**Conceito de norma**

*Apontamentos*

1. **A Classificação de Normas de von Wright e os elementos da norma prescritiva[[1]](#footnote-1)**

A classificação de normas apresentada por von Wright é bastante precisa e completa, razão pela qual é seguido por muitos autores. Ainda que não seja imune a críticas, permite uma boa descrição dos elementos caracterizadores da norma jurídica (e, dentro do abrangente espectro das normas jurídicas, as normas jurídicas prescritivas ou normas-mandato, em especial), no que respeita a outras normas.´

→ **Principais** (i) **normas definitórias** **ou determinativas**

(ii) **normas directivas ou normas técnicas**

(iii) **normas prescritivas**

**Normas**

→ **Secundárias** (i) **normas ideais**

(ii) **costumes**

(iii) **normas morais**

* 1. **Normas Principais**

1. **Normas definitórias ou determinativas**

São as que definem uma actividade. Trata-se do caso típico das regras dos jogos. Determinam o que é permitido e proibido num determinado jogo, e se tais regras não forem seguidas deixamos de poder dizer que estamos a jogar aquele jogo. Exemplo: no futebol, com a excepção dos guarda-redes, não pode ser praticado com as mãos. Pense-se também nas regras de gramática, da lógica ou da matemática.

1. **Normas diretivas ou normas técnicas**

As directivas ou normas técnicas são normas que indicam um meio para se atingir um fim. Exemplo: instruções de uso de electrodomésticos. As normas técnicas não se destinam a dirigir a vontade do destinatário, mas sim a indicar-lhe o caminho (ou o melhor caminho) para obter determinado resultado. Assim, são hipotéticas, e dependem da vontade do sujeito para serem realizadas no plano fáctico.

As regras técnicas incluem uma proposição que deve ser verdadeira para que a regra seja eficaz. Assim, no exemplo acima mencionado parece claro que seguir as instruções de uso é condição necessária para que o aparelho funcione. Isto não transforma a regra técnica em verdadeira ou falsa, apenas se verifica que tais regras incluem uma proposição descritiva.

1. **Normas prescritivas**

Prescrições são normas que se destinam a orientar (dirigir, determinar) a conduta de alguém. Caracterizam-se pelos seguintes elementos: são adoptadas por uma autoridade normativa, destinadas a um sujeito normativo, visando uma determinada situação, promulgadas para serem dadas a conhecer e podem ser completadas por uma sanção, como condição da respectiva eficácia.

* 1. **Normas secundárias**

1. **Normas ideais**

As normas ideais não se referem a uma acção, mas estabelecem um modelo ou padrão de comportamento. Exermplo: as normas que indicam que alguém é um bom professor, um bom marido, um bom jogador de futebol. Estão perto das regras técnicas porque indicam um caminho, mas também das definitórias porque definem um modelo.

1. **Costumes**

Costumes são hábitos, repetidos com regularidade na conduta de indivíduos em circunstâncias semelhantes. Distinguem-se os costumes dos demais hábitos porquanto são aqueles sociais, ou seja, são espécies de hábito, exigem a regularidade da conduta dos indivíduos em circunstâncias análogas. São hábitos sociais, uma vez que as condutas que se integram nestas regras são adoptadas com a consciência de que são partilhadas pelos outros membros da comunidade.

Distinguem-se das normas prescritivas na medida em que são anónimas, não sendo emitidas por uma autoridade, e por não exigirem uma promulgação escrita, já que o conhecimento da sua obrigatoriedade advém da observação de que sua prática é socialmente aceite e desejada (mas assemelham-se às prescrições, por terem um carácter obrigatório). São próximas das regras definitórias na medida em que definem uma comunidade e a distinguem das outras. Por outro lado, os costumes aproximam-se das regras determinativas, porquanto é através destes que se diferenciam as diversas comunidades.

1. **Normas morais**

As normas morais são difíceis de identificar, todavia existe consenso entre exemplos: podem parecer-se com o *costume* (como as normais morais referentes à vida sexual) e com as *regras determinativas* (a promessa pode ser considerada um instituto, é a regra é que quem promete deve cumprir)[[2]](#footnote-2).

* 1. **Normas prescritivas**

Ainda que se encontrem todas estas normas nos sistemas jurídicos, as mais importantes são as normas prescritivas.

**Elementos das normas prescritivas (von Wright)**:

1. **Carácter prescritivo** – que existe em função de algo que deva, não deva ou possa ser feito; de outra forma, a norma pode ter carácter de obrigação, proibição ou permissão; é o *operador deôntico* da norma[[3]](#footnote-3)/[[4]](#footnote-4).
2. **Conteúdo** – aquilo que a norma declara como proibido, obrigatório ou permitido; de outra forma, a acção ou actividade sobre a qual recai a obrigação, a permissão e a proibição[[5]](#footnote-5);
3. **Condição de aplicação** – circunstância ou situação que tem de ocorrer para exista uma oportunidade de realizar o conteúdo da norma; as condições de aplicação podem ser (i) *categóricas* (quando assumem as condições para que haja oportunidade de realizar o seu conteúdo. Assim, «feche a porta» é uma norma categórica porquanto as suas condições de aplicação se inferem do conteúdo da norma) ou (ii) *hipotéticas* (as normas que prevêem, para além das condições de aplicação que permitem uma oportunidade para a realização do seu conteúdo também condições adicionais que não se inferem do seu conteúdo, como por exemplo, «se nevar, feche a porta»);
4. **Autoridade** – agente que emite ou prescreve a norma. Deste prisma, as normas podem ser (i) *divinas* (provindas de uma divindade) ou (ii) *humanas* (emitidas pelo homem), e (i) *heterónomas* (dirigidas por um agente para outro) e (ii) *autónomas* (emanadas por um agente para si mesmo);
5. **Sujeito normativo** – os destinatários da norma, ou seja, quem deve obedecer – para as normas de carácter obrigatório –, quem pode fazer algo – normas de caráter de permissão – ou não pode fazer algo – proibição); Quanto a este aspecto as normas podem ser (i) *particulares* (quando se dirigem a um ou vários agentes determinados) e (ii) *gerais* (quando se dirigem a uma classe de agentes indetermináveis por meio de uma descrição)[[6]](#footnote-6).
6. **Ocasião** – a localização espacial ou temporal em que deve cumprir-se o conteúdo da prescrição; é o *quando* e o *onde* a norma prescritiva incide e deve ser cumprida; Também neste caso podem ser normas *particulares*, quando estabelecem uma ocasião determinada («feche a porta da rua, hoje, às nove da noite»), ou *gerais* [*conjuntivamente gerais* («feche a porta todas as noites») ou *disjuntivamente gerais* («podes ir ao cinema um dia desta semana»)][[7]](#footnote-7).
7. **Promulgação** – formulação da prescrição através de um conjunto de símbolos (linguagem) – para que o destinatário a possa ser conhecer e compreender[[8]](#footnote-8);
8. **Sanção** – ameaça de um “dano” que a autoridade pode agregar à prescrição no caso de incumprimento.

Joseph Raz destaca a essencialidade de quatro destes elementos: (i) o carácter prescritivo (operador deôntico); (ii) o sujeito normativo; (iii) o conteúdo; e (iv) as condições de aplicação[[9]](#footnote-9).

1. **Possíveis críticas à classificação von Wright: inexistência de conceito geral de norma**

Ainda que a classificação de von Wright e a sua análise sobre as normas prescritivas seja abrangente e precisa, em especial no que respeita à distinção entre o conceito de norma jurídica e as restantes normas, pode também ser criticada.

Admitindo a existência de seis espécies de normas, qual o critério que permite enquadrá-las na mesma classificação? Quais as similitudes existentes entre os vários tipos de normas, que permita a classificação conjunta? Enfim, qual é o *conceito (geral) de norma*, que permite traçar a classificação de von Wright?

Na verdade, von Wright nunca define o conceito de norma, partindo imediatamente para a distinção entre os seis tipos de normas, nunca referindo que conceito as poderia reunir.

Por esta razão, autores como Carlos Alchourrón e Eugenio Bulygin[[10]](#footnote-10) afirmaram que «Como já tive a oportunidade de observar o campo legislativo está longe de ser homogénea e podem ser distinguidos, portanto, diferentes tipos de regras. No primeiro capítulo da Norma e Acção, von Wright distingue seis tipos de regras (...). Os critérios de classificação de von Wright são certamente discutíveis e cabe adoptar outras classificações, todavia mostra-se claramente que o conceito de “norma” é muito ambíguo. Mas ainda que limitemos a nossa atenção às normas de conduta (prescrições na terminologia de von Wright) como enunciados que prescrevem (isto é, ordenam, proíbem ou permitem) certas acções ou actividades (...) subsiste todavia una ambiguidade, talvez mais subtil, mas não por isso menos perigosa».

Ainda assim, e sendo relevante a crítica a von Wright por não abordar o conceito de norma, a verdade o referido autor nunca se propôs, na verdade, a fazê-lo, muito provavelmente por entender que muito dificilmente conseguiria reunir as diferentes normas por si identificadas num conceito geral. É exactamente isto que Santiago Nino menciona, ao afirmar que von Wright propõe uma classificação das normas que pode servir adequadamente, advertindo, todavia, «ao começar a sua exposição, que as [normas] que mencionará não são estritamente subclasses da classe geral das normas – o que suporia que há características comuns entre todas que seriam relevantes para a definição do conceito de norma –, senão distintos sentidos da palavra “norma” – que é ambígua e imprecisa –, ainda que estreitamente relacionados entre si»[[11]](#footnote-11).

1. **Conceito de norma jurídica**
   1. **Conceito de Austin**

As tentativas mais difundidas, mas também mais controvertidas, de caracterizar as normas jurídicas são aquelas que as classificam como uma espécie das normas prescritivas, mas salientando apenas o aspecto imperativo, associado às imposições e às proibições. Na verdade, o aspecto imperativo tende a valorizar a sanção como aspecto necessário da norma. A norma jurídica tende a ser vista apenas como uma norma de determinação, fruto da vontade imperativística do legislador, e não como uma norma de valoração, que exprime uma ordenação objectiva da vida (Engisch).

Assim, John Austin define as normas jurídicas como comandos gerais formulados pelo soberano aos seus súbditos. Toda a norma jurídica é vista como um comando ou ordem, isto é, a expressão de um desejo de que alguém se comporte de determinada maneira e a intenção de causar dano a esse alguém se não se comportar da maneira desejada.

O que distingue as normas jurídicas dos demais comandos ou prescrições é que os comandos jurídicos têm a sua origem na vontade de um soberano. O conceito de soberania é, pois, básico na teoria de Austin, no sentido de que não existe norma que não constitua uma emanação da soberania. Austin definia soberano nos seguintes termos: «Se um homem determinado é destinatário de um hábito de obediência da maior parte da sociedade sem que ele, por seu turno, tenha o hábito de obedecer a um superior, esse homem é soberano na sociedade, e a sociedade em causa é uma sociedade política e independente».

Austin define as normas jurídicas como mandatos gerais formulados pelo soberano aos súbditos. Toda a norma jurídica, segundo Austin, é uma ordem, ou seja, uma expressão do desejo de que alguém se comporte de determinada maneira e a intenção de infligir-lhe um dano caso este não se comporte do modo desejado. O modelo de Austin, como se vê, não deixa de fora os elementos da norma prescritiva (que no direito é a norma por natureza, ou típica) verificados por von Wright. Sobressaem do modelo de Austin os elementos do carácter e do sujeito normativo.

* 1. **Conceito de Kelsen**

Kelsen, sem conhecer originariamente a construção de Austin, formula uma concepção próxima a respeito das normas jurídicas, mas com importantes diferenças. A mais importante delas consiste em separar a norma da vontade psicológica do soberano e em integrá-la na ideia de sistema normativo.

Kelsen distingue dois tipos de juízos. Os juízos de ser, que são enunciados descritivos, susceptíveis de verdade ou falsidade; os juízos de dever ser, que são directivos e a respeito dos quais não faz sentido predicar a verdade e a falsidade. Kelsen sustenta a existência de

Kelsen define as normas jurídicas como prescritivas, no sentido de que estabelecem uma ordem, um mandato. Entretanto, a ordem contida na norma jurídica é, segundo Kelsen, uma ordem desvinculada da ideia de vontade do soberano ou mesmo de qualquer vontade que a tenha originado. O sentido da norma permanece independente da vontade da autoridade que a emanou.

Para Kelsen, o juízo prescritivo da norma jurídica é um juízo de dever-ser, ou seja, não susceptível de verificação como falso ou verdadeiro. A norma jurídica estabelece não uma verdade mas sim um sentido, uma “intenção” de que alguém se comporte de determinada forma.

Não sendo a norma jurídica um mandado (no sentido declarado por Austin), o que distingue a norma jurídica deste é a sua validade, que se encontra dentro do próprio ordenamento jurídico, na norma que a fundamenta directamente (e assim sucessivamente, até a norma fundamental). Além disso, o que distingue o direito dos demais sistemas sociais é a coação, realizada através da sanção prevista na norma jurídica.

Segundo Kelsen, o que caracteriza a norma jurídica é que se trata de uma norma sancionadora. As normas jurídicas são normas que prescrevem sanções. Consequentemente, todas as normas jurídicas podem ser reduzidas numa mesma estrutura, de conexão de um ato ilícito a uma sanção.

Ocorre que os ordenamentos jurídicos contém enunciados que não estabelecem sanções. Buscado integrar sua teoria e sanear a aparente contradição, Kelsen afirma que tais enunciados não são normas, mas sim fragmentos de normas (ou normas não-independentes), considerando que é necessário que estejam associadas a outras normas (estas, sim, dotadas de sanção) para que tenham sentido. As normas não-independentes seriam enunciados necessariamente vinculados a outros que conectam a conduta proibida à sanção.

* 1. **Conceito de Hart**

H. Hart, não se convencendo com o argumento de Kelsen, encontra particular dificuldade na sua teoria no que respeita a normas permissivas, ou seja, normas que autorizam uma conduta (e por isso mesmo em nada vinculadas a uma sanção). Assim, Hart classifica as normas jurídicas em primárias (que prescrevem que os seres humanos realizem ou deixem de realizar certas condutas) e secundárias (que introduzem novas regras à norma primária, extinguem ou modificam regras anteriores, determinam seus efeitos ou controlam sua actuação). As regras do primeiro tipo impõem deveres; as do segundo impõem direitos ou direitos potestativos públicos ou privados.

* 1. **Definição de norma jurídica**
     1. **Generalidades**

**Conceito**

Definição tradicional de norma como (i) comando, ou regra de conduta, (ii) geral e abstracto e (iii) coercível, ditado pela (iv) autoridade competente (correspondência desta definição com a noção de lei em sentido material).

Teoria imperativística da norma: as normas jurídicas exprimem uma vontade da comunidade jurídica, do Estado ou do legislador. Os deveres são os correlatos dos imperativos. A teoria só visa as normas completas ou autónomas[[12]](#footnote-12).

As normas jurídicas expressam se uma conduta, um poder ou um efeito é obrigatório, permitido ou proibido (deste carácter prescritivo da normas resulta que elas não são verdadeiras ou falsas). As normas são significados de fontes e o seu valor específico e, tal como o destas fontes, o de validade ou invalidade.

Das normas jurídicas distinguem-se as proposições jurídicas, que são descrições dessas normas. As normas j. são significados normativos e as proposições são descrições dessas significados.

**Características das normas j. (com influência sobre a sua validade)**

Generalidade – não se referem a pessoas ou casos singulares, mas dirige-se a uma categoria mais ou menos ampla de destinatários, isto é, que não tem destinatários determinados ou determináveis[[13]](#footnote-13).

Abstracção – quando se diz que a norma j. deve ser abstracta quer-se normalmente dizer que os factos e as situações previstos pela regra não hão-de estar já verificados; são factos ou situações que de futuro se prevê que sobrevenham.

Se ordenarmos que todos entreguem as armas que possuírem nos postos policiais, há generalidade, mas não abstracção (a situação a que o preceito se aplica já está concretizada (aqueles que já têm armas). Mas se se disser que aqueles que venham a adquirir armas devem entregá-las nos postos, já temos tb abstracção (a aplicação será futura).

OA considera que para a norma j. ser caracterizada pela abstracção, deveria ser posta sempre para vigorar só de futuro. Porém, há verdadeiras normas que representam só critérios referentes ao presente ou ao passado. Logo, existindo normas que não são dotadas de abstracção, esta não pode ser característica necessária da norma j.[[14]](#footnote-14).

* + 1. **Estrutura da norma jurídica**

1. **Previsão** (ou factispécie) – elemento que define as condições em que a norma j. é aplicada (tem um carácter representativo: “se for praticado o facto f…”). Define as condições objectivas (facto ou situação que constitui o pressuposto de aplicação da n.) e subjectivas (destinatário) da norma. Pode ser aberta (permite outros casos; tipologia não taxativa) ou fechada (enuncia todos casos).
2. **Estatuição** – elemento em que se define a consequência jurídica que decorre da aplicação da norma (tem um carácter prescritivo: “…então dever verificar-se a consequência c” ou “o efeito e”)**.**
3. **Operador deôntico** – elemento neustico da norma j.; é ele que mostra o que a regra pretende transmitir ao destinatário

* **Obrigação** (ou comando) (ex. “*é obrigatório seguir em frente*”)
* **Proibição** (“*é proibido estacionar às segundas*”)
* **Permissão** (“*podem faltar à próxima aula*”)[[15]](#footnote-15)

1. **Objecto** – elemento frástico; é ele que estabelece a relação da norma com um “estado de coisas” a constituir ou a evitar. Pode ser uma conduta, um poder (não se exige aqui uma conduta (Bulygin); ex. poder de alienar um bem, poder de fazer algo que outro órgão não pode)[[16]](#footnote-16) ou um efeito jurídico [ex. norma que diz “*quem nasce com vida adquire personalidade jurídica*” (art. 66/1 CC)].
2. **Carácter hipotético**

* As normas j. são hipotéticas (ou condicionais) quando elas só são aplicáveis se se verificar a situação ou o facto que estão previstos na sua previsão: toda a norma que contém uma previsão é uma norma hipotética[[17]](#footnote-17).

O carácter hipotético da norma j. significa que, uma vez verificada a sua previsão, se constitui ou produz uma determinada consequência jurídica, ou seja, a verificação da previsão produz uma determinada consequência j..

* **Categorias de factos**: a previsão da norma j. pode referir-se a (i) factos voluntários (a aplicação da norma só se verifica se o facto for praticado; ex. só há obrigação de indemnização no 483 CC se alguém praticar um acto danoso) ou a (ii) factos não voluntários (a previsão preenche-se independentemente de um acto do interessado (o efeito opera por força da lei); ex. em função da lei (art 122 CC), assim que alguém completa 18 anos, passa a ser maior).
* **Legal defeasibility**: os conceitos jurídicos não só não estão preenchidos se não estiverem verificadas determinadas condições, como também deixam de o estar se essas condições estiverem presentes em conjunto com outras condições. Ex. se eu agredir alguém, sou punido por ofensa corporal; porém, se for legítima defesa, já não sou punido. O que significa que algo que à partida é proibido (agredir outrem) no Caso1, pode deixar de o ser (não se verifica a consequência: a punição) se tivermos em consideração um determinado facto adicional (agir em legítima defesa). Assim, uma regra é derrotável (*defeasible*) se, apesar de estarem preenchidas todas as condições para a sua aplicação, ela puder não ser aplicada.
  + 1. **Tipos de norma jurídica**

Seguimos a arrumação tipológica efectada por Teixeira de Sousa, por uma questão facilidade de explicitação; o que não quer dizer que não possamos recorrer a outras. Estas classificações acabam por, em muitos casos, se entrecruzar.

1. **Critério do objecto**
2. **Normas primárias (de primeira ordem)** – são aquelas que regulam condutas, poderes ou efeitos jurídicos; podemos distinguir no seio destas, as regulatórias (respeitantes a condutas ou ao exercício de um poder; podem ser violadas se alguém realizar uma conduta proibida ou omitir um conduta devida ou se alguém exercer poder que não tem, ou não o exercer sendo obrigado a isso) e as constitutivas (relativas aos efeitos j.; não podem ser violadas) (ex. efeito de aquisição da maioridade, dá por força da lei).
3. **Normas secundárias** – incidem sobre outras normas; são regras sobre regras (ex. normas revogatórias: visam revogar uma segunda norma (art. 7.º CC); as interpretativas (art.9.º CC; de conflitos (v. 25 e ss do CC), etc.].
4. **Critério da estrutura** (Dworkin, Alexy)
5. **Princípios** – mandatos de optimização (ex. “*Todos têm direito, para si e para a sua família, a uma habitação de dimensão adequada*” (art. 65/1 CRP)].
6. **Regras** – normas de tudo ou nada [ex. “*Em caso algum haverá pena de morte”* (art. 24.º/2 CRP)][[18]](#footnote-18)
7. **Critério do operador deôntico** (aplicável a normas de conduta; v. OA)
8. **Normas preceptivas** – impõem uma conduta (é obrigatório seguir em frente”)
9. **Normas proibitivas** – proíbem uma conduta (“é proibido estacionar”)
10. **Normas permissivas** – permitem uma conduta (“é permitido fumar”)[[19]](#footnote-19)/[[20]](#footnote-20)
11. **Critério do âmbito**
12. **Normas gerais**
13. **Normas específicas** – definem um regime próprio para situações diferentes daquelas que cabem no âmbito das normas gerais.

* **Normas especiais** – podem delimitar o seu âmbito de aplicação em função da matéria, das pessoas e do território, pelo que pode haver especialidade:
* **Material** – as regras gerais regulam uma determinada situação, enquanto as especiais regulam uma situação que se insere na categoria da situação prevista na regra geral (ex. norma sb infanticídio é especial relativamente à que proíbe o homicídio)[[21]](#footnote-21)
* **Pessoal** – as normas podem ser comuns (as que se aplicam à generalidade das pessoas; ex. todos os estudantes de Direiro…) ou particulares (as que se aplicam a categorias determinadas de pessoas; ex. os finalistas de Direito…)
* **Territorial** – deste prisma, as normas podem ser nacionais (regras que se aplicam em todo o território; ex. as feitas pela AR), regionais (aplicáveis nas RA; ex. elaboradas por órgãos das RA) ou locais (aplicáveis apenas em determinadas zonas do país; por ex. normas elaboradas por autarquias locais)
* **Normas excepcionais** – definem um regime contrário ao da norma geral (ex. caso da presença do arguido na sala de audiências, e as excepções); a distinção entre especiais e excepcionais reside no regime que definem para os casos a que são aplicáveis: enqt as normas especiais adaptam o regime geral, as excepcionais contrariam o regime geral.

1. **Regimes próprios**

* Revogação
* a lei geral (posterior) não revoga a lei especial (anterior), excepto se outra for a intenção inequívoca do legislador (art. 7/3CC[[22]](#footnote-22)). Excepção: da nova lei geral pode resultar que ela tb se aplica às situações que são abrangidas pela lei especial, pelo que há revogação da lei especial pela geral; para se perceber isto é necessário interpretar a lei geral (perceber se as razões que levaram à elaboração ou da lei especial se mantêm ou não (art. 7/3, in fine,CC)
* A lei especial (posterior) derroga a lei geral lei geral (anterior); como a lei especial só se aplica em casos especiais, a lei geral anterior permanece aplicável nos restantes casos.
* Prova[[23]](#footnote-23)

1. **Critério da disponibilidade**
2. **Normas injuntivas** – são as normas que são aplicadas ainda que haja uma manifestação de vontade contrária dos seus destinatários[[24]](#footnote-24)
3. **Normas supletivas** (ou dispositivas)– são as normas que apenas são aplicadas na falta de regulação da matéria pelos interessados [grande parte dos regimes estabelecidos na área dos contratos privados, em virtude do princípio da liberdade contratual (405/1CC), são supletivos, ie., podem ser afastados pelas partes]

* **Critérios de qualificação** (da norma como injuntiva ou supletiva) – critério da qualificação pelo legislador [são injuntivas as que o legislador não admite que sejam afastadas (ex. 809CC, 1037CC); são supletivas as que cuja aplicação seja expressamente ressalvada pela falta de disposição ou estipulação das partes (772/1CC; 777/1)], da valoração da norma (crit que atende à matéria regulada pela norma e aos interesses que a ela visa salvaguardar, são injuntivas as que são essenciais a um determinado regime j. (regra que impõe o pagamento de renda no arrendamento é injuntiva, porque esse pagamento é essencial ao contrato em causa (sem renda, não havia um verdadeiro arrend.))

1. **Critério da vinculação**
2. **Normas de resultado** – aquelas que, por definirem um resultado que deve ser alcançado ou que deve ser evitado, não deixam ao destinatário nenhuma opção na sua conduta; a violação de uma norma de resultado pelo destinatário implica a violação de um dever (ex. “*o Estado não pode ter um défice superior a 2%*”)
3. **Normas técnicas** – as que determinam o meio que ser utilizado para alcançar um determinado resultado, caso o agente o pretenda obter. Caracterizam-se por não imporem nenhum resultado, mas por definirem o meio que deve ser utilizado para o alcançar[[25]](#footnote-25).
4. **Espécies de Normas**
5. **Normas definitórias** – a definição consiste na explicitação do significado de uma palavra ou de um enunciado[[26]](#footnote-26); elas contêm definições estipulativas de conceitos jurídicos: elas não procuram descrever uma realidade, mas fixar o significado de um conceito jurídico (ex. ver art 2.º, a), do RJUE, *«Edificação» a actividade ou o resultado da construção, reconstrução, ampliação, alteração ou conservação de um imóvel destinado a utilização humana, bem como de qualquer outra construção que se incorpore no solo com carácter de permanência*).
6. **Normas de remissão** – equiparam duas situações distintas, aplicando a uma delas o regime j. que está previsto para a outra; baseia-se numa situação de analogia entre duas ou mais situações, remetendo-se para um regime existente, em vez de o reproduzir (já que as sit. merecem o msm tratamento). Ex. art. 499CC manda aplicar à responsabilidade pelo risco, na parte aplicável e na falta de preceitos legais em contrário, as disposições que regulam a responsabilidade por factos lícitos (483.º a 498.ºCC).
7. **Normas de presunção** – são as ilações que a lei ou o julgador tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido (art. 349.ºCC). Do facto conhecido fc infere-se o facto desconhecido fd, podendo essa inferência ser retirada pela lei (presunções legais: art 350.ºCC) ou pelo julgador (presunções judiciais: 351.º)[[27]](#footnote-27).
8. **Ficções legais** – através destas o legislador ficciona que duas realidades distintas são idênticas, ie, o legislador equipara uma realidade a outra realidade, para permitir a aplicação a ambas da norma que regula uma destas realidades; operam mediante um “como se” (ex. regulamento de uma piscina, no qual, após se estabelecer no §1.º que “durante o hoário especial para mulheres só é permitida a entrada a mulheres nas cabines e nas instalações de piscina”, se determinava que “para efeitos do §1.º, o banheiro é considerado uma mulher”)[[28]](#footnote-28).
9. **Normas de conflitos** – destinam-se a resolver conflitos no espaço (estas determinam qual a norma que, entre as normas de vários ordenamentos j., é a competente para regular uma situação plurilocalizada; ver art. 14 a 65.º CC) ou no tempo (definem, nomeadamente através de uma escolha entre a norma antiga e a nova, qual a norma aplicável a uma situação que transita do domínio da lei antiga para o da lei nova (v. art. 12.ºCC); aplicam-se quando há uma sucessão de leis no tempo).
10. **Normas auto-referenciais** – as normas que se referem a elas próprias (ex. o artigo 9.º do CC estabelece os critérios de interpretação da lei, critérios que se aplicam à interpretação do próprio artigo 9.º).

* Refira-se ainda a distinção entre **normas principais** (norma preexistente) e **normas derivadas** (norma ulterior inferida a partir da preexistente) (OA), que podem também ser tratadas mais precisamente enquanto **normas explícitas** e **normas implícitas** (aquelas que são reveladas no âmbito da interpretação enunciativa).

*Jorge Silva Sampaio*

Dezembro de 2012

1. # cfr. Georg Henrik von Wright, *Norm and Action: A logical enquiry*, Routledge & Kegan Paul, London, 1963.

   [↑](#footnote-ref-1)
2. Duas grandes interpretações filosóficas.

   1. **Teológica**: as normas morais são emanadas de uma autoridade, em concreto, Deus. Segundo esta interpretação as normas morais são prescrições.
   2. **Teleológica**: as regras morais são uma espécie de regra técnica, uma vez que nos indica o caminho para atingir um fim. Que fim é este? Duas correntes:
   3. **eudemonismo**, ou felicidade do indivíduo, e
   4. **utilitarismo**, ou bem-estar da sociedade.

   De acordo com uma tese diferente – o **deontologismo** –, as normas morais não se deixam reconduzir a nenhum tipo de normas principais, mas antes são autónomas ou *sui generis*. [↑](#footnote-ref-2)
3. Os caracteres impositivo e proibitivo são interdefiníveis, uma vez que um deles se pode definir nos termos do outro. Assim, dizer que uma conduta é proibida equivale a dizer que o seu oposto é obrigatório, valendo também a inversa. Quanto às permissões maiores dificuldades, pelo que tendem a ser consideradas autonomamente. [↑](#footnote-ref-3)
4. Questão: **as permissões são uma categoria independente de prescrições?** Ou podem ser definidas em termos de comandos e proibições?

   Duas formas de negar o estatuto independente das permissões: (i) encarar as permissões como mera ausência ou inexistência das correspondentes proibições; (ii) encarar as permissões como um tipo particular de proibições, i.e. proibições de interferir com a liberdade de um agente a certo respeito. Neste sentido, dizer que me é permitido fumar equivale a dizer que é proibido a todo os outros interferir com a minha liberdade de fumar, no primeiro sentido, dizer que me é permitido fumar consiste simplesmente em dizer que não existe proibição de o fazer.

   Quanto à visão de que a permissão de fazer algo equivale à ausência de proibição de o fazer, existe uma objecção simples. É que existe ausência de proibição de fazer muitas coisas em relação às quais não faz sentido dizer que é permitido fazê-las. Regressando ao exemplo da permissão de fumar, fazia algum sentido que era permitido fazê-lo antes de o tabaco ser introduzido na Europa? Não há dúvida que nesse período não existia proibição de fumar, mas isso acontecia apenas porque se desconhecia o tabaco.

   Podemos assim distinguir entre (i) permissões fracas – equivalem à ausência de proibição; e permissões fortes – são objecto específico de uma norma. As permissões fortes são também permissões em sentido fraco, mas não necessariamente vice-versa. As permissões fracas não são prescrições normativas, só as fortes o são.

   Mas possuem as permissões fortes um carácter normativo independente?

   Dentro das permissões fortes temos de distinguir vários graus. Ao permitir que um agente actue num certo sentido uma autoridade pode estar a declarar que irá tolerar esse acto, isto é, a autoridade declara que não irá interferir com o comportamento do sujeito, mas ao mesmo tempo não o protege de interferências por parte de outros agentes. Para além disso, uma permissão pode surgir combinada com proibições de impedir ou prevenir que o titular da permissão actue no sentido permitido. O titular da permissão tem o direito de actuar no sentido permitido, direito que pode fazer valer contra aqueles que estão proibidos de o impedir. Regressando ao exemplo de fumar, pode ser tolerado que eu fume na sala de aula se os alunos não interferirem nesse meu comportamento, abandonando a sala se eu o fizer, por exemplo. Mas pode ser proibido aos alunos que interfiram com este meu comportamento e nesse caso se abandonarem a sala terão falta. Do mesmo modo, a permissão de fumar pode ser combinada com a imposição a alguém da conduta permitida.

   Assim, pode ser imposto ao dono de um restaurante que eu possa fumar no seu estabelecimento.

   Parece claro que apenas as permissões designadas como tolerâncias se não deixam reconduzir a obrigações ou proibições e, neste sentido, apenas elas poderão ter um carácter normativo autónomo. Uma declaração de tolerância pode ser uma declaração de não interferir com o beneficiário da permissão ou um promessa de não

   interferir. Isto não nos ajuda muito em relação à questão de saber se as permissões têm um carácter normativo independente, porque uma declaração de intenções não tem carácter [↑](#footnote-ref-4)
5. As acções provocam uma alteração no estado de coisas existente no mundo e que podemos atribuir aos seres humanos.

   A acção abarca as alterações que os indivíduos provocam pela sua intenção, isto é, os resultados, mas já não as meras consequências, sem qualquer conexão com a intenção. A

   relação entre acção e resultado é intrínseca e lógica, enquanto a relação entre acção e consequência é extrínseca e casual.

   As acções podem ser positivas e negativas, segundo o resultado se produza por uma intervenção directa do indivíduo no curso da natureza ou uma abstenção de actuar, havendo capacidade para o fazer. Não existem omissões genéricas, mas apenas omissões de qualquer coisa; também não existe equivalência entre omissão e não fazer algo. Não se pode dizer que um recém-nascido omite falar.

   Enquanto as acções estão relacionadas logicamente com as alterações, as actividades estão ligadas aos processos. Uma alteração ocorre num momento, enquanto um processo se estende de forma continuada no tempo. Consideração das actividades tem uma importância reduzida para as normas, uma vez que as normas que se referem a uma actividade podem ser reduzidas a normas referentes à acção de começar ou cessar uma actividade. [↑](#footnote-ref-5)
6. As gerais podem ser (i) *conjuntivamente gerais*, quando se dirigem a todos os membros de uma classe, ou (ii) *disjuntivamente gerais*, quando se dirigem a um ou vários indivíduos indeterminados dentro de uma classe. [↑](#footnote-ref-6)
7. Quando a norma é geral, tanto a respeito do sujeito como da ocasião, temos uma norma eminentemente geral. [↑](#footnote-ref-7)
8. Note-se que não se confunde com a *promulgação em sentido técnico-jurídico* (ex. pelo Presidente da República. [↑](#footnote-ref-8)
9. # Cfr. Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p.

   [↑](#footnote-ref-9)
10. Cfr. Carlos Alchourrón/Eugenio Bulygin, *Sobre la existencia de las Normas Jurídicas*, Fontamara, México, 1997, p. 17. [↑](#footnote-ref-10)
11. Cfr. Carlos Santino Nino, *Introducción al Análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona, p. 67. [↑](#footnote-ref-11)
12. Crítica da concepção imperativística da norma: i) há normas que não ordenam ou proibem, mas antes atribuem um poder ou faculdade; ii) recusa da concepção voluntarista inerente a esta concepção, na medida em que o Direito é uma ordem objectiva da sociedade em grande parte subtraída às intervenções voluntarísticas do legislador.

    Resposta a estas objecções por um defensor da teoria imperativística, Karl Engisch. Em relação às normas atributivas de direitos subjectivos, Engisch sustenta que os direitos subjectivos são mais do que simples permissões. Ao titular do direito subjectivo reconhecesse uma esfera de poder de modo a ser-lhe possível aproveitar um bem segundo o seu critério. Assim o direito de propriedade não se limita a proibir os outros de me perturbarem o domínio da coisa, antes me confere o domínio sobre ela ou o poder de actuar sobre ela. A isto Engisch responde que a atribuição de direitos subjectivos é apenas alcançada através de «uma significativa instituição de imperativos» (p. 33). Deste modo, dir-se-ia que os direitos subjectivos são concedidos através de imperativos. Nesta perspectiva, é mesmo possível dizer que o dualismo de direito subjectivo e Direito objectivo desaparece (p. 34).

    Quanto à segunda crítica, Engisch distingue, como já se disse, entre normas de determinação, que assentam no arbítrio do legislador, e normas de valoração, que se impõem a esse mesmo arbítrio, enquanto exprimem a ordenação objectiva vida. Sustenta, no entanto, que «como simples normas de valoração não poderia o Direito exercer o domínio que lhe compete sobre a vida dos homens em comunidade. Só na medida em que as normas de valoração adquirem a força de manifestações de vontade, e, portanto, de ordens ou comandos, é que elas se transformam em normas jurídicas».

    A estas respostas às objecções acima mencionadas pode-se retorquir: porquê, no caso do direito subjectivo, considerar a proibição como primária e o poder de usar (no caso do direito de propriedade) como secundário? Porquê, no caso das normas, considerar o aspecto da determinação como a base e a valoração como a estrutura nela apoiada? Não fará mais sentido ao contrário? [↑](#footnote-ref-12)
13. Normas aparentemente individuais: preceitos que se referem ao Presidente da República (art. 129/1 CRP: “*o PR não pode ausentar-se do território nacional sem o assentimento da AR ou da sua comissão Permanente, se aquela não estiver em funcionamento”*). Porém, uma coisa é a norma que se dirige à categoria Presidente da República, outra coisa seria uma norma que dirigisse ao Presidente da República x (só esta última seria verdadeiramente individual).

    Distinção entre *generalidade* e *pluralidade*: se se dispõe que três governadores devem voltar ao país, há uma pluralidade de implicados, mas a norma não é, por isso, geral. V casos de fronteira indicados por OA. [↑](#footnote-ref-13)
14. Note-se que há quem reconduza a generalidade e a abstracção a uma categoria única: é geral toda a norma que se destina a regular toda uma categoria de situações ou factos (ou pessoas em tais categorias) futuros e ou presentes, desde que a definição dessa categoria obedeça a critérios gerais e objectivamente justificáveis (Marcello Caetano). [↑](#footnote-ref-14)
15. Ver relações deônticas. [↑](#footnote-ref-15)
16. A diferenciação entre conduta e poder trata-se de uma diferença essencialmente de perspectiva, pois podem versar sobre a mesma situação j.: o governo legisla numa matéria cuja competência é da AR; de um prisma temos a conduta de legislar do governo, de outro temos a perspectiva do poder da AR violado o que implica um desvalor (a inconstitucionalidade). [↑](#footnote-ref-16)
17. Note-se que a previsão pode estar implícita: se estivermos num espaço público com uma tabuleta que diz “proibido fumar”, não quer dizer que seja totalmente proibido fumar e que tal norma não tenha previsão, ainda que não esteja explícita. Quer dizer apenas que naquele espaço é proibido fumar. [↑](#footnote-ref-17)
18. Sinteticamente, a lógica da distinção reside na afirmação de que tanto as regras como os princípios são *normas*, mas apresentam uma *estrutura lógica* diferente. Os princípios apresentam-se como razões *para proceder a juízos de ponderação* (Dworkin), mais precisamente como «mandatos de optimização» (Alexy). É que as regras são normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem excepções. Pelo contrário, os princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas e é exactamente que se passa no âmbito da dimensão positiva dos direitos fundamentais. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de tudo ou nada, impõem apenas a optimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a reserva do possível, fáctica ou jurídica (Gomes Canotilho). Ainda assim, Autores como Poscher ou Lerche, consideram que não existe tal diferença estrutural, mas apenas uma diferença de grau (Poscher, Lerche), até porque, de acordo com os mesmos, também as regras poderiam ponderar-se entre si (Peczenik), bem como as regras dworkinianas de tudo ou nada pouca aplicação prática teriam. De todo o modo, conforme afirma Sieckmann, mesmo que seja possível conceber o Direito como um «sistema composto exclusivamente por regras com um carácter de tudo ou nada, tem que existir, então, alguma distinção entre regras e princípios, e os sistemas jurídicos hão de se estruturar com referência a ela». Em função disto, «uma teoria dos direitos fundamentais […] não pode renunciar à distinção entre os princípios, no sentido de juízos de ponderação, e as regras, no sentido de normas definitivas» (Sieckmann).

    No fundo, os princípios não valem sem excepção e podem entrar em contradição entre si, não têm uma pretensão de exclusividade, ostentam o seu sentido próprio apenas numa combinação de complementação e restrições recíprocas, e precisam, para a sua realização, de concretização através de subprincípios e valores singulares (Canaris). Para além disto, os princípios quando tomados isoladamente, não proporcionam soluções automáticas ou imediatas para as situações concretas da vida, devendo embora ser tomados em conta na descoberta de tais soluções. Ao contrário das regras jurídicas, que se aplicam num esquema de *tudo ou nada*, em que só uma pode ser válida, quando os princípios se interceptam deve resolver-se o conflito de acordo com a dimensão de peso e importância de cada um. Decidida a situação concreta, pode então dizer-se que foi resolvida segundo uma regra, no entanto a regra não existia, tendo sido criada pela ponderação dos princípios (Ronald Dworkin).

    Em particular, a propósito dos princípios constitucionais, enfatiza-se a sua função prospectiva, dinamizadora e transformadora, em virtude da força expansiva que possuem (Jorge Miranda) e, bem assim, a sua função normogenética fundamentante, visto estarem na base ou constituem a ratio de regras jurídicas (Gomes Canotilho).

    Em suma, as regras são normas jurídicas clássicas, em que a uma hipótese normativa se atribui necessariamente uma consequência jurídica. Possuem uma estrutura simples em que “se acontecer x, então devemos fazer y”, daí que se afirme que têm um carácter definitivo, são *mandatos jurídicos definitivos*.

    Pelo contrário, os princípios estabelecem una orientação sobre o que é devido ou se encontra proibido juridicamente, mas não determinam a como é que deve ser alcançado o fim estabelecido, nem os casos em que é obrigatório. Possuem, assim, uma estrutura mais complexa em que, por exemplo, se estabelece que “as autoridades públicas devem realizar progressivamente o bem jurídico x”. Desta forma, os princípios não têm um carácter definitivo, mas são mandatos de carácter *prima facie*, que serão ponderados no caso concreto com outros princípios concorrentes. Sendo umas vezes cumpridos outras não, conforme os circunstancialismos do caso concreto. Ora, se, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, ao pesar e ponderar um princípio que concorre com outro, aquele que mostrar mais força nesse caso sobrepõe-se, cedendo o outro. Não houve uma violação do princípio obliterado no caso concreto, mas uma mera cedência, inaplicação naquele caso devido à maior força do princípio colidente.

    Enfim, nas palavras de Alexy, os princípios tratam-se, assim, de «mandatos de optimização», ou seja, normas que ordenam o cumprimento ou a realização de algo, na maior medida possível, ainda que conforme as possibilidades jurídicas e fácticas existentes (Robert Alexy). Porém, é preciso entender correctamente este conceito, porque estes mandatos de optimização não são susceptíveis de ponderação. Quando «se faz depender das possibilidades jurídicas e fácticas existentes, o seu contéudo fica debilitado ou atenuado até ao ponto em que nnão se pode produzir nenhuma colisão com outros mandatos de optimização. Por isso, os mandatos de optimização têm sempre de ser completamente satisfeitos». Tratam-se de «regras de segundo nível» (Sieckmann. No seguimento desta precisão efectuada por Autores como Sieckmann, Alexy passou a distinguir, no seio do seu conceito de princípio, entre mandatos de optimização e princípios como normas que devem optimizar-se (Alexy). [↑](#footnote-ref-18)
19. Ver discussão sobre estas. [↑](#footnote-ref-19)
20. Como submodalidade destas podemos referir as permissivas subordinantes – são aquelas em que a permissão «dada a uma pessoa tem como contrapartida necessária a sujeição, imposta a outra, das consequências daquele agir (ex. normas q atribuem dts potestativos, como o de nos divorciarmos, q afecta o estado civil de outrem). [↑](#footnote-ref-20)
21. A especialidade tb se pode referir a ramos do Direito: o Direito do Urbanismo é especial em relação ao Direito Administrativo. [↑](#footnote-ref-21)
22. Este artigo parece referir-se apenas à especialidade material. Será que se aplica à pessoal e territorial? TdeSousa considera que sim. [↑](#footnote-ref-22)
23. Sb isto ver TdeSousa. [↑](#footnote-ref-23)
24. Muitas vezes são apelidadas de normas imperativas. Ainda assim, este termo pode provocar equívocos, pelo que deve ser evitado. Ver isto em OA. [↑](#footnote-ref-24)
25. São normas que criam ónus, como o da prova. V. TdeSousa. [↑](#footnote-ref-25)
26. Pode estar em causa uma definição de dicionário (explica o significado de uma palavra ou expressão tem numa língua; é analítica; ex pessoa solteira é a que nunca foi casada) ou uma definição estipulativa (explica o significado com o qual uma palavra ou uma expressão é usada num certo contexto; é sintética; ex. por convenção, Ai define a auto-estrada que vai de Lisboa ao Porto). [↑](#footnote-ref-26)
27. Podem ser elidíveis (afastadas) ou inilidíveis. Ver isto [↑](#footnote-ref-27)
28. Ver a distinção entre as ficções legais (baseiam-se numa relação de equiparação entre realidades distintas) e as presunções inilidíveis (baseiam-se na relação de implicação entre um facto conhecido e um facto presumido). [↑](#footnote-ref-28)