Teste: 26 de Novembro

1ª Aula teórica – 24.09.2009

- I. O Direito como fenómeno social
- II. O Direito surge com os seres humanos e destina-se a regular a sua vida

Humanos – destinatários do Direito

O Direito é um fenómeno de ordem social e não do homem isolado. O homem vive em sociedade para assegurar a sua resistência/sobrevivência e para assegurar os seus fins.

Há um vínculo estabelecido entre Direito e sociedade – pressupõe um grupo de pessoas caracterizada por uma determinada nota. Assim, forma-se um grupo social onde se criam relações sociais.

Pode-se, portanto, concluir que não há Direito sem Sociedade nem há Sociedade sem Direito.

Por conseguinte:

- *Ibi jus, ibi societas* – Onde há Direito, há Sociedade
- *Ubi societas, ibi jus* – Onde há Sociedade, há Direito

Grupos sociais

- **Convivência directa** – parentesco, natureza política, religiosa, etc.
- **Convivência indirecta** – o fim comum é o factor que interliga o grupo

Classificação de sociedade

Sociedade perfeita – engloba toda a vida social, tem um elevado grau de exigência e auto-suficiência. Ex. Sociedade estatal com fins globais.

Sociedade imperfeita – está limitada a uma certa esfera de vida – fins de natureza cultural, económica, etc.

Sociedade estadual

- **De fins específicos – infra-estaduais** – insere-se apenas num Estado e organiza as necessidades dos seres humanos;
- **Sociedade política** – abrange os titulares dos órgãos, grupos e organizações políticas do Estado;
- **Sociedade civil** – abrange a esfera da vida social não directamente política, formada por grupos não directamente políticos.

Comunidade – elemento espontâneo integrativo não racional; resulta de factores tradicionais.

Associação – constituída por membros orientados/racionais.

As sociedades combinam um elemento integrativo com um elemento racional.

Ideia de comunidade – sociedade tradicional

Sociedade estadual/moderna – formada por elementos racionais, podendo estes não ter o mesmo fim.

Hierarquia da sociedade estadual

- Maiores / supra-estaduais
- Estaduais
- Menores
- Paralelas / para-estaduais

Sociedade supra-estadual – subordina as sociedades estaduais. Ex. Comunidade internacional submete os estados que a integram.

Sociedade para-estadual – transcende a esfera social; não subordina as sociedades. Ex. Igreja

Fenómeno jurídico

Sociedades perfeitas ou globais – integram a sociedade e realizam todos os seus fins comuns.

Estabilização da relação entre o grupo social – nível de auto-suficiência ligado ao ambiente que o rodeio, que permite satisfazer as necessidades primárias e desenvolve uma capacidade de adaptação e evolução.

Ordem social

A ordem social é necessária para a institucionalização social; esta respeita a ordenação das relações humanas.

Os seus elementos estão dispostos e esta é racionalmente apreensível.

Os intervenientes das relações sociais têm diferentes papéis na sociedade.

Nas sociedades humanas há necessariamente uma ordem mas também há destabilização.

Relativamente à ordem social, existem institucionalizações de dois tipos:

- I. **Valores sociais** – o sistema relaciona-se com o sistema corporal;
- II. **Estabilização** – tem como função transformar o grupo numa sociedade através de normas e condutas como também delinear a actuação na mesma.

A ordem social cria o sistema social que está ligado com o sistema jurídico, daí se desenvolverem papéis sociais.

Existe, portanto, uma esfera de actuação recíproca dizendo quais os bens que se podem dispor, quais os poderes que se têm e os deveres de conduta em relação às outras pessoas.

Para a definição dos papéis sociais em relação às esferas sociais são necessárias regras; é nesta situação que o Direito actua. O Direito é uma ordem que integra a própria ordem social.

Ordem normativa – Fenómeno geral da sociedade humana

É caracterizado pela liberdade humana, inspirada em valores e criada pelos seres humanos.

Para além do Direito, a ordem social tem factores normativos; depende de **normas de conduta e de princípios**.

- A norma vê a normalidade e a normatividade – **adaptação ao ambiente**;
- A norma serve para orientar condutas e descreve o comportamento devido, pois vincula os seus destinatários a um determinado procedimento;
- **Conduta conforme a norma** – valorada efectivamente;
- **Conduta contra a norma** – valorada negativamente contra a ordem jurídica.

A ordem normativa também se projecta no plano do ser para que uma sociedade se institucionalize e atinja um alto grau de efectividade para se formar um grupo ordenado. Contudo, nem todas as regras são efectivas o que não afecta a sua vigência pois o não cumprimento das mesmas deve ser sancionado.

Ordem social, natureza e cultura – Confronto entre natureza e cultura

A ordem natural é acentuada como matriz pois a natureza também se rege por determinadas leis. Será esta ordem igual à ordem social humana e de Direito? **Não**.

Enquanto a Natureza tem uma ordem geneticamente programada, como é exemplo no caso dos animais, a ordem normativa da sociedade não é transmitida deste modo. A transmissão é cultural – as gerações transmitem sabedoria.

A ordem social é livre, não é determinista pois verificam-se acasos. Os seres humanos podem não respeitar as regras e os princípios mas também têm influência na criação dos mesmos.

É caracterizada por violar ou guiar a ordem jurídica, daí ser livre.

Esta ordem por ser de liberdade é inspirada em valores e projecta-se em diferentes leis naturais e normas.

- **Leis naturais** – conforme se corresponde à realidade/ a lei pode ser desmentida – relação causa-efeito: proposição descritiva – verdadeiro ou falso;
- **Normas** – Podem, dificilmente, ser violadas.

A comunicação

A ordem social transmite valores e tradições. A comunicação é essencial para a formação da ordem, existindo assim juízos de valor formados por cada um resultante das suas experiências.

Devem haver valores partilhados pela sociedade, daí as suas vivências serem partilhadas através da comunicação intersubjectiva para permitir a objectivação do juízo de valor. Enquanto maior a comunicação, maior será o consenso para criação da ordem na sociedade.

A mensagem deve ser clara e deve haver uma vontade de aprendizagem para não existir constrangimento.

Ordem conduta para os seus destinatários

- Sociedade tradicional – tradição é veículo de conhecimento;
 - Sociedade moderna – comunicação precisa e jurídica é motor de desenvolvimento.
-

2ª Aula teórica – 29.09.2009

Para que a regra jurídica entre na vida das pessoas é preciso que esta seja reconhecida.

Quanto mais desenvolvida é a sociedade menos tradição há como veículo de comunicação e transmissão de conhecimento.

O desenvolvimento jurídico depende do desenvolvimento do pensamento, sendo que as normas são divulgadas no Diário da República.

A regra é possível ser formulada quando o conceito de utilização é conhecido.

A forma como se comunica é essencial mas a escrita é decisiva para a comunicação do Direito e também para a sua aplicação – leis, origens, costumes, etc. **As regras ao serem afixadas por escrito apresentam um nível mais elevado de cultura jurídica.**

A comunicação tem enorme influência na escrita jurídica. Ex: contratos, registos.

Dentro da ordem normativa está o Direito e as principais regras estão afixadas por escrito. **Dentro da ordem social** existem regras que não estão escritas.

Instituição social – efeito de edificar, constituir, ordenar tudo aquilo socialmente institucionalizado – valores, normas, papéis...

Instituições sociais – forma de sociedade que pressupõe regras, valores, condutas, papéis e outras estruturas sociais.

Nesta acessão ampla, tanto é o valor jurídico como o instituto jurídico uma organização social.

A instituição é utilizada como sinónimo de ordem social, significando que tudo o que é normativo identifica-se com a ordem social e jurídica.

Instituição – estrutura social normativamente relevante. Reveste-se por estabilidade e organização interna.

Estruturas sociais normativamente relevantes

- **Organizações sociais** – grupos dirigidos para determinados fins e ordenados à sua realização e execução;
- **Sociedade moderna** – família, empresas, igreja, sindicato, organizações políticas, partidos, etc.

A mesma pessoa faz parte de várias organizações sociais que estão ao serviço de um determinado quadro de valores, exigindo ordenação de grupo.

A ordenação do grupo exige regras?

Existem papéis recíprocos de solidariedade dentro do grupo, não estando assim necessariamente regido por normas. Estabelecem-se entre os membros.

Constituição – regras de conduta que vinculam os membros do grupo.

A ordem social transmite à ordem jurídica o seu sentido normativo. Uma instituição está na base do desenvolvimento dos seus direitos. A instituição é uma influência essencial.

O Direito não se limita a receber o sentido organizador; pode modelar a organização social.

Nota

A transcendência da instituição e dos seus fins relativamente às pessoas como seus membros aplica-se às organizações sociais.

Principais áreas sociais

- **Instituições que se evidenciam** – família, escola, empresas, sociedade política, assembleia, governo, área jurídica, área militar, ...

Organizações sociais – objecto do Direito

Têm um papel na criação de regras jurídicas.

Estruturas sociais condicionais não organizadas – também são portadoras de sentido normativo como as relações sociais típicas pois repetem-se continuamente, sendo esse o suporte das relações normativas.

A ordem social não desempenha uma função organizadora, assenta-se em valores.

Na sociedade verificam-se processos de evolução de valores – evoluem através de novas regras, princípios e aperfeiçoamento dos papéis sociais o que desenvolve uma nova exigência na organização social que, por conseguinte, é cada vez mais aperfeiçoada.

Sociedade moderna – evolui rapidamente

Sociedade tradicional – sofre grandes alterações

A ordem normativa do Direito evolui pois está sujeita à História.

Direito

- Acompanha a evolução social e as suas novas exigências da vida sem mudar qualquer comportamento social – costumes – práticas de vinculatividade;
- É instrumento de transformação social e tem uma função transformadora no que diz respeito às instituições de justiça, sendo necessariamente direito escrito.

O direito não é uma tecnologia social, é um sistema da ordem social que não pode forçar a sua estrutura; não é efectivo nem é respeitado.

Para além da visão transformadora, o Direito actua na inevitabilidade do conflito social.

Não existe nenhuma sociedade baseada apenas no conflito dos indivíduos ou somente no seu consenso. Numa ou noutra existem fenómenos de insegurança mas também de estabilização.

A ordem social e o direito controlam a estabilidade. O Direito integra os valores com os indivíduos se identificam.

O Direito reflecte a influência de vários grupos, exercendo-se sobre ordem legislativa. O Direito não escapa aos conflitos mas também serve para os combater de forma pacífica entre os membros da sociedade e das suas controvérsias relativamente aos seus direitos e obrigações. Estabelecem-se tribunais e o conflito é resolvido por instituições jurídicas.

O Direito regula as relações entre os vários grupos sociais – define os mecanismos em que os membros exercem as suas funções. O Direito institucionaliza pontos antagónicos (guerra/paz).

Complexidade e pluralidade da ordem normativa como fenómeno global

- **1º Nível** – na ordem normativa existem outras ordens normativas sem ser o Direito;
- **2º Nível** – existem Estados com ordem jurídicas complexas: base territorial e pessoa.

Base territorial – diferentes sistemas jurídicos em diferentes circunscrições territoriais.

Base pessoal – vigora o sistema jurídico para cada categoria de pessoas (religião, etnia, casta).

Pluralismo de ordens sociais

Existe um grau de interacção entre diferentes sociedades onde se estabelecem relações entre as ordens normativas dessas sociedades.

3ª Aula teórica – 01.10.2009

Ordem normativa – transcende o domínio do **ser** e do **dever ser**; valora o comportamento e vincula a conduta dos seus destinatários.

Reconhece-se a normatividade como imperatividade mas nem sempre se verifica tal caso, pois nem sempre há um dever de conduta.

Ex. Art. 1317º – Admite a transmissão da propriedade para negócio jurídico (não encerra qualquer dever de conduta).

Há quem contradiga que todo o Direito tem um dever, tem uma conduta, todas as normas têm um sentido imperativo e que a todo o Direito corresponde, assim, um dever.

Nem todas as regras de conduta são injuntivas/imperativas pois têm carácter valorativo que não confere um sentido obrigatório.

As normas podem não constituir imperativos, desencadeiam uma modificação no mundo jurídico de carácter vigente.

A imperatividade não é a normatividade das regras mas sim da ordem jurídica – argumento refutado pelo Prof. Dr. Luís Lima Pinheiro.

Toda a norma tem um critério de valoração e desencadeia uma consequência jurídica– vincula juridicamente com os sujeitos intervenientes.

A ordem jurídica vincula a valoração das pessoas que correspondem enquanto critério de conduta – **vinculatividade**.

Direito objectivo – sentido quando se reporta um critério geral de decisão e conduta– aplicável a uma pluralidade de pessoas que não são determináveis no momento da sua formação.

Direito subjectivo – posição de vantagem que resulta da afectação de um bem para os fins de uma pessoa.

Na linguagem escrita prefere-se **Direito** objectivo e **direito** subjectivo.

Qual o que tem prioridade? O direito subjectivo pode ser direccionado ao Direito objectivo?
O direito subjectivo deriva do Direito objectivo pois resulta da aplicação da regra.

Ordem jurídica

Orientação normativista – a ordem jurídica resume-se ao sistema de regras jurídicas.

Segundo o Prof. Oliveira Ascensão, os elementos da ordem jurídica são instituições jurídicas, os órgãos jurídicos, fontes de Direito, vida jurídica e situações jurídicas. As regras jurídicas são uma expressão da ordem jurídica e não fazem parte como seu elemento.

É útil encarar a ordem jurídica como um sistema normativo. O Direito ou ordem jurídica não se deve esgotar no sistema normativo – tem outras funções jurídicas.

Segundo o Prof. Lima Pinheiro, os elementos da ordem jurídica são:

- Elemento normativo – regras jurídicas, princípios jurídicos, nexos intra-sistemáticos;
- Valores da ordem jurídica;
- Meios de tutela jurídica;
- Estruturas sociais juridicamente relevantes (organizações sociais);
- Situações jurídicas.

Fontes de Direito

As fontes de Direito não integram a ordem jurídica – dizem respeito à dinâmica de criação de normas e princípios jurídicos.

A vida jurídica é um elemento da ordem jurídica segundo o Prof. Oliveira Ascensão e, contrariamente, a vida jurídica não integra a ordem jurídica pois esta diz respeito e não à forma, segundo o Prof. Lima Pinheiro.

Elementos institucionalizados – valores jurídicos, meios de tutela jurídica, estruturas sociais juridicamente relevantes;

Elementos não institucionalizados – situações jurídicas.

Conclusão: a ordem jurídica é muito mais englobante do que as regras que a traduz; o Direito é mais do que um assento de regras jurídicas onde se confunde direito com ordem jurídica.

Estrutura e classificação da regra jurídica

1. **Previsão** – factispécie – define as condições em que ela é aplicada – tem um carácter descritivo;
2. **Estatuição** – elemento da regra que define a consequência jurídica que decorre da sua verificação. Tem um carácter prescritivo.

Previsão – condição em que a regra é aplicada

Estatuição – consequência da mesma regra

Fontes de Direito

1. **Sentido histórico** – origens históricas do sistema e influências que sobre ele se exerceram. O direito romano é fonte do nosso direito.
2. **Sentido instrumental** – documentos que contêm os preceitos (Diário da República).
3. **Sentido orgânico** – enquanto órgãos que estão incutidos de produzir regras jurídicas;
4. **Sentido técnico-jurídico ou dogmático** – modos de formação e revelação de regras jurídicas;
5. **Sentido sociológico ou material** – circunstâncias sociais que provocam determinada ordem. Não é um sentido de causa-efeito, a lei é criada pelo circunstancialismo social.

Fonte do Direito – ambíguo – vários sentidos

Referência ao Direito – não pensamos todo o Direito, apenas as fontes de Direito objectivo, ou seja, as regras jurídicas. Não está em causa todo o Direito.

4ª Aula teórica – 06.10.2009

Direito e Estado

O poder pressupõe uma posição de supremacia de um indivíduo sobre o outro.

Poder de injunção – faculdade de condicionar uma conduta com a ameaça de uma sanção;

Poder de influência – faculdade de condicionar condutas sem as impor – persuasão.

Quais são os poderes institucionalizados nas sociedades modernas?

Político, militar e ideológico.

Direito – conjunto de regras impostas pelo poder político.

Poder político – poder de injunção dotado de coercibilidade material que é a susceptibilidade da utilização da força física, sendo esta aplicada através da coacção.

Coacção:

- Pode consistir numa privação de recursos naturais;
- Pode consistir na utilização da força física – **coercibilidade**.

O poder político para perdurar tem de ser legítimo, ou seja, tem de ser admitido pela sociedade (reconhecimento social) e ter uma base consensual.

Nem todo o poder político é estadual

Planos do poder político:

- Estadual – governo de república;
- Supra-estadual – organizações supra-estaduais e internacionais (ex. ONU);
- Infra-estadual – descentralização do poder político e administrativo.

Ex.

Idade média – poder territorial descentralizado – feudalismo

Estado moderno – poder político estadual actual

Ninguém pode fazer justiça privada embora haja manifestações de tutela própria.

A interacção entre Direito e poder político não se limita à coercibilidade. O poder político é enquadrado pelo Direito.

- O poder político é objecto do Direito;
- O poder político é criador de comportamentos dotados de coercibilidade que em princípio são Direito.

Direito e função legislativa do Estado

Estado – sociedade fixa num determinado território que institui um poder político relativamente autónomo. A cada Estado corresponde uma ordem jurídica.

Perspectivas

1. **Positivismo** – todo o Direito é um produto e é efectivado pelo Estado;
2. **O poder político tem um papel pouco relevante na criação do Direito** – o Direito é a essência da ordem natural da sociedade.

Não se pode identificar o Direito como produto das funções do Estado. A ordem jurídica coexiste com a ordem jurídica internacional e a ordem jurídica integrada.

Existem outras ordens normativas que se formam a partir de outras fontes independentes da função do Estado, como por exemplo o costume é uma fonte de Direito.

O Direito jurídico estadual não é necessariamente emanado pelo Estado.

Planos de poderes estaduais

- **Supra-estadual** – relação entre estados, organizações internacionais, estados e organizações internacionais;
- **Para-estadual** – complexos normativos de sociedades para-estaduais como por exemplo a igreja, federações desportivas, empresas transnacionais;
- **Infra-estadual** – independente do Estado como por exemplo as regiões autónomas.

Existem três casos de poder infra-estadual:

1. **Costume** – convicção de vinculatividade;
2. **Produções de normas no seio de organizações nacionais** – são meramente nacionais;
3. **Exercício de autonomia negocial concedido pela ordem jurídica** – autonomia contratual.

Norma jurídica e sanção

Efeitos jurídicos – imposição de uma conduta a partir de normas injuntivas.

Sanção – consequência desfavorável que se associa à norma injuntiva.

Sociedade moderna – tem uma organização social mais complexa que a sociedade primitiva que não aplica sanções; é por meio de um sistema organizado de sanções que o poder político exerce a sanção das injunções.

Sanções jurídicas – existem de um efeito jurídico; prevê a violação de uma norma injuntiva.

Existe um **elemento principal** – o poder de conduta – e um **elemento complementar** que institui a sanção.

Tipos de sanções jurídicas

1. **Compulsórias**
2. **Constitutivas**
3. **Compensatórias**
4. **Preventivas** – perante uma violação, evitam violações futuras
5. **Punitivas**

As normas estabelecem obrigações de conduta em sentido restrito que gere uma sanção, sendo esta a conduta inadequada ao acto jurídico inválido.

Sanções premiadoras/positivas – determinada situação sem obrigação de conduta nem sanção prevista; atribuição de uma vantagem e promoção da observância da regra jurídica.

Sanção negativa ou punitiva (lato senso) – atribuição de uma desvantagem ao violador da regra jurídica.

5ª Aula teórica – 08.10.2009

Coercibilidade e sanção

Coercibilidade – susceptibilidade do uso da força física e da aplicação coactiva da regra.

Sanção – a sua aplicação depende do efeito jurídico.

A sanção nem sempre é susceptível de coercibilidade, só se o sancionado não cumprir a ordem de conduta sancionatória.

Ordens jurídicas sem coercibilidade

- **Supra-estaduais** – a sociedade internacional não é dotada de coercibilidade mas a sua institucionalização ainda tem um progresso reduzido e o poder sobrepõe-se ao direito.
- **Infra-estaduais** – não usam directamente a coercibilidade pois os individuais dependem dos órgãos públicos. Os órgãos de coercibilidade limitam-se a comunidades primitivas que vivem à margem da realidade estadual.

Ordem jurídica estadual

- Nem todas as regras são dotadas de coercibilidade;
- Nem todas as regras são injuntivas/imperativas e, por isso, não têm qualquer sanção, apenas em casos extremos.

Para o Prof. Oliveira Ascensão a coercibilidade faz parte do sistema de ordem jurídica estadual.

Meios de tutela jurídica

Auto-tutela – fica dependente da força, presta-se a exageros e pode gerar a reacção dos autores da ofensa.

O estado moderno é caracterizado pelo monopólio da coercibilidade mas também pela tutela pública de ordem jurídica estadual – função judicial, função administrativa.

Tribunais – função jurisprudencial

Jurisdição – dizer o Direito, realizar a regra num caso concreto conforme a situação jurídica, de forma punitiva na decisão.

Os tribunais também têm a função de coacção; são órgãos independentes e, em regra, os que exercem cargos jurídicos não podem ser sancionados.

Os tribunais são independentes na medida em que não existe instituição maior na forma hierárquica. São imparciais pois dizem o Direito em cada casa e têm distância relativamente a cada uma das partes em questão.

Princípio de tutela pública: é incorrecto dizer que o Estado tem o monopólio dos tribunais pois não tem responsabilidade pela actividade jurisdicional.

Tutela preventiva – administração policiadora – mantém a paz pública

Manifestações de auto-tutela privada

Em princípio, diz-se que o poder político tem o monopólio da coerção material, sendo assim ninguém é lícito do recurso à força com fim a realizar ou assegurar o próprio direito salvo nos casos dentro dos limites previstos na lei.

Prevê-se que a lei autorize formas de auto-tutela mas há casos excepcionais em que os particulares podem actuar coercivamente para defenderem os seus direitos ou de outrem.

Casos de manifestações de auto-tutela privada:

1. **Legítima defesa** – (prevista no art.º 33 do C. Civil e nos art.º 32 e 33 do Código Penal) segundo o artigo 33º do C. Civil considera-se justificado o acto destinado a qualquer agressão actual, contrária à lei, contra a pessoa ou património do agente ou de terceiros desde que não seja possível fazê-lo por meios normais e o prejuízo causado pelo acto não seja manifestamente superior ao que pode resultar da agressão.

Pressupostos da legítima defesa civil

- **Ofensa de um direito pessoal ou patrimonial próprio ou alheio;**
- **Actualidade** – agressão em curso de execução ou eminente;
- **Intenção de defesa;**
- **Necessidade** – impossibilidade de recorrer em tempo útil à tutela pública;
- **Adequação ou proporcionalidade** – o meio tem que ser adequado e não pode ser manifestamente desproporcionado ao bem jurídico defendido, caso contrário há excesso de legítima defesa que só é justificado se for devido à perturbação ou medo não culposo do agente (previsto no nº 2 do art.º 337 do Código Civil).

A legítima defesa é uma causa de justificação civil e criminal, quer isto dizer que uma conduta que em princípio geraria responsabilidade civil ou responsabilidade criminal passa a ser justificada e portanto lícita, não gerando essa responsabilidade.

Acto erróneo de verificação dos pressupostos da legítima defesa

Putativa – obrigada a indemnizar o prejuízo causado salvo se o erro for desculpado (previsto no art.º 338 do Código Civil).

2. **Direito de resistência** – Todos têm o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdade e garantias e de repelir pela força qualquer agressão que não seja possível recorrer à autoridade pública. Se a ordem pública violar o direito das pessoas estas podem não acatar tal autoridade (previsto no art.º 21 da Constituição).

O que constitui uma manifestação de auto-tutela privada é a parte que se refere ao **direito de repelir pela força qualquer agressão – resistência defensiva – em relação aos particulares ou aos agentes de autoridade pública – manifestação de legítima defesa.**

Direito de resistência passiva – caso em que não há utilização da força física.

- 3. Estado de necessidade** – (previsto no nº 1 do art.º 339 do Código Civil) é lícita a acção daquele que destruir ou danificar coisa alheia com o fim de remover um dano manifestamente superior quer do agente, quer de terceiros.

Pressupostos do estado de necessidade

- Um perigo actual de um dano para o agente ou para terceiros;
- Um dano manifestamente superior que o dano causado pelo agente;
- Um comportamento danoso destinado a remover o perigo.

Diferença relativamente à legítima defesa

Aqui o perigo não resulta de uma agressão ilícita por parte do titular dos interesses sacrificados. O dano pode estar já em curso ou ser eminente e a actuação do agente mover o perigo do dano, deve ser necessária, nomeadamente por impossibilidade de recorrer em tempo útil à autoridade pública.

Será que o estado de necessidade é uma causa de justificação?

Mesmo que o perigo não seja provocado pelo autor por culpa da destruição ou do dano, o tribunal pode fixar uma indemnização equitativa e pode condenar nela só o agente como também aqueles que tiraram proveito do acto do estado de necessidade.

Em direito penal, o estado de necessidade pode ser justificante ou desculpante.

- 4. Acção directa** – segundo o art.º 386 nº1 do Código Civil, é lícito o recurso à força com fim a realizar ou assegurar o próprio direito quando a acção directa for indispensável pela impossibilidade de recorrer em tempo útil aos meios coercivos normais, contando que o agente não exceda o que for necessário para evitar o prejuízo.

A acção directa pode dirigir-se tanto contra pessoas como contra coisas.

A acção directa pode consistir na apropriação, destruição ou deterioração de uma coisa, na eliminação de uma resistência oposta ao exercício do direito – nota-se claramente a permissão da utilização da força para assegurar um direito.

Pressupostos da acção directa

- ?
- Risco de inutilização prática do direito;
- **A necessidade** – impossibilidade de recorrer em tempo útil à tutela pública;
- **Adequação** – o meio não pode exceder o necessário para evitar o prejuízo;
- Superioridade dos interesses do agente que visa realizar ou assegurar relativamente aos interesses justificados (nº3 do art.º 386 do Código Civil).

A acção directa é uma causa de justificação da ilicitude, suscita alguns problemas de delimitação relativamente à legítima defesa e ao estado de necessidade.

- 5. Direito de retenção** – também se pode dizer que é uma manifestação de auto-tutela prevista no art.º 754 e seguintes do Código Civil.

Situação em que uma pessoa se vê obrigada a devolver uma coisa mas pode não a devolver quando se verificarem certos pressupostos como por exemplo uma causa de justificação de incumprimento dos agentes.

Coercibilidade, validade e efectividade

Coercibilidade – é uma das notas caracterizadoras da ordem jurídica estadual;

Validade – a ordem jurídica estadual não deve ser baseada na coercibilidade mas na sua institucionalização, que está ligada aos valores;

- **Validade das regras jurídicas** – não pode assentar na coercibilidade, pois nem todas as regras são dotadas de coercibilidade mas por outro lado, é a coercibilidade que pressupõe o contrário da regra e não o contrário.

Efectividade do Direito – correspondente entre a realidade social e o critério de decisão e de conduta, onde reside na regra jurídica.

- **Abrange dois aspectos:** primeiro, o facto de a regra ser aplicada pelos órgãos competentes e, segundo, é ela ser respeitada pelos destinatários como critério de conduta – observância do direito.
- **Efectividade da norma** – é errado dizer-se que a coercibilidade é o único meio da sua aplicação, pois numa sociedade não se aplicam normas coactivas a todas as infracções.

A escola sociológica assenta o direito numa lógica de efectividade de observância enquanto o positivismo sociológico assenta o direito na coercibilidade da efectividade.

Para que uma regra seja normalmente observada, em menor ou maior grau, pode contribuir o receio de uma aplicação coerciva de uma sanção, por isso a coercibilidade também é uma das bases reais da efectividade da norma mas é errado supor que é a base principal pois é impossível aplicar a sanção generalizada de uma norma.

Numa sociedade democrática o direito não deve ser imposto à sociedade pela força. A autoridade do direito remonta para aqueles que se dirige, dizendo que é necessário à vida em sociedade e que se prossegue à realização dos fins dos seus membros.

Legitimidade do poder

Numa ordem maioritariamente aceite pela sociedade, os órgãos do Estado são aqueles que se encontram em melhor posição para determinar os fins que devem ser prosseguidos e para escolher os meios mais adequados à sua persecução.

A base principal da observância do direito é, portanto, o reconhecimento social do direito. Trata-se de algo a que as pessoas aderem, com que se identificam e se vinculam.

Num modelo ideal de sociedade, todas as regras são observadas pela esmagadora maioria da sociedade e a aplicação de sanções não detém um tipo de nota relevante para a maioria das pessoas. A coerção serve para reprimir de condutas ilícitas e ilegais.

Este modelo de sociedade é hoje difícil de encontrar. No pólo oposto encontramos uma sociedade em guerra civil onde existe o recurso generalizado de coercibilidade para resolver um conflito através da força e não do direito.

Validade e efectividade

A vigência de uma regra não depende necessariamente da sua normal observância porque a normatividade não se confunde com a normalidade. A inefectividade de uma regra não atinge a sua vigência, por conseguinte, o mero desuso de uma lei não importa a sua vigência.

A ordem normativa da sociedade tem de assentar no mínimo de efectividade no conjunto das regras e princípios que a integram porque só assim a ordem normativa pode realizar a sua missão institucionalizadora da sociedade. A vigência da ordem jurídica como parte da ordem normativa da sociedade tem de assentar no mínimo de efectividade.

Direito e valores

O direito como uma ordem dotada de sentido – a ordem pressupõe critérios racionalmente apreensíveis e tem que se fundar na razão e assenta em juízos de valor.

A generalização de juízos de valor leva à definição mais abstracta de valor.

Valor – é a representação cultural do que é valioso, estimado. Os valores formam os critérios para resolver os conflitos de interesses para determinar quais são os mais valiosos.

A estabilidade e institucionalização das relações sociais que caracterizam uma sociedade exige no plano cultural que as normas e instituições expressem valores e reúnam o consenso dos membros da sociedade. Assim o direito surge considerado como uma nota material– ordem ao serviço de certos valores, como uma ordem dotada de sentido.

A coercibilidade é uma das notas que caracterizavam a ordem jurídica estadual. A nota valorativa também é importante para a caracterizar, como para as ordens jurídicas que não são caracterizadas por coercibilidade como é o caso da ordem jurídica internacional.

O direito como ordem normativa recebe o seu conteúdo valorativo da política, da moral e da religião. Como valores do direito, podemos apontar a paz, a certeza e previsibilidade jurídicas, a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a liberdade, a adequação, o equilíbrio e o bem-estar económico, social e ambiental.

Justiça

A ideia de justiça surge como ideia unificadora destes valores socialmente reconhecidos que o direito serve. A ideia de justiça exprime a intencionalidade própria da ordem jurídica.

7ª Aula teórica – 15.10.2009

Cap. IV – direito e valores

A justiça pode ser encarada como veia licitadora de valores que são realizados pelo direito. O direito está ao serviço da realização desse conjunto de valores que identificamos como ideia de justiça.

Relação entre direito e justiça

Correntes tradicionais

1. Jus naturalismo
2. Historicismo
3. Jus positivismo

1. Jus naturalismo

Para a escola de Direito natural ou jus naturalismo, o direito é a essência de uma ordem natural da sociedade. Há uma ligação essencial entre Direito e moral.

O direito é necessariamente moral, não há para esta escola apenas uma área de coincidência. A ideia de direito inclui a realização de certos valores morais.

É importante distinguir que uma lei injusta não é de modo alguma lei; uma ordem imposta pelo poder que seja imoral é um acto de violência e, portanto, não é direito.

O jus naturalismo não expende a desobediência a todas as leis injustas. A lei injusta só deve ser desobedecida se daí não advier um mal maior.

Alguns admitem que nem todos os preceitos legais estabelecem deveres morais como por exemplo, a exigência de um processo administrativo que seja necessário a entrega de documentos em duplicado, é moralmente neutro; mas para esta escola, todas as leis têm de ser moralmente permitidas e válidas.

O conhecimento dos institutos impostos pela lei natural também se sujeitou à questão da **intemporalidade e da validade das leis naturais.**

Dá-se assim uma evolução, e as correntes mais moderadas admitem que apenas um núcleo mais restrito de princípios é absoluto e irrefutável.

Esta concepção de direito natural é confrontada com objecções de diversa natureza:

Diz-se que esta objecção tenta esclarecer o obscuro do dever ser, e ainda mais obscuro a ordem de natureza eminente na sociedade.

A existência de uma ordem normativa é um elemento constitutivo da sociedade, algumas normas são tradicionalmente observadas e parecem essenciais à vida em sociedade, tal como nós conhecemos. Mesmo assim, **é questionável o conhecimento de quaisquer normas universais que tenha vigorado em todas as sociedades e em todos os tempos.**

Mesmo que pudéssemos determinar que certas regras foram **vinculativas em todos os tempos e em todos os lugares, isso só permitirá fazer um juízo descritivo e deste não se pode deduzir a validade dessas normas.** Por exemplo, há 300 anos atrás a escravatura era reconhecida; hoje em dia aplaudimos a abolição da mesma.

Esta concepção traz consigo o risco de uma confusão entre **o direito que tradicionalmente vigora e o direito que deve vigorar.** Também é assinalada que muitas das melhores realizações alcançadas pelo homem resultam da circunstância dele ter sido **capaz de superar a natureza,** sendo, por exemplo, menos violento.

Perante a incerteza sobre o conteúdo das normas naturais e as suas decorrências no caso concreto, esta escola leva a colocar o problema do fundamento e da validade do Direito na dependência dos juízos subjectivos da consciência de cada indivíduo.

Critica-se, por isso, a arbitrariedade de resultados a que esta concepção conduz, mas é possível defender que a validade moral é necessária à validade jurídica (sem defender que são ambas partes da ordem da natureza ou da ordem natural da sociedade).

Dentro do jus naturalismo houve evoluções com autores como Locke no Iluminismo, e ganharam grande influência com as revoluções francesa e norte-americana.

Para o jus racionalismo, o direito é um produto natural da razão humana que reconhece certos direitos naturais do indivíduo que se sobrepõem ao Estado, ou seja, constituem limites à actividade do Estado.

Designadamente o direito à liberdade que surge associado à doutrina do contrato social. Esta concepção inspirou o primado da lei como fonte de direito.

O jus racionalismo representa uma evolução face ao costume, face à lei e face ao poder. Não nos limitamos a obedecer à lei porque é lei, ao costume porque é costume e ao poder porque receamos o uso da força. Esta situação conduz à indagação dos valores, pela razão subjacente ao Direito que existe um dever de obedecer ao Direito.

Também é de salientar a ideia de Direito ser relevante ao ser humano como tal.

O racionalismo defende que só a razão conhece os fins e os valores da ordem social mas, não parece possível que a razão humana realize um sistema ideal organizado que tenha validade universal independentemente do circunstancialismo ambiental e da situação histórica.

O pensamento é sempre situado num contexto histórico.

2. Reacção: Escola histórica do Direito ligada a Savigny

Para esta escola, o direito resulta historicamente como produto orgânico e unitário do espírito do povo e das suas faculdades inferiores. O espírito do povo será a sua consciência unitária.

Ao primado da razão ao que corresponde o primado da lei e a codificação opõe o historicismo, o elemento carregado de emotividade, do espírito do povo – elemento que é conhecido através, essencialmente, do costume.

À intemporalidade e à historicidade das construções jus racionalistas opõe o historicismo, um direito que releva nas situações jurídicas e que varia nos tempos e nos lugares.

Críticas à Escola histórica de Direito

- Eliminada consideração histórico-jurídica os conflitos de interesse social e a decisão política; o direito não é só um resultado de um desenvolvimento anónimo. É também resultado de uma conformação mediadora;
- A subserviência ao estatuto do povo é adversa à crítica à situação historicamente existente e favorece a sujeição ao Estado de coisas estabelecidas. Ignora o fenómeno da influência cultural e a multiplicidade das influências recíprocas.

3. Positivismo (Reacção ao jus naturalismo)

Austin – pioneiro

O seu ponto de partida é que a confusão que se deve evitar na concepção estabelecida pela escola de direito natural – distinguindo claramente a definição entre direito e moral, assim como o direito constituído e o direito a constituir melhor direito – aquilo que uma pessoa acha que devia ser o direito.

Kelsen

Concepção da regra jurídica como comando; como método de controlo coercivo social. É a **concepção normativa imperativista** – apenas é uma norma jurídica, aquela que for susceptível da aplicação coactiva.

Estar obrigado, significa por esta concepção, ser do Estado. Para o positivismo analógico, a norma sustenta-se na susceptibilidade da realização coactiva.

Surge assim o **positivismo normativo**. Para Kelsen, para existir um comando basta que a regra estatua uma sanção, não sendo necessariamente susceptível de aplicação coerciva.

Por outro lado, Kelsen entende que a vigência da norma depende da sua validade que é aferida pela conformidade da norma ou normas de escalão superior, nomeadamente as normas constitucionais que regulam a ordenação jurídica.

A norma só será válida se for adoptada consoante as normas constitucionais que regulam o exercício da função legislativa.

Principal crítica dirigida ao positivismo

- **Problemas de interpretação e de integração de lacunas:**

É uma ilusão pensar que em regra a solução jurídica do caso se obtém com a aplicação mecânica de uma regra jurídica. Com muita frequência, a solução jurídica do caso suscita dificuldades que têm de ser ultrapassadas através de um trabalho criativo do intérprete.

Quando temos uma situação que não é jurídica, não temos observação de nenhuma regra jurídica – realização de trabalho criativo. Se fosse apenas uma concepção de normas jurídicas, cabia ao juiz declarar a solução conforme a sua interpretação.

A ordem jurídica oferece outras orientações para a solução do caso que não consistam apenas em normas; também existem princípios gerais e um outro elemento da norma jurídica – são os valores jurídicos; eles podem auxiliar nas situações de dificuldade de obtenção de solução do caso.

O positivismo dá uma ideia híbrida da ordem jurídica consagrando uma sujeição a deveres de obrigatoriedade da norma, não podendo esta estar na coerção material.

Nem todos os comandos são direito, os comandos jurídicos teriam de se distinguir dos não jurídicos pela sua linhagem – legalidade da sua fonte. O direito teria um comando emanado de um ente soberano e isto conduz ao **positivismo voluntarista**, que vê no direito, um conjunto de normas ditadas pelo poder político.

Para o positivismo voluntarista, o direito teria o seu fundamento no poder político. A questão da validade do Direito dilui a legitimidade do poder, sendo que o direito será válido se emanar de um poder legítimo.

Esta perspectiva tem um mérito a adoptar para a validade do direito.

Para o poder de obediência ao direito, não releva apenas o seu conteúdo mas também a circunstância de ser emanado de órgãos que manifestam também a vontade colectiva, de um poder legalmente constituído – perspectiva insuficiente pois não fala do direito não legislado, designadamente a jurisprudência.

Por seu termo, fundamentar a vigência de norma apenas na sua conformidade com a norma de escalão superior, leva-nos até à base fundamental de sistema que é a norma que justifica todas as normas que integram o sistema. Para Kelsen, esta norma fundamental teria uma norma pressuposta.

A norma pressuposta deve ser criada conforme a constituição histórica e com as normas constituintes estabelecidas em conformidade com a 1ª constituição histórica.

A 1ª constituição histórica é aquela que a conformidade não pode ser conduzida a uma constituição anterior. A vigência desta constituição é feita na sua efectividade – por esta via, a validade do direito acaba por ser fundamental em última análise na ideia de efectividade de coercibilidade, o que se presta à crítica anteriormente formulada.

O problema da validade do direito nunca pode ser inteiramente resolvido por uma lógica normativa. Tem que haver um fundamento último.

Tendências actuais

São menos antagónicas e, por isso, a utilização de expressões como jus naturalismo ou jus positivismo é duvidosa face à distância que separa esses modelos de pensamento

Principais vectores

1. Importância para o direito dos valores e a necessidade para apreender o direito de uma lógica dos valores;
2. Ligação de direito e moral só é necessária ao nível do sistema global.

Pontos de convergência

1. Ideia de que a ciência jurídica se deve concentrar no sistema jurídico e não em leis individualizadas;
2. Ideia de que é proveitoso considerado o sistema jurídico como um sistema normativo para certos efeitos;
3. Ideia de que é possível apurar princípios que auxiliam a interpretação das normas e a integração de lacunas.

Correntes positivistas contemporâneas – continuam a seguir:

- Positivismo normativo de Kelsen;
- **Neo-positivismo (Hart)** – Escola analítica centra as suas atenções na estrutura do sistema normativo e na lógica formal do raciocínio jurídico – distancia-se do positivismo tradicional, na medida em que o direito não se pode fundar na ideia de coercibilidade, e salienta o conceito de vinculação da pessoa ao direito. Os membros da sociedade identificam-se com estes padrões de conduta de regras primárias.

Este sistema tem de ser complementado por regras jurídicas secundárias de três tipos:

1. Regras que definem a atribuição conclusiva das regras primárias – **de reconhecimento**;
2. Regras sobre a introdução, abolição e modificação das primárias – **de modificação**;
3. Regras sobre a determinação conclusiva da violação das primárias – **de adjudicação**.

São conferidas tanto a autoridades públicas como a particulares – domínio dos contratos e gerência dos direitos reais. São também estas regras secundárias que dão ao conjunto de regras um carácter de um sistema.

Hart – concepção do direito natural da valorização da moral para resolução de problemas na conduta humana que põem em jogo valores humanos centrais. Estes aspectos são naturais da condição humana (Hart não delimita pela criação do interprete; o juiz está na posição de aplicar a lei ou na de legislar).

As modernas correntes positivistas ao tentarem dar uma definição de direito formal expurgam qualquer conteúdo valorativo. Não facultam uma percepção global do fenómeno jurídico.

Neo jus-naturalismo

Reacção à neutralidade valorativa do funcionalismo positivista e perante a ascensão do Estado social e do Estado providência depois da 2ª Guerra Mundial.

Uma ordem jurídica pode conter leis injustas ou imorais, mas para ser uma ordem jurídica tem de satisfazer o seu conjunto dessas exigências morais.

O direito natural é concebido como círculo muito restrito de princípios.

Para uns, as leis injustas ainda são leis desde que estejam integradas num sistema que no seu conjunto não seja imoral – senão, não é considerado um sistema jurídico.

Para outros, esta perspectiva não é suficiente face às leis que sejam manifestamente injustas, embora não se possa dizer que o sistema considerado no seu conjunto é imoral.

As normas singulares não podem vincular como jurídicas quando não satisfazem as exigências éticas mínimas.

Direito natural – conjunto de princípios impostos pela ordem natural. Integra necessariamente a ordem da sociedade, representa uma ordem inerente na sociedade; corresponde a uma sociedade histórica e às determinações reais que as caracterizam.

Não é necessariamente a ordem observada na sociedade, mas a ordem social em que deve ser observada porque exigiria pela natureza da sociedade e do homem. Se o direito natural é verdadeiro Direito, a lei ou ordem que o violem não são Direito, são uma aparência fundada na força. Nem todo o Direito vigente seria Direito positivo se contrariasse a ordem natural.

Esta ordem natural não é intemporal nem acessória – surge em 1º plano a variabilidade da ordem natural, que é uma ordem da sociedade que nunca é igual mas existe um núcleo permanente da ordem natural que corresponde à unidade da natureza humana e à essência de toda a sociedade.

Dúvidas que se colocam à permanência de um núcleo de direito natural

- Mesmo que possa existir constante nas sociedades humanas conhecidas, tal constitui um facto empírico, um juízo descritivo que não pode fundamentar a vigência destas normas. Ao condicionar estes factores ao Direito natural não podemos ter um plano objectivo destas realidades;
- Não será que todo o apelo à natureza, ao homem, é insuficiente para fundamentar uma decisão jurídica porque tem sempre que se avaliar em valorações?

Neo jus-naturalismo

Importância do Direito como sistema – fundamenta em valores e princípios ético-jurídicos – limitam o próprio legislador e condicionam a validade das leis individualmente consideradas.

Para Larenz, não se distingue moral e Direito – em ambos se trata a forma do agir correcto, os princípios ético-jurídicos orientadores da norma jurídica em virtude da sua própria força de convicção que podem justificar decisões jurídicas.

8ª Aula teórica – 20.10.2009

Cap. IV – Direito e valores

Falta fazer referência a uma corrente nesta área sobre a relação entre Direito e justiça, que é a defendida por Dworkin. Faz valer que uma separação rígida de Direito e moral nos impediria de apreender o papel de critérios extra-jurídicos, principalmente critérios morais em algumas situações jurídicas.

Portanto, a ordem jurídica é mais rica que o conjunto de regras primárias e secundárias de que fala Hart; a par das regras há outros padrões jurídicos que orientam o processo da decisão – há princípios ético-jurídicos subjacentes ao sistema que podem levar à modificação ou à abolição de uma regra.

Dworkin faz valer que o juiz não tem a discricionariedade legislativa do legislador. O juiz deve respeitar os princípios ético-jurídicos e as concepções morais dominantes na sociedade, e não proceder a uma valoração livre do conjunto de interesses sociais.

Segundo Dworkin, o juiz tem de indagar os princípios ético-jurídicos subjacentes ao sistema, tem de encontrar a melhor justificação possível para a estrutura político-social existente. Cada proposta jurídica é verdadeira se está em conformidade com os princípios ético-jurídicos subjacentes ao sistema.

O conhecimento dos Direitos fundamentais também se impõe ao Direito objectivo, com uma exigência moral. Dworkin distingue os argumentos de Direito dos argumentos de política – invocam determinado fim colectivo para chegar a uma decisão; os argumentos de Direito invocam o respeito de um indivíduo ao grupo com base em considerações que não são de política. O indivíduo tem um direito quando um fim colectivo não tem justificação suficiente para lhe impor um dano ou lesão.

Estes direitos naturais são pressupostos por valores materiais, por valores morais subjacentes à ordem jurídica, mesmo que não sejam reconhecidos por uma norma.

Por um lado chama a atenção para o papel que uma decisão jurídica desempenha critérios que não são regras jurídicas.

Crítica

A coerência dentro da ordem jurídica não implica a sua dimensão moral. Por exemplo, o sistema jurídico nazi pode ter sido coerente mas não foi moral.

A moralidade é mais que coerência. Para que uma ordem jurídica seja de uma dimensão moral, é necessário que assente num sistema moral objectivamente correcto. A justificação da decisão justa e o reconhecimento dos direitos fundamentais ficam dependentes deste sistema moral.

A existência da verdade moral e da verdade objectiva é ponto controverso; acrescenta-se ainda que as sociedades actuais são por vezes muito complexas, comportando diferentes subculturas com diversos escalões de valor ou exprimindo compromissos entre diferentes concepções de sociedade, sendo difícil ou mesmo impossível criar um sistema moral que possa vincular todos os membros da sociedade.

No universo anglo-saxónico, este ceticismo moral, também designado de relativismo, é muito poderosos. Em sentido oposto, a ética cognitivista entende que é possível conhecer o conteúdo dos valores e que a decisão sobre os valores é racional.

Contra o relativismo, opõe Coing, que por detrás da aparente divergência entre culturas, pode haver um consenso mais vasto sobre valores básicos essenciais, se abstrairmos de diferenças extra-éticas designadamente da natureza; há divergências mas também há um consenso entre certos valores básicos da convivência humana, e certas instituições fundamentais que é maior que aqueles valores objectivos da cultura.

Com isto, não se eliminariam as contradições entre teorias morais mas estas contradições seriam resolúveis se na mediante a avaliação do mérito destas, segundo critérios objectivos.

Este é o ponto mais profundo da filosofia moral ou ética – há, por definição, certos valores e padrões morais de conduta que são comungados pela grande maioria dos membros de determinada sociedade, sem os quais a convivência seria inconcebível – **a institucionalização destes valores e regras de conduta, opera uma certa objectivação.**

Rawls – defende que uma sociedade admite uma pluralidade de doutrinas religiosas, filosóficas e morais; pressupõe uma concepção política de justiça partilhada por todos – é geralmente associada aos cidadãos em questões políticas fundamentais.

Identificar os valores e até onde vai este consenso

A justificação última do Direito não deve ser procurada na efectividade de coercibilidade, mas na referência a determinados valores e consentimentos. Esta referência liga-se ao reconhecimento social da pretensão da vigência do Direito.

Por um lado, um consenso relativo sobre os valores administrados pelo Direito e a aptidão do seu conteúdo para a sua realização, por outro lado a formação das normas jurídicas resumese por processos geralmente reconhecidos para o efeito— designadamente os actos normativos do poder político, legitimado pelo poder democrático.

Daqui resulta que a generalidade dos membros da sociedade, aceita a pretensão de vigência do Direito e isto não é prejudicado pela discordância quanto à justiça de determinadas leis e factores de determinadas sociedades.

A discordância das soluções contidas numa lei é compatível com o acatamento da sua pretensão de vigência.

Os valores a realizar pelo Direito são, em parte, ético-morais porque não são valores dignos de ser prosseguidos de si, independentemente do resultado, mais o Direito está ao serviço de outros valores económicos, sociais políticos, culturais e ecológicos.

As pretensões de universalizar concepções de Direito, baseadas na tradição e cultura ocidental têm que ser encaradas com alguma reserva.

Podemos reconhecer tendencialmente uma universalização de um certo núcleo de valores, mas também a existência de clivagens profundas entre as diferentes fontes de Direito, relativamente a certos valores fundamentais, do modo de entender a vigência do Direito.

Por exemplo, nas sociedades ditas primitivas e em modernas de alguns países africanos e orientais, a regra jurídica desempenha um papel muito menos importante do que nas ocidentais, uma vez que o fundamental não é o respeito restrito de regras de conduta e a aplicação coerciva de sanções em caso de violação, mas a persuasão e a preservação da harmonia social, através de soluções de equidade. No Japão, a ordem social é garantida numa ordem jurídica despersionalizada de coercibilidade.

Principais valores do Direito

Cabe fazer uma referência à ideia de supremacia do Direito: a ordem jurídica é uma ordem de paz, o Direito traz consigo a paz que é uma condição para a revelação do mesmo. Por toda a parte onde o Direito se desenvolva, termina a luta violenta e adopta-se uma solução pacífica.

Os processos jurisdicionais substituem a auto-tutela privada. A existência de uma ordem social regida pelo Direito é em si um valor.

A consciência deste valor constitui uma motivação da observância dos deveres jurídicos, mesmo onde as pessoas põem em causa a justiça da regra, que impõe o dever e mesmo onde não receiam a aplicação coerciva de uma determinada sanção em caso de violação.

A ligação do Direito à paz é especialmente visível no Direito internacional público, onde começa por regular a guerra – mas hoje em dia, a principal função é criar e garantir a paz.

A supremacia do Direito projecta-se, tradicionalmente em dois planos:

- 1. A submissão do poder da força do Direito** – relações entre Direito e Estado. A supremacia do Direito significa, em particular, a protecção perante intromissões voluntárias dos poderes públicos e poderes sociais na sua esfera privada.
- 2. A igualdade perante a lei consagrada nos artigos nº1 e 13/1 da Constituição.** A regra aplica-se a todas as situações que sejam reconduzidas à sua previsão, independentemente das pessoas, por estarem implicadas nessas situações.

O que interessa é a previsão da norma e não o destinatário desta.

Esta igualdade perante a lei tem revelação perante a criação de normas, à coerência do sistema e à harmonia de decisões. Quanto à formulação das regras, ela deve ser a mais clara e precisa possível, para que situações iguais sejam tratadas da mesma forma.

O sistema não se pode traduzir numa conduta de tratamento diferente injustificado.

Os tribunais devem ter em conta a conveniência da jurisprudência uniforme – situações iguais devem ser tratadas de igual forma – o art. 8º nº 3 do CC determina que nas decisões a proferir, o julgador terá em consideração todos os casos que marcam tratamento análogo, a fim de obter uma interpretação e aplicação uniformes do Direito – expressão na igualdade perante a lei que se concretiza ainda em certos valores processuais, como a independência e a imparcialidade dos tribunais.

Principais valores do Direito – valores próprios do Direito

- Justiça
- Segurança

A sua distinção invoca duas perspectivas diferentes sobre a sua aptidão do Direito e para a realização das suas funções.

Numa perspectiva material, a aptidão do Direito depende do conteúdo das soluções jurídicas, **dizendo respeito à justiça.**

Perspectiva da segurança jurídica – Numa perspectiva formal, aprecia-se a aptidão do Direito para a realização das suas funções, independentemente do conteúdo das suas soluções, atendendo designadamente à previsibilidade das decisões para os seus destinatários, e à certeza sobre a situação jurídica.

A justiça também é utilizada como ideia unificadora de todos os valores do Direito, também podendo ser considerada como um dos valores materiais do Direito.

Principais valores da ordem jurídica portuguesa

- **Materiais** – são aqueles que têm poder como conteúdo das soluções jurídicas. São referidos a **justiça, a liberdade, a lealdade, a confiança, o bem-estar económico, social cultural e ambiental e a solidariedade.**
- **Formais** – aqueles que dizem respeito a aspectos extrínsecos da realização do Direito, para efectuar a sua função ordenadora – a segurança é designada para este conjunto.

Materiais

1. **Justiça** – surge como um dos valores materiais do Direito – nesta acessão, a justiça desdobra-se na protecção da dignidade da pessoa humana, da igualdade, na responsabilidade, no equilíbrio e na proporcionalidade.

A dignidade da pessoa humana é um dos princípios fundamentais enunciado no art. 1º da Constituição. Postula o respeito recíproco de todos, o que implica o respeito dos seus direitos fundamentais. A igualdade é a decorrência do princípio da dignidade humana.

A igualdade está na base do princípio constitucional aclamado pelo art. 73º da constituição.

Sentido negativo – por um lado, traduz-se na proibição do arbítrio legislativo, outro na discriminação e privilégio que se projecta na exigência de fundamento material, tanto ou suficiente para a diferença de tratamento.

A diferenciação deve ser consoante o sistema constitucional – não se podem criar situações de desigualdade à margem dos princípios e objectivos constitucionais, considerados no seu conjunto, e deve ser justificada à luz das concretizações da ideia do Direito, da consciência da ordem jurídico-comunitária e da ordem de valores constitucionalmente aceites.

A ideia de igualdade obriga à diferenciação – ao tratamento desigual das situações desiguais ou semelhantes. O tratamento igual exige uma igualdade proporcional – tem de se atender ao grau de igualdade ou semelhança, não basta uma igualdade meramente formal.

Há que atenuar as desigualdades existentes, o que pode justificar a introdução de desigualdades correctivas.

A igualdade liga-se a expressões de justiça, que são designadas por:

1. **Justiça comutativa** – postula que não haja desigualdades inaceitáveis nas relações humanas; é importante no Direito das obrigações.
2. **Justiça distributiva** – os bens económicos, sociais e culturais devem ser distribuídos para que a cada um seja dado aquilo que merece; atende ao mérito de cada um. Para efeito, é necessário distinguir entre igualdade de oportunidades e igualdade de resultados (de bens atribuídos a diferentes pessoas sob o plano do esforço e da dedicação – não será senão discriminação, desigualdade e injustiça).
3. **Justiça redistributiva** – relacionada com o sentido do Direito positivo do princípio de igualdade e com o valor de solidariedade – os bens da sociedade não devem ficar distribuídos pelos cidadãos de classes e regiões, de modo demasiado assimétrico, justificando medidas fiscais correctivas e incentivos para as zonas mais pobres;
4. **Responsabilidade** – aquele que violar direitos juridicamente protegidos de outrem, deve indemnizar o lesado pelo dano causado.

Os meios utilizados pelo Direito devem ser racionalmente adequados, mais apropriados à realização dos fins da sociedade e dos seus membros. A proporcionalidade exige meios que não devem ser excessivos relativamente aos fins a atingir.

- 2. Liberdade** – tem de se respeitar, dentro da medida do possível, cada ser humano decida sobre a sua vida, a autodeterminação individual.

No plano colectivo, cada sociedade deve ter de decidir sobre o seu destino; cada Estado deve poder decidir sobre os seus fins (autodeterminação colectiva).

A liberdade postula a democracia, que é a forma de Estado que se baseia em instituições democráticas.

As instituições políticas são democráticas quando simultaneamente asseguram:

- Que os titulares do poder são eleitos por sufrágio universal, com base no princípio da maioria; e
- Respeitam a dignidade da pessoa humana, designadamente os direitos fundamentais de todos os seres humanos. **Portanto, não se baseiam apenas no princípio de maioria mas também diz respeito a cada um.**

Este fundamento de liberdade diz respeito ao valor fundamental de liberdade anunciado no art.º 27 da Constituição Portuguesa – “ninguém pode ser total ou parcialmente privado de liberdade, a não ser por sentença judicial condenatória, por acto punido por lei, sob pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança”.

Temos outros valores de liberdade como liberdade de expressão e informação, de consciência, de religião e de culto, de associação, de mercado, contratual, etc.

A própria titularidade de direitos subjectivos é uma expressão deste valor – cada um deve ter o máximo de liberdade, desde que não colida com a liberdade dos outros.

- 3. Lealdade e confiança** – exigência de expectativas objectivamente fundadas nas outras pessoas, projectando-se, por ex. na boa fé, na celebração e execução de contratos.

O valor de lealdade está subjacente à imposição de um dever de lealdade às pessoas que encontram em determinadas posições. A protecção da confiança encontra-se na expressão do princípio de confiança, segundo o qual aquele que cria a aparência de uma conduta jurídica, deve sobre certas condições considerar-se vinculado como se existisse essa conduta jurídica.

A máxima *pacta sunt servanda* pela qual os acordos livremente consagrados devem ser cumpridos encontra o seu fundamento em dois valores:

- **Liberdade** – vínculos contraídos por meio de um acto autónomo;
- **Confiança** – impõe a tutela jurídica de expectativas, criadas na promessa de prestação.

A cooperação não assenta só no valor de interesses mas também em solidariedade que o Direito realiza até certo ponto que se liga à justiça redistributiva.

- 4. Valores do bem-estar económico, social, cultural e ambiental** – também se ligam à justiça distributiva e redistributiva; para aplicação destes, impõem-se normas específicas a cada um.

Valores formais

- **Ordem e paz** – justificam a jurisprudência do Direito nas relações humanas;
- **Segurança** – postula a exclusão de arbitrariedade; os problemas jurídicos são resolvidos com base em regras jurídicas ou critérios objectivos na falta de regra;
- **Estabilidade e certeza do direito objectivo** – exige que as intervenções legislativas sejam prudentes e bem reflectidas. Constantes alterações na mesma regra comprometem o seu valor; é servida pela formulação de regras claras e precisas de fácil interpretação e primazia da lei, entre as fontes do Direito;
- **Previsibilidade das decisões judiciais** – depende do direito objectivo; sempre que os tribunais tenham problemas de interpretação, as suas decisões são menos previsíveis;
- **Certeza da continuidade das situações jurídicas** – é servida pela certeza e estabilidade de direito objectivo e pela previsibilidade das decisões judiciais – significa que as pessoas devem poder conhecer com facilidade as situações jurídicas constituídas, e que devem poder contar com a persistência destas concessões.

A relação deste valor com o Direito objectivo explica o princípio da retroactividade das leis

A certeza das situações jurídicas em ligação com a supremacia do Direito significa que as decisões jurisdicionais destinam a situação jurídica por forma definitiva.

Os valores formais e materiais podem entrar em conflito e têm de ser ponderados e conciliados. Por exemplo, a liberdade pode entrar em conflito com a justiça e a segurança jurídica tende a admitir a superioridade da justiça sobre os valores formais.

9ª Aula teórica – 22.10.2009

Término do capítulo sobre Direito e valores

Conceito de validade e vigência do Direito

Valor do Direito – fundamento último da ordem jurídica.

- **Validade formal** – a validade depende de condições formais;
- **Validade material** – desde logo, no caso da lei, a legitimidade do órgão legislativo e a regularidade do processo legislativo são condições formais seguidas normalmente por normas constitucionais.

Para alguns autores como Luman, **a validade dependeria apenas de condições formais** – o autor fala a este respeito de uma legitimidade pelo procedimento.

Outros correntes também falam de uma cláusula operacional do sistema jurídico – o Direito controlaria a produção dos seus próprios elementos.

Perspectivas

- A validade do Direito não pode ser alheia à legitimidade do poder e à regularidade do processo por que ele é criado.

Não se pode prescindir de condições materiais de validade – a coerência do sistema jurídico postula que a validade das suas regras que o compõe seja controlada quanto ao seu conteúdo, à face de regras e princípios de escalão superior.

- A questão da legitimidade do poder não pode ser dissociada da aptidão do conteúdo do Direito perante a consciência dos membros da sociedade, para a realização dos seus fins em sociedade.
- A validade também depende de condições materiais relativas ao conteúdo da regra, da sua compatibilidade ou regras e princípios hierarquicamente superiores – designadamente os constitucionais.

Poderá haver limite de critérios supra-positivos de justiça que não resultam de princípios jurídicos em vigor?

O dever de obediência à lei não pode ser afastado com fundamento de injustiça ou na imoralidade da regra legal. Art. 78/nº2 do Código Civil.

Só revelam indirectamente no plano de interpretação com base na presunção que consta no nº3 do art. 9º do Código Civil, segundo o qual, na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções acertadas.

Qual a validade das declarações da lei sobre os seus limites de validade?

1. **Limites materiais de validade supra-positivos** – resultam quanto ao Direito estadual, infra-estadual e para-estadual; tutela de um núcleo irreduzível de Direitos fundamentais e o Direito internacional público.
2. **Limites correntes de valores e princípios estruturantes de uma determinada sociedade estadual subjacente ao sistema, e socialmente reconhecidos** – podem resultar da moral, quanto aos seus sectores que reúnem consenso social. O Direito não pode impor condutas que sejam imorais.

Validade e vigência

Para Oliveira Ascensão, a lei que viola o Direito natural é Direito, é uma mera aparência fundada na força. Esta lei ou ordem ainda é Direito vigente mas não é Direito positivo, o que pode gerar confusão uma vez que não se trata de verdadeiro Direito, embora em certos casos haja que tratá-lo como tal.

Relação entre validade e vigência

É certo que só vincula o Direito válido, mas a vigência é mais que a validade; a validade é apenas um dos pressupostos da vigência.

Pressupostos da vigência

1. A regra tem de existir – processo da sua criação tem de estar completo;
2. A regra tem de ser válida;
3. A regra tem de ser eficaz;
4. A regra tem de ser Direito positivo válido em vigor.

Só quando reunidos estes pressupostos é que sabemos que se trata de Direito vigente.

A inefectividade de uma regra não atinge a sua vigência, no entanto pode ser um indício de invalidade, é incoerente com valores socialmente reconhecidos.

Cap. V – Delimitação do Direito face a outros sectores normativos

A ordem jurídica e ordens religiosas

Nas sociedades ditas primitivas, é difícil distinguir regras jurídicas de regras religiosas e morais. A ordem normativa da sociedade surge como um conjunto unitário.

Houve um processo mediante o qual, Direito, normas religiosas e morais passam a ser **encarados como corpos normativos distintos da ordem social, que desempenham funções diferentes no sistema social.**

O nível deste alcance de diferenciação é muito diferente em todas as sociedades, mesmo nas sociedades modernas.

Nas sociedades modernas, a ordem normativa caracteriza-se pela complexidade e um dos aspectos desta é a existência de vários sectores normativos. Além das regras e princípios jurídicos, há regras e princípios de outros vectores normativos.

Coloca-se o problema de delimitação desses sectores normativos:

- Do Direito;
- Da moral;
- Das regras religiosas;
- Do trato social;
- Etc.

A utilização do conceito de ordem em relação à moral é ponto controverso.

Em rigor, não devemos falar só deste problema entre ordens normativas porque não podem haver regras sociais que não integram uma ordem normativa.

Por exemplo, as regras de superstições não integram numa ordem religiosa como também as regras do trato social não formam, tipicamente, uma ordem.

Distinção entre ordem jurídica e normas religiosas

- Parte do princípio de que todas as religiões são ordens normativas mas há uma diferença entre as religiões que assentam num sentido de autoridade e as que se baseiam num processo de identificação, inspirado no culto dos antepassados.

São assinaladas quatro diferenças entre a ordem jurídica e as ordens religiosas

1. As normas religiosas são internas porque regulam as relações de cada um com Deus;
2. As normas religiosas não têm em primeira linha uma função de ordenação social, embora se projecte nela, uma vez que os deveres religiosos têm que ver com a conduta em sociedade e na sociedade; a ordem religiosa é intrasubjectiva enquanto o Direito é intersubjectivo.

3. A ordem religiosa tem sentido transcendente – a dimensão social da ordem religiosa tem como função criar a ordem religiosa definitiva que já não é deste mundo; **este sentido de transcendência é desconhecido do Direito** – este apenas procura realizar a justiça nas relações sociais.
4. As normas religiosas não são assistidas de coercibilidade e só vinculam alguns membros, ao passo que o Direito vincula todos os membros da sociedade e a ordem jurídica estadual é dotada de coercibilidade.

As normas religiosas assentam na fé – fundamentam-se na divindade.

A relevância das normas religiosas na vida social tem variado muito ao longo do tempo. Qualquer que seja o seu peso, não há dúvida que as principais religiões marcaram profundamente a cultura das sociedades actuais, como por exemplo a religião cristã.

Ordem jurídica e Moral

Moral – o que é? Perspectivas

1. **Material** – é caracterizada pelo objecto do problema moral e pelo fim – trata-se de uma perspectiva material. Dentro desta, encontramos concepções subjectivistas e concepções objectivistas.

Concepção subjectivista: a moral é uma ordem de condutas que visa o aperfeiçoamento da pessoa, dirigindo-se para o bem. (posição de Oliveira Ascensão)

Concepção objectivista: a moral diz respeito a problemas relativos a aspectos vitais da convivência humana, às condições essenciais da vida em sociedade, restrição e controlo do uso da força, distribuição de recursos e princípios da propriedade.

2. **Formal** – a moral é caracterizada por uma atitude perante um problema; é também caracterizada por um juízo imperativo generalizado a situações similares, e superior a qualquer outro juízo conflituante.

Esta ordem de condutas, constitui um imperativo de consciência.

Diferenças entre Direito e moral

1. **Consiste na relativa interioridade da moral perante a relativa exteriorização do Direito** – Kant distingue moral interna da ordem social, relativa ao aspecto exterior da conduta – a designação Kantiana não é correcta porque ao Direito não interessa apenas o aspecto exterior da conduta, sendo que o Direito caracteriza-se por uma exterioridade relativa; só interessa numa determinada conduta interior quando ela se projectou exteriormente. Tem como ponto de partida o lado externo da existência.

O Direito quer estabelecer uma ordem projecta no exterior em princípio só quando há uma conduta ilícita é que o Direito se interessa pela atitude interior.

A moral também se caracteriza apenas por uma relativa interioridade, ela não é somente interior – não se satisfaz com a exigência de praticar o bem, por isso, diz-se que não se satisfaz, **a priori**, com a intenção de praticar o bem. A moral exige que se pratique o bem. A violação traduz-se numa conduta mais grave que a mera disposição interior.

O cerne de toda a moral pode ser visto como respeito mútuo; a moral tem necessariamente dimensão social:

Podemos falar de uma moral positiva formada por regras formais que correspondem às certas morais de um grupo, pelo conjunto das regras morais que vigoram numa sociedade.

A objectividade e subjectividade da moral são relativas

Há quem questione a existência de uma moral positiva nas sociedades modernas pluralistas. Haveria uma pluralidade de concepções morais, sendo uma vigorante em toda a sociedade.

Ao Direito não cabe a função de garantir determinada concepção ética.

Algo radicalmente diferente se passa com o Direito – este contém regras e princípios que em princípio vinculam todos os membros da sociedade, independentemente das suas opiniões.

- No Direito há uma hetero-vinculação – caracteriza-se pela **heteronomia**; enquanto
- A moral caracteriza-se pela sua **autonomia** – a definição de Direito moral passa pela adesão da consciência a uma exigência de conduta.

Na moral há uma subjectividade irreduzível, sendo que a objectividade e a positividade da moral não podem ser comparadas com as do Direito.

2. Autonomia da moral e heteronomia do Direito

3. Fins e perspectivas

- No Direito, trata-se da conformação da ordem social.
- A moral é dirigida ao aperfeiçoamento da pessoa em direcção ao bem. É relativa, pois também pode dizer respeito à resolução de problemas da vida em sociedade.
- A moral só introduz deveres e não atribui direitos. Caracteriza-se pela imperatividade – sendo discutível a garantia de um núcleo de certos direitos fundamentais.

4. Grau de institucionalização – A ordem jurídica estadual tem em grande peso, elementos institucionalizados que apresentam um grau de desenvolvimento de formalização e processo que não encontra paralelo na moral.

Diferenciação entre moral e Direito

Há condicionalismos histórico-culturais do que uma diferença intrínseca entre eles. A moral não tem órgãos legislativos nem de aplicação, a única fonte da moral é o costume.

As normas reguladas pela institucionalização do Direito regulam os problemas da vida em sociedade, e no seu aspecto carecem da sua vinculação na vinculatividade própria do Direito.

A moral é sempre fragmentária – assenta sobre princípios gerais e de conteúdo relativamente indeterminado. A sanção moral é a censura e a rejeição social, não é juridicamente organizada mas pode ser eficaz.

Distinção de Direito e moral quando tomados no seu conjunto entre normas jurídicas e normais morais – quando as regras judiciais são moralmente neutras e, claro, as regras morais não têm relevância nas regras jurídicas.

A relevância directa da conduta importa atender ao sistema jurídico; a prática dos órgãos de realização de Direito ao entendimento da comunidade jurídica, mas em muitos casos há uma interpretação da moral no Direito. Por exemplo, a proibição de matar.

- **Quando é que as normas morais vinculam juridicamente?**

Em princípio quando a ordem jurídica remete para as ordens morais quando elas se conformam com os princípios de critérios de valoração da ordem jurídica vigente.

- **O Direito também remete para valorações extra-jurídicas, mas esta não é incondicional.** São, por isso, valorações a que estão subordinados os critérios de valoração jurídica, relativamente aos que resultam da Constituição portuguesa.
- Inversamente, a moral também contribui para o estabelecimento de limites materiais à validade do Direito.

Ordem jurídica e regras do trato social

A ordem do trato social é um conjunto de regras de ordenação social que tem em vista tornar a vida social mais perfeita e agradável, portanto, melhorar a convivência.

Fala-se de regras de cortesia e de fidelidade mas estas expressões tendem a ser mais restritas. **Forma de sanção social** – por exemplo, o respeito do acesso da fila a um transporte público.

Muitas destas regras formam-se no interior do círculo social – será uma verdadeira ordem?

Na opinião do Prof. Lima Pinheiro, o trato social não se trata de uma ordem normativa, mas sim as regras dispersas que algumas áreas formam conjuntas.

- Estas regras existem com um sentido de **dever-ser**, com um critério de valoração de conduta e, portanto, não são meros usos – são regras de conduta social mas não formam uma ordem normativa.
- Estas regras diferem da moral e do Direito, já que por definição não são essenciais para a institucionalização da sociedade, pelo carácter “desarrumado” da sua génese e pela necessária ausência de coercibilidade.

O Direito e a moral são essenciais para a vida em sociedade e sua ordem normativa, ao passo que as regras de trato social não relevam, embora a tornem mais fácil e agradável.

→ **Acção moral – acção má;**

→ **Acção ilícita – reprovação sancionatória.**

→ Quando se trata de regras de trato social, fala-se de uma acção que é bonita ou feia – na conformação ou na violação da regra do trato social, respectivamente.

O carácter desorganizado e a ausência de coercibilidade distinguem-se da ordem jurídica estadual, mas não se distinguem quer da moral, quer do Direito.

10º Aula teórica – 27.10.2009

Capítulo I: conclusão da caracterização da ordem jurídica

A complexidade e pluridimensionalidade do Direito

Como diz Larenz, o Direito é um fenómeno complexo que se manifesta em diferentes planos do ser em diferentes contextos.

O direito tem várias dimensões. É também uma realização romana que integra cada sociedade e acompanha a sua modificação. O direito varia conforme a sociedade e o tempo histórico.

O direito é situado no tempo e no espaço, por isto, é muito difícil ou quase impossível dar uma definição de direito.

A ordem jurídica integra valores jurídicos, meios de tutela jurídica, estruturas sociais juridicamente relevantes e as situações jurídicas concretas mas esta soma de elementos não capta o sentido do direito.

Notas do conceito de direito

Caracterizar o direito por um conjunto de notas em que nenhuma delas é, por si, decisiva

Se falarmos de ordens jurídicas estaduais, supra-estaduais ou de direito autónomo:

- Direito das sociedades organizadas em Estado;
- Direito das sociedades ditas primitivas.

Se pensarmos nas ordens jurídicas actuais no seu conjunto, o Direito revela-se socialmente:

- **Ordem normativa da sociedade** – dimensão normativa do direito – não é uma ordem qualquer pois é a ordem normativa da sociedade por excelência devido ao seu objecto serem relações inter-subjectivas que decorrem da exterioridade.
- O direito regula aspectos da cooperação e do conflito social a atribuição de bens e organização de poder;
- É uma ordem orientada a valores fundamentais para conservação e progresso da sociedade e dos seres humanos que a compõem – dimensão axiológica do direito.

Verifica-se na ordem jurídicas estaduais e supra-estaduais.

Se pensarmos na ordem jurídica estadual, podemos dizer que a avançada institucionalização passa por um elevado grau de institucionalização da sua ordem jurídica.

Esta exprime-se pela:

- Existência de órgãos que têm a seu cargo a criação e aplicação de regras jurídicas;
- Formalização e processualização das regras jurídicas e sua aplicação;
- Disponibilidade de meios coercivos ao serviço de um sistema organizado de sanções.

Estas notas dão-nos uma imagem relativamente fiel do direito e ajudam-nos a classificar uma ordem ou complexo normativo como jurídico ou não jurídico.

A partir do momento em que qualificamos uma ordem como jurídica, a juridicidade de uma regra dependerá da sua inserção nessa ordem.

A inserção da regra no sistema depende da verificação dos pressupostos de vigência.

Referências às funções do direito

Esta institucionalização da ordem jurídica estadual é também acompanhada de uma funcionalização em que o direito é visto como realidade dada e como instrumento de serviço a fins racionais, entre eles transformar a própria racionalidade.

Função do direito – está em vista o fim e o resultado; não estão só em conta os valores como mas também os resultados a que conduz.

- Em termos gerais, o direito desempenha uma função institucionalizadora e uma função de resolução dos conflitos sociais;
- O direito pode ainda desempenhar uma função transformadora;
- Para se saber até que ponto o desempenho do direito é satisfatório, olha-se para os fins e os resultados a que conduz.

Caracterização das ciências que estudam o direito

Noções gerais

Ciências que estudam o direito e ciência do direito

Direito é um fenómeno complexo que se manifesta em diferentes planos da realidade e pode ser estudado em diferentes perspectivas. O direito surge como objecto de diferentes ciências.

A ciência do direito é uma delas. É aquela que examina o direito como fenómeno normativo.

A história, sociologia ou filosofia são ciências que examinam capítulos especiais do direito na perspectiva a que lhes diz respeito.

- Enquanto fenómeno histórico, o direito é objecto da história do direito;
- Enquanto fenómeno social, o direito é objecto da sociologia do direito.

Como manifestação cultural do homem, o direito interessa à etimologia ou antropologia cultural dando origem a uma etimologia ou antropologia cultural.

Esta ciência tem vindo a estudar apenas as sociedades tradicionais.

Há uma ciência nova, a etologia – usos sociais. Estuda o comportamento dos animais vivendo em grupo, numerosos animais vivem consoante os usos de uma sociedade.

Levou a defender que mesmo nas sociedades humanas primitivas tínhamos usos e sem moral ou direito. É controversa como resulta da implicação entre sociedade e direito.

As questões últimas sobre o sentido, o fundamento, a validade e o método do direito são objecto da filosofia do direito.

O direito comparado é estudado face à pluralidade de sistemas jurídicos e procura encontrar uma teoria para a classificação dos sistemas e pretende ter em vista desenvolver métodos frutuozos para a comparação de direitos.

Outras são as ciências auxiliares do direito, por exemplo, a medicina legal. Não têm o direito como objecto mas pode ter relevância na sua aplicação.

Política legislativa

A ordem jurídica está sujeita à evolução e ao aperfeiçoamento. Estuda as melhores formas de melhorar a ordem jurídica através da legislação.

Aqui surge a diferença entre:

- **Direito instituído (ou em vigor) e Melhor direito (o que se deve constituir)** – o jurista pode ter uma opinião sobre o direito que deve vigorar mas deve determinar o direito vigente com base no sistema de fontes, relevantes critérios de interpretação e integração de lacunas e não na sua opinião.

A política legislativa é uma ciência que não tem por objecto o direito vigente mas sim a reforma do direito. Em sentido mais amplo fala-se de forma a abranger o desenvolvimento da ordem jurídica feito pela jurisprudência e doutrina.

História do direito

Generalidades

O ser humano é um ser histórico. O seu passado é parte integrante do seu ser actual. O seu passado pessoal, sociedade em que pertence e cultura que participa.

A história do direito visa constituir as ordens jurídicas que vigoraram no passado. O estudo do direito das épocas jurídicas passadas de povos actuais é direito.

A história do direito é a parte da história que estuda a realidade jurídica.

Conteúdos

- **História das fontes do direito** – processos de criação de regras jurídicas;
- Institutos jurídicos que vigoraram, procedendo à interpretação das fontes;
- Pensamento jurídico e metodologia jurídica – nesta medida a própria ciência do direito torna-se objecto da história do direito enquanto história do pensamento jurídico.

Torna-se assim possível caracterizar as ordens jurídicas passadas conforme os seus institutos.

Função explicativa da história

Para constituir uma ordem jurídica, tem que se fazer mais do que descrever essa ordem. A história tem de explicar os factores que a caracterizavam e em que sociedades se integravam.

A história do direito não é um ramo divorciado da história geral de uma sociedade. É antes o ramo dessa que se destina à reconstituição de uma ordem jurídica mas o facto de haver uma certa autonomia na evolução da ordem jurídica relativamente às vicissitudes políticas ou sociais, não autoriza que estudemos o direito fora do contexto social.

Método

Quanto ao método, é necessária uma pesquisa minuciosa das fontes do direito em sentido instrumental (documentos que contêm os preceitos).

Sobre tais fontes recolhidas, deve fazer-se uma crítica histórica que é externa quando se averigua se o documento é autêntico e genuíno. A crítica é interna quando se apura o sentido do texto mas mesmo depois de captado, o historiador tem que defrontar com a credibilidade.

Importância

No contexto de um curso de direito, é de sublinhar que a história do direito tem uma grande importância para a compreensão da ordem jurídica actual. É útil conhecer os elementos duradouros que se mantêm do passado— porque têm justificação intrínseca ou opção histórica que não se põe em causa.

Sociologia

Objecto de estudo

O direito é também encarado como fenómeno social com o papel num sistema social.

Os pressupostos e as consequências do direito, as instituições, desempenho da sociedade, relações sociais que o direito conforma.

Indagamos das condições do surgimento e efectividade do direito.

É a sociologia da constituição, vigência fáctica e desenvolvimento do direito.

Método

É um ramo especial da sociologia. Deixa de ser auxiliar da jurisprudência dos interesses tutelados pelo direito.

Para Max Weber não é sociologia dos factos mas a compreensiva que vê a conduta humana como significativa e conseqüentemente compreensível.

Quando é? Quando se dirige para um fim ou se orienta por certas expectativas.

Tem um sentido subjectivo tido em conta do agente no caso particular que é contrária a ciências de sentido objectivo, e sentido aproximativo que se verifica numa massa de casos.

Objectivo: nexos causais – sentido do agente é factor causal

Utiliza métodos de pesquisa empírica – inquéritos, análise de documentação.

A sociologia segue os seus métodos próprios mas não pode ignorar a normatividade das regras jurídicas e sua pretensão de vigência e determinam a conduta humana.

Importância – para a compreensão do direito pelo seu enquadramento no sistema social.

A sociologia é também importante ao nível de normas jurídicas singularmente consideradas. A realidade de sociedade atende à norma que constitui o pano a retende responder e também é importante para a própria interpretação da norma.

Direito comparado

Noção

É a disciplina que tem por objectivo estabelecer:

- Semelhanças e diferenças entre sistemas jurídicos na sua globalidade (**macro-comparação**);
- Os fins equivalentes em sistemas jurídicos diferentes nos institutos jurídicos (**micro-comparação**).

O direito comparado não é um ramo do direito, é uma disciplina científica por isso não há regras jurídicas de direito comparado.

Principais funções

O direito comparado desempenha múltiplas funções ao nível do direito nacional, supra-estadual e da cultura jurídica.

Direito nacional – o direito comparado é importante no instrumento da política legislativa na busca das melhores soluções.

- Serve a interpretação das regras jurídicas que são formuladas em estudo de direito estrangeiro e normas de conflitos de direito internacional privado;
- Serve para a integração de lacunas quando não for possível resolver o problema por via analógica ou princípio jurídico;

Ao nível do direito supra-estadual, verifica-se que o direito comparado serve a unificação internacional ou comunitária.

O direito comparado também releva na determinação dos limites que devem ser colocados a esta e à sua conjugação com o pluralismo jurídico.

Ao nível da cultural jurídica, é um meio de formação dos juristas em geral. O conhecimento dos diferentes sistemas jurídicos contribui para uma melhor comparação e compreensão do direito e do sistema jurídico nacional.

Método

Método comparativo que consiste em apurar semelhanças ou diferenças de sistemas e de institutos jurídicos. O método diz respeito à delimitação do que se vai comparar nos sistemas e ao procedimento comparativo. Os estudos comparativos podem ser bilaterais ou multilaterais quando abrangem dois ou mais sistemas.

11ª Aula teórica – 29.10.2009

Filosofia do Direito

A filosofia do Direito liga os principais problemas que o Direito suscita como manifestação cultural, às questões gerais e básicas da filosofia.

Questões últimas do sentido – fundamento, validade, método do Direito são objecto de estudo da filosofia do Direito. A filosofia também se ocupa da relação entre direito e justiça e direito e moral.

Têm variado os objectos de estudo de filosofia do Direito ao longo dos tempos. Pela tradição grega, a filosofia foi dominada pela consideração do fundamento da ordem jurídica.

O jus racionalismo ampliou o objecto de filosofia sobre as conclusões das leis naturais enquanto o positivismo reduz a filosofia à epistemologia – à filosofia da ciência do Direito – e o neokantismo dá continuidade a esta atitude, ao centrar a sua análise no exame de pressupostos fundamentais da ciência jurídica.

Correntes actuais

Na filosofia do Direito devem ser indicadas duas grandes áreas temáticas:

- **Epistemologia jurídica** – conhecimento jurídico e valor deste conhecimento que abrange a metodologia do Direito os modos de conhecimento e pensamento específicos jurídicos.

Por método entende-se a racionalização que é o procedimento a seguir no desenvolvimento da actividade jurídica.

- **Ética jurídica** – a partir da filosofia dos valores na 2ª metade do séc. XX, o núcleo da disciplina passa a ser a discussão e determinação dos valores do Direito, em particular a discussão sobre a justiça e a crítica da realidade jurídica, à luz desses valores.

Deve-se reconhecer que o Direito não se pode basear só em valores presentes na sociedade, também tem de haver escolhas entre valores em conflito que não pode pertencer à filosofia do Direito pois diz respeito à verdade objectiva.

Na escolha, trata-se de uma decisão que não é científica nem filosófica – mesmo que a filosofia não possa dar resposta última a estas questões, elas não deixam de ser objecto do seu estudo.

Significado para a ciência do Direito

Enquanto epistemologia, debruça-se entre outros aspectos sobre a metodologia do Direito que é um terreno intermédio entre a ciência do Direito e a filosofia do Direito. A ciência do Direito é objecto de análise a crítica da metodologia.

- As questões últimas sobre metodologia já transcendem a ciência do Direito pois a metodologia conduz à filosofia.

A lógica e teoria da linguagem também interessam à ciência do Direito. Enquanto ética jurídica, a filosofia interessa à ciência porque as regras têm de ser compreendidas à luz dos valores que visam realizar.

Ciência do Direito

Caracterização

- A ciência do Direito ocupa-se do Direito enquanto fenómeno normativo, encara o Direito como uma ordem que valora a conduta em sociedade tendo em vista da realização de determinados valores. Para a ciência do Direito a especial importância remete para o direito como dever-ser.
- A ciência do Direito é uma ciência normativa não porque lhe pertence criar normas mas porque constitui um conjunto de enunciados sobre o Direito vigente, querendo isto dizer que a ciência jurídica se pronuncia sobre a validade das normas bem como o seu conteúdo de sentido.

A ciência jurídica responde à questão de saber se a norma vigora e à questão do sentido que deve ser atribuído a uma proposição jurídica.

- A ciência do Direito não se ocupa apenas das normas singularmente consideradas, também tem permissão de cuidar da formação do sistema normativo e enquadrar todos os elementos com que opera (Savigny assinala que a ciência do Direito está orientada à revelação e aperfeiçoamento da unidade irremediavelmente do Direito).

A ciência do direito, sobretudo quando referida a sistema jurídico estadual, tem em vista um ordenamento nacional determinado embora não possa ignorar outros ordenamentos.

Também se ocupa de problemas jurídicos que são gerais a vários ordenamentos, sendo o Direito comparado uma área da ciência do Direito.

Metodologia

Segue-se pelo método de racionalização do procedimento a observar o desenvolvimento da actividade cognoscível. A metodologia de uma ciência engloba os modos de procedimento e os modos específicos de pensamento dessa mesma.

Também aqui há grandes divergências, onde se podem distinguir:

- 1. Tendências conceptualistas** – centram os seus esforços na definição dos conceitos jurídicos e na construção de um sistema lógico, de uma pirâmide de conceitos construída por regras da lógica formal. Os conceitos são reconduzidos aos conceitos mais para um nível superior e assim sucessivamente até chegar ao conceito supremo;
- 2. Tendências teleológicas** – contrapuseram-se às tendências conceptualistas que defendem que as normas não se exprimem através da definição de conceitos jurídicos mas algures nas finalidades que prosseguem. O conceito supremo obtido pela generalização de todos os conceitos jurídicos será um conceito vazio – os conceitos nunca podem deduzir soluções;
- 3. Tendências analíticas (características positivismo normativo)** – centram a atenção o estudo da estrutura da regra jurídica e dos enunciados por onde se exprime. Dentro destas, remontam a Jhering as tendências mais sociológicas e mais axiológicas (observam o papel do Direito na sociedade ou atendem mais aos valores respectivamente).

Sociológicas – remontam designadamente à jurisprudência dos interesses que exprime que a norma tem sempre de ser entendida à luz dos interesses, ou seja, das apetências sociais que a norma visa satisfazer; as lacunas têm de ser resolvidas em falta de regra aplicável ao caso análogo através de uma valoração dos interesses em jogo, feita pelo intérprete.

Axiológicas – à jurisprudência dos interesses veio contrapor a jurisprudência das valorações, que o Direito só tutela os interesses dignos de protecção jurídica e que perante os conflitos de interesses, os decisivos são os critérios que permitem a sua valoração – mais importantes são os valores.

Nem todos os fins do Direito podem ser reconduzidos a apetências sociais – as normas jurídicas têm de ser entendidas à luz dos valores que pretendem realizar e na integração de lacunas, o juiz não deve proceder a uma livre ponderação dos interesses em jogo, mas sim respeitar os critérios de valoração da ordem jurídica.

Pressupõe uma avaliação dos interesses feita pelo legislador, distinguindo o critério da valoração do objecto da valoração que são os interesses.

Tem em virtude chamar a atenção dos fins sociopolíticos que são hoje determinantes em vastos sectores do Direito, adoptando uma estrutura funcionalista que ignora outros valores.

- A ciência do Direito encara a ordem jurídica como ordem com sentido normativo. Desde logo, a ciência do Direito trata de compreender as expressões linguísticas com sentido normativo.

Leis, actos administrativos, decisões jurisdicionais – expressões linguísticas são enunciados (conjunto de palavras falados ou escritos).

A compreensão das expressões linguísticas pode remeter para o sentido imediato da expressão, logo irreflexivo, ou o sentido da expressão pode ser problemático; só chegamos ao seu sentido através de uma reflexão – **esta traduz-se no interpretar da expressão linguística.**

Interpretar é a actividade de mediação pelo qual o intérprete compreende um texto que se tinha deparado problemático; o que é problemático exige reflexão e **reflexão** é colocar o problema sobre todos os ângulos que sejam significativos na óptica e para a óptica desse.

A ciência do Direito também compreende a mensagem contida numa norma que pode ser expressa através de outros sinais como sinais de trânsito; também tem de conhecer atitudes e disposições interiores – existência do costume – **a sua conduta tem de ser observada nos membros da sociedade, traduzindo uma convicção de vinculatividade.**

Convicção de vinculatividade – **disposição interior** (aqui ainda se pode falar de interpretação de condutas ou de disposições interiores).

Características fundamentais do pensamento jurídico

- Abstracção;
- Precisão.

O processo mental deve desenrolar-se com rapidez, seguindo-se as regras da lógica. E a abstracção é essencial para o exame da relevância, por exemplo para saber que regra jurídica se reconduz a uma determinada situação da vida.

Confusão entre rigor do raciocínio com o rigor da forma

Pode-se enquadrar numa categoria esquemática

A vida é sempre mais rica do que o sistema em que se pretende basear.

A aspiração ao rigor não pode levar o Direito a um esquematismo que desvirtue a realidade.

A metodologia jurídica tem que levar em conta que a toda a ordem jurídica subjazem valorações, por conseguinte, a ciência do Direito é tanto no domínio prático como no teórico, um pensamento, em grande medida, orientado por valores:

- A criação da norma requer uma valoração;
- A recondução das situações da vida à previsão da norma requer uma valoração;
- A integração de uma lacuna requer sempre uma valoração— é um pensamento que utiliza métodos de concretização, tipificação, analogia, redução teleológica.

Em suma, as características fundamentais do pensamento jurídico são:

- Racionalidade;
- Carácter interpretativo;
- Orientação a valores.

Teoria geral do Direito, ciência jurídica prática e dogmática

Por teoria geral do Direito, entende-se como a doutrina sobre a estrutura do sistema normativo e em especial da regra jurídica, sobre certos conceitos fundamentais que são comuns aos diferentes ramos do direito e sobre os modos de pensamento jurídico.

A teoria geral do Direito opõe-se às teorias especiais que são próprias de cada ramo do Direito. Geralmente em cada um deles, distingue-se uma parte geral e uma especial.

- A doutrina sobre a interpretação, integração e aplicação do Direito juntamente com a teoria da legislação pode ser incluída na ciência jurídica prática. **Esta contrapõe-se à ciência jurídica teórica, também designada como dogmática.**

A principal função da ciência do Direito é de natureza prática, dando apoio:

- Actividade e interpretação das proposições jurídicas;
- Integração de lacunas;
- Adaptação às circunstâncias do caso concreto;
- Harmonização das regras jurídicas entre si;
- Eliminação de contradições valorativas;
- Crítica da jurisprudência – a ciência jurídica é o juiz do juiz.

A dogmática será a parte da ciência do Direito que não está referida à prática.

A jurisprudência dos conceitos encara a dogmática como um sistema conceptual fechado, formado por axiomas estáveis que permitiriam responder às novas questões surgidas por via de operações lógicas.

Para o Prof. Lima Pinheiro, entende-se que a ciência do Direito tem que construir conceitos que correspondam o melhor possível às realidades relevantes, não sejam meramente formais, com que se possa operar, com sentido funcional e que devam reflectir valores jurídicos.

A dogmática não se preocupa apenas com a formação do sistema científico de conceito mas também com o aperfeiçoamento e desenvolvimento do sistema normativo – para isso tem de realizar uma indagação dos princípios jurídicos que estão subjacentes às regras jurídicas e dos nexos intra-sistemáticos, sendo estes que dão unidade ao sistema normativo.

Por isto, dogmática não pode ser alheia ao conteúdo valorativo do Direito.

A dogmática compreende um conjunto de conhecimentos inter-relacionados sob o Direito vigente que podem facilitar a sua apreensão e comunicação entre os juristas.

A parte teórica da ciência do Direito inclui o estudo da estrutura da norma e da sistemática.

Ciência jurídica e desenvolvimento e aperfeiçoamento do Direito

É capaz de adoptar uma postura crítica às normas, às decisões judiciais e em geral às decisões jurídicas que surgem por uma ordem jurídica.

Os critérios para a solução da crítica são dirigidos pelo próprio Direito positivo, pelos seus valores, princípios, normas e em especial, as normas e princípios constitucionais.

Esta crítica na lei pode sempre desembocar em formas concretas de reforma legislativa, pelo que, como diz Larenz, a ciência do Direito insinua no campo da política jurídica que não é alheia à missão do jurista, no sentido em que o intérprete, para compreender as proposições legais, tem de atender às opções políticas feitas pelo legislador.

No plano da integração da integração de lacunas, a política jurídica assume maior relevância para a ciência do Direito. Quando não for possível integrar a lacuna através da analogia o intérprete fica colocado numa posição semelhante ao legislador.

A ciência do Direito visa sempre chegar, em última análise, à solução válida mesmo que seja a solução válida apenas perante os princípios, regras e valores do sistema.

Ao resolver problemas de interpretação e ao integrar lacunas, a ciência jurídica está a criar soluções que representam um desenvolvimento e aperfeiçoamento do Direito, no quadro do sistema vigente.

A ciência do Direito não se limita a examinar se a solução é válida; tem permanentemente de preocupar-se com a revelação de princípios jurídicos e também com aspectos estruturais relativos à regra e ao sistema.

Formação jurídica

A formação jurídica diverge de país para país. Nos países latinos dá-se uma formação geral; a formação profissional é obtida fora da universidade, independente da carreira jurídica a que se destina. Por exemplo, para os magistrados existe o centro de estudos judiciais.

Como deve ser ensino do Direito?

O curso de Direito deve ter uma função formativa, querendo isto dizer que o ensino universitário deve proporcionar aos alunos a formação de raciocínio e quadros mentais próprios de uma ciência e uma técnica de base para exercer a profissão.

12ª Aula teórica – 03.11.2009

Critérios normativos – regras gerais e abstractas que assentam num principio de universalização – igualdade perante a lei e confiança.

Critérios não normativos

- Não se fundamentam em regras gerais e abstractas mas no principio da especialidade;
- Baseiam-se numa solução para cada caso e fornecem soluções que atendem à especificidade de cada caso.

A escolha dos critérios normativos ou não normativos – opção entre confiança e justiça

Prevalência da confiança ou da justiça

O critério normativo não atende à especialidade de cada caso concreto, sendo neste aspecto o critério não normativo que atendem mais ao critério da justiça.

Critérios não normativos

- **Discricionariedade** – atribuição do órgão decisório a possibilidade de decidir sobre o que for mais conveniente;
- **Equidade** – justiça do caso concreto (art. 404º do Código Civil).

Ao contrário da generalidade da regra jurídica, a equidade atribui a solução mais justa ao caso concreto mas não pode ser considerada como fonte do Direito.

Equidade – critério de solução de casos concretos.

- **Exclusivo** – art. 4º do Código Civil – admite o recurso da equidade: disposição legal que o permita. Parte convencional para a solução de recorrer à equidade como solução.
- **Concorrente** de soluções concretos – as soluções do caso são feitas por vias não normativas mas conjugam com um critério normativo – art. 494º.

Fontes de Direito

1. Atendem ao modo de formação

- **Fontes intencionais** – têm na sua origem um acto normativo. Exemplo: lei;
- **Fontes não intencionais** – têm na sua origem um acto involuntário de produção normativa. Exemplo: costume.

2. Atendem à eficácia

- **Fontes imediatas** – têm juridicidade própria, ou seja, valem por si e não necessitam de outra fonte que as qualifique como tal. Exemplo: lei;
- **Fontes mediatas** – são fontes que necessitam da qualificação de uma fonte imediata.

3. Atendem à origem

- **Fontes internas** – são fontes que têm origem na ordem jurídica de um ordenamento;
- **Fontes externas** – têm origem no ordenamento de outra ordem jurídica.

Fontes externas

Direito internacional público

- **Direito internacional comum** – costume internacional;
- **Direito internacional convencional** – convenções internacionais que dispõem na ordem portuguesa depois de aprovadas – elementos que se tornam vinculativos para o Estado, de acordo com o art. 8º/3 da Constituição Portuguesa.

Direito comunitário

- **Originário** – tratados na origem da comunidade europeia recebidos no ordenamento jurídico através do art. 8º/4 da Constituição;
- **Derivado** – proveniente das comissões comunitárias;
- Regulamentos, directrizes e decisões.

Preceitos legais

1º Ao 4º do Código Civil – objecto de fontes do Direito. As leis e as normas corporativas são fontes imediatas do Direito pois têm juridicidade própria.

Problema das fontes do Direito

Têm uma dimensão constitucional – sentido de eleger a lei como única fonte do Direito, sendo esta posição contra a posição do Prof. Lima Pinheiro. A lei tem primazia mas não exclusividade.

Conclusões

Não são definitivas pois a constituição impõe como primazia a lei como fonte do Direito interna mas nada determina as outras fontes de Direito internas.

Na falta de indicações de normas hierarquicamente superiores, os órgãos públicos têm uma posição vinculativa em relação às normas legais sobre as fontes do Direito.

13ª Aula teórica – 05.11.2009

Fontes de Direito

1. Lei

- **Sentido material** – enunciado linguístico que contenha regras jurídicas;
- **Sentido formal** – emana de um órgão com competência legislativa e no exercício da mesma competência (art. 112º/1 da Constituição).

Sentido formal

- **Assembleia da República** – leis (art. 161º/a e b, 163º, 168º, 166º/2, 168º/5);
- **Governo** – decretos-lei (198º/1);
- **Leis legislativas regionais** – decretos legislativos regulamentares (227º/1).

Relação entre sentidos

As leis podem ser simultaneamente formais e materiais – leis da Assembleia da República.

Em que sentido deve ser feita a referência à lei? Não há estabelecimento restritivo do seu sentido, pressupõe-se pela sua análise e interpretação.

Sentido material – acto normativo

- **Acto legislativo** – as leis em sentido formal decorrem de actos legislativos;
- **Acto regulamentar** – não estão abrangidos no art. 112º da Constituição. Estes podem criar outros actos regulamentares e revogar quaisquer preceitos, contrariamente ao acto legislativo.

Exemplos de actos regulamentares:

- **Governo** – decretos e decretos regulamentares;
- **Entidades (que não o Governo)** – regulamentos da administração autónoma – posturas e regulamentos municipais e juntas de freguesia;
- Portarias, despachos normativos, resoluções do conselho de ministros;
- **Estatutos** – regulamentos produzidos por pessoas colectivas de Direito público, destinados a definir a organização interna;
- **Regimentos** – definem o modo de funcionamento dos órgãos colectivos;
- **Instruções** – actos de carácter administrativo que regulam a organização de um serviço administrativo.

Actos normativos de carácter atípico

- Decretos do Presidente de República;
- Resoluções da Assembleia da República;
- Decretos dos representantes da República nas regiões autónomas.

A ordem jurídica portuguesa consente:

- **Leis centrais** – órgãos de soberania a vigorar em tal, o território nacional. Provêm ou da Assembleia (art. 166º/3) ou do Governo (art.198º/1 e 199º/c da constituição);
- **Leis locais** – provêm de autarquias locais (art.º 241);
- **Leis regionais** – vindas dos órgãos legislativos das regiões autónomas (art.227º/1).

Noção legal de lei – definida pelo art.º 1/2, 1ª parte, do Código Civil – disposições genéricas providas de órgãos estaduais competentes.

- É necessária a proveniência de um órgão estadual para produzir regras jurídicas;
- Carácter genérico das regras – vale para um número indeterminado de destinatários.

Confronto:

- **A definição dada pelo Código Civil não coincide com o sentido material** porque há leis que não provêm de órgãos estaduais;
- **A definição dada pelo Código Civil não coincide com o sentido formal uma vez que o Direito não é todo de origem estadual** – as ordens infra-estaduais também podem emanar regras jurídicas como é o caso das normas corporativas que são fontes imediatas de Direito (art.1º/1, 2ª parte). **Valor das normas corporativas – art.1º/3.**

Vícios do acto legislativo/normativo em geral

O acto pode ter um valor negativo que pode ser a existência, a invalidade e anulabilidade e a ineficácia (**estricto senso**) – todas elas são reconduzidas a uma ineficácia em **lato senso**.

- **Inexistência** – não é possível afirmar a existência/aparência de um acto – falta de promulgação do mesmo (art. 137º da constituição);
- **Invalidade** – mais grave que a anulabilidade representa inconstitucionalidade – a produção proíbe quaisquer efeitos pela lei (art. 134/1 da constituição);

Anulabilidade – impede a produção de efeitos depois da anulação do facto. Pode ser sanada através da confirmação ou ratificação do acto (por exemplo, o regulamento elaborado numa delegação de poderes que não existe);

- **Ineficácia (estricto senso)** – sendo este vício o mais grave, reporta para a verificação do próprio órgão legislativo no que responde à aplicação do Direito (art. 286º do CC).

Corresponde a uma regularidade no seu processo de formação, é válido mas não produz qualquer efeito. Por exemplo a falta da sua publicação (art.119º/1 constituição).

14ª Aula teórica – 10.11.2009

15ª Aula teórica – 12.11.2009

Fontes de Direito

2. Usos e costumes

São práticas sociais reiteradas. Tais condutas criam expectativas recíprocas e complementares ao comportamento das pessoas.

A institucionalização da sociedade requer mais que práticas reiteradas – disposição de direitos e imposições de deveres.

Convicção geral – comportamento juridicamente relevante

Convicção de obrigatoriedade (vinculatividade) – costume – impõe deveres e atribui direitos.

Costume – prática social reiterada com convicção de vinculatividade

- **Modo de criação de regras jurídicas** – uso social + convicção de vinculatividade;
- Modo de criação na sua forma como direito consuetudinário.

Gilissen – os costumes dos povos que ainda não atingiram competência estadual têm relevância jurídica, uma vez que se baseiam no direito consuetudinário.

Nas sociedades actuais existem normas que não foram criadas por órgãos políticos de aplicação de direito, e a mesma não se deve apenas basear nisso, o que pressupõe a vigência do costume – refutado pelo Prof. Luís Lima Pinheiro.

Práticas dos órgãos políticos de aplicação de Direito

A aplicação do costume quando verdade, subordina a tutela jurídica – os órgãos públicos não aplicam as regras consuetudinárias mas as suas violações não têm susceptibilidade de reacção coerciva nas sanções.

O direito consuetudinário não é aplicado por órgãos públicos mas pode vigorar nas comunidades e sociedades actuais.

Usos – dizem respeito a uma regra jurídica de práticas religiosas, morais ou de trato social.

Atribuição do costume como regra jurídica

- **Convicção de vinculatividade** – o costume é vinculado juridicamente – presume a existência de direito consuetudinário;
- **Efectividade social** – a norma em função do seu conteúdo tem de se aplicar na corrente ordem jurídica.

Modalidades do costume

- Costume internacional e costume interno – vigoram num órgão jurídico estadual;
- Costume transnacional – não constitui fonte de direito internacional público.

Diferenças

Costume interno

- Geral – âmbito de aplicação da ordem;
- Local – área que constitui parte do território;
- Particular – certos grupos de pessoas ou vida social.

Geralmente, o costume local e particular reveste o direito consuetudinário.

O costume pode ser:

- Avaliado como fonte de Direito público;
- Avaliado como fonte de Direito privado.

Costume tradicional – traduz-se nos direitos arcaicos e forma-se espontaneamente como expressão directa da vida social (força da tradição).

Costume jurisprudencial – prática judicial que integra a consciência jurídica geral – integra também elementos intencionais para o reconhecimento do costume por parte dos órgãos.

Significado prático do costume

A valia prática do costume é inversamente proporcional à lei.

O direito consuetudinário recua quando a lei avança.

Os direitos mais desenvolvidos dizem respeito à lei enquanto os direitos menos estudados e desenvolvidos são dominados pelo costume.

Enquanto o direito consuetudinário tradicional manifesta-se no comportamento geral, a lei é emanada por órgãos competentes para tal efeito.

O costume acompanha o desenvolvimento da sociedade mas não a ultrapassa – molda-se à medida da realidade social ao passo que a legislação quando transforma a sociedade e não a acompanha na sua evolução, reporta para a sua inefectividade.

Sociedades estaduais

A lei tem prevalência sobre o costume.

Lei – encarada como a vontade colectiva. É o meio de acção do poder sobre a vida social. A função legislativa compete aos órgãos do poder político.

O formalismo reveste a norma legal legislativa e confere-lhe certeza e vinculatividade.

Considerar que o costume é fonte privilegiada do direito é refutado pelo Prof. Lima Pinheiro, que afirma que a lei está em primazia qualificativa e quantitativa, o que remete para a importância prática de criação jurídica.

Posição de hierarquia das fontes

Não decorre que o costume prevaleça sempre pela lei, uma vez que a lei tem primazia e não exige o monopólio de deterioração do Direito em relação ao poder político.

Outras formas de regras

- Costume – é fonte de direito;
- Regras de organizações sociais;
- Efeitos normativos de contratos jurídicos.

Relação entre costume e lei

Secundum legem – coincidem lei e costume. As duas interpretam-se uma pela outra;

Praeter legem – regra observada como costume. O costume não contraria, vai além da lei;

Contra legem – costume e lei estão em contradição.

Os modos de criação jurídica abrangem vários conjuntos. O costume é considerado fonte estadual e infra-estadual.

- O costume não pode prevalecer sobre o poder constituído legítimo;
- O costume tem um carácter maioritariamente local e particular.

A prevalência da lei não exclui a vigência do costume – desde que não contrarie as regras fundamentais. O costume não está subordinado a lei mas não pode estar contra ela.

16ª Aula teórica – 17.11.2009

Fontes de Direito: costume e usos

Costume

O código civil de Seabra e de 1966 reconhecem o costume como fonte mediata do Direito.

Direito consuetudinário, local e estrangeiro – **regime diferente de delegação própria**

O artigo 348º do Código Civil reconhece a base legal do costume que pode ser, em certos casos, fonte de Direito.

Aplicação do costume pelos órgãos públicos

O costume está sujeito a uma hierarquia de fontes, dado que se deve ter em conta o caso consoante a utilização da lei ou do costume.

Divergência entre determinação legal e regra consuetudinária

- O costume deve ser aplicado conforme os valores estabelecidos na ordem jurídica;
- O costume deve ser aplicado “praeter legem” quando a lei remete para os usos.

Dificuldades de aplicação do costume

- Carácter local;
- Inexistência de compilações ou estudo sobre costumes.

Usos

Os usos são praticados conforme os valores e princípios gerais aceites pela ordem jurídica.

São práticas sociais reiteradas que não acompanham vinculatividade, por isso nunca são fonte imediata de direito. São mediatos pois a lei ou uma regra consuetudinária lhe dá valor jurídico.

Exemplos de permissão para os usos: art. 763º/1, 885º/2, 937º, 1163º e 2326º.

Alcances

- Uso de Direito;
- Aspecto parcelar de uma relação típica;
- **Aplicáveis a nível supletivo** – afastados por estipulação em contrário das partes;
- **Surtem com um valor subsidiário à lei** – o que não quer dizer que a lei não lhe atribua valor superior a outras regras supletivas.

Usos – função interpretativa e integradora dos negócios jurídicos.

Interpretar – sentido em que é apreciado pelo intérprete com vista a esclarecer o que é normal e razoável (não corresponde à atribuição de valores aos usos).

Fontes de Direito

Jurisprudência

Função jurisdicional do Estado

Remete para a aplicação do acto por órgãos competentes com imparcialidade.

Independência dos tribunais: estes não estão sujeitos às decisões dos outros órgãos, distinguindo a hierarquia administrativa da judiciária.

Imparcialidade – o tribunal julga de forma livre e descompromete-se das partes em causa. O exercício da função jurisdicional resolve o caso concreto que culmina no julgamento.

Jurisprudência como fonte de Direito complementar

A criação do direito está principalmente a cargo do poder legislativo mas a decisão do tribunal, em regra, é utilizada para resolver o caso concreto.

Resolução do caso concreto:

- Por interpretação da lei;
- Por integração de lacunas.

Significado da resolução de casos semelhantes:

- **Common law** – sistema do caso precedente;
- **Romano-germânico** – as regras não estão formalmente isoladas para decidir o mesmo em casos semelhantes. A lei aplicada só tem importância imediata no caso concreto.

Família romano-germânica

Solução: a interpretação concreta da lei resolve o caso desde que esta seja uma decisão válida pela aprovação do sistema.

A jurisprudência, sendo a previsibilidade das soluções pela confiança, vê o direito vigente pelo direito dos juristas (no entanto, não há vinculação formal ao precedente).

A jurisprudência é fonte mediata do Direito como a lei declara. Esta fonte tem valor mediato se for atribuído, única e exclusivamente, pela Constituição da república portuguesa.

Características

- É o resultado da actividade dos tribunais na resolução do caso concreto;
- Não é fonte de direito imediata para o nosso sistema.

Regra do precedente: faz parte de sistemas anglo-saxónicos (de common law); não há vinculatividade nas soluções dadas a caso semelhantes.

- Um tribunal inferior não tem que acatar as soluções de tribunais superiores.

Excepções (quando é utilizada a jurisprudência no nosso sistema)

- **Jurisprudência normativa** – acórdãos com fonte obrigatória geral – quando se dá a ilegalidade e inconstitucionalidade de uma lei;
- **Jurisprudência integrada no costume** – costume jurisprudencial – a fonte de direito imediata é o costume.

Uso – repetição constante da decisão no caso concreto – jurisprudência constante;

Convicção – tem que ser vinculativa em toda a comunidade em geral.

Em rigor, esta segunda excepção já é costume.

Jurisprudência – modo de formação e de revelação da regra jurídica.