos entre os adeptos na sequência de eventuais desacatos entre eles.

A situação em causa cabe perfeitamente na letra da lei, pois não se duvida que as pistolas e bastões transportados pelos elementos da PSP, sejam objectos contundentes. Todavia verifica-se que se, se, impedisse a entrada da PSP o fim da norma mais facilmente seria posto em causa, pois estes visam precisamente com as suas armas por fim aos desacatos entre os adeptos. Trata-se de uma situação que o legislador certamente por lapso não salvaguardou, o fim da lei não está pensado para estas hipóteses. Por isso, deve-se fazer uma redução teleológica da regra que decorre do Dec- lei 11367 e não o aplicar a esta situação, dado que só assim se respeitará a finalidade da norma em causa.

- Quanto à situação de **Ricardo**, espectador, não se coloca a questão anterior, pois da letra e espírito da lei decorre que lhe está vedada a entrada, desde que leve objectos contundentes. E é precisamente esta situação que importa indagar. As garrafas de seven up de um litro são objectos contundentes? Ora significando objectos contundentes no seu sentido mais amplo: objectos duros / pesados/ que causam contusão, não se duvida que tais garrafas são susceptíveis de causar contusão, ainda com a agravante de que se podem partir e causar desse modo graves ferimentos. Por isso, fazendo uma interpretação

declarativa lata da norma, chega-se à conclusão que esta se aplica sem mais a esta situação. O legislador exprimiu-se de modo adequado a abranger estes objectos. Neste caso, o elemento lógico, ajuda-nos a optar pelo significado mais amplo da expressão.

- Quanto à situação de **Carla**, os termos da questão colocam-se como a anterior. Com a possibilidade de se questionar o tipo de guarda-chuva em causa, para saber se, efectivamente, se pode considerar um objecto contundente. Se considerarmos que assim é, devemos, também aqui, fazer uma interpretação declarativa lata.¹⁴⁴

Caso Prático n.º 6

Roberto vem sendo, há longas semanas acordado a meio da noite por chamadas telefónicas feitas por alguém que invariavelmente lhe pergunta se consegue dormir bem.

1. Tendo reconhecido a voz de uma colega da Faculdade, **Roberto** pretende saber se pode apresentar queixa - crime com fundamento no art. 190 n.º1 do Código Penal aprovado pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março, nos termos do qual “*Quem, sem consentimento, se introduzir na habitação de outra pessoa ou nela permanecer depois de intimado a retirar-se, é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 240 dias.*”
2. Suponha que é consultado um professor catedrático de Direito Penal que sobre a questão emite um parecer. Que valor deve ser atribuído a este parecer no que concerne à interpretação do citado preceito do Código Penal?
3. Suponha que o Governo, a pretexto de algumas dificuldades de interpretação do referido artigo, faz um decreto regulamentar onde vem esclarecer que ali a expressão “*introduzir na habitação*” deve ser entendida como toda a violação de privacidade do domicílio, haja ou não presença física por parte do agente.”

Quid iuris?

Resolução:

¹⁴⁴ Note-se que estes dois últimos casos são discutíveis quanto à sua inserção também no âmbito da interpretação extensiva, tudo depende da definição de objectos contundentes. Quanto mais próximo da letra da lei se encontrar o facto a subsumir à norma, mais próximos estaremos de interpretação declarativa lata, quanto mais afastado estiver, maior possibilidade de interpretação extensiva.

Art. 190 n.º1 do Código Penal :

- Inserido no Cap VII – Dos crimes contra a reserva da vida privada

- Tem como epigrafe – “ Violação de domicílio ou perturbação da vida privada”

1. Está em causa interpretar a expressão do art. 190 n.º1 do CP “ introduzir na habitação de outra pessoa”, para determinarmos, se este preceito se aplica ao colega de Roberto que lhe telefona ao meio da noite.

Quanto ao elemento **literal** verifica-se que a palavra introduzir significa entrar/ meter dentro e no seu sentido gramatical comum implica **presença física**

Quanto ao elemento lógico releva o elemento sistemático (art. 9 n.º1 CC) pois o art. 190 n.º1 CP está inserido no capítulo dos crimes contra a reserva da vida privada ou perturbação da vida e tem como epigrafe violação de domicilio ou perturbação da vida privada. Releva também o elemento teleológico (art. 9 n.º3 do CC), sendo a finalidade da lei sancionar quem perturba a vida privada de outrem. Por isso, atendendo ao **elemento lógico** da interpretação, a norma parece abranger **presença física ou não.**

Do exposto resulta uma desarmonia entre a letra e espírito da lei, pois o legislador disse menos do que queria dizer (queria dizer introduzir fisicamente ou não). Deste modo, fazendo uma Interpretação extensiva do preceito, isto é estendendo a letra da lei por consideração do elemento lógico, devemos entender que o art. 190 n.º1 do CP se aplica à situação em causa, razão pela qual Roberto pode apresentar queixa contra o colega.

2. O Professor Catedrático faz uma interpretação doutrinal do preceito. Esta modalidade de interpretação quanto à fonte ou valor não tem qualquer valor vinculativo para os outros (sem eficácia externa), vale apenas pela força dos argumentos invocados e pelo prestígio da pessoa que o emite.
3. O Governo através do decreto regulamentar faz uma interpretação oficial ou administrativa, aquela que é feita por uma norma/fonte de valor inferior à norma interpretada. No caso, um regulamento interpreta uma lei. Esta modalidade de interpretação não tem eficácia externa (para todos), produz apenas efeitos internos no seio da hierarquia administrativa.

Caso Prático n.º 7

José Francisco passeava alegremente no jardim zoológico quando, ao olhar para uma jaula de tigres, lhe veio à ideia de que a vida dentro de uma jaula deve ser muito triste e aborrecida. Foi assim, que com pena dos tigres, se lembrou de comprar uma garrafa de aguardente para dar aos animais. *Pelo menos por alguns momentos sob efeito da aguardente, os tigres poderiam esquecer o cativoiro!* **André**, tratador de animais, deparou-se com **José Francisco** a dar de beber a aguardente aos tigres num balde que arranjava para esse efeito. Alertou então **José Francisco** para uma placa colocada ao lado da jaula na qual se podia ler o seguinte: “*É proibido dar comida aos animais*”. **José Francisco** respondeu-lhe que tinha lido a placa, mas que ela não lhe dizia respeito, uma vez que não estava a dar comida, antes estava a dar-lhes uma bebida.

1. André não sabe o que responder a José Francisco, e pede-lhe a si o seu conselho.
2. Imagine que na referida placa se pode ler o seguinte: *é proibido dar comida aos animais, excepto por visitantes do Jardim Zoológico e por tratadores de animais.*

Quid iuris?

Resolução:

1. Está em causa, interpretar a placa que contém a regra: *é proibido dar comida aos animais.*

A expressão que aqui suscita dúvidas de interpretação é a palavra **comida**. José Francisco fez uma interpretação prévia da palavra ao considerar que a palavra comida pressupõe alimentos sólidos. Trata-se de uma interpretação literal da norma, pois o sentido que lhe dá corresponde perfeitamente à letra da lei.

Todavia para interpretar, não nos basta o elemento literal, há que indagar acerca do elemento lógico ou extra-literal. E dentro deste temos o sistemático e histórico, em relação aos quais não temos dados na hipótese, e um elemento teleológico ou ratio legis da lei (previsto no art. 9 n.º3 do CC), isto é a necessidade concreta ou finalidade que a norma visa satisfazer. Neste caso parece que se pretende evitar que os visitantes possam prejudicar os animais do Zoológico, dando-lhes alimentos pouco adequados que possam perturbar a dieta alimentar. E assim sendo, parece que do elemento lógico da interpretação, em particular do elemento teleológico, resulta que é proibido **dar qualquer tipo de alimentos** aos animais, que podem ser de todo o género, quer sólidos quer líquidos.

Deste modo, devemos fazer uma interpretação declarativa lata da regra porque a palavra comida é pluri-significativa, isto é gramaticalmente comporta dois significados possíveis, um mais amplo: comida = alimentos sólidos e líquidos; e um outro mais estreito: comida = alimentos sólidos. Embora o sentido literal coincida perfeitamente com o lógico, (o legislador disse efectivamente o que queria dizer) a verdade, é que, este último, aponta para a sua acepção mais ampla no sentido de alimentos sólidos e líquidos.

Por isso José Francisco não tem razão, dado que fez uma interpretação declarativa restrita da palavra comida uma vez que nela incluiu apenas alimentos sólidos.

2. Se a placa tivesse esta norma, haveria uma proibição sem qualquer sentido, dado que a excepção (visitantes e tratadores) contraria a regra geral da proibição de dar comida aos animais. A proibição tem como destinatários os visitantes que muitas vezes dão comida imprópria aos animais, ora se a eles não se aplica, não conseguimos perspectivar qualquer destinatário da norma e assim sendo, chegamos à conclusão de que a norma é desprovida de sentido.

Devemos por isso fazer uma interpretação abrogante lógica (admitida com certos limites no art. 9 n.º3 do CC que consagra o princípio do aproveitamento das leis) e concluir que da análise dos elementos literal e lógico da interpretação, não se pode retirar efectivamente qualquer critério de conduta.

Caso Prático n.º8

A 10 de Maio de 2010, **Mariana** vendeu a **Ana Cristina**, a sua casa de férias em Albufeira (um T3 com 5 ano), pelo valor de 150.000 euros.

Dois meses depois, a vendedora intentou uma acção judicial contra **Ana Cristina**, pedindo a anulação do contrato com fundamento em usura, invocando para tal que a compradora se tinha aproveitado do seu estado mental de enorme alegria, (dado que na noite anterior o seu grande Benfica se tinha sagrado campeão nacional ao vencer o Rio Ave) para conseguir que o preço acordado fosse bastante mais baixo que o valor de mercado do imóvel.

Ana Cristina contestou a acção invocando que a referencia a “*estado mental*” prevista no art. 282 n.º1 do CC, não comporta os estados mentais positivos, mas somente os negativos.

Quid iuris?

Resolução:

Mariana vendeu a sua casa de férias a Ana Cristina por um preço baixo, e pretende anular o negócio com fundamento em usura, porque quando celebrou o negócio se encontrava num estado mental de grande alegria.

Discute-se a interpretação do art. 282 n.º1 do CC, concretamente a expressão “ estado mental”. Ana Cristina faz uma prévia interpretação do preceito, entendendo que a expressão só comporta estados mentais negativos ou depressivos e não qualquer outro tipo de estado mental.

Para fazer uma correcta interpretação do preceito importa analisar os elementos da interpretação. Começando pelo elemento literal que constitui o ponto de partida da interpretação (art. 9 n.º1 CC), estado mental define-se como a situação psicológica ou o modo como a pessoa se encontra psicologicamente. Esta definição abrange toda uma multiplicidade de estados mentais que vão desde o deprimido, nervoso, irritado, preocupado, lúcido, firme, etc. A palavra estado mental abrange todos estes estados. Será que a expressão no art. 282 n.º1 quer ter esta amplitude? Para a resposta a esta questão teremos de analisar o elemento lógico. Importa analisar o elemento sistemático previsto no art. 9 n.º 1 CC onde a inserção da expressão no seio do artigo “ situação de necessidade, inexperiência, ligeireza, dependência, **estado mental** ou fraqueza de carácter de outrem” parece determinar que o estado mental que aqui está em causa não é qualquer um, mas somente um estado mental negativo ou depressivo. Da mesma forma, o elemento teleológico ou finalidade da lei previsto no art. 9 n.º3 do CC, parece também apontar para um estado mental depressivo, pois não faria sentido que se viesse a anular um negocio por quem o tivesse celebrado tendo um estado mental firme e lúcido. E assim sendo, chegamos à conclusão que o elemento lógico da interpretação remete para o sentido de estados mentais negativos e depressivos.

Qual a melhor interpretação a adoptar? Verifica-se uma desarmonia entre a letra que se refere a todo o tipo de estados mentais e o espírito da lei que apenas respeita a estados mentais negativos, por isso deve-se limitar a letra da lei para retirar o real sentido da norma e fazer assim uma interpretação restritiva da lei. E assim sendo tem razão Ana Cristina e não a Mariana.

Caso Prático n.º9

Marco, arguido em sede de processo penal, invocou a nulidade do depoimento de uma testemunha, **Júlia**, com fundamento em esta ter recebido 1000 euros para o incriminar.

O juiz decidiu que tal facto não era motivo de nulidade do depoimento, pois o n.º 1 e a alínea e) do n.º 2 do art. 126.º do Código de Processo Penal consideram ofensivas da integridade moral das pessoas, e portanto nulas, as provas obtidas mediante “*Promessa de vantagem legalmente inadmissível*”, e, no caso concreto, houvera recebimento efectivo do dinheiro e não mera promessa.

Quid iuris?

Resolução:

Esta em causa obter a nulidade do depoimento duma testemunha com base no art. 126 n.º 2 alínea e) do CPC. Discute-se se o recebimento efectivo de dinheiro cabe no referido preceito que apenas contempla a situação da “promessa de vantagem”. O juiz que decidiu o caso fez uma interpretação literal do artigo que afastou a sua aplicação, sem explorar todas as virtualidades do elemento lógico da interpretação.

Efectivamente da análise dos elementos literal e lógico dentro ainda dos limites literais possíveis que a interpretação impõe (art. 9 n.º 2 do CC), promessa (significa dar esperanças/criar expectativa de algo) não contempla as situações de recebimento efectivo de vantagens legalmente inadmissíveis. Todavia, da regra que contempla a nulidade do depoimento da testemunha quando haja a **promessa** de vantagem inadmissível, pode-se retirar uma outra regra implícita de acordo com argumentos lógico-jurídicos, neste caso o argumento *a minori ad maius*, ou seja o que proíbe o menos também proíbe o mais. E assim sendo se, se proíbe o depoimento quando haja promessa, também se devera proibir quando haja **recebimento efectivo de vantagens** legalmente inadmissíveis.

Conclui-se assim, que Marco tem razão, porque devemos fazer uma interpretação enunciativa do preceito ou uma inferência lógica de regras implícitas, dado que o espírito da lei permite tal concretização.

Caso Prático n.º 10

Em 14 de Setembro de 2010, **Rui Duarte** sofreu um enfarte do miocárdio, de forma totalmente inesperada, enquanto comprava o presente de aniversário de casamento para a sua esposa Ana Paula, na loja de porcelanas de **Patrícia**. Em consequência, **Rui Duarte** caiu sobre uma prateleira que continha um dos serviços de jantar mais caros da loja, o que provocou o derrube e a destruição de mercadoria cujo valor global ascendia a 1500 euros. Apesar de **Rui Duarte** ter sempre tomado devidamente a medicação para os seus problemas cardíacos, seguindo escrupulosamente todas as indicações médicas, **Patrícia** não quer ficar com o prejuízo e pretende responsabilizá-lo civilmente pela perda do serviço de jantar, exigindo-lhe, nos termos do art. 483 do Código Civil, uma indemnização.

Quid iuris?

Resolução:

Rui Duarte sofre enfarte e destrói mercadoria na loja de Patrícia, no valor de 1500 euros. Esta, pretende responsabilizá-lo civilmente exigindo-lhe nos termos do art. 483 CC, uma indemnização pelos prejuízos.

O princípio geral contido no art. 483 do CC n.º1 que consagra como pressuposto da obrigação de indemnização a culpa do lesante, é completado pelo número 2, que remete para os casos consagrados na lei a admissibilidade de indemnização sem existência de culpa do lesante.

Sendo a culpa um juízo de censura do agente, que podia e devia ter agido de modo diferente, temos de concluir que Rui Duarte agiu **sem culpa**, pois o enfarte foi inesperado e foram sempre seguidas de forma escrupulosas indicações médicas.

Constituindo a responsabilidade sem culpa a excepção, a regra é a de que não há responsabilidade civil sem que haja culpa do lesante. Estamos diante de um argumento em que pode assentar a interpretação enunciativa da lei, o chamado argumento *a contrario sensu*: os casos excepcionais previstos na lei (aqui os que o art. 483 n.º2 do CC ressalva) pressupõem uma solução contrária para os casos não excepcionais.

Assim, só se a conduta de Rui Duarte estivesse prevista numa das excepções ressalvadas do 483 n.º2 (nomeadamente art. 500 e ss CC), poderia Patrícia pedir lhe uma indemnização.

Caso Prático n.º11

A) Em Dezembro de 2005 **Rute**, foi vítima de um violento incêndio, que, não fora a rápida e eficaz actuação dos Bombeiros da cidade da Faro, teria ficado sem a sua casa, situada no centro desta mesma cidade.

Em Maio de 2009, **Rute** decidiu ir viver para Lisboa, a sua cidade natal, onde um ano depois veio a falecer, tendo como último domicílio esta mesma cidade.

Rute deixou testamento, no qual deixa a sua casa situada em Faro “ *aos Bombeiros, esses corajosos combatentes do inferno em chamas*”.

Hoje, discute-se quem são os herdeiros da casa de **Rute**, se são os Bombeiros da cidade de Faro ou os Bombeiros da cidade de Lisboa.

B) Imagine, ainda quanto a esta situação, que existe uma lei com o seguinte teor ” *o testamento feito a favor de uma generalidade de pessoas, sem qualquer outra indicação, considera-se feito a favor das existentes no lugar em que o testador tinha domicílio à data da sua morte*”.

Quid iuris?

Resolução:

A) **Interpretação da deixa testamentária:** para tal deve-se fazer uma análise dos diferentes elementos de interpretação.

Está em causa saber se a expressão ”*Bombeiros*”, usada no testamento, diz respeito a todos os Bombeiros (*maxime* Bombeiros de Lisboa também) ou somente aos Bombeiros da cidade de Faro.

Do elemento literal (palavras em que a lei se exprime), o ponto de partida da interpretação, parece que aponta para todos os Bombeiros, todavia há que cotejá-lo com o elemento lógico (espírito da lei), composto pelos elementos sistemático (conjunto de normas em que a lei a interpretar se insere), histórico (circunstancias temporais que rodearam a feitura da deixa testamentárias) e teleológico (fim visado pela pessoa que elaborou a norma). Para o caso, parece serem relevantes os elementos histórico, pois a deixa testamentária foi feita, depois de os bombeiros de Faro, terem salvado do fogo a casa de Rute, situada nessa mesma cidade. Releva também o elemento teleológico, pois tudo aponta para que a finalidade de tal deixa

testamentária fosse prestigiar os Bombeiros da cidade de Faro, que com valentia conseguiram impedir que as chamas tomassem a sua casa.

Assim, chegamos à conclusão de que existe uma desarmonia entre o elemento lógico e o literal, pois se da letra da lei parece que os herdeiros são os Bombeiros em geral, do elemento lógico decorre que esses herdeiros só podem ser os Bombeiros da cidade de Faro.

Portanto deve-se fazer uma **interpretação restritiva** da deixa testamentária, limitando a letra da lei por consideração do seu espírito, porque neste caso o seu autor disse mais do que aquilo que pretendia dizer.

- B) Havendo uma lei com este teor, estamos diante de uma lei interpretativa, que tem um valor superior à norma interpretada (a deixa testamentária), e que como tal tem um valor vinculativo, isto é, é obrigatória para qualquer intérprete e aplicador do direito, por isso neste caso deve-se fazer uma **interpretação autêntica** (modalidade de interpretação quanto ao critério da autoria) e considerar que os herdeiros da casa de Rute, são os bombeiros de Lisboa.

Caso Prático n.º12

Suponha que o regulamento 11945, estabelece no art. 5º que “*os militares devem entrar e sair fardados das suas unidades*” e que no art.16º se dispõe que “*os militares podem entrar e sair da sua unidade em traje civil*”. **Fernando**, militar, tem dúvidas em perceber o regulamento.

Quid iuris?

Resolução:

Aqui o intérprete deve fazer uma **interpretação abrogante** (modalidade de interpretação quanto ao critério resultado da conjugação dos elementos literal e lógico), e segundo a qual se chega à conclusão que existe uma contradição insanável entre os elementos lógico e literal, e que como tal da norma não se consegue retirar qualquer sentido ou significado.

Caso Prático n.º13

Comente com sentido crítico a seguinte afirmação e pronuncie-se acerca das várias correntes de interpretação acolhidas pelo artigo 9 do Código Civil.

“ Colocando-se deliberadamente acima da velha querela entre subjectivistas e objectivistas, a nova lei limitou-se a recolher uns tantos princípios que considerou aquisições definitivas da ciência jurídica, sem curar grandemente da sua origem doutrinária “

Resolução:

Está em causa perceber as diferentes correntes de interpretação acolhidas pelo art. 9 do Código Civil quanto ao critério da finalidade de interpretação. E a este respeito, temos as teorias subjectivistas, objectivistas, historicistas e actualistas. Segundo uma interpretação subjectivista, procura-se reconstituir a vontade do legislador, “ *mens legislatoris*”, segundo uma interpretação objectivista, procura-se determinar o sentido intrínseco da lei, desligado das pessoas que a fizeram, a “ *mens legis*” , segundo uma interpretação historicista visa-se apreender o sentido da lei no momento da sua criação e entrada em vigor e segundo uma interpretação actualista visa-se apreender o sentido da lei no momento da sua interpretação.

Analisando a afirmação referida, verifica-se de facto, que foi posição do legislador quando redigiu o art. 9 do código civil, não acolher uma ou outra tese em detrimento das outras (fugindo assim aos exageros de cada uma das diferentes teses), e tal é evidente desde logo pelo uso da expressão “ *pensamento legislativo* “ usada no nº1 do art.9, que não se refere nem à vontade da lei nem à vontade do legislador, aliás o acolhimento das teses objectivista pode decorrer das expressões: “ *..a partir dos textos..*” art.9 nº1 e “ *..na letra da lei um mínimo de correspondência..*” art.9 nº2. O acolhimento das teses historicistas decorre da expressão “ *atender às circunstâncias em que a lei foi elaborada*” e o acolhimento de teses actualistas decorre da expressão “ *..condições do tempo em que a lei é aplicada*” art.9 nº1. Assim, o nosso código civil aderiu às teorias mistas ou de síntese, considerando que cada uma das teses referidas dá um contributo importante para a teoria da interpretação.

Resolução casos práticos sobre Integração¹⁴⁵

Abreviaturas:

MRS (Marcelo Rebelo de Sousa); S J (Santos Justo); O A (Oliveira Ascensão); NSG (Nuno Sá Gomes)
CM (Castro Mendes); BM (Baptista Machado); AV/PL (Antunes Varela e Pires de Lima – CC anotado);
G T (Galvão Telles)

Caso Prático n.º 1

Paula, a mais recente vencedora do euromilhões, decidiu realizar um dos sonhos da sua vida, que era adquirir um automóvel da marca *porsche*. Para tal dirigiu-se ao stand de automóveis, e escolheu o descapotável vermelho *porsche boxster S* (já se estava a ver a passear na ponte Vasco da Gama ao volante do seu vermelhinho!).

O vendedor do automóvel, Silvino, insistiu na necessidade de escritura pública para a concretização da venda, atendendo a que os automóveis são bens sujeitos a registo e também muitos deles são mais caros que muitos bens imóveis. Paula, considera haver um excesso de forma se a celebração deste contrato de compra e venda for feita através de escritura pública, atendendo ao disposto nos artigos 875 e 219 do CC.

Quid iuris?

Silvino, ao defender a necessidade da escritura pública, pretende a aplicação do art. 875 do CC a este contrato. Todavia a previsão de tal artigo não está preenchida, dado que se refere a bens imóveis, por isso a sua aplicação tem por base a analogia. Silvino pressupõe a

¹⁴⁵ Cfr: caso 39 Daniel Morais; caso 15 MRS; restantes David Magalhães

existência de uma lacuna quanto à forma do contrato para a venda de bens móveis sujeitos a registo, lacuna essa que vai integrar com a aplicação da norma que disciplina a forma dos bens imóveis prevista no art. 875 CC. Chega inclusive, a apresentar uma suposta ratio do preceito para o justificar: a tutela de negócios que envolvem valores elevados e o facto de estes estarem sujeitos a um registo, o que evidencia uma similitude entre os casos.

O art. 875 do CC (ratio: promover a segurança no tráfego jurídico e levar as partes a ponderar devidamente se querem celebrar aquele negócio) é uma norma excepcional, pois contém uma disciplina oposta ao regime regra. Enquanto que para o comum dos negócios jurídicos o legislador prescreve a regra da liberdade de forma, como consta do art. 219 do CC, para a compra e venda de coisas imóveis exige-se uma forma especial. O art. 219 consagra a liberdade de forma da declaração negocial, salvo quando a lei exige forma especial. Desta parte final, decorre que as normas que exigem uma forma especial como o art. 875 do CC são normas formalmente excepcionais. Para saber se o art. 875 é substancialmente excepcional temos de saber se contraria um princípio geral, o que acontece dado visto por em causa o princípio da liberdade de forma. O art. 875 do CC é assim formal e substancialmente excepcional por isso não pode ser aplicado analogicamente tal como decorre do art. 11 CC. Esta proibição significa que todos os casos que não sejam iguais idênticos aos previstos pela regra excepcional devem considerados opostos e logo, incluídos na regra geral.

Impedindo o art. 11 CC a aplicação analógica do art. 875 CC, aplica-se a este contrato o princípio geral da liberdade de forma do art. 219 CC, e como tal, Silvino não tem razão.

Posições da doutrina acerca da interpretação do art. 11 do CC:

Como sabemos o art. 11 do CC admite a interpretação extensiva de normas excepcionais, mas **proíbe a sua analogia**. Discute-se na doutrina se a proibição da aplicação analógica de normas excepcionais é total, ou se, se, dirige apenas às normas excepcionais, cujas normas gerais correlativas contivessem princípios de ordem publica.

- O A / NSG entende que no art. 11 a regra excepcional não se basta com a mera contradição de uma outra regra – **excepção** formal (depende apenas da técnica legislativa usada), mas exige um suporte mais sólido, isto é, uma contradição com os princípios gerais informadores de qualquer sector do sistema jurídico – um **ius singulare** – (verdadeiras normas excepcionais ou **excepção material/ substantiva**). Defende, por isso, que apenas

não podem ser aplicadas por analogia as regras excepcionais cujas correlativas regras gerais contenham princípios de ordem pública. O A reconhece que é um processo falível e delicado, dependente de considerações valorativas, mas o método de determinação substancial é o que mais conforme com as fontes dado que não depende apenas da técnica legislativa usada.

- PL/AV: o projecto do CC chegou a admitir, como regra a aplicação analógica das normas excepcionais, só a não permitindo nos casos em que as normas gerais correlativas exprimissem princípios essenciais de ordem pública. Tal suscitou dúvidas sobre o seu resultado pratica de aplicação, pelo que foi rejeitado.

- Daniel Morais¹⁴⁶ : afirma que Pamplona Corte Real *rejeita a distinção entre normas formalmente excepcionais e substancialmente excepcionais, entende que para existir uma norma excepcional, definida como uma norma que particulariza e contraria substancialmente uma norma geral, tem de haver uma razão forte, que é precisamente o princípio no qual esta se apoia – todas as normas excepcionais são sustentadas por princípios gerais*, (Daniel Morais considera que isto também não é correcto), *tal como a norma geral, por isso o que a separa é o seu **campo de aplicação mais restrito*** (tónica da distinção assenta no seu campo de aplicação mais restrito e não no facto de contrariarem certa categoria de princípios). Segundo Daniel Morais parte da doutrina defende que posição O A gera dificuldades.

Caso Prático n.º 2

A e B no dia 20 de Maio de 2005, celebraram um contrato mediante o qual se constitui a favor do primeiro o direito de fazer piquenique semanais num prédio rústico de que o segundo era proprietário. Tendo convencionado neste contrato que o direito de A teria natureza real.

Decorridos 5 anos, B vendeu o prédio a C, que exige que A deixe de o usar. O que este contesta dizendo que: o seu direito sendo real, goza de eficácia absoluta, e por isso é oponível a qualquer pessoa. Em todo o caso, invoca ainda que, mesmo que assim não fosse, dada a semelhança com possíveis conteúdos de uma servidão predial, sempre gozaria da protecção conferida aos direitos reais.

Quid iuris?

¹⁴⁶ Casos práticos resolvidos n.º 39

Os direitos reais obedecem ao princípio do *numerus clausus* ou da tipicidade de acordo com o art. 1306 n.º1 do CC, isto é só gozam de natureza real os direitos que a lei preveja como tal. O direito de A a usar o prédio para fazer piqueniques não se confunde com nenhum dos dtos reais previsto na lei portuguesa, pelo que teria eficácia meramente obrigacional e não seria oponível a terceiros.

Quanto ao argumento da suposta semelhança com a servidão predial – 1543 encargo imposto num prédio em proveito exclusivo de outro prédio pertencente a dono diferente – e por isso a extensão do seu regime, sendo os dtos reais os enumerados na lei (enumerações são completas ou taxativas) não permitem que se apliquem analogicamente os casos por elas abrangidos, sob pena de se alargar o que o legislador quis restringir.

Caso Prático n.º 3

Considere as seguintes normas do Direito Matrimonial português:¹⁴⁷

1. Só pode contrair casamento quem tem capacidade plena para o acto
2. A capacidade matrimonial é comprovada por meio de processo preliminar de publicações, organizado nas repartições do Registo Civil

Imagine agora, que Liliana e Silvino pretendem contrair casamento urgente por Liliana se encontrar em perigo de vida, não havendo tempo para que ocorra o referido processo de publicação.

Poderá o Conservador do registo civil efectuar o casamento?

Quid Juris?

(parta do princípio que Liliana tem capacidade plena para contrair casamento e que não existem os artigos 1599 e 1622 do CC)

Resolução na perspectiva da existência de uma lacuna:

Há lacuna

1º passo : procurar uma norma análoga - **não existe**

2º passo procurar um princípio - **princípio da igualdade???**

¹⁴⁷ Correspondem aos 1597, 1598 e 1610 do CC

3º passo : norma que o interprete criaria - **similar 1599 e 1622**

Caso Prático n.º 4

Celestino entrou sem autorização na garagem de Vítor, apoderando-se do seu automóvel. Duas semanas mais tarde, arrependido, devolveu o veículo ao proprietário, embora com algumas amolgadelas.

Vítor, procedeu a queixa criminal pelos factos descritos e um ano mais tarde, em sede de julgamento, Celestino foi condenado pela prática de furto.

Porem o juiz atenuou especialmente a pena nos termos do **art. 206 n.º 3 do Código Penal**, que prevê tal possibilidade se ocorrer uma restituição parcial da coisa furtada até ao início da audiência de julgamento em 1ª instancia. Na sentença, admitia-se que se verificara uma restituição da coisa inteira (embora com perda de qualidades), e não uma restituição parcial como prescreve a lei, mas consideraram-se as situações equivalentes.

Vítor pretende recorrer da decisão, com fundamento em que houve uma aplicação analógica da lei penal, o que é proibido no nosso ordenamento jurídico.

Quid Juris?

A integração de lacunas legais por analogia é proibida no domínio do direito penal, mas somente quanto às normas penais positivas, isto é, as que definem os comportamentos que são crimes e estabelecem as respectivas penas ou medidas de segurança: art. 29 n.º 1, 3 e 4 da CRP exigem a previsão legal da incriminação e da respectiva sanção. Também o art. 1 n.º3 do código penal “ não é permitido o recurso à analogia para qualificar um facto como crime, definir um estado de perigosidade ou determinar a pena ou medida de segurança que lhes corresponde”.

Com este regime visa-se prevenir os abusos de poder em matéria sancionatória, particularmente delicada por tocar em direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos. Mas esta proibição da aplicação analógica, vale apenas para as normas incriminadoras, isto é desfavoráveis ao arguido. O mesmo não se passa quanto às normas penais negativas (as que prevejam causas de exclusão da ilicitude), bem como todas as cujo conteúdo seja favorável ao arguido. Nestes casos reconhece-se a possibilidade de analogia *in bonam partem*.

Por estes motivos, Vítor não tem razão. A norma aplicada analogicamente permite uma atenuação especial da pena, ou seja tem conteúdo favorável ao arguido. E, em tais casos a analogia é permitida.

Caso Prático n.º 5

Foi disponibilizada no sítio da *Internet* da imprensa Nacional – Casa da Moeda uma lei que determinava, no respectivo art.4 a elevação da taxa do IVA para 40 % no que respeita à “venda de bebidas açucaradas”.

Segundo uma circular assinada por um responsável da direcção Geral dos Impostos, a nova taxa deve aplicar-se à venda de “bolos, gelados, rebuçados, chocolates e produtos similares, uma vez que a razão da lei também os abrange: penalizar o consumo de alimentos que prejudicam a saúde”.

Quid Juris?

A lei em causa, apenas incide para efeitos de aumento da taxa do IVA, sobre a venda de bebidas açucaradas. Claramente não compreende os restantes produtos referidos na circular da DGCI, pelo que esta, considerando a ratio da solução consagrada na solução consagrada na lei também abrange as situações não previstas, aplicou analogicamente a norma em causa.

Todavia a analogia não é permitida no direito fiscal. O art. 11 n.º4 da LGT dispõe que “as lacunas resultantes de normas tributárias abrangidas na reserva de lei da AR não são susceptíveis de integração analógica”. O que decorre também do art. 103 n.º2 da CRP segundo o qual os impostos devem ser criados por lei. Esta solução justifica-se com o valor da segurança jurídica muito importante nesta matéria. Por isso entende-se que as lacunas são espaços que o legislador não quis disciplinar.

Por isso a aplicação da taxa de 40% enferma de ilegalidade e até de inconstitucionalidade.

Sandra Lopes Luís

Casos práticos sobre Fontes de Direito e Normas Jurídicas

Resolva os seguintes casos práticos, atendendo às matérias supra referidas.

Caso Prático n.º 1

No dia 15 de Outubro de 2003, Cardoso, funcionário de um hospital distrital com a categoria de assistente administrativo principal, requereu a sua aposentação, ao abrigo do art.1 n.º1 do **Decreto – lei n.º 116/85** de 19 de Abril.

Em 20 de Fevereiro de 2004, a Caixa Geral de Aposentações indeferiu o requerimento de Cardoso com o fundamento de que no procedimento pertinente, o Conselho de Administração do Hospital não declarou *não ter havido qualquer aumento de pessoal na área funcional do funcionário nos últimos dois anos*, conforme exigia para os futuros casos de aposentação de funcionários públicos a alínea a) do n.º1 do **Despacho n.º 867/03/MEF**, de 5 de Agosto de 2003, exarado pela Ministra de Estado e das Finanças:

1. Em 10 de Maio de 2004, Cardoso intentou uma acção administrativa especial, pedindo, designadamente a anulação da decisão da Caixa Geral de Aposentações, dado que o referido requisito imposto pelo Despacho n.º 867/03/MEF, não constava do Decreto-lei n.º 116/85, segundo o qual era suficiente uma declaração dos serviços no sentido de *que não sofreriam prejuízo com a aposentação do funcionário*. Tem razão?
2. Cardoso alegou ainda que o Despacho n.º 867/03/MEF não foi objecto de publicação e por isso não lhe é oponível.

Quid juris?

Caso Prático n.º 2

No dia 19 de Julho de 2008, Maria intentou contra Manuel uma acção declarativa de condenação no tribunal da Comarca de Idanha-a-Nova.

Através de sentença de 8 de Janeiro de 2009, Manuel foi absolvido do pedido. Inconformada, Maria pretende recorrer da decisão, pois acha que ela é contrária ao direito nacional, visto que:

- por um lado, contrária vários acórdãos de um Tribunal da Relação
- por outro lado, contrária todos os autores nacionais que escreveram sobre o assunto.

Quid Juris?

Caso Prático n.º 3

Através de contrato celebrado a 14 de Setembro de 2008, Natércia (empresária em nome individual), arrendou à sociedade Campos e Irmãos, Lda, a fachada de um edifício de que é proprietária, com a finalidade de afixação de publicidade. Quanto à renda apenas convencionaram que seria de 200 euros mensais.

Num litígio judicial em que ambas são partes, Natércia argumenta que nos termos do art. 1039 n.º1 do CC, as rendas a que dizem respeito as facturas que ia apresentando à locatária devem ser pagas no último dia do respectivo mês. Mas a sociedade locatária invoca que no sector da actividade em causa existe a prática de a obrigação de pagamento do valor facturado se vencer 30 dias após o período a que respeita – e por isso, pagou sempre atempadamente o aluguer.

Terá Natércia direito à indemnização por mora o cumprimento da obrigação de pagamento da renda, conforme pede em juízo?

Quid juris?

Caso Prático n.º 4

A **Portaria n.º1/2000** de 25 de Janeiro, determinou a substituição da fragata Vasco da Gama com todos os seus tripulantes pela fragata Comandante Hermenegildo Capelo com todos os seus tripulantes na missão portuguesa participante no processo de restauração da paz e segurança em Timor Leste. **Trata-se de uma lei?**

Caso Prático n.º 5

Uma cheia destruiu a 31 de Dezembro de 2005 os rés-do-chão de sete edifícios da Ribeira no Porto. Porque lá moravam os seus proprietários e as respectivas famílias, todos eles com sérias necessidades económicas, e os edifícios em causa têm grande interesse histórico turístico, o Governo fez publicar um decreto-lei que dizia o seguinte:

Art. 1: É concedido um subsídio a fundo perdido, até ao valor de 30 mil euros a cada um, em favor dos proprietários dos rés-do-chão dos edifícios da Ribeira no Porto, atingidos pela cheia de 31 de Dezembro.

Art 2: Idêntico subsídio será concedido aos proprietários dos edifícios ou suas frações, situados nas margens do douro ou do Tejo, que venham a ser severamente afectados por cheias extraordinárias.

Analise o art. 1 e 2 separadamente e diga se são leis. Tenha em conta os arts 1 n.º1 do CC e 18 n.º3 da CRP.

Caso Prático n.º 6

A aldeia da Dona Eugénia não tem água canalizada, havendo apenas um chafariz. Para dar prevalência às necessidades das famílias, os animais só podem beber água à tarde.

Domingos, acabado de chegar à aldeia, foi encher vasilhas para dar de beber às suas vacas às 10 horas da manhã. Foi interpelado por alguns populares que lhe impuseram o pagamento de uma multa de 30 euros, alegando o costume da aldeia. As quantias recolhidas, constituem um fundo para ajudar na instalação da canalização.

Quid juris?

Caso Prático n.º 7

Imagine que o governo aprova um Decreto-lei nos termos do qual” *em todas as escolas públicas passa a ser obrigatório a existência de uma sala de lazer munida com televisão por cabo*”

Sabendo que a única causa de semelhante Decreto-lei foram os pedidos insistentes dos filhos dos membros do Governo, diga se está em causa uma lei em sentido material?

Haverá alguma diferença se o referido Decreto-lei previr apenas a criação de salas de lazer nas escolas públicas onde estudem os filhos de membros do Governo?

Quid Juris?

Sandra Lopes Luís

Faculdade de Direito de Lisboa

SLL - INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO I/ NOITE 1ª ÉPOCA/ 2010

SUB-TURMAS 5 e 6

TESTES/ EXAMES DE ANOS ANTERIORES

I

Introdução ao Estudo do Direito I

1.º Ano, Turno da Noite /21 de Janeiro de 2010; 19 h

Duração 2h

I

Imagine as seguintes normas hipotéticas sobre o regime do arrendamento urbano, contidas

num decreto-lei:

«1 – Cabe ao senhorio realizar todas as obras de conservação, requeridas pelas leis vigentes ou pelo fim do contrato, salvo estipulação em contrário.

2 – Se o senhorio, sendo a tal intimado, não realizar as obras de conservação no prazo de seis meses, pode o inquilino solicitar a realização de obras coercivas ao município competente, ou tomar a iniciativa da sua realização, compensando o valor das obras com o valor das rendas.

3 – A não realização das obras dá lugar à aplicação de uma multa correspondente a um décimo do valor da renda por cada mês de atraso na respectiva realização».

Imagine que o inquilino A pretende intimar, ao abrigo desta norma, o senhorio B a realizar

obras de conservação e que o mesmo inquilino paga, **ao abrigo de um regime de renda condicionada apenas sujeito a actualização anual por portaria do Governo, uma renda de valor irrisório**. Qual a sua opinião? (5 valores)

II

Situe na letra do artigo 9.º do Código Civil os vários elementos da interpretação e aponte ainda as indicações fornecidas por este artigo quanto ao fim da interpretação. (5 valores)

III

Os acórdãos com força obrigatória geral não são leis. Comente esta afirmação. (5 valores)

IV

A autonomia individual caracteriza a moral, por oposição à heteronomia do direito.
(3valores)
Redacção e sistematização: 2 v.

II

Introdução ao Estudo do Direito I

1.º Ano, Turno da Noite/Época de recurso /18 de Janeiro de 2010; 19 h

Duração 2h

I

O artigo 1.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 38-B/2001, de 8 de Fevereiro de 2001, dispõe o seguinte: «São criadas pelo presente diploma linhas de crédito especiais com o objectivo de minimizar os danos que, por efeito de condições atmosféricas excepcionais, sejam sofridos na actividade comercial, industrial e de serviços».

Segundo o preâmbulo deste diploma, através do mesmo «Pretende assim o Governo proceder à criação de linhas de crédito bonificado como forma de apoio aos agentes económicos atingidos por intempéries, definindo o respectivo enquadramento geral de modo a tornar mais célere a disponibilização deste tipo de apoios e, conseqüentemente, a minorar os danos por aqueles sofridos na sua actividade económica».

Imagine que uma empresa que se dedica à actividade de plantação de legumes e frutos para exportação e comercialização dos mesmos, tendo visto as suas explorações agrícolas destruídas por condições atmosféricas excepcionais pretende aceder às linhas de crédito estabelecidas por este diploma. Qual a sua opinião? (5 valores)

II

Situe na letra do artigo 9.º do Código Civil os vários elementos da interpretação e aponte ainda as indicações fornecidas por este artigo quanto ao fim da interpretação. (5 valores)

III

Os acórdãos com força obrigatória geral não são leis. Comente esta afirmação. (5 valores)

IV

A autonomia individual caracteriza a moral, por oposição à heteronomia do direito.
(3 valores)

Redacção e sistematização: 2 v.

III

Introdução ao Estudo do Direito I

1.º Ano, Turno da Noite/Frequência/6 de Janeiro de 2009; 19 h

Duração 2h

I

O Decreto-Lei n.º X/2008, de 8 de Fevereiro, contém as seguintes disposições:

«Artigo 1.º

– Nos termos do presente diploma, são atribuídos subsídios aos empresários de táxis das cidades de Lisboa e Porto que, por efeito de aumentos excepcionais no preço dos combustíveis, demonstrem sofrer danos irreparáveis na actividade desenvolvida.

Artigo 2.º

– Cabe ao Ministério da Economia definir, em cada caso, o que deva entender-se por aumentos excepcionais».

Segundo o preâmbulo deste diploma, através do mesmo «Pretende assim o Governo proceder à atribuição de subsídios como forma de apoio aos agentes económicos que se entende serem mais atingidos pelas variações dos preços dos combustíveis, definindo o respectivo enquadramento geral de modo a tornar mais célere a disponibilização deste tipo de apoios e, conseqüentemente, a minorar os danos por aqueles sofridos na sua actividade económica».

- a) A norma do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º X/2008 é geral e abstracta? (2 valores)
- b) É válido o disposto no artigo 2.º do mesmo diploma? (2 valores)
- c) Imagine que uma empresa que se dedica ao transporte de alunos, tendo visto a sua actividade seriamente atingida pelos preços dos combustíveis verificados, pretende aceder aos apoios estabelecidos por este diploma. Qual a sua opinião? (4 valores)

II

Situe na letra do artigo 9.º do Código Civil os vários elementos da interpretação e aponte ainda as indicações fornecidas por este artigo quanto ao fim da interpretação. (6 valores)

III

Comente esta afirmação: o direito distingue-se da moral pelo critério do mínimo ético. (4 valores)

Redacção e sistematização: 2 v.

Introdução ao Estudo do Direito – Turma A - Turno Dia
Teste de Avaliação Contínua – 14- 4 – 2000

4.

A Lei X estabelece que “é proibido fazer ruídos anormais na proximidade dos hospitais”. O Decreto-Lei Y determina que “os automobilistas que circulem a menos de 100 metros de qualquer hospital só podem buzinar em situação de anormal de emergência”.

Adão seguia de bicicleta a cerca de 50 metros da “Clínica Médica e de Internamento ZYZ” quando viu Eva, sua amiga. Para a saudar e poder saudá-la, Adão accionou repetidamente a buzina da sua bicicleta.

Adão violou alguma das disposições citadas? (5 valores)

Sandra Lopes Luís

¹⁴⁸ Este teste encontra-se resolvido na colectânea de Exercícios de IED de Pedro Múrias na pag. 89.

