

1.35

Luís

FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA

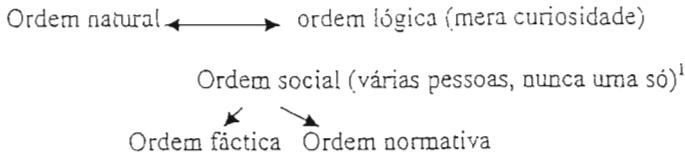
INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO

REGENTE – PROF. DOUTOR PAMPLONA CORTE REAL

SEBENTA I

[Compilação de Apontamentos Variados]

1º Ano – Turma A
Ano Lectivo 2003/2004



Ordem natural → necessária (causa, efeito) / exprime-se por leis inalteráveis (apenas mutáveis por influência de outras leis, ou por erro do homem) (contudo, uncertainty principle (teoria quântica) de Heisenberg, em princípios do século XX, abalou bastante esta ideia de que era possível sempre prever a Natureza). É uma ordem inata.

Ordem social → liberdade, pode ser transgredida. Fala-se, evidentemente, da liberdade em termos fácticos, e não em termos normativos. A liberdade de opção está na essência dos homens, que podem mudar a ordem social pela sua própria vontade. Os animais são considerados objectos pelo Direito (liberdade para Kant não existe, já que ele considera o Homem um fenómeno). É uma ordem de cultura, tradição (capacidade de transmissão de conhecimento). Contudo, também os animais parecem ter formas de transmitir a cultura, apesar de mais limitadas.²

Oliveira Ascensão – Homem é um ser livre.

Por muitas discussões que haja soube esta eventual liberdade do H, “o direito penal da culpa não pode ficar eternamente à espera de saber se o H é capaz de decisão livre. Temos de conseguir estudar Direito Penal sem sabermos o que é a liberdade”.

Podemos agir como o Professor Oliveira Ascensão, afirmando que na ordem social há liberdade, ou então podemos seguir outras ideias.

Hans Kelsen – normativismo / teoria pura do Direito.

→ **Ordem social** (ordem objectiva, apesar de não material, porque existe independentemente das pessoas que a observam. Tende, apesar das crises, a normalizar-se naturalmente):

- **ordem fáctica** – resulta da observação empírica. Os factos são o que existe, considerados sem referência a um aspecto valorativo. Ordem que a sociologia tenta descrever, numa análise geral. Pode-se dizer que se exprime por leis, mas são logicamente violáveis pela vontade do homem, são meramente indutivas.

- **ordem normativa** – É, também, um facto, um “ser”. Integra a sociedade. Só que tem carácter valorativo (há também noção de dever-ser). A norma é um ente que faz a ligação entre o facto e o valor.

- **ordem técnica** – exprime também ideia de dever ser, também se baseia em leis, só que não tem o carácter da imperatividade, tem apenas uma formulação condicional. Na ordem normativa, o desinteresse pela lei/norma traduz-se em rebelião, o que não acontece com a ordem técnica. A lei técnica, tal como a lei natural, é meramente descritiva. Podem é as leis técnicas estarem subscritas por normas éticas...

¹ Princípio do Estado de Natureza, em que sociedade é considerada como um contrato entre os homens, é actualmente criticada. O homem é naturalmente sociável.

² Houve movimentos deterministas que consideravam o evoluir da sociedade dependente de leis inexoráveis, não passando a liberdade humano de aparência. Não há argumentos lógicos para refutar estas, teses, mas parece haver muitas probabilidades de estar errada. Até mesmo actualmente os deterministas admitem uma certa margem de opção na sociedade.

Na visão do Professor Pamplona Corte Real esta característica da imperatividade é mais que um dever ser...

Ordem Social no sentido normativo (relacionado com a ideia de instituição):
(distinção de Professor Oliveira Ascensão):

- ordem moral
- ordem religiosa
- ordem de trato social
- ordem jurídica

O Professor Pamplona Corte Real faz a **associação entre o Direito e o poder**. O Direito vem sempre do poder. Dá, assim, a primazia à lei, apesar de não renegar o costume como fonte imediata do Direito. Só que tem uma posição secundária. O Direito é “aquilo” que manda na sociedade, tenta regulá-la, mudá-la por vezes. Esta é uma visão politizada do Direito.

O Professor Oliveira Ascensão tem uma **visão mais sociológica**. Vê o Direito como manifestação da ordem social. Como a ordem social contém nela a ideia de dever-ser (nas instituições), é normativa, parte dela para o Direito. A ordem social, e o Direito, não precisam de ter, assim, regras escritas. Contudo, critica o **empirismo**. Considera a base social condicionante fundamental da ordem jurídica, mas não determinante. O Direito não é o reflexo passivo do facto social, já que o Homem é livre de transformar a própria sociedade. Por outro lado, existem os perigos da indução, ao considerar que aquilo que as pessoas de determinada sociedade fazem é o que é correcto. Esta falácia do empirismo de concluir o ser para o dever-ser esquece-se das instituições. Há que olhar aos valores, e não aos factos somente...

O Prof. Castanheira Neves, entende que o Direito é uma **resposta a problemas jurídicos**. O jurista tem de tomar decisões, os advogados também, etc... Esses juristas têm, então, a visão do Direito como resposta a problemas. Há um caso que se apresenta a tribunal, e o Direito, não estando “cristalizado”, à espera do caso, é encontrado em função dele... Assim, não se parte das normas, mas dos problemas. Esta é uma visão mais jurídica. Contudo, o Prof. Castanheira Neves não faz uma **análise realista** do Direito. As regras não são somente as previsões das decisões do juiz. Para ele, as decisões devem ser feitas atendendo a uma valoração, isto é, o quid juris deve ser sempre auxiliado pelo quid jus... Há sempre excepções nos textos legais aquando da resolução de casos concretos. Os textos legais não têm resposta para todos os problemas.

As regras permissivas são regras não violáveis. Para Professor Oliveira Ascensão, a norma jurídica tanto pode ser preceptiva, como permissiva, mas são as regras preceptivas que constituem o Direito. As outras são meramente lacunares.

A norma não descreve um objecto pressuposto, mas atribui um valor, comando. É por isso que não pode ser verdadeira ou falsa.

Costume – “a definição mais habitual é a de costume como prática reiterada acompanhada da convicção da sua obrigatoriedade, o que não é muito verdadeiro... Isto

vale para as normas obrigatórias, porque também há as permissivas...” Mais correcto será considerar “acompanhado da sua juridicidade”.

Direito Objectivo – normas e princípios (dever-ser jurídico, em que se está mais perto de uma ordenação social – segundo o Prof. Oliveira Ascensão há prioridade do Direito Objectivo sobre o Direito Subjectivo): Regime jurídico em geral

Pode ser considerado como:

- conjunto de normas vigentes (ordem normativa)
- ideal de Justiça a atingir (pouco usado)
- ramo do saber (Direito – ciência que tem por objecto o Direito –

normas)

Perspectiva mais moderna: Direito como um sistema normativo já é em si a totalidade das soluções jurídicas positivadas, mas atendendo ao sentido do Direito relação entre o Dto e os sujeitos

Direito Subjectivo – pessoas individualmente consideradas. Posição de vantagem de uma pessoa reconhecida num sistema jurídico. É uma situação resultante da aplicação duma genérica previsão normativa.

O Professor Oliveira Ascensão está errado ao dizer que o costume tem de estar acompanhado da convicção da obrigatoriedade. Tem de haver juridicidade, que contém também a permissividade.

Constituição da Ordem Jurídica: q se explica nos regimes

Para o Professor Professor Oliveira Ascensão, a ordem jurídica subdivide-se em:

Órgãos – meio de formação e manifestação da vontade de uma pessoa colectiva.

Actividade jurídica – conjunto dos actos regulados pelo Direito, e dos actos jurígenos (que criam o Direito).

Instituições – elementos culturais que fazem a ligação e a vida em comunidade.

Fontes do Direito – modos de formação e revelação das normas, sem embargo de algumas fontes do Direito, em sentido formal, poderem em algumas situações incluir comandos concretos (leis medida, por exemplo, que se destinam a determinados casos concretos, e não têm essa generalidade) e não normas. Algumas fontes, como a Lei, em sentido formal, podem não conter normas jurídicas.³

Situações Jurídicas – posição de vantagem ou de desvantagem atribuída pelo ordenamento / concretização de normas jurídicas relativamente a um sujeito determinado / produto de uma decisão jurídica de um caso concreto (Menezes Cordeiro). As situações jurídicas podem ser activas (direitos) ou passivas (deveres). (estas situações pertencem já ao Direito subjectivo, mas ainda integram a ordem jurídica)

As regras são já a expressão da ordem jurídica, e não a ordem jurídica em si, para o Professor Oliveira Ascensão.

³ Para o Prof. Castanheira Neves, não haveria grande necessidade de falar em fontes. Uma perspectiva que não parte da normatividade pode reunir tudo em textos positivos.

De qualquer forma, pode-se criticar esta posição, já que as situações jurídicas não são mais do que a concretização das normas. Tal como as situações jurídicas, também os órgãos são o produto das normas. Existem, porque normativamente regulados. Logo, não se percebe porque é que o produto das normas faz parte da ordem jurídica, mas as normas em si não...

E o que é o Direito, então?

1 - Pode-se considerar como a totalidade destas realidades, sobrepondo-se assim à ordem jurídica.

2 - Ou então, pode-se considerar o Direito como a expressão desta ordem jurídica, correspondendo então ao conjunto das regras jurídicas (crítica em cima).

Constituição da norma jurídica

~~factis pécie~~ Previsão – é a descrição do real a que se associam certos efeitos jurídicos
Estatuição – associação de certos efeitos jurídicos à previsão de certos factos.

Pode-se dizer que a norma, através da previsão e estatuição, faz a ligação entre o valor e o facto. Não há sempre correspondência do artigo com a norma. Pode a previsão encontrar-se num, e a estatuição noutra, já que não há correspondência entre a norma e o enunciado legal.

CARACTERÍSTICAS DA ORDEM JURÍDICA:

Necessidade

Não há sociedade nenhuma sem Direito. Ubi Jus, ibi Societas.

Pode-se ter aqui uma visão utilitarista do Direito. O Direito é tão útil que é indispensável à sociedade.

Mas está relativamente errada. Não se trata aqui de utilidade. O Direito deriva da própria essência do Homem como animal social destinado a criar conflitos, que têm de ser regulados.

Imperatividade (ver atrás, na distinção com a ordem técnica) – tal como em todas as ordens éticas, normativas... As normas exigem realmente o seu cumprimento... Há, está claro, as normas de conflito, que não são de conduta... Mas são as normas de conduta, quer as permissivas, quer as preceptivas, a parte essencial do Direito. Todas as outras normas são acessórias das normas de conduta. O Direito não dá a hipótese ao destinatário de cumprir ou não as normas de conduta. Ele valora mesmo os comportamentos.

Esta imperatividade é reforçada por Professor Oliveira Ascensão através das sanções.

Para o Professor Pamplona Corte Real, contudo, é reforçada de outras formas:

1 - Sanções, que se destinam a positivá-la (ver à frente), tornando-a eficaz.⁴

⁴ Houve quem dissesse que se tratava apenas de um imperativo hipotético, já que poderíamos optar por cumprir ou não as normas, e acaretar ou não com as sanções. O Professor Oliveira Ascensão não concorda com esta teoria. A regra técnica é que é um autêntico imperativo hipotético – “se queres fazer isto, então, age assim” Não há qualquer tipo de noção de dever ser, de valoração.

2 – É também reforçada pelo facto de o acatamento exigido ser correcto, justificado, devido. Por exemplo, no sistema religioso, há imperatividade, mas ninguém é obrigado a segui-lo.

3 – imperatividade exige acatamento dos textos, cognoscibilidade, identificabilidade da norma. O Direito só é eficaz quando for possível conhecer as normas.

Estamos, está claro, a falar de imperatividade como uma característica geral do Direito... Senão, as normas permissivas não fariam parte do Direito (mesmo isto também é criticável).

Heteronomia (criação da regra é exterior ao sujeito e não tem nele a sua origem, na dependendo a sua validade dele), na medida em que se impõe ao sujeito, ao contrário da moral social ou das outras ordens. Mesmo considerando que o Direito vem de todos os destinatários, ele não vem de cada destinatário individualmente considerado, opondo-se a cada um deles).

Mas isto é muito criticável. O Professor Pamplona Corte Real replica que esta visão do Direito como produto dos seus destinatários diminui bastante a sua heteronomia. É preferível considerar o Direito heterónimo por provir especialmente do poder, mesmo que seja limitado pelos destinatários...

Coercibilidade

Considerações preliminares

A palavra susceptibilidade adequa-se, já que há muitas normas que são violadas mas cujos criminosos fogem, ou então não há queixa... Nem sempre se faz corresponder à violação de uma regra uma sanção.

É a susceptibilidade da aplicação coactiva da sanção e não da regra, porque:

- há regras que não têm sanção (não é argumento, já que esta é mais uma razão para que sejam coercivas)

- há sanções que não podem ser aplicadas coercivamente, nem precisam.

- há dificuldade em distinguir a aplicação da regra da da sua sanção (ex: figura da execução específica, comando quase automático, ou da sanção reconstitutiva)

- só no caso das sanções compulsórias é que as regras depois de violadas podem ser coactivamente impostas, nos outros casos a violação é irreparável (de qualquer forma, isto é criticável, atendendo ao facto de as sanções terem, como fim preventivo, o cumprimento final das normas, justificando-se aí a definição tradicional de coercibilidade)

Estatalidade

É uma pretensa característica, porque:

- se pode invocar o costume, que não é estatal.

- há ordens jurídicas infra e supra-estatais que também são reguladas pelo Direito.

Discussão muito mais importante é a de saber se o Direito é ou não a emancipação do poder. Discute-se a politicidade do Direito.

1 – Jusnaturalistas: defendem não só que o Direito provém de valores superiores ou da própria Natureza do Homem, mas também que o Direito emana dos destinatários, ou seja, dos membros da sociedade.

2 – Positivistas - O Direito emana do poder. Assim, o costume não teria qualquer tipo de relevância. O Direito seriam apenas as normas, libertas de qualquer tipo de metafísica.

Contudo, o Direito não é só emanção do poder político. Este poder é também limitado pelo próprio Direito, sendo uma fonte e um objecto de Direito → os titulares estão juridicamente definidos, o objecto é juridicamente limitado, e o exercício está regulado também pelo Direito.

Será a coercibilidade característica de toda a ordem jurídica?

Ordens jurídicas estatais

Se o poder do Estado for legítimo (por exemplo quando o poder do Estado é ilegítimo, os movimentos insurreccionais são lícitos), exceptuando a auto-tutela, só ele pode usar a força (monopólio da coerção), sendo certamente a coercibilidade uma sua característica.

O Estado na sua globalidade é coercivo, mas não em todas as normas jurídicas estatais (há regras jurídicas sem sanção e há regras jurídicas cuja sanção não pode ser coactivamente imposta). Assim, as regras jurídicas nunca poderão, individualmente consideradas, opor-se às regras morais pelo argumento da coercibilidade, já que algumas individualmente consideradas não obedecem a esta regra.

Ordens Jurídicas Supra-estatais

No Direito Canónico, forma de Direito supra-estadual, não há coercibilidade.

O problema do Direito Internacional Público é que a aplicação coactiva das sanções está impedida (países). O Estados emprestam a sua força apenas para aquilo que lhes interessa: há uma coercibilidade muito diminuída. De qualquer forma, prevê as sanções, e o seu cumprimento pela força. Afirma-se coactivo, só que é violado muitas vezes. Assim, a coercibilidade é característica do Direito Internacional Público, não fáctica mas normativamente. Apesar de tudo, pode ser que se caminhe para uma maior coercibilidade do Direito supra-estatal...

Ordens Jurídicas Infra-estatais

A nível infra-estatal, há sanções com grande importância. Elas, contudo, não podem ser aplicadas coactivamente.

Podemos aplicar a característica da coercibilidade a estes tipos de Direito, mas com bastante mais cuidado. Estes direitos estão muito próximos da coercibilidade. Reconhecem e são reconhecidos pelo Direito estatal (só algumas). Aproveitam a coercibilidade estatal.

Conclusão

Não devemos, assim, desligar coercibilidade de Direito.

Nota: Quando se diz: ordem estadual no seu conjunto é dotada de coercibilidade, há uma dúvida.. Se aparece uma regra, não se sabe se é Direito se é moral. Aqui, a coercibilidade nunca pode ser utilizada para os distinguir, para definir os limites do Direito.

Exterioridade (pretensa característica - melhor esclarecida em baixo)

Apesar de ser uma falsa característica, já que o Direito também é caracterizado pela interioridade, a verdade é que ele parte sempre de aspectos externos. Não há a aplicação de uma regra enquanto não houver uma manifestação física das intenções. (“Nuda Cogitatione Nemo Patitur” – ninguém sofre por causa de um simples pensamento”) Esta característica de exterioridade resulta da comparação com a interioridade da moral.

Distinção entre Direito e Moral:

Exterioridade (falar também da coercibilidade):

Termo “moral” tem um sentido que necessita de uma explicitação... Existe a moral social e a moral autónoma, numa primeira abordagem...

Tanto num como noutro caso, estamos a pensar numa imperatividade orientada para a figura do bem, tal como ela é entendida na sociedade.

A moral autónoma é de origem kantiana. É, portanto, o produto do sujeito livre, racional e com capacidade de valorar. A determinação dos valores em causa é feita pelo próprio sujeito. A moral social preocupa-se principalmente com aspectos exteriores, com a nossa conduta para com os outros. Há também a moral objectiva, patente por exemplo nos sistemas religiosos (Menezes Cordeiro – “Tese da Boa Fé e do Direito Civil”). Pode ainda haver moral humana no sentido universal, em que há valores independentes do espaço, tempo. Seria um paralelo do Direito Natural no lado jurídico⁵.

A exterioridade destina-se a distinguir o Direito da moral autónoma, não em relação à moral social. Para o Dr. Pedro Múrias, é muito discutível caracterizar a moral social pela interioridade. É que às vezes dá-se mais importância ao que se diz (relações entre as pessoas) do que ao que se pensa.

A moral autónoma, contudo, parte sempre de aspectos interiores.

Para Kant, a moral autónoma era preenchida pela boa vontade e pelo cumprimento do dever só pelo amor ao dever. Mas não é necessário que demos ao preenchimento da moral as conclusões de Kant. Podemos, antes, concluir que todas as nossas participações individuais são irrelevantes, desde que não haja conflito com a vida dos outros. Neste caso, a moral autónoma é profundamente exterior. Pode o indivíduo na sua valoração moral aceitar a relevância ética apenas dos comportamentos exteriores.

Será que todos os sistemas jurídicos foram caracterizados pela exterioridade?

Por exemplo, o totalitarismo... Com ele, o Estado, e o Direito, abrangem tudo... Ou a Inquisição... Alguns dos actos previstos na altura eram puramente interiores... Apesar de precisarem de uma expressão exterior que fosse além do pensamento para se descobrir a intenção, o Direito baseava-se nelas, regulava-as...

Logo, a exterioridade pode ser criticada como característica do Direito.

⁵ *Boa fé do Direito Jurídico”, Menezes Cordeiro*

A Heteronomia

A heteronomia distingue, por definição, o Direito da moral autónoma, na medida em que este emana de uma entidade independente, exterior ao sujeito, enquanto a moral é interior... Mas se nos estivermos a referir à moral social, já não é bem assim. As relações com os outros estão sempre reguladas por códigos éticos impostos pela sociedade. Haveria então uma heteronomia da moral social.

No Direito, há também alguns momentos de autonomia: a autonomia privada, prevista no 405º do CC, e também no que toca às regras que vinculam o Estado.

O Mínimo Ético.

Segundo a teoria do mínimo ético, o Direito, em si, também seria Moral. Corresponderia, no entanto, apenas àquelas regras morais cuja observância se impunha com o máximo de intensidade para preservar a paz, liberdade e segurança e, por isso mesmo, seriam assistidas de coercibilidade e de um aparelho coercitivo organizado. Imaginando a sobreposição normativa representada por dois círculos concêntricos, o Direito representaria o círculo de menor diâmetro e a moral o de maior diâmetro.

Só que nem toda a norma jurídica tem necessariamente uma conotação ética (opinião de todos os profs. da faculdade). Habitualmente são dados exemplos de normas de teor organizativo, como por exemplo o horário do funcionamento dos tribunais, ou a obrigação de conduzir pela direita, como não tendo absolutamente nenhum teor moral. Sendo assim, o Direito cruzar-se-ia com a moral nalgumas regras, mas haveria outras, tanto do Direito como da Moral, que nunca se cruzavam.

Contudo, o Dr. Pedro Múrias acha que as regras organizativas têm também valor ético. O facto de podermos optar por várias ordenações não significa que não haja uma que seja mais correcta. É necessário que a sociedade esteja organizada, para que não haja o caos... Esta visão de Múrias justifica-se se interpretarmos o Direito como uma resposta aos problemas práticos. Nesta actividade, é lógico que haja problemas que aceitem mais do que uma solução justa. Mas como as normas nascem duma resposta valorativa aos problemas práticos, elas têm obrigatoriamente de ter valor ético.

É lógico que se virmos a noção de Direito na perspectiva do Professor Pamplona Corte Real, isto é, como uma emanção do poder, a maior parte das regras do ordenamento jurídico será logicamente amoral (círculos secantes)

Contudo, esta teoria não diz apenas que o Direito em si é também moral. Diz simultaneamente que o Direito corresponde às regras morais mais importantes. Esta noção é muito discutível, porque há regras jurídicas sem grande relevância, e regras morais importantíssimas. Se concluirmos que todo o Direito é ético, mas não é o mais importante da ética, estaremos a pensar num círculo, que seria a moral, mas em que o Direito, apesar de estar incluído nesse círculo, representaria uma mancha difusa...

Distinção de Menezes Cordeiro (“Boa Fé do Direito Civil”).

Menezes Cordeiro defende que o Direito e a moral se distinguem através da ideia de “positividade”. Ele diz que só o Direito e não a moral são aptos para dirimir litígios sociais, a dar solução a problemas práticos. Porque diz isto? Porque parece ser apenas o Direito a possuir um acentuado grau de institucionalização, que se manifesta

através dos seus órgãos (tribunais), e só o Direito possui fontes universalmente reconhecidas e sistematizadas (leis). É esta a ideia de positividade. O Direito distingue-se na lei, e é através dela aplicado. Esta noção é semelhante à do Professor Pamplona Corte Real, só que este acrescenta a ideia de que a moral não é normativa, só o Direito.

Crítica do Dr. Pedro Múrias:

1 - Crítica mais básica: Menezes Cordeiro, com esta teoria da positividade, parece supor a separação rígida entre o Direito e a Moral, o que realmente não acontece. Só que há regras comuns às duas ordens.

2 - Mesmo que admitamos a secância entre Direito e Moral, a moral exerce sempre influências no Direito. Este recebe algumas normas morais para resolver os seus conflitos. O Prof. Menezes Cordeiro diz que a "Boa Fé" implica uma remissão para coordenadas éticas. Mas a cláusula geral dos bons costumes é uma cláusula que remete precisamente para padrões da moral dominante (280º do Código Civil). Portanto, pelo menos a moral social tem alguma positividade, pelo menos a moral social, que pelos vistos pode servir para resolver problemas e litígios entre as pessoas, ao contrário do que pensa Menezes Cordeiro.

3 - Muitos autores explicam os institutos jurídicos (conjunto de princípios que regulam matéria delimitada) através da referência à moral. O Prof. Canaris tem uma série de obras sobre tutela de confiança. Uma das subdivisões da sua obra é a da ética jurídica. Reconduz, portanto, o estudo jurídico a conceitos morais. Assim, a ética, através dos institutos jurídicos, vai contribuir para dar solução a problemas práticos que o Direito por si só não conseguiria resolver coercivamente. Em Direito Público, existe a doutrina das restrições ético-sociais à legítima defesa, em que apresenta "zonas imperfeitas", que vão ser decididas em relação a essas restrições éticas.

Assim, ou estas restrições éticas estão erradas, ou, como se deve confirmar, a moral tem alguma positividade.

Parece poder-se concluir com segurança que, apesar de sistemas distintos, a Moral e o Direito parecem interferir um no outro. Só autores radicais como Kelsen o negam. Pode-se comprovar isso, por exemplo, nos artigos 334, 280 e 340 do Código Civil, em que a expressão "bons costumes" faz uma remissão para a moral social.

Só o Prof. Pedro Vasconcelos defende a eticidade total do Direito (e o Dr. Pedro Múrias também), o que é, de facto, uma posição extrema.

Kelsen, no lado oposto, defende a separação radical entre Direito e Moral.

Posição do Professor Pamplona Corte Real para distinguir o ordenamento jurídico de todas as outras ordens → todos os outros sistemas não gozam de normatividade, sendo apenas uma normatividade difusa. Justificação:

1 - Só do Direito se pode dizer "está aqui", e valora. Só o Direito é identificável, já que só o Direito está objectivado, enquanto as outras ordens são confusas.

2 - Só o Direito se conseguiria impor na sociedade, podendo mesmo alterá-la.

3 - Só o Direito seria imposto a todos, enquanto as outras ordens dependem da adesão de cada um dos destinatários. (argumento da heteronomia).

1 – As normas de conflitos regulam as diferenças de normas, mas às vezes há conflitos nessas mesmas normas de conflitos, não se resolvendo estes. Ou os vemos na perspectiva de um Direito, ou do outro, ou de um que nada tem a ver com o caso concreto.

Por outro lado, todas as normas religiosas valoram, e têm regras semelhantes.

A diferença de argumentações em questões morais nada tem a ver com a normatividade da moral. Não quer dizer que as normas morais não existam, só quer dizer que não se descobriram. E o Direito em si muitas vezes não é objectivável.

2 – É certo que o Direito tem maiores e mais numerosos instrumentos para conseguir ser socialmente eficaz. Mas também há instrumentos de eficácia nos outros sistemas normativos. Em todos os meios, especialmente nos não urbanos, há normas que se manifestam com intensidade.

Os sociólogos do Direito (como o Prof. Boaventura Sousa Santos) têm acentuado que o cumprimento generalizado das regras jurídicas não depende tanto da sua consagração moral ou da sanção quanto do facto dessa norma jurídica corresponder ou não a manifestações culturais, sociais e religiosas. Porque é que todos os limites de velocidade são violados?

Afinal, o Direito carece de acordo de outras normas jurídicas para ser cumprido. Para o Professor Pamplona Corte Real, a normatividade e heteronomia confundem-se, são sinónimos. Heteronomia e imperatividade também. Logo, neste e nos outros argumentos existe mais um problema conceptual do que ideológico.

3 – Só o Direito é normativo porque as outras ordens dependem da adesão do sujeito (principal argumento) Identificação

As ordens religiosas são heterónomas. Na perspectiva das pessoas crentes, o acto de “invocar o nome de Deus em vão”, por exemplo. Na perspectiva dessas pessoas, as suas normas aplicam-se a todos os outros seres humanos. É tudo uma questão de perspectiva. A liberdade de adesão não justifica ausência de normatividade. Nestas sociedades religiosas, as pessoas muitas vezes colocam as regras religiosas num ponto acima das estatais.

Outro exemplo, desta relacionado com o Direito: a Declaração de Independência da Guiné Bissau – sobre o ponto de vista português, era inválida, sobre o ponto de vista internacional, era válida. Portanto, temos de nos por numa perspectiva ou noutra.

Assim, a possibilidade de adesão ou não não retira normatividade às outras ordens.

Será que a moral autónoma é normativa ou não? Aqui não se pode utilizar o mesmo argumento das perspectivas (usado com as ordens religiosas)... Cada um de nós tem a sua perspectiva pessoal, e não é influenciado por ninguém... Neste caso, a moral é produzida pelo próprio destinatário.

O Professor Pamplona Corte Real defende que as normas da moral autónoma não devem ser consideradas como tal, já que não se impõem ao sujeito. Cada um tem a sua consciência, e cada um tem o campo valorativo que quiser, quer aja, quer não segundo ele...

O problema parece estar na noção de norma. É preciso esclarecer melhor este conceito. Existem:

- as proposições, que representam apenas algo que está fora delas. Podem ser verdadeiras ou falsas. Não alteram aquilo a que se referem.

- a noção de dever ser (latissimo sensu), realidade “deôntica”, que é diferente das proposições. Esta atribui valor, predicado ao sujeito, valor este que o sujeito não tinha antes; alteram de certa forma o mundo. Estas realidades deônticas não são nem V nem F. “Saia” é uma ordem, não é V nem F. Está-se a atribuir predicado de obediência. As normas podem ser válidas ou inválidas, mas continuam a ser normas, tendo natureza deôntica.

A solução para esta discussão parece ser:

Saber se chamamos a todas as realidades deônticas normas ou a só um conjunto mais pequeno do mundo da “atribuição dos valores”.

O Prof. Castanheira Neves fala em normatividade pura neste conjunto.

Pelo contrário, o Professor Pamplona Corte Real afirma apenas que só se pode chamar normas a todas estas noções de “dever ser” que se imponham e que regulem o social.

Há duas realidades ideais em que há sujeito e predicado completamente diferentes. Uma são as proposições (afirmações).

Há outro tipo completamente diferente, as valoradoras (normas).

Na moral autónoma, há estas qualidades de sentidos, há as normas, no sentido de atribuir predicados.

SANÇÕES

Segundo o Prof. Castanheira Neves, através de uma análise descritiva da ordem jurídica, podemos delimitar a sua estrutura em três partes, e podemos também dividi-la em duas grandes intenções – normativa em sentido estrito (função primária e prescritiva) e função de organização ou de institucionalização (função secundária e organizatória). Na primeira função, o Direito é visto não só como princípio de acção, mas ainda como critério de sanção. Como princípio de acção, o Direito é intencionalmente prático, como critério de sanção, estabelece as condições para ser efectivamente prático. Assim, para este Professor, sanção é um termo que se usa num sentido amplo e decerto o mais correcto – para exprimir a confirmação prática (efectiva) de uma intenção jurídico-normativa ou a conversão desse normativo nos efeitos que o tornam praticamente efectivo. O papel da sanção seria então o de vir em auxílio do imperativo categórico, a fim de procurar tanto quanto possível a realização efectiva nas condutas. Neste sentido, não teria de ser obrigatoriamente negativa, como parece indicar por exemplo a definição de sanção segundo a visão do Professor Oliveira Ascensão, podendo ser positiva, consagrando nesse caso a ordem jurídica ao destinatário da sanção efeitos práticos favorecedores (sanções premiais, na visão de Professor Oliveira Ascensão). Haveria a função repressiva e a função promocional. Claro que a sanção só ganharia a sua verdadeira autonomia através da função repressiva. Segundo esta visão, não haveria dúvidas em considerar a invalidade do negócio jurídico, ou a legítima defesa, ou a acção directa como sanções. Mas, além do princípio de acção e de sanção, não se poderá também considerar também o momento da coacção? Prof. Castanheira Neves diz que não... Coacção traduz-se aqui no uso da força pela ordem jurídica. Nota-se claramente que algumas sanções excluem a coacção (nulidades, inibições, talvez sendo estas puramente jurídicas), outras não são garantidas por ela por não ser possível, (caso das violações pelos órgãos do Estado, que apesar de terem associada uma sanção, esta não é susceptível de coacção), outras por ainda não ser possível organizar a coacção (DIP), outras que a possibilitam não a implicam no entanto necessariamente (pena suspensa), tendo só algumas carácter coactivo. Mas ainda além disto, o Direito não exige intencionalmente a coacção, apesar de exigir por princípio a sanção. Não exige na generalidade, porque há como já se viu regras que não são munidas dela. Não exige conceitualmente, também - Os autores como o Professor Oliveira Ascensão, que confundem sanção com coacção, acabam por concluir que a característica do Direito é a coercibilidade, susceptibilidade de aplicação coactiva das normas, o que é uma posição conceitualmente insubsistente, ou apenas tem a ver com uma possibilidade fáctica da coacção em que vai pressuposta a sua necessidade conceitual, o que justamente vimos não ser exacto. Não exige na prática, também - A vigência do Direito não tem o seu principal factor na coacção, mas sim na adesão prática e socialmente generalizada da comunidade em que vigora.

O facto de o Direito não se confundir nem geral, nem conceitual nem praticamente com a coacção, resulta da consequência de separar os conceitos sanção e coacção. Deste modo, a coacção restringe-se a um meio exterior ao Direito que ele utiliza para realizar parte da sua função sancionatória.

Mas o Prof. Castanheira Neves não nega que o Direito precise necessariamente da força... Só que o Direito não parece ser apenas um ordenamento coactivo, regulador do uso da força. O próprio Direito limita o poder, sendo o último fundamento da sua validade e exercício.

Posição simples e convencional do Professor Oliveira Ascensão.

A sanção é uma consequência desfavorável normativamente prevista para o caso de violação de uma regra, e pela qual se reforça a imperatividade desta.

As sanções dão positividade (como diria Menezes Cordeiro), efectividade à imperatividade do Direito. Uma coisa é a imperatividade no seu sentido mais puro de noção de dever ser. A sanção serve para reforçar essa imperatividade, evitando possíveis desvios de conduta (função de controlo social, mas sempre tendo como base a cooperação)... Apesar de haver regras não sancionadas, analisando o sistema jurídico globalmente, verificamos a tendência atrás referida.

A sanção, como efeito jurídico, é a entrada em vigor de novas regras, denominadas regras sancionatórias. Estas são regras subordinadas e complementares das regras principais, que actuam no caso de aquelas não terem sido observadas. Assim, a sanção é a estatuição de uma regra sancionatória.

As sanções não se distinguem por traços estruturais, mas sim pelo seu fim. Temos então, na visão do Professor Oliveira Ascensão, as sanções **punitivas, reconstitutivas, compensatórias, compulsórias, preventivas** e, na visão de alguns autores, como o Prof. Castanheira Neves, mas com uma visão diferente da palavra sanção, a **ineficácia do acto jurídico** (o Professor Oliveira Ascensão não segue essa opinião). Elas muitas vezes não surgem isoladas. Pode uma violação ter como consequência várias sanções (*ex.: caso do autor do crime de furto que sofre sanção punitiva de prisão e sanção reconstitutiva de restituição ao ofendido do objecto furtado*).

a) **Sanção punitiva** – procura causar sofrimento ao violador, e manifestar a reprovação da ordem jurídica. Estão em causa princípios valorativos da ordem geral, há um assumir da manifestação ética do Direito, mais do que a violação simples de uma norma. É através deste tipo de sanções que se prova que a regra contém um imperativo incondicional, e não hipotético, como se chegou a defender... A regra implica sempre uma pretensão de aplicação incondicional.

Contudo, toda a sanção tem o objectivo de causar um sofrimento... Só que nas sanções punitivas, o único objectivo é causar sofrimento ao violador, enquanto nas outras, o sofrimento é secundário, surge lado a lado com outros objectivos.

O nosso Direito punitivo funciona desta forma:

- **penas criminais:**

- **principais:** prisão (41º do Código Penal), multa (47º do Código Penal), suspensão de execução de pena de prisão (50º e seg.), prestação de trabalho em favor da comunidade (58º e 59º), admoestação (60º).

- **accessórias:** proibição de exercício de funções (66º Código penal), suspensão do exercício de funções (67º) e proibição de conduzir veículos motorizados (69º), para além de outras previstas em legislação avulsa.

Nota: As penas de prisão e de multa aplicam-se, ainda, às **transgressões**, ou **contravenções**, que são factos puníveis que têm vindo a ser substituídos pelas contraordenações. O Código Penal de 1886 (anterior ao actualmente em vigor) define no seu artº 3º as contravenções como factos

voluntários puníveis que consistem apenas na violação ou na falta de observância das disposições preventivas das leis e dos regulamentos, independentemente de toda a intenção maléfica.

- **penas contra-ordenacionais:** as coimas, previstas no Decreto-Lei nº 433/82, de 27 de Outubro
- **penas disciplinares,** correspondentes às infracções disciplinares (as praticadas por funcionários públicos no exercício das suas funções, ou por empregados privados, também no exercício da sua profissão, e ainda as praticadas pelos profissionais livres): Exemplos de penas: Repreensão (verbal e escrita), multa, suspensão, inactividade, aposentação compulsiva e demissão.
- **penas civis,** previstas fora do Direito criminal e até independentemente da prática de qualquer acto criminoso, e com função claramente repressiva. Exemplo: o instituto da indignidade sucessória, previsto nos artºs 2034º e seguintes do Código Civil
- **Penas processuais:** caso das multas aplicadas pelo tribunal às pessoas convocadas e que se recusam, sem justificação, a comparecer (artºs 116º do Código de Processo Penal e artº 519º-nº2 do Código de Processo Civil).

b) Sanções preventivas

A finalidade da sanção é prevenir violações futuras, de que a anterior prática do ilícito justifica o receio, e não a de punir ou demonstrar a reprovação pelo acto. Contudo, todas as normas têm uma função preventiva geral, que se identifica com a função de ressocialização do sujeito violador, ao qual se lhe torna “pouco atraente” a repetição do acto.

- **De natureza criminal (as mais importantes)**
 - **medidas de segurança** (artº 91 e seg. do Código Penal)
 - **interdição do exercício de profissão,** caso haja manifestação de tendência para, no exercício da profissão, repetir a violação.
- **De natureza civil**
 - **dívidas a prestações** (artº 781 do Código Civil), em que todas as prestações devem ser imediatamente pagas logo que o devedor faltar ao cumprimento de uma delas.

Menos importantes:

- a **inibição do exercício de tutela a pessoas** que tenham demonstrado não o fazer correctamente.
- **inabilitação para o exercício de funções públicas** em consequência da prática de certos factos delituosos.

c) Sanção compulsória:

Aquelas que se destinam a servir de estímulo, impondo algo desfavorável ao violador, até que surja o cumprimento. Só é possível quando ainda não foi feito o cumprimento. Não deixa de ter havido infracção, mas procura-se chegar à situação (se

abstrairmos o factor tempo) que resultaria da observância da regra através do comportamento do infractor.

Normalmente, não se recorre a este tipo de sanções. Procura-se é atingir um resultado final quanto possível semelhante, por intermédio doutras sanções, mas prescindindo-se da colaboração do faltoso. Mas nem sempre assim acontece.

É o caso das dívidas por alimentos (norma já revogada, pelo que não tem relevo), previsto no artº 250 do Código Penal. Quem estiver legalmente obrigado a prestar alimentos e em condições de o fazer, não cumprir a obrigação, é punido com pena de prisão ou com pena de multa. A finalidade compulsória, esclarecida, no nº 3 do mesmo artigo, evidencia-se na circunstância de esta cessar logo que a pensão alimentícia for paga. O que interessa não é pois castigar o infractor, mas conseguir que a obrigação seja afinal cumprida.

Pode-se também referir o art. 829º-A Código Civil⁶, que se refere à sanção pecuniária compulsória nas obrigações de prestação de facto infungível (767 nº2 em excepção ao 767º1), salvo para as obrigações que exigem especiais qualificações científicas ou artísticas do devedor. O tribunal condenará o devedor ao pagamento de uma quantia pecuniária por cada dia de atraso no cumprimento, sendo a quantia cobrada repartida: metade para o Estado, metade para o credor. Independentemente desta excepção, no casos previstos pelos artigos 798º e 562º, há obrigação de indemnizar. Por exemplo, Alberto mora ao lado de Bernarda. Fazem um contrato nos termos em que Bernarda se compromete a não pôr roupa interior estendida na rua. Alberto, face ao não cumprimento do contrato por parte de Bernarda, vai a tribunal e pede que seja declarado o direito a que a Bernarda não estenda a roupa na rua, e que ela seja condenada a não repetir esse acto. Além disso, pede uma indemnização. Caso Bernarda continuar sem cumprir o contrato, pode ser-lhe aplicada uma sanção pecuniária compulsória. Neste caso, a acção de cumprimento não seria reconstitutiva, porque falta o factor “tempo”, em que a roupa esteve no estendal de Bernarda.

Outro exemplo é o direito de retenção. Aquele que tem em seu poder, de boa fé, coisa alheia, na qual fez beneficiações, pode recusar-se a entregá-la ao titular dela enquanto não for indemnizado das despesas feitas (artº 754 do Código Civil). Quem não é dono pode reter para compelir o dono a pagar. Também neste caso a sanção é um meio compulsório, pois a restituição deve fazer-se logo que a dívida seja satisfeita.

Ainda no artº 428º do Código Civil, pode-se verificar um caso semelhante ao do Direito de retenção, que pressupõe um contrato sinalagnático. Só que a natureza compulsória é muito menor, já que o estímulo é também muito menor, sendo equivalente...

d) Sanções reconstitutivas

Visam alcançar a situação actual hipotética, caso não tivesse havido a violação. É a reconstituição em espécie – in natura – da situação a que se teria chegado com a observância.

-**Execução específica** (em que o credor recebe o próprio bem devido) – caso mais flagrante deste tipo de sanções.

-Entrega de coisa certa

⁶ Tem natureza compulsória pura. Neste artigo, os juros têm função compensatória. Visam atenuar o dano pelo tempo em que o dinheiro não pôde ser utilizado.

No Direito das Obrigações, se a prestação do devedor for a entrega de coisa determinada que se encontra em poder do devedor, a solução é simples: o credor pode requerer em juízo, após tomado certo o seu direito, que a coisa lhe seja entregue pelo tribunal, se necessário com recurso à força. Para isso deverá o devedor recorrer primeiramente ao processo declarativo de condenação (817º do Código Civil)

Caso o devedor ainda então não cumprir, o credor recorre ao processo executivo, através do qual, a mandado do tribunal, a coisa é retirada do devedor e entregue ao credor (827º do Código Civil)

Pode em certos casos chegar-se à acção executiva sem se passar pela acção de condenação (se existir um título executivo extrajudicial).

-Prestação de factos

Se a prestação a que o devedor se obrigou consiste na **realização dum facto**, já é mais difícil chegar à execução específica. Mesmo assim, o legislador levou tão longe quanto possível o princípio da execução específica.

-Prestação de facto negativo: se a prestação consiste em não fazer uma determinada obra e o devedor a realiza, mas for possível desfazê-la, a obra será desfeita por terceiro à custa do devedor (artº 829 do Código Civil)

-Prestação de facto positivo fungível: se a prestação é de facto mas esse facto é fungível, ou seja, pode ser realizado por outras pessoas, além do devedor, o credor tem o direito de requerer que o facto seja realizado por terceiro à custa do devedor (828º do Código Civil). Se o devedor não pagar, recorre-se normalmente à venda judicial de bens deste, realizada em processo de execução.

-Obrigação de contratar (contrato promessa)

Se alguém se tiver obrigado a celebrar certo contrato e faltar à promessa pode o credor, nos casos normais, obter sentença que funciona como sucedâneo da declaração de vontade da outra parte (830º do Código Civil)

-Indemnização específica ou in natura – tudo aquilo que há a receber em consequência de se ter sofrido um dano que outrem deve reparar (artº 562 do Código Civil).

A lei dá preferência à indemnização específica sempre que não haja motivo para a afastar (562º do Código Civil). E assim, se houve destruição de um bem de um credor, a indemnização consistirá principalmente na entrega de bem igual.

e) Sanções Compensatórias:

Com a sanção compensatória visa-se constituir uma situação que, embora diferente, seja todavia valorativamente equivalente à primeira. A sanção compensatória opera sempre através de uma indemnização de danos sofridos (562º→566º). Consoante a natureza do dano, podemos distinguir (artº 566º-nº1 do Código Civil):

a) Casos em que a reconstituição natural não é possível:

- falta do bem devido
- pela natureza dos danos: caso dos danos não patrimoniais

b) Casos em que a reconstituição natural não repare integralmente os danos

- Situações em que, para além da reconstituição natural, haverá que indemnizar adicionalmente em dinheiro outros danos paralelos (Ex.: acidente de viação, em que o lesante, para além de pagar a reparação do veículo, indemniza ainda o lesado pelas despesas com táxis...)

c) Casos em que a reconstituição natural seja excessivamente onerosa

- situações em que, para não provocar um enriquecimento desproporcionado do lesado à custa do lesante, o legislador opta por consagrar a indemnização em dinheiro (caso do automóvel Mini com 20 anos, com o valor comercial de 50 contos, cuja reparação, após o acidente, custa 2000 contos).

Segundo o Professor Pamplona Corte Real, em todas as sanções há um elemento punitivo e preventivo. O Dr. Pedro Múrias discorda totalmente.

Quanto a este elemento preventivo, o Professor Pamplona Corte Real está a confundir (com) a prevenção geral com a especial. Apesar de todas as sanções terem um carácter de prevenção geral, só algumas têm a função de prevenção especial. Por exemplo, a pena de multa não tem o elemento "preventivo especial".

Acerca do elemento punitivo, o Dr. Pedro Múrias também reconstrói esta teoria do Professor Pamplona Corte Real. É claro que em todas as sanções há um aspecto desagradável para o violador da norma. Contudo, as punitivas têm como fundamento básico a necessidade de causar um sofrimento ao infractor. Por exemplo, a indemnização em dinheiro é desagradável, mas a sua função é a de proteger a parte lesada, que vai ter de o seu património reintegrado. O fundamento não é a punição, mas proteger a outra parte. Logo, este lado desagradável não se pode evitar. Nas sanções punitivas, o fundamento é mesmo causar sofrimento. Para Dr. Pedro Múrias, o primeiro fim das sanções compulsórias é o causar sofrimento, tal como nas punitivas.

Assim, temos, segundo o Dr. Pedro Múrias, as sanções:

- punitivas e compulsórias (com o principal fim de punir)
- reconstitutivas e compensatórias (com o principal fim de proteger as pessoas)
- preventivas.

Para o Professor Oliveira Ascensão, as sanções dividem-se em:

- compulsórias: com o fim de que se execute a regra.
- outras (mesmo a sanção reconstitutiva não é a execução da regra... É já um cumprimento de uma sanção)

Alguns exemplos de sanções para classificar:

1 – Inibição de conduzir na sequência de infracção grave ao Código da Estrada.

É essencialmente punitiva; apesar de parecer preventiva. Tem também, logicamente, um lado preventivo, só que a sua eficácia preventiva é quase insignificante (só 3 meses de inibição). O facto da sanção ser desagradável é neste caso importante para que as pessoas se sintam obrigadas a cumprir.

2 – Prisão preventiva

Não é uma sanção, porque o seu pressuposto não é a violação da norma, mas evitar a fuga, evitar que se repita a violação....É uma figura quase sancionatória, mas não o é.....

3 – Segundo o Código de Processo Civil, o réu deve contestar no prazo de 30 dias sob pena de serem considerados provadas ou verdadeiros os factos alegados pelo autor (pessoa que propõe a acção)

Não pode ser compulsória, já que estas se destinam a levar ao cumprimento da norma. Neste caso, a norma já não pode ser cumprida. O réu só contesta se quiser, apesar de ter o ónus de contestar no prazo de 30 dias. A norma tem uma função ordenatória, mas não diz respeito a violações; logo, não é uma sanção.

4 – Perda, a favor do Estado, da arma do crime.

No nosso país, é difícil o acesso a armas de fogo, pelo que se tal for o caso, a sanção é claramente preventiva, já que evita que a pessoa lide mais com esse tipo de armas, se a tal não estiver autorizada. Mas a natureza preventiva da sanção aplica-se a um nº muito restrito de casos, aqui. Normalmente é punitiva, e o lado simbólico da reprovação está muito vincado aqui, já que o facto de perder, por exemplo, uma faca, não é muito desagradável para o violador.

5 – Perda, a favor do Estado, de estupefacientes apreendidos.

Talvez haja aqui um elemento preventivo, mas o lado sancionatório é muito discutível. O Estado tem obrigatoriamente de tomar conta do produto, já que ele não é permitido.

6 – Artº 21 do Código Civil.

Normas de conflitos (25 a 65 do Código Civil), que se limitam a dizer qual o Direito de que país deve regular certa situação. Por exemplo, um casal de irlandeses vem divorciar-se a Portugal, já que tal não é possível na Irlanda. Só que isto é irrelevante. As normas de conflitos são remissivas, não-violáveis. Contudo, no artº 21, fala-se de um intuito fraudulento, que pressupõe um “acto reprovável”; este aspecto é fundamental. Aqui podemos ver claramente uma regra sancionatória. Mas, dentro das sanções, qual será ela? Parece ser uma sanção reconstitutiva. Reconstitui-se a situação anterior. E qual foi a norma violada? Ela está implícita no artº 21 – não devem ser regulados na..... Aqui, estamos claramente no aspecto do desvalor do acto (pedir esclarecimentos na aula prática).

A AUTO-TUTELA

Coercibilidade → susceptibilidade do uso da força.

Coacção → o uso da força em si

Só ao Estado é lícito recorrer à força para tornar efectivos os comandos legais. A ninguém é lícito o recurso à força → artº 1º do Código Civil.

Contudo, há as excepções da auto-tutela:

Legítima defesa (337º e 388º do Código Civil) (31º e 32º do Código Penal)

Trata-se aqui de ilicitude em sentido próprio, subjectiva e objectivamente⁷. A defesa só é legítima quando há agressão actual ou iminente. Só há legítima defesa quando não há possibilidade de recorrer aos meios coercivos normais. Outros pressupostos derivados: quando é contra a pessoa ou património do agente ou de terceiro, e de que não se pode causar prejuízo manifestamente superior àquele que se destina evitar. “Manifestamente” permite ao jurista liberdade na aplicação, alguma margem de erro. Remete à proporcionalidade. Comparam-se os dois males. Quando a agressão é maximamente ilícita, também se permite uma legítima defesa mais ampla, como é o caso do dolo directo.

Acção Directa

Não existe o pressuposto da agressão ilícita, havendo a necessidade de assegurar um direito próprio, face à ausência dos meios coercivos normais. Ela pressupõe uma contrariedade objectiva ao Direito, mas que não se confunde com a ilicitude subjectiva. Deriva também da impossibilidade de recorrer aos meios coercivos normais. É mais ampla que a legítima defesa ou do que o estado de necessidade.

Enquanto a legítima defesa é admissível desde que os danos que se pretendam evitar não sejam manifestamente superiores, no caso do estado de necessidade, caso os prejuízos sejam desproporcionais aos que se pretendem evitar, então não é possível.

Três exemplos triviais:

1 – O cão grande de Alberto ataca o cão pequeno de Bento. Bento tem uma pistola. Pode usá-la?

Neste caso, trata-se de uma acção directa, já que não há ilicitude. Assim, o dono do cão pequeno não pode matar o cão grande, porque na acção directa o dano não pode ser manifestamente superior àquele que se pretende evitar (336º nº3), o que é o caso aqui.

⁷ Pires de Lima consideram que a acção ilícita se bastará com a ilicitude objectiva.

2 – O cão grande de Alberto, ataçado por ele, ataca o cão pequeno de Bento. Nesse caso, há uma legítima defesa, e, nesse caso, Bento pode disparar sobre o cão de Alberto.

3 – O cão grande de Alberto, ataçado por Catarina, ataca o cão pequeno de Bento. Apesar de tudo indicar que se trata aqui de uma legítima defesa, já que existe uma acção ilícita, contudo, a legítima defesa é feita sempre contra o agressor, é preciso que ele sofra as consequências desagradáveis. Não é o que acontece aqui, pelo que não se pode dar o tiro, mesmo sendo uma acção ilícita, já que ela não foi praticada pelo dono do cão, e seria injusto para ele que o seu cão morresse...

ESTADO DE NECESSIDADE

É a reacção sobre a esfera jurídica de outrem por quem está ameaçado por um perigo que não resulta de agressão daquele. Os pressupostos para o Estado de Necessidade são: - perigo actual.- o dano que se pretende evitar seja manifestamente superior ao dano causado com o estado de necessidade.

Distingue-se da legítima defesa precisamente por não ser reacção a agressão alheia.

É tido como uma forma de tutela privada dos direitos. Será que é?

Parece ser um meio de tutela privada (opinião do Professor Pamplona Corte Real e do Prof Oliveira Ascensão) porque há um uso da força para defender o Direito. Estamos, aqui, a pensar na reacção às violações do sistema jurídico.

O problema é que o estado de necessidade muitas vezes não é uma reacção à violação da norma jurídica. Não parece haver aqui a actuação da coercibilidade, apesar de haver aqui uma situação desagradável para o Direito. Até porque tanto a legítima defesa como a acção directa se destinam a situações facilmente resolvíveis através dos meios coercivos normais, enquanto no estado de necessidade os meios coercivos normais não têm o fim de evitar os seus danos. Logo, para o Dr. Pedro Múrias, o estado de necessidade não é um meio de auto-tutela. É apenas uma causa de justificação (situações particulares em que se afasta a ilicitude que qualificaria o próprio acto), tal como a legítima defesa, a acção directa, o conflito de deveres, o consentimento do lesado e o consentimento presumido do lesado. Apesar de haver de facto uma situação desagradável ao Direito que se pretende evitar, não há necessariamente uma situação contrária ao Direito. Contudo, o Professor Pamplona Corte Real inclina-se para que este seja um meio de auto-tutela.

DIREITO DE RETENÇÃO E EXCEPCÃO DE CUMPRIMENTO

E estes? Será que são meios de auto-tutela?

Para o Professor Pamplona Corte Real, já que o direito de retenção e a execução no cumprimento não são subsidiários dos meios coercivos normais, apenas lhes acrescentando, tornam-se iguais a eles, sobrepõem-se-lhes, o que não acontece com a legítima defesa e a acção directa, e, de certa forma, o Estado de necessidade.

A discussão parece ser meramente terminológica aqui. Para o Dr. Pedro Múrias conceito de tutela privada não implica todas as condições que para o Professor Pamplona Corte Real. Apenas pressupõe uma violação contrária ao sistema jurídico, e a reacção de um particular. Não é necessária a subsidiariedade. A tutela privada divide-se assim em dois grupos:

- meios normais, subsidiários
 - legítima defesa
 - acção directa
 - (para o Professor Pamplona Corte Real, o Estado de necessidade).
 - Direito de retenção e excp... (Múrias)

- meios que acrescem aos normais
 - Estado de necessidade
 - direito de retenção e excp...(Professor Pamplona Corte Real)

VALOR NEGATIVO DO ACTO JURÍDICO

Esta definição é, de facto, tão ampla, que não tem unidade em si. Por um lado falamos de ineficácia. Por outro, de uma série de figuras identificadas com a ilicitude. Tanto a ineficácia como a ilicitude se englobam no conceito amplíssimo de antijuridicidade. Pode-se dizer que há desvalor quando há algo que o “Direito não aprova totalmente”, quando há algo “desagradável” para o Direito. Só com esta definição se consegue abranger este conceito tão lato.

Quanto à ineficácia em sentido amplo, diz apenas respeito a actos jurídicos.

Facto <i>Lato Sensu</i>	Facto Stricto Sensu		Acto stricto sensu ³
		Declarativos negócios jurídicos outros actos	

Facto jurídico – aquele que constitui, modifica, transmite ou extingue situações jurídicas. Uma exposição mais ampla e menos rigorosa é aquela que diz que o facto jurídico é o facto relevante para o Direito. Até o pôr do Sol é um acto jurídico, já que causa efeitos jurídicos, por exemplo, por obrigar a que haja luzes acesas.

O acto jurídico é o facto jurídico relevante e voluntário. É um cumprimento humano que se releva por ser voluntário, intencional. As agressões têm de ser obrigatoriamente um acto jurídico, desde que tenham um mínimo de intencionalidade (é esta a distinção entre facto jurídico *lato sensu* e acto jurídico *lato sensu*).

Temos, depois, os actos jurídicos declarativos (relevam por serem uma declaração), por serem um acto linguístico, com significado, produzindo efeitos de correspondência com esse significado. Temos de interpretá-los.

Dentro dos actos declarativos, temos os negócios jurídicos, actos jurídicos praticados no âmbito do princípio da autonomia privada. Um acto, legislativo, por exemplo, não se faz na esfera da autonomia privada, logo não é um acto declarativo negocial. O acto de prometer dar dinheiro em troca da devolução de um cão é um negócio, apesar de unilateral.

Outro exemplo: um banco dá uma informação errada a um cliente. É um facto jurídico, dentro do facto, é um acto já que a informação, apesar de ter sido negligente, foi dada voluntariamente, mas não é declarativo (já que os danos do acto vão ser determinados pelos danos do cliente, não resultam da interpretação do acto).

Estas distinções são importantes, porque em princípio as figuras da ineficácia e da invalidade só dizem respeito a actos jurídicos declarativos (os negócios e actos semelhantes).

Ineficácia lato sensu – caracteriza-se pela não-produção dos efeitos visados pelo acto jurídico. A definição mais moderna → não produção dos efeitos

³ Conjunto dos actos jurídicos declarativos e não declarativos da outra chaveta.

correspondentes ao significado do acto. Ou então a não produção estável dos efeitos visados pelo acto, ou correspondendo ao seu significado.

Engloba:

- invalidade
 - invalidade mista
 - nulidade típica
 - anulabilidade atípica
 - **nulidade**
 - **anulabilidade**
- inexistência jurídica
- ineficácia

Invalidade – defeito originário do próprio acto.

A nulidade e a anulabilidade são definições muito simplificadas. Quanto às misturas desses regimes, temos as invalidades mistas (286 e 287º do Código Civil)

Importante – a ineficácia lato-sensu é um dos modos de reforçar a imperatividade da ordem jurídica, tal como a sanção. Por exemplo:

- entre os 16 e os 18 anos, é possível o casamento, mas com a autorização dos pais.
- com menos de 16 anos, o casamento é impossível.

Para vincar a obrigatoriedade desta norma, ela é acompanhada da ineficácia.

Ilicitude

Há um conceito muito amplo, o de antijuridicidade, que significa “não querido para o Direito”, “que o Direito preferia que não tivesse acontecido”, e é usada para classificar factos jurídicos. Este conceito implica uma apreciação mais valorativa, menos formal, sendo terminologicamente criticável. Era preferível que em vez disso se falasse em desvalor, como refere o Professor Oliveira Ascensão.

Dentro do desvalor da norma jurídica, temos a ilicitude. Este termo designa todas as violações de normas de conduta, é um desvalor jurídico de um comportamento humano.

Contudo, há a ilicitude objectiva e a subjectiva (ilicitude propriamente dita).

Dentro da ilicitude subjectiva englobam-se todos os comportamentos humanos imputáveis à vontade da pessoa (dolo ou negligência). Isto implica que se tenham em vista as intenções das pessoas.

A ilicitude objectiva valora os comportamentos humanos no seu aspecto estritamente exterior, não dando atenção às intenções dos sujeitos.

Pode haver ilicitude subjectiva sem haver objectiva, e vice-versa. Por exemplo, o Alberto dispara para Bruno com a intenção de o matar, mas falha o disparo. Engloba-se no primeiro caso. Ou Alberto que, enquanto tinha um pesadelo, parte a mesa de cabeceira do quarto de Hotel onde estava. Há ilicitude objectiva, sem haver necessariamente ilicitude subjectiva.

Conclui-se, então, que a ilicitude nasce sempre do nosso interior.

Os actos ilícitos podem ser culposos ou não-culposos. A culpa corresponde à censura, reprovação final, que o ordenamento faz a uma conduta humana tendo em conta especialmente as motivações dessa conduta.

Quando o Professor Oliveira Ascensão fala em ilicitude, está unicamente a referir-se à ilicitude subjectiva, ou à ilicitude propriamente dita.

1 – A ilicitude é uma sanção?

Violar uma regra jurídica e praticar o acto ilícito são sinónimos. O pressuposto de uma sanção é um acto ilícito. Logo, a ilicitude não é uma sanção.

2 – Para o conceito de sanção, tem mais relevância a ilicitude subjectiva ou a objectiva?

O conceito de sanção tanto pode resultar de ilicitude subjectiva como de objectiva, embora normalmente diga respeito a ambas.

Por exemplo, quando o devedor não paga, recorre-se a uma acção de cumprimento, e logo depois à execução específica, bastando-se esta com a ilicitude objectiva. Mas há sanções punitivas que partem da ilicitude subjectiva, o que torna o conceito de sanção um pouco ambíguo.

3 – A ilicitude implica invalidade?

São ilícitos muitos comportamentos que não podem ser válidos ou inválidos (actos declarativos). Este é o primeiro esclarecimento. Mas às vezes há actos ilícitos que são válidos, como os casamentos de menores com falsificação de idades, por exemplo.

4 – A invalidade é ou não uma sanção?

A tese tradicional é esta: Só há invalidade quando há um vício na formação de um negócio jurídico. Se há um vício é porque foi violado. A invalidade é algo de negativo, de desfavorável. Se é desfavorável, então a invalidade é sempre uma sanção.

Crítica → um vício congénito ao acto jurídico não quer dizer violação de uma norma jurídica. Por exemplo → a anulabilidade por erro simples (247 → 252º do Código Civil). Um erro é negativo, mas não é uma violação, não se pode afirmar como tal. Não houve nenhum dever de conduta violado. Assim, a invalidade pode resultar de circunstâncias que não são violações de normas jurídicas.

Além disso, a invalidade em muitos casos é uma consequência favorável, porque permite à parte libertar-se de um negócio que a prejudica, sobretudo nos actos unilaterais inválidos.

Logo, a invalidade não é sempre sanção.

Segundo o Professor Oliveira Ascensão, a invalidade nunca é sanção, porque não se chega a entrar na linha de relevância jurídica. Há uma norma que diz quais são as características para os actos serem juridicamente relevantes. A invalidade é a forma de vermos que o acto não preenche totalmente a previsão da norma (com o apoio de outras normas) que lhe atribui efeitos, não havendo violação. Só não atinge o limiar da relevância da norma, faltando-lhe requisitos.

Crítica do Professor Pamplona Corte Real → para ele, a invalidade é nuns casos sanção, e noutros não. O problema do Professor Oliveira Ascensão é usar um conceito muito amplo de requisitos de validade, não distinguindo os requisitos que mereciam um tratamento diferente, e faz também um uso incorrecto do conceito de sanção – este conceito basta-se com a associação lógico-valorativa entre a violação da norma e algo desfavorável, por outro lado.

Para o nosso Professor, quando a violação da norma jurídica tenha como consequência a invalidade, ou quando entre os requisitos da validade está a não violação de uma norma jurídica, e simultaneamente esta invalidade deva ser vista como algo desfavorável para o violador da norma, então a invalidade tem uma Natureza de sanção para o violador (causa – violação / consequência – desfavorável)

Este conceito de requisitos é muito amplo. Logo, para o Professor Pamplona Corte Real, às vezes é sanção, outras vezes não é. Por exemplo, a anulabilidade dos negócios patrimoniais celebrados por um contumáz (arguido em Processo Penal que falta injustificadamente e repetidas vezes ao seu julgamento como arguido). O Alberto, por exemplo, passa um cheque sem cobertura, e não vai a tribunal. Mesmo depois de mandatos, Alberto insiste, fugindo mesmo à polícia. A partir desse momento, todos os negócios patrimoniais por ele feitos são anuláveis.

Esta situação de instabilidade é uma situação desagradável pretendida pela ordem jurídica, para que o Alberto se sinta compelido a aparecer em tribunal. Logo, é uma sanção compulsória, que cabe na previsão: O arguido deve aparecer em tribunal para o seu julgamento". Este é um caso em que a invalidade é sancionatória. Outro exemplo é a anulabilidade do contrato devido ao dolo de uma das partes (253 e 254 do Código Civil).

Enquanto que para Professor Oliveira Ascensão, a sanção resulta sempre da ilicitude que pode acompanhar a invalidade, para o Professor Pamplona Corte Real, a invalidade pode mesmo ser uma sanção em si mesma.

TRABALHO DE INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO

*

Questão colocada:

“A esfera da autonomia privada e a prática negocial que envolve comportam situações ditas de invalidade. Poderemos tomar a invalidade como uma sanção a nível negocial?”

*

Diz-se negócio jurídico o facto humano voluntário, pelo qual uma ou várias pessoas, designadas partes, escolhem elas próprias os efeitos jurídicos a que ficarão subordinadas⁹.

Enquanto acto humano voluntário, o negócio jurídico é uma manifestação da autonomia privada.

A ordem jurídica estabelece limites a esta autonomia privada (P.e., limites quanto aos sujeitos, ao objecto, ao conteúdo e à forma do negócio).

Se quem celebra um negócio jurídico violar estes limites à autonomia privada, o acto é desconforme com a ordem jurídica. Esta desconformidade determina, em certos casos, que a ordem jurídica impeça a produção dos efeitos jurídicos pretendidos pelo(s) autor(es) do acto – é o que se qualifica como ineficácia *lato sensu*, a qual compreende as modalidades seguintes:

a) Inexistência jurídica – compreendendo situações em que faltam elementos essenciais constitutivos do próprio acto, ou em que existem violações muito graves da juridicidade, sendo tais actos tratados pela ordem jurídica como se nada existisse, e ficando os efeitos pretendidos pelas partes inexoravelmente fora do direito¹⁰;

b) A invalidade, relativamente a negócios que o ordenamento jurídico considera sem valor, no tocante à produção dos efeitos jurídicos pretendidos pelas partes, e que compreende duas modalidades:

- a nulidade, quando a lei, sem precedência de declaração judicial, impede em absoluto a produção dos efeitos visados, desde a celebração do negócio, sendo invocável a todo o tempo por qualquer interessado, mesmo que não seja parte no negócio (artº 286º do Cód. Civil).

- a anulabilidade, quando o negócio, embora começando por produzir efeitos jurídicos, pode ser destruído retroactivamente, dentro de certo prazo estabelecido na lei, a pedido da pessoa em cujo interesse a lei estabelece (artº 287º do Cód. Civil).

c) A ineficácia *stricto sensu*, quando o negócio, embora não sendo considerado inválido pela ordem jurídica, é impedido de produzir os efeitos jurídicos pretendidos (no todo ou em parte).

⁹ Neste sentido – Oliveira Ascensão, in o Direito – Introdução e Teoria Geral, 10ª edição, pág. 14.

¹⁰ Cf. Paulo Otero, Lições de Introdução ao Estudo do Direito, 1998, pág. 142.

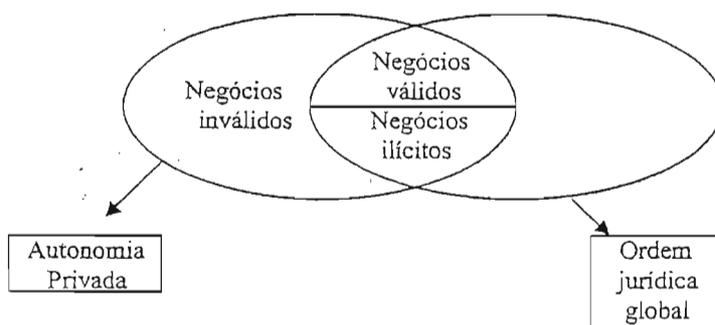
A ordem jurídica, enquanto ordem ética normativa, pretende realizar-se em absoluto, caracterizando-se pela sua imperatividade¹¹. Tal imperatividade é reforçada pela actuação de sanções, definindo-se estas como “consequências desfavoráveis normativamente previstas para o caso de violação de uma regra”¹².

Terá a ineficácia (lato sensu) a natureza de sanção?

Relativamente à inexistência jurídica, e por definição, já que o negócio não existe para a ordem jurídica, não faria sentido que esta a ele reagisse através da aplicação de uma sanção. Aplicar uma sanção a algo que não tem existência, seria uma aberração no plano dos conceitos.

Já no que respeita à invalidade e à ineficácia em sentido restrito, os autores dividem-se quanto a classificá-la, ou não, como sanção.

O Sr. Professor Oliveira Ascensão perfilha o entendimento negativo¹³. Na sua opinião, sendo o negócio jurídico produto da autonomia privada, a invalidade (e a ineficácia *stricto sensu*), ao impedir a produção dos efeitos pretendidos pelas partes, não visa reprová-la a conduta dos sujeitos, limitando-se a estabelecer uma fronteira entre aquilo que integra e aquilo que não integra uma ordem jurídica global. Na relação da integração entre a autonomia privada e a ordem jurídica global, os negócios jurídicos válidos situar-se-iam na zona de intersecção, e os inválidos fora dela. Quanto a estes últimos, apenas nela se integrariam se, para além de inválidos, fossem negócios ilícitos (isto é, de natureza dolosa ou negligente, provocando, por via disso, um juízo de reprovação por parte da ordem jurídica para com os seus autores). – ver gráfico seguinte.



Outros autores respondem à questão em sentido afirmativo.

O Sr. Professor Paulo Otero¹⁴, subdividindo as sanções jurídicas em *sanções de índole subjectiva* (em que o Direito estabelece certas consequências desfavoráveis ao agente), e *sanções de índole objectiva* (que se traduzem em consequências desfavoráveis para o próprio acto jurídico), enquadra a invalidade (nas subdivisões de inexistência jurídica, nulidade, anulabilidade e ineficácia) nas sanções de natureza objectiva.

Por seu turno, o Sr Professor Baptista Machado¹⁵ entende que, se se considerar como meio de tutela do direito “não só o mal ou prejuízo infligido ao autor do facto ilícito mas também a frustração dos desígnios daquele que pretende obter certo resultado jurídico omitindo os pressupostos que para tanto a lei exige, ou não

¹¹ Oliveira Ascensão, *ibidem*, pág. 37

¹² *Ibidem*, pág. 56

¹³ *Ibidem*, pág. 73 a 75

¹⁴ local citado, pág. 133 a 145

¹⁵ Introdução ao direito e ao Discurso Legitimador, 1996, págs. 129, 133 e 134

satisfazendo aos requisitos impostos por esta”, se deverá incluir a invalidade e a ineficácia (stricto sensu) entre as sanções jurídicas.

Para o mesmo Professor, todavia, a sanção de invalidade é de uma ordem diferente da dos outros tipos de sanções, e pode situar-se a dois níveis diferentes:

- a) Como uma sanção de recusa (total ou parcial) da eficácia jurídica;
- b) Desencadeando a produção de determinados efeitos jurídicos diferentes dos que defendidos pelas partes.

Para o mesmo Professor, “uma infracção ao Direito não pode ser juridicamente irrelevante¹⁶, daí que a reacção do direito à inobservância ou violação das suas normas deva qualificar-se, no sentido exposto, como sanção.

Analisando as diferentes posições doutrinárias expostas, afigura-se-me, com o devido respeito pela posição do Sr. Professor Oliveira Ascensão, mais coerente a tese da natureza sancionatória da invalidade e da ineficácia (em sentido estrito) dos negócios jurídicos.

Em primeiro lugar, e relativamente aos negócios meramente ineficazes, que por definição não são juridicamente inválidos, torna-se difícil sustentar que a autonomia privada em que se fundamentam não tenha ultrapassado as fronteiras da ordem jurídica global. É já dentro da ordem jurídica global que tais actos, sendo por aquela considerados válidos, são pela mesma impedidos de produzir os efeitos jurídicos pretendidos pelas partes.

Quanto ao negócio anulável, sendo o mesmo susceptível de produzir efeitos desde o seu início, e só sendo destruído retroactivamente, dentro de certo prazo, pela pessoa em favor de quem a anulabilidade foi estabelecida na lei (artº 287º nº1 do Código Civil), torna-se, também, difícil de sustentar que a autonomia das partes, que lhe deu origem, não chegou a ultrapassar a referida fronteira da ordem jurídica global.

Mesmo no que se refere à nulidade, a susceptibilidade de os negócios jurídicos nulos produzirem efeitos jurídicos diferentes dos pretendidos pelas partes¹⁷ leva a concluir que o negócio ultrapassou a referida fronteira da ordem jurídica global.

Pelo exposto, e por se me afigurar que o funcionamento da autonomia privada, no tocante à prática de negócios jurídicos, se integrará na ordem jurídica global, quer os negócios sejam válidos, quer inválidos, sou levado a inclinar-me para a tese de que a ordem jurídica, ao fulminar com a não produção de efeitos jurídicos determinados negócios, está a aplicar verdadeiras sanções jurídicas, entendidas estas como “consequência desfavorável normativamente prevista para o caso de violação de uma regra, e pela qual se reforça a imperatividade desta”¹⁸.

Na verdade, sendo tais negócios relevantes para o Direito, e traduzindo-se a não produção dos efeitos pretendidos por quem os celebrou numa consequência desfavorável para os mesmos, esta consequência irá funcionar em termos preventivos na sociedade, motivando os cidadãos a obedecerem às normas jurídicas para evitarem que a mesma consequência desfavorável lhes venha a ser aplicada.

ANDRÉ FERNANDES BENTO, Nº 11237, TURMA “A”

¹⁶ Local citado, pág.133

¹⁷ Por exemplo, os efeitos previstos no artº 289º do Código Civil: obrigação de restituição de tudo o que tiver sido prestado em consequência do negócio ou, se a substituição em espécie não for possível, o valor correspondente;

¹⁸ Oliveira Ascensão, O Direito – Introdução e Teoria Geral, pág. 56.

AS FONTES DO DIREITO

Prof. Baptista Machado:

- fontes materiais, ou fontes genéticas para Castanheira Neves → os factores que representam a causa mais próxima para a criação das normas, factores estes estudados pela sociologia, história...

- fontes formais → já uma matéria jurídica, são os factos normativos a que o sistema jurídico imputa o efeito de pôr ou positivar normas juridicamente vinculantes. São estas as que interessam.

Definição do Prof. Castanheira Neves do conceito de fontes → modos por que o Direito se torna vigente, positivo. São o modo com que o Direito se torna realmente Direito. Mais desenvolvidamente: “O problema das fontes é o de saber de que modo, forma ou processo o Direito se constitui e manifesta como vinculante normatividade vigente, como positiva a sua juridicidade”, porque o “Direito é o válido dever-ser que é”

Direito é o dever-ser → é norma, regra, predica.

Válido → Só é Direito se tiver fundamento. A lei, por exemplo, só é válida se tiver fundamento constitucional. A interpretação só descobre a norma se tiver fundamento. Se dizemos, por exemplo, que o art. 280º do CC é inadequado, e dizemos que devia ser outro, estamos a dar uma noção de “dever-ser válido”, mas não é “vigente”, não se fundamenta na Lei.

O Prof. Oliveira Ascensão só usa o conceito “fontes de Direito” para as que contêm normas jurídicas, gerais e abstractas. As fontes individuais, como as leis-medida, ou os actos administrativos (num plano inferior), não são consideradas como fontes do Direito.

A doutrina é fonte de Direito?

Historicamente, pode-se considerar que sim, de duas maneiras:

- a solução ou resposta de um jurisconsulto já teve força vinculativa no tempo dos romanos.

- do conjunto das posições teóricas doutrinárias, podem-se retirar orientações comuns (*communis opinio doctorum*), tal como da jurisprudência, na resposta a problemas práticos.

Actualmente, e em Portugal, a doutrina não vincula directamente, mas é uma fonte mediata... Influencia a feitura das leis, a própria ordem jurídica... Nos casos práticos mais importantes, não poucas vezes são juntados pelas partes envolvidas opiniões de jurisconsultos importantes.

A equidade é fonte do Direito?

O CC inclui a equidade no “capítulo” das fontes de Direito, e há quem admita que ela é mesmo uma fonte, porque é por ela que o caso se resolve, ela revela-nos o “Direito” de cada caso. E seria modo de revelação do Direito, embora aplicado a casos particulares.

Mas para a maior parte dos juristas, incluindo o Prof. Oliveira Ascensão, a figura da equidade é também afastada, porque é a justiça do caso concreto.

O Direito está, por um lado, na equidade¹⁹, e por outro, no que resulta das fontes do Direito (lei, costume e certo sentido a jurisprudência).

Se definirmos fontes do Direito como modos de formação e revelação de regras jurídicas, a equidade, como critério formal de decisão, está fora dessa definição, porque:

- através dela não se determinam regras
- a própria solução do caso não se faz mediante regra concreta.

Podia-se alargar o conceito de fonte para que abrangesse todos os critérios de decisão. Mas isso só iria complicar ainda mais este problema.

É preciso ver uma coisa: fontes são modos de formação e revelação de critérios materiais de decisão (normas). Se alargarmos o conceito também para os critérios formais, incorreríamos numa impureza metodológica.

Quais são, então, as fontes?

São o costume, a lei e a jurisprudência.

A jurisprudência

Segundo CN, ocupa um lugar intermédio entre o costume e a lei:

- historicamente → sociedade antecede juiz, juiz antecede legislador
- normativamente → costume é autónomo, lei é heterónoma,

jurisprudência tem papel mediador. Num, constitui-se, noutra, proclama-se, na jurisprudência, realiza-se.

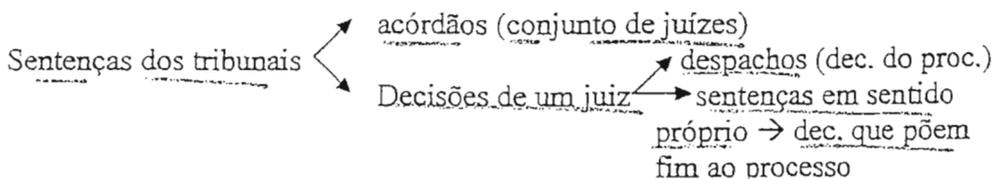
Para este filósofo do Direito, o juízo prudencial é um juízo mais de índole problemática, dialéctica, prática, do que o discurso legislativo, sistemático, programático, ao qual não são também alheios momentos decisórios. Claro que isto não acontece com o sistema de precedente, ou então se o jurista, em Portugal, recorrer à jurisprudência uniformizante... Aí já tem o critério de decisão fixado. Portanto, face a um caso concreto, em que se violou a juridicidade, e em que há duas partes, os critérios do juiz a favor de uma ou de outra são mais de fundamentação razoável do que de necessidade racional. Se o momento do costume é o passado, o da Lei é o futuro, este é o momento presente.

Múrias -----

Jurisprudência é o conjunto das decisões dos tribunais.

Só é fonte através:

- da regra do precedente
- dos acórdãos com força obrigatória geral



¹⁹ Como por exemplo nos tribunais arbitrais, que surgem ao lado dos tribunais do Estado, fazendo-se em função de litígios, mas não podendo intervir em todos os casos.

Só uma pequena parte dos acórdãos tem força obrigatória geral.

A jurisprudência é, então, em Portugal, fonte do Direito ou não?

Em princípio ela nunca é em lado nenhum fonte do Direito, porque os tribunais não estão normalmente vinculados às decisões de outros tribunais (203 da CRP → estão apenas vinculados à lei, art 3º e 4º da LOTJ → não estão sujeitos às decisões de tribunais superiores e às anteriores, com a ressalva do 2º in fine; podem estar eventualmente vinculados ao costume)

É no art. 209 da CRP que se classificam os tribunais. Tomemos atenção principalmente aos administrativos e aos judiciais:

Administrativos → STA → TA de 2ª inst. → TA de círculo

Judiciais → STJ → relações (Lisboa, Porto, Coimbra, Évora) → tribunal de círculo ou de comarca.

Quanto aos tribunais judiciais:

A acção põe-se na comarca. O processo segue e os juizes dão uma decisão. Uma das partes discorda, recorrendo caso o valor da acção for superior à alçada-valor até à qual o tribunal..... → 750 para a primeira instância, 3000 para o STJ

Ad quem → tribunal para onde se faz o recurso.

A quo → tribunal de onde vem o recurso.

Lembre-se que no art. 4/2: se diz que os tribunais inferiores devem acatar as decisões proferidas em via de recurso pelos tribunais superiores.

Como funciona esse recurso?

O tribunal superior ou confirma ou revoga a decisão. Se revogar, costuma substituir a decisão por outra. O recurso, assim, não vincula o tribunal inferior, já que ele pode decidir da mesma forma para a próxima vez.

Mas há alguns processos em que o processo vai para o tribunal inferior... E esse tribunal tem de corrigir e dar uma decisão diferente → esta é a única situação em que o tribunal é vinculado, já que o tribunal inferior tem de obedecer... Mas é uma limitação muito pequena, que não põem em causa a afirmação “a jurisprudência não é fonte de Direito em Portugal” → o dever é só para aquele tribunal e para aquele caso...

A jurisprudência é sempre fundamental em termos de identificação do Direito vigente, porque em último caso são sempre os tribunais que aplicam o Direito.

Montesquieu foi muito ingénuo ao considerar o poder dos tribunais um “pouvoir nulle”, porque:

1 – desconhecia as dificuldades de interpretação da lei / que se tem de ir além da lei

2 – desconhecia a multiplicidade de casos concretos / não tinha a noção do trabalho dos juristas.

a) Elaboração jurisprudencial do Direito ou evolução jurisprudencial do Direito
(Richterliche Rechtsfortbildung)

- CC alemão (1896 → 1900)

- evolução da aplicação das leis e da sua interpretação pelos tribunais.

→ o Direito efectivamente vigente vai evoluindo pela aplicação jurisprudencial, embora os textos permaneçam iguais.

→ e neste processo teríamos a jurisprudência como fonte do Direito.

FALSO → apesar de esta evolução existir, o fundamento é sempre o texto legal, e não as decisões judiciais.

Hoje, só é admissível a elaboração jurisprudencial do Direito se aquela interpretação respeitar a Lei ou o costume → logo, não é fonte de Direito.

b) jurisprudência constante

Outro pormenor

A máxima decisão é a ratio decidendi de cada caso resolvido → uma espécie de norma que pode ser aplicada em casos semelhantes futuros → não é fonte de Direito, pelo princípio de independência dos tribunais dito atrás.

De qualquer forma, esta constância dos tribunais através da máxima de decisão é muito importante, porque cria confiança (expectativas) nos sujeitos. Quando os juizes se afastam da jurisprudência constante, convém que o façam fundamentadamente... Esta jurisprudência constante tem, na prática, um grande peso, pois os juizes têm uma certa relutância em afastar-se das decisões do Supremo Tribunal.

c) Costume jurisprudencial

É a jurisprudência constante acrescida da convicção de obrigatoriedade.

Segundo o Prof. Oliveira Ascensão, seria uma fonte de Direito não por força da jurisprudência mas por ser costume (tendência jus-sociológica)

Para o Prof. Pamplona, no costume, em geral, os seus autores e destinatários são os mesmos, ele é criado e cumprido pelas mesmas pessoas.

Logo →

1 - no que diz respeito apenas à vida interna dos tribunais → não gera problema.

2 - só que o costume jurisprudencial vai vincular as partes. Há um problema. Os autores e os destinatários do costume são pessoas diferentes. E a prática reiterada dos juizes é de aplicação da norma, não de cumprimento da norma. Quem a vai ter de cumprir são as outras pessoas.

Será que o costume jurisprudencial deve vincular?

Dr. Múrias → NÃO.

Enquanto no costume normal, as pessoas devem cumprir porque sempre se cumpriu, no caso do costume jurisprudencial, já que tal não acontece, a sua relevância e normatividade não se verificam.

É que o costume jurisprudencial só vincula as pessoas no caso concreto. Será que as pessoas na sua generalidade são também vinculadas a agir de acordo com aquele costume?

A ideia de independência dos juizes é um argumento contrário à aceitação de um costume jurisprudencial.

Porque é que o costume e a lei são vinculativos, ou porque é que são fontes de Direito?

Lei

→ princípio da autoridade.
→ em sentido material, a generalidade e a abstracção são também favoráveis à ideia de igualdade.

Costume

→ ideia de autovinculação → democraticidade (o Direito é criado por nós desorganizadamente)
→ na falta de uma norma, agimos como agíamos antes.
→ ideia de igualdade (eu sou igual aos outros)

Costume jurisprudencial (que já vimos não ter convicção de obrigatoriedade nos seus destinatários) → nenhuma destas três ideias citadas favorecem a sua vinculatividade:

→ não existe a ideia de democraticidade (pois é um costume que se gera num poder e se aplica a outras pessoas)
→ não existe ideia de igualdade (entre os aplicadores e os destinatários)
→ a ideia de tradição não faz sentido entre as pessoas que aplicam o costume (só fazia entre os destinatários)

Prof. Pamplona → o que é que distingue a jurisprudência constante do costume jurisprudencial?

Acórdãos com força obrigatória geral

- Acórdãos do Tribunal Constitucional.

- concretos (280 CRP) → vinculam apenas no processo em que foram decididos.

- abstractos

- preventivos (278/1 CRP) → antes da promulgação da lei pelo PR (não se nota bem essa força obrigatória geral)

- sucessivos (291/2 CRP) → a pedido de alguém, pode-se pedir que o Tribunal Constitucional verifique a lei.

← Este tipo de fiscalização é o que dá origem aos acórdãos com força obrigatória geral (é especialmente a sucessiva)

(Princípio do dispositivo na sua vertente do princípio do impulso → nenhum tribunal decide sem ser a pedido de alguém)

- ~~Acórdãos~~ Assentos

O artigo 2º dos CCs bons dizem que já foram revogados. O acento era a parte final dos acórdãos dos tribunais que conteria o elemento normativo. Havia acentos de:
- CPP (até 1987 → da do nosso CPP actual)

- CPC (até 1995)

Em 1987, no CPP, acabou-se com a expressão “acentos”, passando a haver os do 445º → a intenção deste artigo era fazer com que os acórdãos não tivessem força obrigatória geral, mas só eficácia interna, dentro da hierarquia dos tribunais judiciais. As causas desta modificação foram devido à discussão da constitucionalidade dos acentos, que violavam a separação de poderes (). Só que continuou tudo na mesma, na prática, porque → os acórdãos do 445/1 têm também força obrigatória geral → se nas instruções, ao não concordarmos, recorreremos para o tribunal judicial, neste caso, como podemos recorrer dos tribunais, aplicadores do Direito por excelência? Logo → se uma decisão é obrigatória para os tribunais, torna-se logo obrigatória para as outras pessoas. E como o DP só é aplicado nos tribunais judiciais...

No CPC, é com o 678/6, que diz que as partes podem sempre recorrer. Mas os juízes acabam, na prática, por obedecer a estes acórdãos quase sempre. São quase fonte do Direito; apesar de não vincularem, conseguem através do recurso uma quase obrigatoriedade.

Problemas dos acórdãos com força obrigatória geral

- 1 – Constitucionalidade
- 2 – São leis ou jurisprudência?
- 3 – Qual é o seu mérito? (são bons ou maus?)

1 – Os acórdãos do TC são constitucionais porque é a CRP que manda que eles existam. Quanto aos acentos, eles estavam a violar o art. 112/6, em homenagem ao princípio da separação de poderes: Contudo, o 119/1 g), ao tratar da matéria da publicação, tem implícito que nos outros tribunais há força obrigatória geral, o que é uma restrição ao 112º.

2 –

Argumentos a favor da jurisprudência.

À partida, a proveniência do acto não tem relevância para a questão, mas afinal até tem. A questão do órgão é importante. Os problemas da independência, da imparcialidade, todas as regras que regulam o tribunal privilegiam um tipo de raciocínio diferente do dos órgãos legislativos. O legislador tem compromissos ideológicos. Os tribunais são imparciais, independentes → logo,

Outro argumento → a irrevogabilidade dos acórdãos. Mas → a CRP não é revogável, isso não afecta a constitucionalidade dos actos e a forma. Este é um organismo acessório.

O processo → o jurisdicional nunca parte do tribunal. É o princípio do impulso. Depois, o modo de preparar a decisão. Não há publicidade, etc,etc...

FULCRO DA QUESTÃO

Os acórdãos não têm natureza legislativa porque não são inovadores, e as leis são. Os acórdãos movem-se no quadro das fontes existentes.

Crítica → Mas talvez até inovem:

- antes da inovação, havia dúvidas, agora já não.
- a lacuna é o espaço de falta de regras. Se havia lacuna e o acórdão a preenche, então o sistema aumentou.
- havendo um modo certo e um modo errado de integração de lacunas, temos duas hipóteses:

- o modo certo, em que é mais difícil dizer que há inovação, porque formalmente a integração aqui não é quase nada inovadora.

- o modo errado → os Juizes do Supremo podem errar. Sempre que erram, estão imediatamente a inovar o sistema jurídico (saíram muitos acentos criticáveis, infelizes), porque os acórdãos vinculam.

Crítica → por outro lado, o raciocínio dos acórdãos é abstracto, o que abona a favor da sua natureza jurisprudencial. E também a fundamentação, sempre à sombra das fontes vigentes.

CONCLUSÃO → têm uma natureza híbrida → isto leva-nos a discutir sobre se existirá ou não uma fronteira rígida entre a jurisprudência e a lei.

(meus textos)

Nos sistemas romanísticos:

- os juizes são independentes uns dos outros.
- nem sequer são obrigados a obedecer aos tribunais superiores (apenas no recurso) → cada juiz julga apenas pela Lei e sua própria consciência (submissa ao que está na Lei).
- assim, a jurisprudência é, eventualmente, uma fonte mediata → acontece muito isto na França e na Alemanha, países com códigos velhos. Na Itália, acontece menos, porque o código é recente.

A jurisprudência, para o Prof. Oliveira Ascensão, só é fonte de Direito:

1 - através da regra do precedente do sistema anglo-saxónico → vinculação dos tribunais inferiores aos critérios normativos dos tribunais superiores inferidos nas decisões de casos concretos → stare decisis.

2 - segundo o Prof. Oliveira Ascensão, através do costume jurisprudencial, que, como ao contrário da jurisprudência constante, é um uso acompanhado da convicção da obrigatoriedade pelos juristas (e não pelos destinatários), é diferente da jurisprudência... logo não se inclui bem aqui... Para Larenz, os requisitos do uso judiciário para se tornar costume eram:

- uniformidade e uma certa duração do uso,
- carácter incontroverso do uso (não depara com resistência considerável, especialmente dos tribunais ou dos profs. De Direito)
- voluntariedade (não pode ser imposto coactivamente)
- relação intrínseca, de sentido, com principio jurídicos consagrados, e com a ideia de Direito.

3 - uniformização de jurisprudência (Múrias não a incluiu nas fontes imediatas):

- acórdãos do STJ visando uniformizar (fixar é mais adequado) a jurisprudência (será que são mesmo fontes?). Os tribunais inferiores têm uma grande tendência a obedecer às decisões dos superiores, mas podem não fazê-lo, se quiserem.²⁰

- acórdãos com força obrigatória geral do tribunal constitucional (embora já sejam considerados quase leis, porque têm carácter geral, ao contrário da jurisprudência, conjunto das soluções dos casos concretos. Contudo, pode-se criticar isto alegando que a sua origem é de facto jurisprudencial, e se fosse Lei, o Tribunal Constitucional podia

revogá-la e substituí-la por outra em sentido diferente.). Aí é fonte de Direito em Portugal.²¹

O costume

O costume é uma prática reiterada acompanhada da convicção da obrigatoriedade.²²

É, para o Prof. Oliveira Ascensão, a fonte privilegiada de Direito, porque:

- exprime directamente a ordem da sociedade
- não há tensões entre os momentos do ser e o dever-ser (embora no campo dos valores possa haver)

O Prof. Pamplona Corte Real, longe de qualificar o costume a fonte privilegiada, interroga-se sobre como é possível encontrar esta convicção de obrigatoriedade no costume, que o distingue dos usos... E chega mesmo a duvidar dessa diferença uso / costume, tal como duvidou da normatividade das ordens não-jurídicas...

Mas na opinião tradicional, tem de ser uma prática reiterada acompanhada da convicção de juridicidade. Não há outros requisitos.

A espontaneidade

Significa que o costume não pode resultar da mera imposição de um poder ou de um grupo social. Assim, não pode ser uma mera repetição de condutas. Mas este requisito também já é abrangido pelo da convicção da obrigatoriedade...

Mas qual é a duração que tem de ter essa prática reiterada para que se possa falar em costume válido?

Antigamente, só eram aceites costumes que tivessem uma certa duração. Falava-se às vezes na necessidade de que houvesse práticas imemoráveis, práticas de que já ninguém se lembrasse

Mas a duração não parece ser específica. É somente o que é necessário para que a convicção da juridicidade venha acompanhar a prática. É claro que a duração é meramente acessória.

E deve obedecer ou não à razoabilidade?

Nos períodos em que o Estado tem de se impor perante o costume, surgem requisitos como este. Como por exemplo a “Lei da Boa Razão” do Marquês de Pombal, claramente influenciada pelos ideais racionalistas do iluminismo, em que o costume

²¹ Antigos assentos, referidos no 2º do CC, em que tribunais, podem fixar doutrina com força obrigatória geral nos casos previstos na lei. Foi revogado por ser inconstitucional, já que parecia que o tribunal tinha também poderes legislativos (115 CRP), e substituído pelos acórdãos do STJ para a uniformização da jurisprudência, previstos no CPC, 732 A e B, e também no CPP.

²² Se calhar é mais correcto dizer “juridicidade”, já que há costumes permissivos que não são propriamente obrigatórios. Por exemplo, há uma forma de costume, o desuso, que é um costume permissivo “contra legem”. A juridicidade é um termo mais cómodo, já que inclui obrigatoriedade, para as normas preceptivas, e licitude, para as permissivas.

precisava, além de ter mais de 100 anos, de ser conforme à Boa Razão. O que é, então, a razoabilidade?

Defini-la como sendo o que obedece à recta razão parece ser insuficiente.

Poderá ser a conformidade do costume com as principais estruturas do próprio sistema jurídico.

O Prof. Oliveira Ascensão refere que é preciso ver se há ou não costume. Se o há, então os princípios jurídicos aí vigentes admitem-no. Caso contrário, não pode ser considerado costume. Assim, não se pode pôr o problema da razoabilidade ou racionalidade.

Só que, se formos para espaços sociais mais amplos, e os compararmos com o espaço em que vigora o costume, aí a aceitação pode depender da razoabilidade. Só surge esse problema quando há confronto.

O Prof. Oliveira Ascensão diz que o costume pode ser inaceitável à luz dos princípios de quem está de fora. Mas no espaço em que é vigente, então é válido. Esta conclusão baseia-se na tendência sociológica do Prof. Oliveira Ascensão. Sendo o costume uma ordem da sociedade, não se pode negar que o costume numa ordem restrita é lei.

Conclusão → o Costume vale como Direito. A razoabilidade não interessa a não ser que haja conflitos. De qualquer forma, veja-se o art. nº3 do CC. (Ele ainda diz, apesar do Múrias não ter falado disto na aula, que tanto a Lei como o Costume têm de estar de acordo com o Direito Natural, e por isso é que não é um requisito do Costume, apenas).

O Prof. Oliveira Ascensão admite o predomínio actual da Lei na aplicação do Direito, especialmente em meios como as cidades, mas refere que esse predomínio quantitativo não retira ao Costume o seu valor qualitativo, que serve quase como uma válvula de segurança do sistema.

Contudo, em ambientes mais rurais, em que ainda não houve uma quebra com as formas espontâneas de vida, as Leis estão longe de ser o elemento dominante.

O uso, segundo o Prof. Oliveira Ascensão, não é acompanhado da convicção da juridicidade ou obrigatoriedade, pelo que não pode ser considerado uma fonte de Direito. Se há somente uma prática, ela pode, então, ser alterada. Contudo, seguindo o art. 3º do CC, o uso pode ser uma fonte de Direito, mas caso a lei o determine e esteja de acordo com ele. Dito por outras palavras, os usos, apesar de não serem fontes de Direito, podem suscitar normas mediatamente, caso outras fontes do Direito o permitirem. Assim os usos podem-se considerar como fontes mediatas de Direito.

Pode haver outros tipos de fontes mediatas:

1 – as que não revelam normas mas influenciam outras fontes que, estas sim, revelam as normas (doutrina).

2 – não recolhem em si a sua juridicidade, mas vão buscá-la à Lei (costumes). Não revelam as normas ou podem revelar.

O que se discute é se o costume está ou não no mesmo nível que a Lei.

Lei

1 – é um acto voluntário, ao contrário do costume. É uma decisão determinada pela opção explícita entre várias possíveis regulamentações, e com o objectivo de se

atingir determinados fins futuros (CN), como por exemplo a segurança da comunidade, enquanto que o costume deriva da tradição, do passado.

2 - emana de um órgão do poder político legítimo (actualmente, o Estado Constitucional)

3 - É em geral escrita. Mas às vezes a Lei não é escrita (duvidoso, porque para CN, é sempre em enunciado escrito). Contudo, para o Dr. Múrias o que a distingue é ser um **acto**, é ser produzida pelo poder político. Se uma assembleia de anciãos for o poder político da aldeia, pode-se considerar as suas decisões como Leis. Por outro lado, há o costume jurisprudencial, que também é escrito, pelo que o facto de ser escrita não é critério suficiente de distinção.

A palavra Lei tem significados extra-jurídicos, e em Direito pode significar mesmo "Direito". Mas não devemos utilizar a palavra nesse sentido, o Direito não é só a Lei. A Lei pode, também, ser utilizada no sentido de "normas", como vemos no art. 2º do CC.

Lei em sentido formal

É um acto do poder político que se caracteriza não só pela sua forma, mas por vir dos órgãos legislativos, que têm posição superior. Caracteriza-se por ter uma particular posição hierárquica no plano infra-constitucional.

1 - Constituição

2 - Actos infra-constitucionais

- lei formal (112 nº 1 CRP)

- decretos-lei

- leis

- decretos-lei regionais

- regulamentos do Governo

- regulamentos provenientes de outras entidades

As leis formais ocupam o topo dos actos legislativos nos Actos infra-constitucionais.

Dentro das leis formais, os decretos-lei e as leis têm a mesma hierarquia, no termo do 112 nº2 da CRP, mas esta igualdade de hierarquia admite certas subtilezas. Pode um decreto-lei revogar uma lei? São ambos actos legislativos, podendo revogar-se mutuamente, nada o impede. Mas:

- sem prejuízo das leis com valor reforçado, que se ocupam de certas matérias, devendo ser respeitadas tanto pelos decretos leis como pelas leis. São por exemplo as leis orgânicas, na maior parte dos casos as leis de base, e outras.

- sem prejuízo também de haver matérias nos termos do 163 /64 da CRP, reservadas à Assembleia da República.

- no 198/2 da CRP, em que se descrevem as competências do governo, nestas matérias não se podem também revogar um ao outro.

O Prof. Pamplona diz que os Decretos Leis só podem revogar leis nas matérias de competência comum (confirma o que o Dr. Múrias disse). De qualquer forma, o princípio é: sim, revogam-se uns aos outros. Depois é que há as excepções. Assim, parece que o Prof. Pamplona não está a dar a ênfase correcta.

A lei formal é fonte de Direito?

Pode ser ou não. Caso inclua comandos concretos, não está a ser fonte, mas apenas um acto individual.

Lei material

É um acto. Mas aqui interessa mais o texto. Para que seja uma Lei Material, :

- é preciso que se extraiam normas jurídicas

- é preciso que emane dos órgãos competentes (aqui pode-se dizer que é um requisito de validade e não um requisito conceptual em certos casos, como por exemplo o facto de o governo legislar sem ser a sua competência. Apesar de haver Lei, ela é inválida).

- é preciso que contenha normas gerais e abstractas.

- (PCR) é preciso ainda que obedeça aos processos de formação estabelecidos (parece ser mais um requisito de validade do que um requisito conceptual, segundo o Dr. Múrias)

É através da interpretação que passamos de um texto para uma norma.

A Constituição é uma Lei em sentido material e formal?

É em sentido material. Em sentido formal, não propriamente. Como a CRP está acima das Leis, reservamos o conceito de Lei formal para os outros actos.

Uma Lei da Assembleia da República é-o em sentido material e formal?

Não é em sentido material, porque não se regista uma situação concreta. Mas é em sentido formal.

E os regulamentos do governo, são em sentido material e formal?

São sempre em sentido material. Mas nunca em sentido formal, porque os decretos regulamentares estão abaixo da Lei formal. Por exemplo, o regulamento da FDL, é-o em sentido material, mas nunca em sentido formal.

Qual o sentido mais amplo, o de Lei material ou de Lei formal?

São conceitos secantes. A Lei em sentido formal abrange também actos concretos. Só que a Lei material abrange a Constituição, os regulamentos... Entram ambos na área um do outro.

Instruções – também chamadas instruções internas, a que correspondem as normas internas. As instruções são fontes de Direito, mas não são leis para Prof. Oliveira Ascensão. Tendo em conta que o poder político se manifesta através da estrutura do poder, as instruções são actos que provêm delas e que regulam apenas para o interior dessa estrutura de poder, apesar de terem natureza geral e abstracta.

Tendo em conta que o Estado age através de um complexo de serviços, sempre que algum dos seus sistemas de Estado tem alguma autonomia, os actos que o vão regulamentar de forma genérica são as instruções.

Por exemplo, os serviços fiscais incluem o ministro das finanças, secretário geral das associações fiscais, Director Geral dos impostos, Tc..., até chegar às repartições de finanças.

O Director Geral dos impostos produz actos que vinculam todas as pessoas dentro da hierarquia fiscal.

Só que, embora dirigindo-se apenas ao interior dos serviços, tem grande importância prática para as pessoas de fora, também.

O Prof. Oliveira Ascensão admite que poderiam ser leis. De facto, há textos, vinculação... Mas não são leis porque não gozam de eficácia externa... Por isso, ele conclui que não são leis. A instrução não vincula para fora dos serviços.

Portanto, ao conceito de lei material, para o Prof. Oliveira Ascensão, há o quinto requisito da eficácia externa, porque a Lei, enquanto acto do poder político, há-de ser acto do poder político pelo qual se impõe à sociedade.

A lei é a parte do Direito mais evidentemente heterónoma. Se o poder não sai de si próprio, não temos plenamente uma Lei.

Só que as instruções têm grande importância prática, mesmo para quem não é dos serviços – eles agem para com a sociedade consoante os seus princípios. Só que não há normatividade, vinculação para quem está de fora.

Quem está de fora pode recorrer aos tribunais para fazer valer a nossa posição. Os serviços podem interpretar a lei como quiserem, mas a última palavra é do tribunal. E os funcionários têm de obedecer a ,pois caso contrário estão a praticar um crime.

O decreto-lei que regula o funcionamento do governo é lei em sentido material ou instrução interna?

Apesar da grande importância prática externa, não se pode dizer que tenha eficácia externa. A validade das normas funciona só para quem lá está dentro. Quem está fora pode dizer que o problema jurídico é outro, e resolvê-lo nos tribunais.

O decreto lei também regula a orgânica do governo, e também tem importância externa. Só que o conteúdo do decreto-lei vale como norma em todo o lado, ao contrário das outras instruções. Os próprios tribunais têm de obedecer aos decretos lei.

A diferença entre lei e instrução é que a lei vale como norma para todos, enquanto a instrução, apesar de poder ter importância externa, tem uma validade mais interna.

Pode-se dizer que seja uma fonte mediata, mesmo não sendo lei, porque os órgãos que as emitem estão legalmente regulados.

Definição de Lei (art. 1, nº 2)

Esta definição está errada, porque:

- 1 – nem todas as Leis vêm do Estado
- 2 – Faz a confusão entre Lei e norma.

Mas podemos nós criticar a Lei, dizer que está errada?

Quando a Lei é mais científica, dogmática, não vincula. Mas quando as definições servem para delimitar as previsões e estatuições das normas, já vinculam. Apesar disso, não há relevância jurídica em muitas normas científicas.

Normas corporativas

A explicação de normas corporativas do artº 2 está incorrecta, porque estamos a falar de fontes. De qualquer forma, continua-se a usá-la, por facilidade.

O que são? Esta definição de normas corporativas provém do corporativismo do Estado Novo. O CC é de 1966, altura em que ainda estávamos sobre o véu do corporativismo. Este conceito supõe que entre o Estado e o indivíduo há organizações intermédias, que produzem as normas corporativas.

Hoje em dia, as principais organizações intermédias são as associações profissionais, de Direito público, com competências normativas (ordem dos advogados, dos médicos...)

O nosso conceito de Lei material abrange as normas corporativas, surgindo as mesmas problemáticas para ambas.

Tratados internacionais

Conceito muito amplo → porque são acordos que transcendem o Direito de um Estado. São os regulamentos do Direito Internacional Público, e fontes desse Direito.

Tratados:

- normativos (têm conteúdo de normas jurídicas → hoje em dia há muitos, como por exemplo os tratados sobre o gado)
- não-normativos (não têm esse conteúdo → Tratado que Portugal fez com a Espanha sobre os rios, ou um tratado sobre a troca de prisioneiros de guerra não é normativo, porque diz respeito a um problema particular)

No caso de serem Tratados normativos, são claramente uma fonte de Direito. Mas poder-se-ão reconduzir à Lei?

Tem interesse considerá-los como uma fonte autónoma, porque:

- a lei funda-se na juridicidade estatal, enquanto os tratados se fundam no DIP (fundamento axiológico diferente)
- a lei provém de um órgão do Estado ou infraestadual, enquanto os tratados ultrapassam o Estado em termos orgânicos (proveniência de órgãos diferentes).
- em termos práticos, as regras de interpretação de lacunas nos tratados são diferentes.

Logo, são fontes autónomas.

Fontes Comunitárias.

- em consequência da integração de Portugal na Comunidade Europeia.
- art. 8/2 da CRP estabelece que as convenções internacionais vigoram na ordem interna desde que:
 - regularmente aprovadas ou ratificadas
 - publicadas oficialmente

- vinculem internacionalmente o Estado Português
- vigora a primazia hierárquica da CRP sobre esses tratados.

Os princípios são fonte de Direito?

Às vezes, na falta de fontes do Direito, recorremos aos princípios gerais. Só que os princípios são normas (???), já. Recorremos, assim, a realidades ideais, não propriamente a fontes.

Há princípios mais importantes que outros:

- centrais e periféricos (Autonomia Privada mais central que o da liberdade contratual)
- hierarquias inferiores e superiores (Princípio da dignidade humana é superior ao da autonomia privada. Assim, não pode haver contratos em que uma das condições seja a morte de um dos intervenientes)

Exemplos de princípios: dignidade da pessoa humana, separação de poderes, no CC, a responsabilidade civil por culpa, a autonomia privada... No CP, o princípio de culpa...

Para o Professor Baptista Machado, estes princípios gerais, apesar de não serem fonte positiva de Direito, são o último fundamento da validade das normas jurídicas, pelo que limitam o legislador, mesmo que o seu poder seja legítimo, já que são eliciadas da própria ideia de Direito. Limitam o legislador tal como a gramática limita o uso da linguagem. Para este Professor, alguns deles são princípios universais, porque impõem as suas exigências a todo e qualquer ordenamento jurídico, como o da dignidade da pessoa humana, o princípio democrático... Além deles, ainda há os princípios internos, importantes na interpretação de leis, integração de lacunas...

Há autores que ousam remeter para estes princípios as fontes últimas do Direito, que, segundo Del Vecchio, estariam na própria natureza do homem, ou mesmo segundo Kelsen, seria “o fundamento de validade de uma ordem jurídica e especialmente o seu último fundamento (a Grundnorm → norma causal, norma de fundo), ou para a escola histórica, seriam “la fons suprême du droit”.

“Não se pode, contudo, elevar o fundamento a fonte” (N. Bobbio)

PROBLEMAS RELATIVOS À LEI, COSTUME E JURISPRUDÊNCIA

Costume

Tem de ser uma prática reiterada acompanhada da convicção de juridicidade.

Mas qual é a duração que tem de ter essa prática reiterada para que se possa falar em costume válido?

Antigamente, só eram aceites costumes que tivessem uma certa duração. Falava-se às vezes na necessidade de que houvesse práticas imemoráveis, práticas de que já ninguém se lembrasse.

Mas a duração não parece ser específica. É somente o que é necessário para que a convicção da juridicidade venha acompanhar a prática. É claro que a duração é meramente acessória.

O costume existe ou não como Direito?

Neste plano, segundo o Prof. Oliveira Ascensão (Direito = Ordem Social), basta detectar a ordem social, a sua normatividade, para detectarmos a ordem social no sentido jurídico.

O que é que o juiz deve fazer, se confrontado com um costume irracional?

Por exemplo → A ONU faz um esforço para combater a circunscrição feminina. Esta é uma prática considerada como crime pelos europeus, mas em África é uma prática com séculos de tradição. Há um tipo que está a fazer esta prática, na Guiné. O polícia pega nele e apresenta-o ao juiz. Este condena-o ou não?

Há um confronto entre a prática reiterada e um costume “racional”. E há convicção da licitude. Condenamos a pessoa por violar o princípio fundamental da dignidade humana ou não a condenamos, por obedecer a um costume milenar? Subdividamos a questão:

1 – Há costume?

Há, pelo menos segundo o Prof. Oliveira Ascensão, e é lei.

2 – O que é que o juiz faz perante este conflito?

É que no entender destas pessoas, o princípio da dignidade humana não prevê esta prática. É por isso que não podemos alegar que ele põe em causa o “fanado”.

O jusracionalismo já está, também, ultrapassado, pelo que não podemos dizer que haja uma razão universal; ela depende, também, de valores locais.

Segundo Múrias, não há para este caso qualquer solução. Ou o juiz considera o Princípio da Dignidade Humana fundamental, e recusa a aplicação do costume, ou então faz sua a juridicidade consuetudinária, alegando que para esse princípio há uma excepção.

Assim, o juiz que tenha de decidir perante o costume “irracional”, só o faz segundo as suas referências jurídicas.

Tanto o Costume como a Lei são fontes de Direito independentes uma da outra. Há uma relação de primazia entre a Lei e o Costume?

Há três hipóteses de coordenação:

1 – Costume *secundum legem* → Aqui, não há problemas de ciência jurídica.

2 – Costume *prater legem* (para além da Lei) → Estamos num campo não regulado pela Lei. Este costume regula quando a Lei diz “façam o que quiserem”, e também quando a Lei não aborda sequer a questão. Neste caso, aplica-se o costume.

3 – Costume *contra legem* → Aqui é que está o problema. No art. nº 1 e nº3 do nosso CC, só a lei é fonte do Direito. Também no artigo 293 da CRP é referido que os tribunais apenas estão sujeitos à lei. Pode-se argumentar com o art. 348 do CC, que parece sugerir que o costume também é Direito. Mas ele não está propriamente a negar

o art. 1º. O Direito consuetudinário, devido à necessidade de prova, é colocado num plano inferior.

Argumento do Prof. Oliveira Ascensão

Há uma petição de princípio, um círculo vicioso, quando se pergunta a uma fonte de Direito qual é a solução do conflito entre ela própria e o costume. Perguntar à lei isso, é partir do princípio de que é ela que decide. É este o seu argumento fundamental.

Além disso, o Prof. Oliveira Ascensão refere que, porque o Direito emana da Ordem Social, então o costume é a sua principal fonte.

O costume é sempre Direito vigente, enquanto a Lei tem:

- 1 – de emanar do poder político
- 2 – de regular a sociedade, isto é, de ser recebida pela sociedade.

O costume prevalece.

Contudo, o Prof. Oliveira Ascensão admite que o Estado pode proibir os seus órgãos de aplicar outro Direito que não o seu. O banco, por exemplo, não é Estado, mas é-o criado por lei. Os municípios, apesar de historicamente anteriores ao Estado, são por ele regulados normativamente, ele pode determinar a sua competência.

“Nullum crimen nulla poena sine lege stricta et scripta”.

Só que os órgãos do Estado podem, já que são também sociedade, ultrapassar consuetudinariamente esta proibição legal do Estado de aplicação do Direito consuetudinário.

O Prof. Pamplona, fazendo parte dos positivistas legalistas inteligentes²³, admite o relativismo de valores, que há quem tenha opiniões diferentes da sua. Mas para ele, o poder comanda, apesar de só o poder legítimo poder comandar. Esta “legitimidade” é um conceito político, não jurídico → consenso generalizado de aceitação do poder (se as decisões são legítimas, devem ser acatadas)²⁴. Devemos obedecer ao poder legítimo.

Só que o costume é a emanção directa da sociedade, devendo a lei sobrepor-se à sua produção jurídica. Esta é a única forma de indentificar o Direito.²⁵ Daí:

- o costume tem relevância só nos casos em que a Lei lhe dá relevância (PCR admite, contudo, que no DIP as coisas funcionam de maneira diferente). No art. 3º, devemos incluir também o costume. Deve haver uma interpretação extensiva. Na perspectiva da Lei, tem de ser assim.

- na prática, o costume tem uma relevância autónoma da que a Lei lhe dá.

Assim, tanto o Prof. Ascensão como o Prof. Pamplona têm noções coerentes e racionais.

(O Prof. Castanheira Neves e de certa forma o Prof. Baptista Machado abrem ainda espaço para os princípios gerais, aos quais tanto os costumes como as leis deviam corresponder, para terem a sua juridicidade fundamentada. Só aí seriam leis ou

²³ O Prof. Pamplona afirma-se positivista legalista. Há o positivismo: legalista, normativista (Kelsen e Hart), sociológico, da jurisprudência dos interesses, das escolas realistas. Por isso, é mais rigoroso dizer positivismo legalista. O positivismo legalista, por sua vez, subdivide-se em: inteligente, assume-se como tal e explica porquê; estúpido – maior parte dos positivistas.

²⁴ Este conceito não se fundamenta, verifica-se. S. Paulo → “omnis anima”(Epístola aos Romanos) → todos devemos obedecer aos poderes superiores → é este o princípio da autoridade de Prof. Pamplona.

²⁵ Mais simples. 1 – o costume é a sociedade. 2 – a lei manda na sociedade → logo, a manda no costume

costumes válidos. “Tal como a positivação jurídica consuetudinária não se reduz à facticidade, também a positividade jurídica legislativa se não reduz à formalidade”.)

Problemas de ambas as teorias

Acerca das Leis envelhecidas, o Prof. Pamplona refere que aqui temos de dar relevância ao desuso. Senão, estamos a dar soluções absurdas a alguns problemas.

Acerca das Leis Novas, o Prof. Ascensão refere que é lícito ao Estado tentar mudar a sociedade. Em 1977, por exemplo, foi introduzido no Direito da Família, em contradição com a prática reiterada da população, o direito à igualdade. Na altura, pareceu válida a atitude “” pelo Estado de aplicar o costume. Então, a relevância do consuetudinário passou a ser zero.

O Direito praticado como norma de conduta seria um, enquanto o Direito aplicado nos tribunais, na resolução de problemas práticos, seria outro. Isto tira relevância ao costume. Na resolução de problemas, os tribunais recorrem pouco a ele.

Mas se entre os órgãos de aplicação do Direito houver uma prática de aplicação de Direito consuetudinário, então a Lei deixou de ser Direito. O art. 203º da Constituição pode ser ultrapassado por um costume formado nos próprios tribunais. E nos tribunais portugueses tal acontece muito → a intenção limitativa do 203º foi ultrapassada.

Assim, para o Prof. Oliveira Ascensão, deve ser aplicado o costume *contra legem*.

Vantagens e Desvantagens do Costume e Lei

	<u>Lei</u>	Costume
Vantagens	- certeza do seu conteúdo - instrumento de transformação social	- automática adaptação à ordem social
Desvantagens	- rigidez, já que está impedida de acompanhar a ordem social - risco de incorrer em arbitragens	- de prova difícil - exprime ordem espontânea da sociedade

OPINIÃO DO DR. MÚRIAS

DEPENDE...

O Prof. Pamplona invoca o princípio da autoridade.

O Prof. Oliveira Ascensão invoca o da petição de princípio da lei.

É preciso passarmos por outros valores... Nenhum princípio jurídico vale sem excepção.

Por exemplo, o princípio da confiança serve para argumentar a favor do costume.

O princípio da autoridade, por seu lado, varia conforme as situações. Com o envelhecimento da Lei, ela vai perdendo a intensidade da sua autoridade. Por exemplo, se houver uma lei para regular a pesca do bacalhau a Leste de Sagres, é uma violação grave do princípio de autoridade que se viole a Lei. Mas se há Lei geral que fala sobre a pesca, já no Algarve o costume relativo a ela é um atentado muito menos grave.

É preciso tomar atenção aos factores espaço e tempo, que fazem variar o princípio da autoridade.

SOBRE A PERGUNTA DO Prof. Pamplona

Ao afirmarmos que o costume é fonte de Direito, e tendo em conta que o CC não o refere, não estaremos a integrar uma lacuna? E se estamos, qual foi o processo utilizado? Não foi nenhum dos do art. 10º do CC...”

- E onde é que se diz que a lei é fonte do Direito?
- No artigo 1º do CC.
- Há tautologia. Assim, também eu sou fonte do Direito. E que dizer nos países que são a maioria (Alemanha, Inglaterra, Suíça...) em que não há nenhum artigo a dizer que a lei é fonte de Direito?
- Mas o art. 1º do CC tem de ser respeitado porque provém do poder legal.
- Então, a lei não é fonte do Direito por estar escrito no 1º do CC, mas sim por provir do poder político. Mas então, onde é que está escrito que devíamos obedecer àquilo que os militares se lembraram de nos impor em 1910, 26 e 76? É claro que aceitamos o princípio da autoridade, apesar de não estar escrito em lado nenhum, mas ser um princípio da nossa sociedade. Para o Prof. Pamplona, este é o princípio básico, decisivo, que não precisa de ser positivado.
- Então e a segurança jurídica, essencial para a nossa sociedade?
- Então, esse é mais um princípio, E não haverá outros princípios que não têm de estar positivados? Imaginemos que a JSN dizia matem todos os PIDES. Isto era Direito válido? E onde está escrito que em DIP o costume é fonte de Direito?
- Está escrito nos textos do DIP, no estatuto do Tribunal Internacional de Justiça.
- E antes disso, o costume não era fonte de DIP? E porque para os Estados fora da ONU, o costume é fonte? Onde é que está escrito que os tratados internacionais vinculam as partes a partir da sua ratificação?
- Está escrito na Convenção de Viena do Direito dos Tratados de 1969.
- E antes, os tratados não eram vinculativos? E em Portugal, que não assinou Tratado, será que são? É claro que sim. E onde está escrito que nos países anglo-saxónicos o precedente é Fonte do Direito? E o Direito anglosaxónico preenche metade do mundo. Logo → há outras fontes de Direito.
- Sendo assim, então tudo pode ser fonte de direito (argumento *ad terrorem*)
- Claro que não. É perfeitamente impossível cairmos no arbítrio. Não se pode aceitar que a objectividade e a validade se tenham de fundamentar sempre num texto escrito. E não é verdade que basta um texto escrito para alcançarmos essa validade objectiva. Há outras formas. Onde é que está escrito no CC qual é o significado das palavras? Por exemplo, “boa fé” (762 nº2, por exemplo). O que é? Não há nenhuma definição razoável da lei do que é a boa fé. Esta palavra não nos diz nada (????). Mas há sempre soluções correctas e erradas para os casos. Por exemplo, o artigo 122. Por acaso, em Portugal até temos uma ajuda, mas no Direito alemão e no Direito italiano não dizem nada acerca de quando é que a pessoa faz anos. O 322 fala de abelhas. Mas que abelhas? A racionalidade do discurso é o último critério de objectividade. Ou o consenso dos interessados, quando a fundamentação é válida. Ou o processo dialéctico (Nicklas Luhman). E ainda há o argumento da legitimação da auctoritas. Há a legitimação através do convencimento retórico ou dialéctico (tópica), que ainda tem como defensores Viehweg e Perelman. Afinal a afirmação “ou é a lei ou o arbítrio” é falsa... (quer dizer.....). Dizer que o que basta é o texto para assegurar a objectividade é ingénuo...

LOGO →

A DISCUSSÃO SOBRE QUAIS SÃO AS FONTES DO DIREITO COLOCA-SE NUM PLANO DE NORMATIVIDADE DIFERENTE DO DISCURSO FEITO À LUZ DAS FONTES DO DIREITO.

E NESSE PLANO DISTINTO, O CONCEITO DE LACUNA NÃO TEM SENTIDO, PORQUE AÍ NÃO TEMOS FONTES ONDE NOS APOIARMOS. E TEMOS SEMPRE POSSIBILIDADES DE ARGUMENTAR SEM HAVER LACUNAS. E AÍ NÃO HÁ AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO

Lei Costume Tratados

LEI → AUTORIDADE, IGUALDADE FORMAL, PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO, “TRADIÇÃO”.

COSTUME → SEGURANÇA, TRADIÇÃO

TRATADOS → “PACTA SUNT SERVANDA” → CONTRATOS SÃO PARA CUMPRIR.

A CIÊNCIA DO DIREITO E AS OUTRAS CIÊNCIAS QUE O ESTUDAM

Tem de se responder à principal pergunta: o que é a ciência do Direito, e o que se inclui ou não nela.

- 1 – Política Legislativa
- 2 – História do Direito e Direito Comparado
- 3 – Filosofia do Direito
- 5 – Sociologia do Direito e Etnologia do Direito**

Também não estudam o D. Estudam apenas as manifestações culturais, o comportamento dos grupos sociais naquilo que tem alguma relação com a vida jurídica. O estudo da sociologia também se faz em relação ao mundo jurídico, mas não se faz o estudo do Direito em si.

A distinção que indica um carácter fáctico à sociologia e normativo ao Direito é bastante discutível. Numa perspectiva sociológica, também se encontra alguma imperatividade, enquanto o Direito tem sempre em conta realidades meramente factuais, e as suas normas dependem da análise dos factos. A sociologia, apesar de fazer realmente uma análise predominantemente fáctica, contribui bastante para o próprio evoluir da Ciência jurídica. Cita-se Boaventura Santos, sociólogo do Direito muito conceituado, que fez um estudo nas favelas do Brasil, descobrindo aí um sistema jurídico autónomo. Mas, seja como for, também aqui se trata exclusivamente da análise das normas.

6 – Ciência Política / Ciência da Administração / Criminologia / Medicina Legal, Biologia, Linguística, Física...

O Direito recorre a estas ciências autónomas para o auxiliarem na sua tarefa prática. Mas estas ciências não estudam o Direito em si. Por exemplo, a Ciência Política estuda apenas o poder e a sua estrutura, apesar de se relacionar bastante com o Direito Constitucional.

A ciência do Direito tem natureza somente normativa constitutiva, ao contrário das restantes.

CIÊNCIAS QUE ESTUDAM O DIREITO

Ciência do Direito

- método → jurídico
- objecto → o Direito

Outras Ciências

- método → métodos próprios
- objecto → além dos outros, o Direito
- exemplos → a Filosofia do Direito, a História do Direito...

Ciências auxiliares do Direito

- método → método próprio
- objecto → podem nem ter como objecto o Direito.
- exemplos → a Medicina Legal, a Linguística ou a Física.

i O que é a Ciência do Direito

1 – Ciência Política, Criminologia, Medicina Legal, Biologia, Linguística, Física...

O Direito recorre a estas ciências autónomas para basear as suas soluções. Mas estas ciências não estudam o Direito em si. Por exemplo, a Ciência Política estuda principalmente o poder, apesar de se relacionar com o Direito Constitucional.

2 – Sociologia do Direito e Etnologia do Direito

Também estudam o Direito. Basta ver que a ordem jurídica é uma forma de ordem social. Estudam as manifestações culturais, o comportamento dos grupos sociais naquilo que tem alguma relação com a vida jurídica. O estudo da sociologia também se faz em relação ao mundo jurídico, mas não se faz o estudo do Direito em si. A distinção fáctico-normativa é discutível. Numa perspectiva sociológica, também se encontra alguma imperatividade, enquanto o Direito tem sempre em conta realidades meramente factuais. As decisões jurídicas dizem respeito a factos, e muitas normas jurídicas dependem de análises de facto. A sociologia estuda só factos sociais, que têm alguma relação com as normas.

Mas a sociologia jurídica contribui, por vezes, para a própria ciência do Direito directamente. Cite-se por exemplo Boaventura Santos na sua análise às favelas do Brasil. Este sociólogo concluiu que elas tinham um sistema normativo próprio. Mas, seja como for, de qualquer forma trata-se apenas aqui de uma análise das normas. As principais dificuldades dizem respeito à filosofia do Direito, à Teoria Geral do Direito Civil, à História do Direito e ao Direito Comparado.

Realmente, o Direito não pode ser visto como um sistema lógico fechado ao mundo social, já que a ordem jurídica à qual ele dá expressão é uma das manifestações da ordem social.

3 – A História do Direito e o Direito Comparado

Não são ciências do Direito. A História do Direito e o Direito Comparado têm por objecto o Direito, procuram-no tal como ele foi encontrado em determinado momento (sempre tendo em atenção a sociedade onde ele vigorou, já que esta lhe exerce algumas influências / a principal utilidade da História do Direito é a compreensão do presente através da compreensão do passado – há certas normas que só se compreendem se se compreender a época em que foram criadas) ou num certo país (se legislador se inspira em leis alheias, é essencial jurista conhecer essas leis / macrocomparação - microcomparação) pela Ciência do Direito. Limitam-se a conhecer o Direito definido por outrem. São, assim, ciências gnoseológicas. O Professor Pamplona Corte Real acrescenta ainda que o Direito Comparado nem sequer seria uma ciência em si, sendo apenas um método.

A Ciência do Direito, pelo contrário, procura obter as normas jurídicas, tem, assim, natureza constitutiva. Destina-se a descobrir a norma válida, que só existe na medida em que é produto da reflexão.

4 – A Política Legislativa

As normas são o resultado da reflexão juscientífica, que as extrai à lei. A solução dos casos é o produto da ciência do Direito, sem a qual não há Direito propriamente dito, e através da qual ele muda.

O Professor Pamplona Corte Real refere que as normas estão já contidas na Lei, e que a actividade dos tribunais é não-criativa, sendo apenas meramente interpretativa. Apesar de isto ser criticável, a verdade é que o Direito deriva, mesmo nesta visão, da

Ciência do Direito, já que só através dela é possível extrair as normas da fonte emanada pelo poder político.

Enquanto o jurista faz uma apreciação do iure constituendo (qual o Direito que se deve instituir), o político faz uma apreciação do iure constituto (qual o Direito que é). É claro que o jurista está sempre limitado por estas fontes, mas podemos olhar para elas como um mero reflexo do “sentido” do Direito, como diria Castanheira Neves, estando a Ciência do Direito na própria resolução dos casos práticos (quid juris), e estando as normas destinadas apenas a ajudar o jurista, a auxiliá-lo. Mais do que isto, o jurista tem também a função de auxiliar a própria política legislativa. A política legislativa bebe também de outras ciências, como o Direito Comparado, a Sociologia, a Economia Política...

Questão importante – será a decisão legislativa um acto de aplicação do Direito?

Baptista Machado diz que sim. Gomes Canotilho acrescenta que sim, já que estes actos dependem realmente da Constituição. Tal como o juiz resolve casos, também o legislador o faz na realização das leis.

Para o Professor Pamplona Corte Real, apesar de esta aplicar o Direito, também há um processo criativo na política legislativa, já que ela extravasa muitas vezes o próprio sistema existente.

Para o Dr. Pedro Múrias, a política é sempre aplicação do Direito, já que as suas normas serão apenas reflexos do “sentido” do Direito. Esta noção não considera o Direito como o conjunto das normas...

5 – A Filosofia do Direito

A Filosofia do Direito tem, obviamente, por objecto o Direito, mas não procura resolver problemas jurídicos práticos, não procura resolver esse “quid juris”... O quid juris destina-se a ser obtido pela Ciência do Direito, preocupando-se a filosofia principalmente com a questão do quid jus..., o fundamento do Direito, as últimas questões que para ele remetem... Como por exemplo, discussões como as relações entre o Direito e a moral, ou discussões sobre se o Direito é ou não uma essência do Homem, discussões sobre a Justiça, a Segurança...

A Filosofia do Direito surge em momento posterior à Ciência do Direito, pois trabalha sobre os elementos que esta lhe fornece. Mas também é prévia, pois controla e fundamenta os próprios materiais com que o cientistas trabalha.

6 – Ciência do Direito

É a Ciência que toma o Direito como fenómeno e o estuda como tal.

O seu método subdivide-se em 3 momentos:

1 – Captação do dado jurídico

- pesquisa da norma

- percepção discriminativa dos elementos do facto

2 – trabalho sobre esse dado – conceitualização e sistematização dogmática

3 – aplicação da norma ao caso concreto.

Ao contrário de outros discursos, o discurso da Ciência do Direito é constitutivo, na medida em que as normas são objecto da ciência do Direito, não são identificáveis sem o discurso científico. A norma não é nada de empiricamente apreensível. Esta Natureza constitutiva da Ciência do Direito não se deve confundir com a questão de

saber se o Direito é ou não uma actividade criativa. É que o seu discurso é sempre vinculado à Lei. Assim, o seu objecto muda consoante muda o “juscientífico”.

Este é um dos argumentos usados contra a tese de que o Direito é uma ciência. Às vezes, em vez de ciência, usa-se a expressão “dogmática”, mas é incorrecto, porque é apenas uma parte da Ciência do Direito. Outras vezes, usa-se jurisprudência, só que esta palavra, em Portugal, ficou reservada para a actividade dos tribunais. Nós devemos usar a expressão “Ciência do Direito”.

(Professor Pamplona Corte Real – “ falta transcendência teórica para que haja uma cientificidade do Direito”).

SERÁ A CIÊNCIA DO DIREITO UMA “CIÊNCIA”?

1 – Tem natureza constitutiva.

Este conceito implica a tal transcendência teórica²⁶ entre o discurso científico e o seu objecto. O Direito, não goza, assim, da transcendência teórica. Uma teoria física pode estar certa ou errada, mas o objecto está separado do discurso. Comparando o discurso da física com os fenómenos físicos, conseguimos saber o que está certo e o que está errado. Tendo em conta a racionalidade dos discursos, pode-se afirmar essa teoriedade.

Mas, pelo menos, a Ciência do Direito distingue-se das outras por falta de transcendência de normas. Precisamos de um conceito mais amplo de ciência para considerarmos o Direito como uma ciência.

2 – É uma ciência por ter um método

O Professor Oliveira Ascensão, tal como Menezes Cordeiro, referem que a Ciência do Direito é uma ciência por ter um método racional para controlar a sua argumentação. A sua posição resume-se a: Se há método, então, há ciência.

Crítica → a discussão metodológica em Direito é demasiado vasta para dizer que há uma bitola metodológica minimamente segura (apesar de haver consensos, há também discussões em relação ao próprio método). Não se encontra um método, mas uma grande discussão sobre aspectos nucleares desse método. Portanto, esse argumento pode ser inválido. Apesar de tudo, o Prof. Castanheira Neves diz que o método jurídico não existe. Não há padrões metodológicos meramente estabelecidos que sirvam de orientação à resolução de problemas jurídicos. Por outro lado, pensa que o problema metodológico surge em cada um dos problemas da Ciência do Direito, e é resolvido segundo cada um deles. Nessa medida, o método não é prévio. No caso concreto, a reflexão metodológica acompanha sempre a Ciência do Direito. Logo, não há uma a controlar a outra, o método não está acima da “ciência”...

E, logo, não lhe garante cientificidade. É um bom argumento, apesar de se calhar um pouco antagonicamente exagerado.

Resumindo as críticas:

- não há um método único
- o método não é abstractamente formulável
- o método e a ciência são aplicados ao caso prático.

²⁶ “Teoria”, em grego, significa “contemplação”.

De qualquer forma, o método não chega para a garantir como ciência.

3 – o jurista não tem liberdade total

O Direito, para o Professor Pamplona Corte Real, é uma ciência porque o jurista não tem liberdade total na formulação das suas opiniões. Há limites claros resultantes de leis. Nem todas as opiniões jurídicas são aceitáveis, logo, há algum rigor, mesmo que haja uma margem balizada de discussão. E este rigor confere cientificidade à Ciência do Direito.

O Dr. Múrias duvida que isto chegue para lhe das natureza científica. Esta limitação não resulta da própria ciência do Direito. Por exemplo, a matemática → algumas soluções estão certas, outras estão erradas, porque é essa própria ciência que limita as suas soluções. É ela que limita as respostas aos seus problemas.

Na Ciência do Direito, há algo exterior a si, porque há problemas jurídicos que não se reconduzem à lei (apesar do Prof. Pamplona ter opinião diferente). Há, segundo Múrias, uma limitação extrínseca. Não é a própria ciência do Direito que limita as suas soluções, é algo exterior que o faz. Se nós dissermos: “de acordo com a religião cristã, existe Deus”, o discurso religioso considera que essa afirmação é correcta, mas não é científica.

Até agora, ainda não houve soluções que justificassem a cientificidade do Direito. Continuemos:

4 – Transcendência teórica

A verificabilidade do seu discurso e soluções seria uma característica das ciências para o Prof. Baptista Machado. Nas ciências, pode-se verificar empiricamente as suas soluções (método experimental). Ela existirá no Direito? Nele, há verificabilidade num certo sentido... O discurso jus-científico é feito em abstracto, e encontra ou não a verificação nas decisões dos tribunais. A prática retira confirmação, pode fazê-lo ao discurso da Ciência do Direito. Assim, pode-se notar a verificabilidade nas decisões dos tribunais.

Só que as decisões são já em si Direito. Os argumentos que se usam em abstracto são os mesmos que os aplicados nos casos concretos. Estão lado a lado. Por esta perspectiva, também falta à Ciência do Direito a característica da verificabilidade.

5 – Fecundidade inquisitiva

Este argumento, também do Prof. Baptista Machado, assenta no pressuposto de que o discurso científico não só responde a perguntas, como também procura novos problemas.

Na verdade, a ciência do Direito não é só a decisão, é também todo o discurso de “background” que implica a abertura de novas perspectivas.

Temos de distinguir a “pergunta fundamental”: nesta matéria, qual é a norma que vigora? Neste caso concreto, qual é a solução? Estas perguntas básicas não são formuladas pela Ciência do Direito. Surgem, antes, como algo prévio ao discurso jus-científico, e às quais ela de facto tem de responder, e que sempre respondeu.

Há problemas que existem sempre (mulheres matam filhos, por exemplo), e que não são criados pela ciência do Direito, impõem-se a ela... Estes problemas têm a resposta dada pela ciência do Direito.

Logo, se ela tem fecundidade inquisitiva, ela aplica-se apenas em aspectos secundários. Há certas perguntas que só existem recentemente, mas outras existiram sempre. E estas não têm nada a ver com a fecundidade inquisitiva.

As perguntas dadas pela Ciência do Direito são sempre práticas → como se regula ou como se resolve certo caso prático.

6 – Possibilidade de fazer uma relação imediata entre as ocorrências concretas e as posições abstractas.

No seu terceiro argumento, o Prof. Baptista Machado refere a possibilidade de se fazer uma relação imediata entre as ocorrências concretas e as proposições abstractas. Por exemplo, em física há as leis da balística. Da lei em abstracto conclui-se para o caso concreto, ou dos casos concretos descobrimos as leis abstractas.

No Direito, em certo sentido, de facto as normas correspondem à solução de casos concretos. Parece haver relação imediata entre o concreto e o abstracto. Mas é muito duvidoso que essa relação abstracto / concreto não é a mesma.

Não estamos a relacionar uma ocorrência com a Lei em abstracto. São noções diferentes. Mas, mesmo admitindo que sim, é preciso vermos que se a riqueza do caso concreto, apesar de uma muito maior quantidade de elementos dele resultantes, e a quase impossibilidade de se formar normas jurídicas sem se indicar as suas excepções, não seriam argumentos suficientes para implicar uma separação muito maior entre a abstracção e o concreto jurídico do que a que existe nas outras ciências? Sim, porque em Direito as formulações das normas abstractas são sempre inacabadas. Por outro lado, o caso concreto é muito “rebelde” ao seu enquadramento normativo.

Então, o Direito é ou não uma Ciência?

O Dr. Múrias, apesar de admitir que tem vontade de considerar o Direito uma ciência, não deixa de referir que é preciso ter em conta também a questão da falta de verificabilidade e a natureza intrinsecamente problemática do Direito.

Contudo, é muito mais fácil defender que o Direito é uma ciência, já que parece ter um método que a controla.

CÓDIGO / RAMOS DO DIREITO

Codificação é:

- (s)científica (pretende ser...)
- sistemática (característica menos exigente...)
- sintética (exigência mais difícil, mas tem o objectivo de resumir, encurtar)

Código:

- Antes de mais, um código²⁷ é uma lei.
- E visa regular um ramo ou sub-ramo do Direito²⁸, mesmo que parcialmente ou apenas através dos princípios gerais. (a generalidade das regras respeitantes a determinada matéria). É assim que se distingue das leis normais, que também contém várias regras a maior parte das vezes.

O Código da Estrada será um código? Não, porque não regula um ramo do Direito. A matéria “estrada” não reúne matéria científica suficiente para ser considerado um ramo do Direito.

Questão mais importante → A CRP será um Código?

A CRP contém regras de generalidade, princípios fundamentais do nosso D.

Mas também regula o Direito político, apesar de não o regular todo (lei eleitoral, lei orgânica do Governo, leis sobre forças armadas, leis sobre a AR...). Logo, a AR não regula o poder político.

Outro problema → a submissão das outras leis à CRP (fiscalização da constitucionalidade). Mas há muitos problemas que não remetem para a CRP.

Outro ainda → não é sintética, e não é produto científico, não é o culminar de uma reflexão científica, tem até natureza compromissória.

Logo → 1 – não regula um ramo do Direito. 2 – contém princípios fundamentais 3 – não ser sintética nem científica → tem natureza híbrida, não sendo um Código. É a Constituição, e mais nada.

Distinguir Código de Compilação

A Compilação apenas reproduz leis já em vigor. Não tem um carácter inovador, até há quem duvide se será ou não uma lei, até porque pode ser uma compilação de costumes, jurisprudência... E não elabora cientificamente, apenas reproduz. Mesmo a sistematização era feita a maior parte das vezes por critérios cronológicos.

E a consolidação?

Procura reproduzir o Direito vigente, mas reproduzir com textos mais simples, seguros, sintéticos. Aproxima-se mais do Código do que a compilação. Alteram-se os textos, mas com o objectivo de conservar as normas, que podem ser reformuladas.

²⁷ 1º Código → francês, 1804

²⁸ Antes, os códigos (Hamurabi, Teodósio, Justiniano, Ordenações...) tinham a pretensão de regular todos os ramos de Direito. E não eram sistemáticos nem científicos. É assim que deles se distinguem os Códigos modernos.

Mas não visa regular cientificamente o Direito, sendo um produto quase exegético, não inovando → não é, assim, um código.

É que um Código é científico não só na forma de expor, como também na forma de optar.

Compilações e Consolidações²⁹

Ambas se caracterizam pela infidelidade da reprodução. Tanto nos textos como nas normas há infidelidade, alterações. Representam sempre uma alteração do Direito vigente. São, logo, sempre momentos relevantes em todos os países.

No Direito americano → restatement → uma consolidação de leis e de precedentes, mas de origem privada (American Law Institute), que consolida o Direito vigente. Os restatements não vinculam, não valem como lei. E estes preceitos, que à partida não servem para nada, são muito úteis devido à imensidão de fontes (federalismo). Logo, estas, não sendo formalmente fontes do Direito, servem de fonte de argumentação nos tribunais. Também representam um momento de evolução.

Causas da Codificação

Movimento codificador surge a partir do séc. XVIII devido a causas:

1 – ideológicas

O racionalismo foi o grande impulsionador da codificação. Os jusracionalistas postulavam a substituição da ordem social por uma ordem racional (foi assim que se fez 1789). A razão humana podia descobrir os princípios que deveriam regular a vida social, através do Direito Natural. O código destinava-se efectivamente a transmitir esse Direito Natural, a *raison écrite*.

2 – políticas

No plano interno:

- abolir os privilégios ou leis particulares até aí existentes
- unificar a própria sociedade, submetendo os direitos locais a um código nacional.

No plano externo:

- ser utilizado como arma de ataque (Napoleão, 1804), influenciando os países à volta, antes de os atacar pela força das armas.

3 – técnico-jurídicas

A codificação supõe um estado científico na análise do material jurídico, que prepara essas sistematizações.

4 – Causas práticas

²⁹ Que não existem em Portugal

Houve uma evolução social profunda (revolução industrial, predomínio da burguesia), que implicava uma evolução no Direito.

Causas científicas da Codificação (as mais importantes)

Um Código é sempre um desenvolvimento prolongado do Direito. A relação entre Código e ciência do Direito é intensa.

O Código corresponde a décadas de desenvolvimento juscientífico. O Código alemão é produto da unificação alemã, mas assenta no O CC português começa a ser preparado muito antes de ter sido publicado. Isto tem consequências muito graves. Um Código surge sempre desatualizado.

Além disso, não apresenta ideias da política legislativa, mas só a adesão a um trabalho científico. Surge mais como momento científico do que de autoridade.

Jackobs → na interpretação das leis, devemos distinguir as opções políticas (vinculação às opções do legislador) das opções científicas (conteúdo dos Códigos é fortuito → o nosso CC hoje teria um conteúdo completamente diferente). Não é possível compreender um Código sem compreender a ciência que o produziu.

Além disso, o CC em 66 e o CP em 82 resultam de importações doutrinárias. Quem quiser compreender bem o CP português, tem de estudar a doutrina alemã que está na sua base.

RAMOS DO DIREITO

Um ramo do Direito é um sector jurídico. Os ramos definem-se em função da unidade dos problemas tratados. Têm também um tipo diferente de disciplina de uns para os outros. Talvez haja até ramos do Direito que se distingam pelo seu objecto, pelos seus princípios gerais e pelos problemas que se destinam a regular. (factos + Direito).

Há um ramo jurídico que não se distingue pelo objecto mas sim pela hierarquia das normas que estuda. Mas isso é discutível.

	Direito Privado	Direito público	
Processo Civil		Pr. Pen, PFC, PF e PA	
Direito comum	Ds pr. especiais		
Família	Trabalho	Constitucional	DIP
Sucessões	Comercial	Fiscal	Comunitário
Reais	Prop. Intelec0.	Administrativo	Dos org. interm.
Autoridade()		Penal	
Personalidade			

Como distinguir o Direito privado do público? (exp. Latina do Prof. Oliveira Ascensão?????)

1 - Critério da qualidade dos sujeitos intervenientes → está errado. Também as pessoas de Direito público podem intervir em Direito privado.

2 – Posição dos sujeitos → O Direito público é aquele em que surgem pessoas de Direito Público investidas do poder de autoridade. É pelo modo como os sujeitos surgem... → parece ser o critério mais correcto.

3 – Critério de interesse → O Direito Público diria respeito aos interesses da maioria da comunidade. No Direito Privado, seriam os interesses particulares das pessoas, os sujeitos de um concreto problema → está errado. Há normas de Direito privado que atendem ao Direito público, e há normas de Direito público para sujeitos de uma situação concreta.

DIP é Direito Público?

Não. Nele, é regulado fundamentalmente o interesse das entidades soberanas³⁰, mas elas surgem em posição de igualdade umas em relação às outras. DIP nem sequer faz parte do sistema jurídico. É autónomo dos sistemas jurídicos internos. É muito *sui generis*.

Direito Penal é privado ou público?

O Prof. Oliveira Ascensão inclui o Direito Penal no privado contra as teorias normais. Diz-nos que fê-lo porque quando se diz “não matar” não há uma manifestação do poder de autoridade.

O poder do legislador não caracteriza o Direito público. No Direito público há uma pessoa que aparece investida de poder. O Prof. Oliveira Ascensão refere-nos aqui a diferença entre o Direito Pena e o Direito Processual penal. É nele é que se regula o poder da polícia, do Ministério Público... “O Direito Penal regula as pessoas num critério de igualdade”. Sim, é verdade. Mas há uma contradição. No Direito Penal as pessoas não surgem necessariamente em relações de igualdade. Há crimes contra o Estado e contra a sociedade em geral.

Conclusão → é melhor não o incluirmos em nenhum dos dois Direitos. Realmente, o princípio da legalidade é um “tique” de Direito Público. Mas a parte geral do Direito Penal é muito parecida com a parte da responsabilidade civil.

E os “Processos”, são de que tipo?

São todos Direito Público, incluindo o Processo Civil e do Trabalho, por opinião dominante. Há uma relação de autoridade dos tribunais em relação às partes.

Mas → a acessoriedade dos preceitos relativamente a cada um dos ramos respectivos, a grande proximidade de valores, poderia pô-la a acompanhar os respectivos ramos substantivos.

Há ainda ramos híbridos

Por exemplo, o Direito Bancário.

- é público → regula as instituições que superintende.
- é privado → regula os contratos com as partes.

Atenção → O Direito Penal não é híbrido, é autónomo.

³⁰ pode até regular os indivíduos, como nos casos dos prisioneiros de guerra.

Opinião do Prof. Oliveira Ascensão sobre esta divisão

Do ponto de vista científico, seria mais correcto fazer a divisão Direito institucional / comum.

Há ramos que se referem especificamente a uma instituição, como o Direito da Família, à instituição familiar; o Direito público à instituição Estado; o Direito das Sucessões à instituição “sucessões”.

Depois há o Direito comum, conjunto de regras que não estão ligados a nenhuma instituição em particular, como por exemplo o Direito das Obrigações ou os Direitos Reais. Estas regras podem ser aplicadas independentemente, ou submetidas aos fins de uma instituição.

Do ponto de vista pragmático, este autor admite que a divisão convencional tem funcionado bastante bem, pelo que não vale a pena mudá-la.

Crítica do Prof. Pamplona → o problema é que o conceito de instituição é tão amplo que podemos pôr o que quisermos no Direito institucional.

Dr. Múrias → talvez o mais importante fosse distinguir as áreas da ciência jurídica. As grandes discussões são entre essas áreas da Ciência Jurídica.

A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA (CASTANHEIRA NEVES)

O que é?

Em sentido muito amplo → é a determinação do sentido normativo de uma fonte jurídica, qualquer que ela seja (prática-norma consuetudinária, tratado internacional, texto-norma legal ou regulamentar, sentença, negócio jurídico, etc)

Em sentido restrito (que implique problema específico) → acto metodológico de determinação do sentido jurídico-normativo de uma fonte jurídica em ordem a obter dela um critério jurídico (critério normativo de Direito) no âmbito de uma problemática realização do Direito e enquanto momento normativo-metodológico dessa mesma realização). Isto significa:

1 – só se pode extrair a norma da fonte por meio da interpretação (nexo incidível entre norma e a interpretação)

2 – a norma só vem a ser interpretativamente determinada através da concreta resolução dos problemas jurídicos que nela se fundamente ou que a invoque como critério, pelo que a interpretação é sempre uma constitutiva concretização.

Partindo deste carácter normativo-constitutivo da interpretação:

→ já é hoje quase obsoleta a tese da exclusão da interpretação (desde que a fonte interpretanda se exprimisse num texto claro e inequívoco) para obter o arbítrio judicial e garantir estrita certeza do Direito (Justiniano, Revolução Francesa... → référé législatif)

Crítica → 1 – todos os argumentos linguísticos, exegéticos e normativos que tradicionalmente se contrapõe a esta tese 2 - a «clareza» é ela própria um resultado interpretativo.

→ a interpretação, além de andar lado a lado com a aplicação do Direito, reconhece-se também num continuum do mesmo tipo com a «integração» (criação de Direito).

Questão da legitimidade constitucional (será que o Direito criado pela actividade jurisprudencial (através muitas vezes da interpretação extensiva³¹ e analogia) é válido constitucionalmente?):

Três pontos de discussão:

- Estado de Direito → Direito tem de ser predeterminado à sua aplicação.
- Princípio da separação de poderes → só o legislador pode criar Direito → não é bem assim... O legislador tem a prerrogativa de criação do Direito, mas não o monopólio...
- princípio da legalidade (obediência à lei) → no acto concreto da realização do Direito, não pode haver criações contra nem praeter legem → não se pode pensar no princípio da legalidade como meramente formal. El também tem intenções materiais, pelo que nesse caso significa, mais do que obediência à lei, obediência ao Direito.

³¹ Esta deve ser excluída na medida em que não vai além do que está na lei.

Além disso, parece que:

- a actividade jurisprudencial é essencial, pelo que de qualquer forma se deve definir os seus limites constitucionais.

- com um método racional, poder-se-á garantir a objectividade jurídico-normativa, evitando o arbítrio dos juízes (ver BM -326). (também – Menezes Cordeiro – “do juiz autómato aos modelos de decisão”).

Qual o objecto da interpretação jurídica?

Para positivistas → Direito positivo reduz-se ao Direito posto nas leis.

Para positivistas legalistas → as leis passaram a identificar-se com o seu próprio texto → o objecto da interpretação seria o texto da lei.

Crítica → o objecto da interpretação jurídica não é o objecto formalmente significativo (texto), mas o objecto intencionalmente jurídico-normativo (norma)³².

→ É assim que se distingue a exegese (mera explicitação, que fecha a fonte no seu próprio texto, identificando a lex com o ius) da interpretação (inter-pres, e, portanto, com necessária mediação, processo que abre (normativamente) a fonte ao Direito, distinguindo a lex do ius).

→ é também com esta crítica e distinção que surge outra questão. Será que o texto da lei identifica (e obviamente limita) a interpretação? Será que, como é referido no art. 9/2 CC, só se está a fazer interpretação quando o sentido normativo imputável à fonte-norma for um dos sentidos possíveis do seu texto enquanto tal?³³

Não... Por razões sobretudo metodológico-normativas (paralelas à da oposição exegese-interpretação), a letra da lei só tem valor heurístico, e não normativo. A delimitação jurídica da incriminação garante-se pelo «tipo» legal de crime correctamente interpretado, e não pela letra da lei.

³² Numa monografia jurídica, o leitor não se dirige ao sentido filológico e literário que se exprime no texto, mas ao sentido jurídico que se comunica através do texto.

³³ Esta distinção é muito importante no Direito Penal (nullum crimen sine lege → proibição da analogia na incriminação)

1 - O que são os resultados da interpretação?

Tradicionalmente, e com o consenso, por um lado, dos subjectivistas (os que consideram o espírito da lei como correspondendo ao espírito-vontade do legislador) e dos objectivistas (os que defendem ter a lei um espírito independente ao do intérprete – mens legis), os resultados da interpretação derivam da conjugação concomitante dos vários elementos interpretativos (gramatical e lógicos – teleológico, sistemático e histórico) a uma lei, de forma a extrair do seu texto a norma, sendo que têm de se mostrar hermeneuticamente lícitos, não podendo, assim, ir mais além do que o campo de significados possíveis de obter através do alargamento do texto para que nele se integre o espírito.

Sob esta harmonia de conceitos, há: 1 - uma interpretação declarativa nos casos em que o espírito corresponda exactamente à letra da lei (concordância entre interpretação lógica e gramatical); lata ou restrita, consoante toma em sentido amplo ou em sentido limitado as expressões com vários significados. 2 - uma interpretação extensiva nos casos em que é necessário alargar o texto para que nele se inclua a ratio legis. 3 - Uma interpretação restritiva, para as leis em que se restringe o texto para que este fique de harmonia com a ratio. 4 - interpretação enunciativa 5 - uma interpretação abrogante, quando se verifica que a norma extraída do texto, por incompatibilidade com outras, não tem sequer espírito, ou quando dela, devido à forma deficiente com que foi elaborada, não se consegue retirar nenhum sentido normativo.

Todas estas categorias de resultados de interpretação, como atrás foi referido, cabiam, conforme o art. 9/2 do CC, na letra da lei; nunca se vai além do significado literal possível.³⁴

O Prof. Oliveira Ascensão segue quase na totalidade esta visão tradicional dos resultados de interpretação. E é assim que, acerca da redução teleológica, referindo que “se não for interpretação restritiva, ou cai na interpretação abrogante, pela via da contradição valorativa, ou na interpretação correctiva pela via da inadequação”, insiste em negar ambas, alegando a necessidade de segurança. Admite contudo uma excepção; caso o preceito entre em contradição com o Direito Natural, que para o Prof. Oliveira Ascensão é constituído pelos valores objectivos de uma comunidade, pelas traves mestras da ordem jurídica, então nesse caso, por motivos de segurança da própria comunidade, motivos estes mais altos do que os de unidade nas decisões dos tribunais, é

³⁴ Para o caso da interpretação abrogante, nem sequer há um resultado jurídico, já que o intérprete não consegue extrair nenhum sentido da lei.

admitida a interpretação correctiva pela contradição valorativa, sem haver que esperar pela correcção da fonte. Assim, o Prof. Oliveira Ascensão, apesar de poder parecer que não admite a interpretação por recurso ao “transcender” da variação total do sentido literal possível, devido à insegurança que esta modalidade causaria nas decisões jurídicas, admite que *se o sentido da fonte se revelar contrário à ordem natural, é esta que deverá prevalecer, pois não há nenhuma segurança que mereça ser comparada com a negação dos princípios fundamentais da convivência social*³⁵. Logo, parece, por outras palavras, que o Prof. Oliveira Ascensão admite a possibilidade, apesar de improvável, de reduções teleológicas. Este passo é muito discutível, de facto... Até porque a figura da redução teleológica surge, para as escolas alemãs, lado a lado com a analogia, como processos em que se transcende a interpretação e se passa já para a integração de lacunas. Para o Prof. Ascensão, esta interpretação correctiva não é propriamente um processo de integração de lacunas. Não se corrige por comparação com outras normas, corrige-se sim por desconformidade com a ordem natural... Passemos então à análise da posição do Prof. Karl Larenz, um dos principais representantes da doutrina alemã.

Se já é difícil resumir a posição deste professor acerca da redução teleológica no contexto dos resultados interpretativos, mais complicado ainda se torna compará-la com a arrumação conceptual do Prof. Oliveira Ascensão, devido não só às diferenças acerca da visão global do Direito, como também às diferenças a nível de conceitos...

Larenz utiliza um conceito de interpretação extensiva/restritiva diferente do que o seguido pela visão tradicional. Para ele, estes resultados interpretativos surgem na medida em que *se limite rigorosamente o significado duma expressão ao núcleo da representação* ou que *se estenda até ao limite do sentido literal possível, até ao «domínio marginal»*³⁶. Esta definição de interpretação extensiva/restritiva vai ao encontro da utilizada pelo Prof. Oliveira Ascensão e toda a doutrina tradicional para os conceitos “interpretação declarativa restrita/lata”... *Ir além do domínio marginal mais latamente concebido só é, então, possível por via da analogia* (ou interpretação extensiva?); *em contrapartida, uma restrição do próprio domínio nuclear só será possível por via de uma redução teleológica* (ou interpretação restritiva?). Então, será que, para este autor, corresponderá a definição de redução teleológica à noção comumente utilizada para qualificar interpretação restritiva, e analogia à noção de interpretação extensiva? Sim, mas mais do que se identificar, parece que o autor admite mesmo um ir além do próprio sentido marginal ou ficar aquém do sentido nuclear para estas duas modalidades, se se analisar outra frase. *Como, por este processo, a regra demasiado ampla que a lei contém é reduzida ao âmbito de aplicação que lhe cabe segundo o fim ou o contexto significativo da lei, falamos a este propósito de uma redução teleológica (...)* O objectivo da redução teleológica (já na integração de lacunas) *é o de distinguir desigualmente o que é desigual, isto é, de fazer as distinções que sejam necessárias numa perspectiva de valor. A distinção pode resultar do sentido e fim da própria norma a limitar, ou de uma outra norma, ou ainda de um princípio imanente à ordem jurídica, ao qual se deva atribuir primazia, à luz da valoração global.* Esta frase é suficiente para se provar que para o Prof. Larenz é admissível, através das duas figuras que temos vindo a analisar, transcender o próprio limite total do sentido, ou então restringi-lo para além do próprio domínio nuclear. E *nenhuma destas duas coisas é interpretação no (sentido restrito), mas sim integração da lei, desenvolvimento do Direito.*

³⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, 10ª edição, Almedina.

³⁶ LARENZ, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*, Fundação Calouste Gulbenkian.

Só que é muito difícil, em termos práticos, encontrar a delimitação entre a interpretação extensiva e a analogia, ou a restritiva e a redução teleológica... Para já, em toda a interpretação extensiva/restritiva que se faça, mesmo não indo além do sentido marginal/domínio nuclear da lei, o intérprete recorre sempre a analogias, que se podem até identificar de certa forma com o elemento sistemático de interpretação. E, por sua vez, a integração analógica/redução teleológica estende às lacunas a regulamentação de casos semelhantes / cria lacunas ocultas através da analogia de casos semelhantes. Não será esta uma distinção de mero grau?

No art. 9/2 CC, refere-se acerca da interpretação: “(...) Não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso”.

Saber o que é esse “mínimo de correspondência verbal” parece ser o segredo para fazer a distinção. Olhando para o 9/2, este artigo parece contentar tanto o Prof. Oliveira Ascensão, como o Prof. Karl Larenz. Ambos concordam que, para além do mínimo de correspondência literal possível, já não estamos no âmbito da integração de lacunas. Só que convém não esquecer, como atrás foi referido, esta é uma distinção de mero grau...

Integração de lacunas

Interpretação em sentido amplo/restrito (nº 218 e 220)

Dever de integrar lacunas.

Está no 8/1 do CC português esse dever.

E no 10º CC é referida a integração de lacunas.

Este processo deve estender-se a toda a ordem jurídica.

Lacuna e situação extrajurídica.

Todas as situações que não têm relevância jurídica são genericamente consideradas lícitas → contudo, é difícil estabelecer os limites entre estes casos e as verdadeiras lacunas.

Há situação de falta de regra em ambas as situações, mas a lei só tem em vista as verdadeiras lacunas.

Lacuna de previsão e estatuição

Na de previsão é que é difícil determinar se há ou não uma verdadeira lacuna.

Na de estatuição, só falta determinar o regime para os casos que se incluam na previsão.

Determinação da lacuna

É um critério valorativo.

Temos de ver se a solução normativa para o caso:

1 - diz respeito à ordem moral, religiosa e de trato social → neste caso, ela deve ser afastada, mesmo que se possa fazer analogias com outras disposições do sistema jurídico.

2 - diz respeito à ordem jurídica → ainda teremos de ver se o caso deve ou não ser juridicamente regulado (tem de se encontrar algum indício normativo que permita concluir isso)

Interpretação

A interpretação é sempre necessária, mesmo com fontes claras → porque é preciso retirar o seu espírito da letra → são absurdas as posições históricas de Justiniano e de alguns autocratas modernos no sentido de proibir a interpretação da lei.

A interpretação não é só da norma isolada. É o colocar a lei na ordem social, procurando à luz desta o seu sentido. Portanto, é incorrecto dizer que a interpretação diz respeito ao ordenamento, apenas. Ela arranca sempre de uma fonte.

A interpretação jurídica é uma interpretação com sentido normativo → tem de se retirar uma norma da fonte.

Interpretação pode ser lato ou stricto sensu

Interpretação em sentido lato:

- int. em sentido estrito
- integração de lacunas
- interpretação evolutiva

Interpretação em sentido estrito → operação pela qual se extrai do texto (fonte) o seu sentido juridicamente relevante (norma).

Texto → todo o conjunto de sinais, dotado de alguma utilidade.

Para o Prof. Oliveira Ascensão, o significado de uma Lei é a norma. Mas atenção ao que os linguistas dizem:

- *significante* → "o meu CC" → palavras só
- *significado* → conceito associado às palavras
- *referente* → o próprio CC. A realidade que existe independentemente da linguagem.

"O poema utópico de Luís de Camões." → *significante*

"Só há este poema de ..." → *significado*

O problema com o referente é "Os Lusíadas" serem uma realidade intelectual, que se autonomiza de todas as corporizações. O referente é "ideal". Até porque há muitos significados atribuídos aos "Lusíadas" distintos da obra.

Para o Prof. Oliveira Ascensão, o significado da Lei é a norma → é uma posição discutível. Em rigor, o Prof. Oliveira Ascensão não tem razão. Por exemplo, uma lei inconstitucional, que é nula. Ela tem significado, mas não existe nenhuma norma correspondente ao seu significado. Em rigor, a norma é um ente ideal que corresponde ao significado.

Interpretação em sentido lato → tarefa de determinação da norma da lei.....

Interpretação enunciativa → utilizando argumentos lógico-formais (a contrario, a fortiori, a maiori, ad minus, a minori e ad maius).

Crítica → Esta afirmação está errada, porque há toda uma ponderação material essencial na operação. Saber quando estamos perante um – ou um +, ou se estamos perante algo diferente, é um raciocínio valorativo tendo em atenção o sistema jurídico. Em rigor, o argumento “a fortiori” é também uma analogia, apesar de normalmente usar-se só para os casos de identidade de razão.

A determinação do que é mais ou do que é menos é, logo, uma tarefa valorativa.

Interpretação doutrinal

- interpretação em instruções internas³⁷

Interpretação autêntica

- interpretação feita através de um acto de valor não inferior ao acto interpretado. É uma interpretação vinculativa para os seres humanos em geral. Não é, verdadeiramente, interpretação. Ela vale, independentemente de ter obedecido à metodologia de interpretação. Vale por ser um acto legislativo (matéria muito importante para a aplicação da lei no tempo).

	<i>Subjectivismo</i>	<i>Objectivismo</i>
<i>Historicismo</i>	-----	-----
<i>Actualismo</i>	-----	<i>Posição mais correcta</i>

O pensamento legislativo. Objectivismo.

Acerca do espírito da lei.

Subjectivistas → o espírito da lei é a intenção que o legislador teve ao fazê-la (pesquisa-se a personalidade do criador e a circunstância histórica)³⁸.

Objectivistas → o espírito é um sentido objectivo, não estando condicionado pelas intenções do legislador histórico.³⁹

Críticas modernas dos objectivistas aos subjectivistas:

- 1 – muitas vezes é impossível saber a intenção do legislador histórico
- 2 – às vezes há várias pessoas com intenções diferentes envolvidas no processo de feitura da lei (argumento fraco).

Fase informal:

- anteprojecto do Prof. X
- revisto pelos serviços da Presidência do Conselho de ministros.

Fase formal / constitucionalmente regulada

³⁷ Na generalidade dos casos, têm conteúdo interno, mas não são interpretação autêntica, porque não têm valor igual ou superior ao acto que interpretam. Não são feitas através de decretos-leis. A base para argumentarmos que as instruções nunca são interpretação autêntica é o 112/6.

³⁸ Pode-se ainda fazer uma subdivisão aqui, atendendo aos subjectivistas em relação ao que o intérprete vê, e não em relação ao autor → mas isto é irrelevante para o Direito.

³⁹ Modernamente, é esta a tendência mais seguida.

- aprovação do projecto de Proposta de Lei em Conselho de Ministros.
 - enviada à A.R.
 - discussão em Comissão
 - aprovação em Plenário
 - P.R. promulga
 - P.M. faz a referenda.
- Há inúmeros intervenientes. Qual é a intenção que releva? Se fosse dos deputados, eles são 250. 180 votam a favor, 70 votam contra. E dos 180 cada deputado tem a sua intenção.
- Logo → o subjectivismo é posto de lado. O seu maior perigo é esquecermos os intervenientes e limitarmos-nos à discussão em Comissão → não é só impossível, como também é perigoso.

O nosso CC:

No art. 9º dá-se liberdade de posições através da expressão: pensamento legislativo.⁴⁰

O Prof. Oliveira Ascensão:

Adere completamente à tese objectivista → a lei só vale integrada na ordem social, e o seu sentido está condicionado pela sua repercussão nessa mesma ordem → o que apaga o pensamento do legislador logo após a criação da norma.

Contudo → se o propósito do legislador estiver perceptível na lei, este deve ser considerado. *Até porque não devemos ir contra o princípio democrático. Democracia implica eleição de determinadas pessoas, é a elas que corresponde o poder de legislar, devendo-se dar-lhes importância.*

Conclusão final → objectivismo, mas com um pouco de subjectivismo, em homenagem à autoridade das pessoas no nosso sistema.

Actualismo

Há ainda as posições:

- actualista → o sentido da lei é o actual
- historicista → o sentido da lei é o sentido do momento histórico da feitura da lei.⁴¹

Crítica aos historicistas → nesse caso, muitas das normas do nosso sistema jurídico tinham caducado já que não previram na sua formação as circunstâncias actuais. *É que a interpretação tem uma finalidade prática, applicativa aos casos concretos. Qualquer interpretação que não seja actualista cria um desfazamento entre a norma e a realidade a que o Direito se aplica. O historicismo implica a rigidificação do sistema jurídico, o que leva à existência de inúmeras lacunas, e em segundo lugar acaba por conduzir à sua desadequação.*

Contra-crítica dos historicistas → isto é até vantajoso → havendo lacuna nas situações futuras, maior liberdade haverá na sua superação, através de alguns processos de integração de lacunas.

Crítica à contra-crítica do Prof. Oliveira Ascensão → então esta teoria da interpretação de leis orgulha-se de aumentar as lacunas, com a insegurança que tudo isso traz? (vamos fazer analogia legis de várias normas ultrapassadas historicamente?? O que é que ganhamos com isso) *É que a necessidade de considerar o elemento sistemático tendo em conta que o sistema jurídico se vá alterando implica que os resultados se vão alterando, implica o actualismo.*

Actualismo surge, assim, como forçoso

⁴⁰ Contudo, havia um 9/4 no anteprojecto, feito pelo Manuel Andrade, que foi muito criticado, tendo Varela dito à AR em 66 que apesar de preferir o subjectivismo, se calhar o melhor era mesmo não se dizer nada no CC, para que este ficasse acima dessa velha querela.

⁴¹ Há actualistas subjectivistas e objectivistas e vice-versa.

Isto é forçoso, pelas premissas atrás referidas → se dizemos que a lei tem de ser interpretada atendendo à ordem social; então, estamos a fazer uma interpretação actualista.

E o CC confirma esta tese → 9/1 → atendendo às condições específicas do tempo em que (a lei) é aplicada.

Contudo → Prof. Oliveira Ascensão, como a maior parte dos actualistas, não nega a importância do elemento histórico na interpretação, mas não diz que o sentido da lei é apenas o que foi dado na data da sua elaboração. Só que, no outro campo, os historicistas não dão qualquer importância à realidade actual.

Como se portaria um subjectivista para defender o actualismo? → diria que o espírito da lei não é o que o legislador teve na data da sua elaboração, mas sim o que tem o legislador no tempo actual para não a revogar.

Mas o Prof. Oliveira Ascensão é um objectivista actualista.

Regras legais sobre a interpretação

As disposições sobre os processos interpretativos são → aplicáveis a toda a ordem jurídica (mesmo quando contidas em leis civis).

Há quem diga que estas disposições não são regras → que são mas é regras técnicas ou conclusões doutrinárias → a posição do legislador seria perfeitamente indiferente, já que na prática far-se-ia a interpretação seguindo os cânones gerais do pensamento jurídico, e basta pensar no absurdo de termos de interpretar o próprio artigo interpretativo.

Contudo → o Prof. Oliveira Ascensão acha que o art. 9/1 CC é vinculativo, apesar de não impor soluções únicas, mas caminhos possíveis. Acerca da crítica baseada na interpretação do próprio art. 9º, o Prof. Oliveira Ascensão diz que esta é uma objecção só formal, porque a interpretação é função do conjunto. Os elementos agem uns sobre os outros até chegarmos a um resultado final.

A letra

Só falamos de interpretação doutrinária, e não de interpretação autêntica.

O legislador diz que só se fala de interpretação de leis → Prof. Oliveira Ascensão diz que, directamente ou por analogia, também se aplica às leis materiais e à jurisprudência com força obrigatória geral.

Atenção → o art. 9/2 faz sentido → se se prescinde totalmente do texto, já não há interpretação da lei, já não estamos a pesquisar o sentido que se alberga em dada exteriorização.

Atenção → contudo → o elemento literal é ambíguo (e pode até nem coincidir com o espírito) → só permite traçar na maior parte dos casos um conjunto de sentidos possíveis.

Atenção → art. 9/3 do CC → devemos partir do princípio que o texto exprime aquilo que as palavras normalmente exprimem.

A exegese

A exegese é o momento em que o jurista olha para o dado jurídico e tenta sondar-lhe o significado (Prof. Oliveira Ascensão inclui nela também o costume, o que é duvidoso para mim) → quando isto se refere a textos, tem o nome de hermenêutica.

Segundo a «escola da exegese», de influência positivista, o intérprete teria a mera função de extrair à lei o seu significado, através da análise dos textos nunca passando além da lei. O Direito seria somente a Lei.

Para Prof. Oliveira Ascensão, isto é inadmissível, porque:

- 1 – há lacunas, logo, a lei não contém tudo.
- 2 – na fase da aplicação, há autonomia (?), logo, a lei não contém tudo também.
- 3 – interpretação é mais que exegese. Os textos legais não podem ser vistos separadamente. Na interpretação, temos de olhar para o sistema no seu globo, também. Isto vai muito além da exegese.

A interpretação evolutiva

.....

As pretensas interpretação gramatical e lógica

Há quem divida a interpretação em dois momentos:

- 1- literal (só apreendendo o sentido intrínseco da letra do enunciado)
- 2 - lógico⁴² (em que recorremos aos elementos necessários para encontrar o espírito)

Isto é falso. O processo é uno.

A interpretação literal pode existir isoladamente, caso apenas olhemos para o texto sem recorrer a nenhum elemento lógico. Só que mesmo que o sentido a que chegarmos coincida com o verdadeiro espírito, foi mera coincidência.

Por outro lado, a interpretação lógica nunca se pode separar da análise gramatical do texto. Vai-se lendo interactivamente o texto com recursos a outros elementos que o possam esclarecer. (ver pág. 401)

Elementos lógicos

⁴² ATENÇÃO! → este conceito “lógico” é bastante desadequado, porque a interpretação que se refere aqui é mais de carácter valorativo do que lógico-dedutivo.

A tradição doutrinal divide os elementos lógicos em:

- sistemático
- histórico
- teleológico

O CC refere-se (9/1), embora não muito claramente, a estes três como contraposição ao elemento gramatical.

Mas não são só estes os elementos a que podemos recorrer para apurar o sentido de um texto..... (pág. 402)

Elemento sistemático

A interpretação de uma fonte deve ser feita tendo como “pano de fundo” toda a ordem jurídica em que ela se inclui. As relações existentes entre as várias disposições são de:

- subordinação

Relação do princípio isoladamente com os princípios gerais do sistema jurídico, para ver em que é que naquela fonte eles incidem, para se apurar mais facilmente o sentido.

- conexão

É preciso atender ao contexto de determinada disposição, para a podermos situar. A conexão é, então, a conjugação do preceito com aqueles que o antecedem ou seguem. Conexão remota → interessa determinar o lugar das fontes, se elas são ou não imediatas.....

- analogia

Muito usada na integração de lacunas. Mas pode também ser vista de uma forma mais geral, manifestando-se na interpretação através dos “lugares paralelos”, que são → normas respeitantes a institutos ou hipóteses de qualquer modo relacionados com a fonte que se pretende interpretar → a semelhança da situação ou da apresentação faz presumir que o regime jurídico é semelhante → sendo assim, uma correcta utilização destes lugares paralelos leva a atender à ordem jurídica no seu conjunto, e não só ao que resulta das fontes legais.

Histórico

São todos os dados ou acontecimentos históricos que expliquem a lei:

- precedentes normativos (poder-se-ão chamar de fontes históricas, ou fontes materiais para Baptista Machado, ou genéticas para Castanheira Neves)

- históricos – regras que vigoraram no passado (objecto da História do Direito)

- comparativos (regras estrangeiras que vigoravam na época da formação da lei e tiveram influências sobre ela)

- trabalhos preparatórios

- segundo os subjectivistas, são um elemento decisivo

- segundo objectivistas, não são elemento decisivo, mas não deixam de ter importância.

- occasio legis
- todo o circunstancialismo histórico que rodeou o aparecimento da lei (é talvez o subaspecto preferido pelo 9/1) → é impropriamente designada de fonte de Direito.
- legislação de emergência → muita da legislação surge apenas quando é precisa, isto é, surge movida por condicionalismos históricos que precisam de uma solução.

Teleológico

Todo o Direito é finalista. Enquanto não se encontrar o fim de uma norma, não se consegue interpretá-la (exemplo → 434 do Ccom. acerca da impossibilidade de fazer segurar duas vezes determinado bem, sob pena de nulidade)

Elemento sociológico

Podia-se, acerca do elemento teleológico, falar de um elemento sociológico, já que este nos dá a relevância da integração social da fonte do Direito, no ponto de vista actualista, obviamente.

Concluindo → este elemento consagra certamente o actualismo, e além disso pode-se ainda dizer que consagra também o elemento sociológico.

O nosso CC...

No 9/3 consagra-se a relevância do elemento teleológico.

Todos os elementos lógicos → Ratio Legis

A ratio legis é então o sentido, o espírito da Lei, obtido mediante a conjugação dos vários elementos lógicos. É através dela que conseguimos extrair da Lei a norma.⁴³ Estaria mais ou menos descrita a ratio legis no 9/1 “pensamento legislativo”.

9/3 → legislador consagrou soluções acertadas

Portanto, a ratio legis deverá ser aliada à presunção de que o legislador ao fazer a lei foi o mais racional possível.

Dogmática

Por influência dos pandectistas.

Dogmática → tem o objectivo de reduzir à unidade o sistema jurídico, através de um esforço lógico de abstracção → apresentar numa unidade o que há de relevante num dado jurídico, aproximando o que é semelhante, afastando o que é diferente. Num esforço sucessivo, consegue finalmente chegar aos princípios fundamentais (dogmas) que travejam o sistema, estando já muito afastados dos dados primários (414).

Logo → o dado jurídico é construído num sistema logicamente estruturado.

⁴³ ATENÇÃO! → não confundir ratio legis com elemento teleológico!

Debate sobre os princípios gerais de Direito

A unidade do sistema jurídico, correspondente à própria ordem jurídica da sociedade, resulta também do seu travejamento por princípios fundamentais.

Para encontrar a essência dos princípios gerais de Direito, vejamos o que eles não são:

Não são regras⁴⁴

Podíamos pensar que os princípios gerais seriam as regras do topo, de maior amplitude, permitindo, de forma mais vaga, enquadrar os casos concretos.

Crítica:

- 1 – Há princípios que só se podem referir ao ordenamento no seu conjunto.
- 2 – Nunca as grandes orientações da ordem jurídica são expressas no molde determinado das regras.

Não são a tradução de necessidades sociais

A ordem social não é meramente sociológica → é normativa.

O intérprete não pode bastar-se com outras concepções, mesmo que maioritárias, se estas não forem vinculativas. Só quando os dados sociais se integram na ordem jurídica é que relevam na elaboração dos princípios gerais.

Apesar de na URSS tal não acontecer, nos sistemas de Direito ocidentais, a orientação política tem de se integrar primeiro na ordem jurídica da sociedade para conduzirem a resultados jurídicos.

Caracterização

O que são, então, os princípios gerais?

São as grandes traves da ordem jurídica positiva... (não explica bem isto)

Podem ser:

- materiais
- formais

.....

Princípios materiais → figura intermédia entre o valor e a regra. Não é meramente formal como o valor, mas não deixa de dispensar a mediação da regra. Os princípios materiais seriam a concretização material dos valores, mas que precisava ainda de outra concretização material nas regras.

Princípios formais → até essa estrutura mínima desaparece.

⁴⁴ Regra pressupõe os seus momentos constitutivos e o seu conteúdo necessariamente material. Prevê-se um facto/situação e a ele/a é associado uma consequência jurídica.

interpretação teleológica

Larenz → O legislador tem sempre um fim ao fazer uma lei. Por vezes pode não conseguir exprimir com sucesso o fim que queria através da lei, utilizando uma expressão demasiado ampla ou restrita. Se não pudermos saber dos fins do legislador, então, tentemos seguir os fins objectivos do Direito (justiça, segurança jurídica, equilíbrio social, paz) e «a natureza das coisas». É certo que os fins do legislador só têm relevância quando se inserem no conjunto dos fins jurídicos.

NORMAS JURÍDICAS

São → critérios materiais de qualificação e decisão de casos concretos (para OA)

- 1 – materiais → também há os critérios formais de decisão → equidade.
- 2 – decisão → é a medianeira da solução jurídica, dá ao intérprete o critério pelo qual pode julgar ou resolver. Também pode ser um critério de conduta, mas nem sempre (em baixo).
- 3 – qualificação → permite qualificar os (determinar a categoria jurídica dos) casos concretos → tornando possível a decisão.

Regra Jurídica nem sempre é regra de Conduta

Regras retroactivas → não pode ser imperativo, ninguém pode formar a sua conduta baseado nela.

Regras meramente qualificativas → por exemplo, as regras que definem e classificam as coisas, as regras que caracterizam as acções humanas.⁴⁵

Regras que produzem automaticamente efeitos jurídicos → todas as regras que provocam uma alteração na ordem jurídica por efeito da superveniência dum facto não-voluntário → não são propriamente imperativos.

Regras sobre regras → como a norma revogatória, que se limita a eliminar outra regra. Ainda há as normas que suspendem reactivam ou reprimam uma regra.

Essência da norma

As regras exprimem a ordem jurídica (hipóstase é incorrecta) → não se confundem com as fontes, realidades objectivas. **O Prof. Pamplona DISCORDA!**

São “ensaios” do intérprete → com fins expositivos ou de solução de casos concretos → este tenta, não podendo abarcar toda a ordem jurídica, exprimir a sua incidência sobre situações típicas → através das normas.

As normas não são sequer um modelo prefixado e determinado, que o intérprete reconstitui.

As normas são:

- certas → se corresponderem à ordem jurídica (mas mesmo aqui só a exprimem, não lhe acrescentam nada, salvo se forem atingidas figuras importantes como o costume)
- erradas → se a ela não corresponderem (a norma criada, estando desactualizada, extingue-se, é apenas um dado histórico)

⁴⁵ Ennerucus defende que não são regras autónomas, já que dependem das preceptivas.

Como a norma é um modo individual de expressão da ordem jurídica → não exclui expressões diferentes de outros intérpretes. Cada autor exprime a mesma realidade de formas diferentes, e muitas vezes legítimas.

E, também, o próprio âmbito e portanto o número das normas pode ser expresso de modos muito diferentes (mais geral ou mais restrito na previsão).

A norma como expressão da ordem

A máxima de decisão → a análise de uma decisão judicial levaria a abstrair, de todas as considerações constantes da sentença, a máxima generalizadora que, integrando aquele caso, permitiria a solução (essencial no precedente → máxima de decisão do caso anterior).

Para OA, ela é equivalente à norma jurídica, expressão da ordem global solicitada pelo caso concreto (actualização das fontes existentes) → economizam-se, assim, conceitos.

Como diria S. Paulo: “Non ut regula ius summatum, sed ex iure, quod est, regula fiat” → não é da regra que promana o Direito, antes, a regra faz-se a partir do Direito que é”.

Acórdãos como estratificação de modo de expressão da ordem jurídica

Os acórdãos com força obrigatória geral servem também para estratificar as normas enunciadas pelos juizes como critério de decisão nos casos concretos → passa, assim, a existir uma fonte, como elemento objectivamente constitutivo da ordem jurídica.

Estrutura

Previsão e estatuição (Ver princípio)

1 - Será que a factispécie engloba só factos ou também situações?

Há quem diga que só o facto, por ser dinâmico, provoca a aplicação da norma.

Para Prof. Oliveira Ascensão, isto é complicar mais as coisas, porque por exemplo na Constituição de Caracala a cidadania foi atribuída aos provinciais sem que nenhuma mutação fosse necessária para a sua aplicação (caso em que à previsão bastou a situação anterior).

Logo → a factispécie pode incluir situações ou factos, cumulativa ou disjuntivamente.

2 - Quando se diz que a factispécie consiste em factos e/ou situações, referimo-nos a realidades de facto (ainda não reguladas) ou a realidades normativas?

A resposta é dicotómica, também. Engloba factos naturalísticos, como o nascimento e a morte, e também outros factos já valorados por outras regras (obrigação de alguém pagar uma dívida já pressupõe uma situação jurídica).

Mas é incorrecto dizermos que há efeitos jurídicos legais → tudo o que está numa regra deriva directamente da verificação histórica duma situação ou acontecimento que corresponda à previsão normativa.

Hipoteticidade

Já se tinha concluído que as regras eram imperativos categóricos, destinavam-se a ser efectivamente cumpridas.

Mas são hipotéticas no sentido de que só se aplicam caso haja um facto (acto de vontade) que corresponda à sua própria previsão → mas quando se aplica é imperativa. Para Prof. Pamplona → este é um conceito pouco útil. (O Prof. Pamplona sugere que tentemos distingui-lo da abstracção)

Imperativo e norma de conduta

Já vimos que só as regras de conduta é que podem ser imperativos. Portanto, a visão imperativista do Direito, para o Prof. Oliveira Ascensão, está errada.

E as normas de conduta, será que são imperativos?

Teoria imperativista → normas são comandos do legislador.

Crítica:

1 – o legislador é uma mera abstracção, que se apaga após o processo de feitura da lei.

2 – comandos para quem? Kelsen sustentou que os destinatários seriam os entes públicos encarregues de aplicar o Direito. Mas isto é estar a dizer que a realidade é um mero reflexo das ligações entre os entes públicos.

Parece exagerada esta teoria imperativista. E houve tentativas de revisão, em que se limita esta noção de regra como comando a um subordinado.

Mas parece que, salvo estas discussões terminológicas, a regra, já que se destina a ser efectivamente cumprida, é imperativa, pelo menos fenomenologicamente...

Só que temos de abrir um parêntesis nas normas de conduta para as normas permissivas.

Logo → nem toda a regra jurídica, e nem toda a regra de conduta se pode considerar um imperativo, mesmo tendo em conta a revisão a que a teoria imperativista foi modernamente sujeita.

Generalidade

E as alegadas regras vinculando pessoas determinadas, como os contratos?

Não são regras... 1 – o preceito (e não regra) exige uma factispécie, que deve ser, obviamente, heterónoma. Neste caso, é fixada pelas partes. 2 – aqui, a factispécie refere-se a pessoas determinadas, violando, mesmo que fosse uma regra, a generalidade (distinção generalidade-individualidade)

Mas mesmo com regras, há muitas dúvidas... E os preceitos respeitantes ao PR? São, na medida em que se aplicam a uma categoria, e não a uma pessoa determinada... Aqui há uma regra geral.

Também se deve fazer a distinção entre generalidade e pluralidade. Se se dispõe que três embaixadores regressem ao país, há uma pluralidade de implicados, mas não temos um preceito geral.

Logo → a generalidade é uma característica essencial (e não relativa, como a imperatividade) da ordem jurídica⁴⁶

Tribunal Constitucional pode fiscalizar actos com forma legal não-gerais e não-abstractas?

Não. Contudo, fá-lo presentemente, frustrando as expectativas públicas ligadas ao conceito de norma, que é de origem doutrinária e que a Constituição só pode ter recebido com o significado que a doutrina lhe atribui.

Abstracção

Abstracção → característica da regra que engloba factos ou situações que de futuro se prevê que surjam.

Ex: 1 - se se ordena que todos entreguem as armas que possuem nos postos policiais → temos generalidade mas não abstracção (a situação a que o preceito se aplica está já concretizada). 2 - se se mandar que as armas que forem adquiridas sejam entregues nos postos policiais, então já há abstracção, pois a disposição está aparelhada para execução futura.

Basta olhar para a factispécie para concluirmos que a abstracção não é característica da norma jurídica:

- como a factispécie abrange situações (estados plenamente realizados), neste caso a norma não pode ser caracterizada pela abstracção. O preceito que retira nacionalidade a certa categoria de pessoas não é abstracto, mas é geral. Todas as disposições que produzam um efeito imediato ou um efeito de uma só vez são normativas, desde que tenham generalidade.

- as regras jurídicas exclusivamente retroactivas nunca podem ser abstractas, porque só dizem respeito a situações passadas.

- o preceito contratual, apesar de ser abstracto, por não ser geral não pode ser uma norma jurídica.

Logo → para ser uma verdadeira norma jurídica, ela teria de dizer respeito apenas a casos futuros, o que não acontece com muitas normas → a abstracção não é característica da norma jurídica.

Bilateralidade e alteridade

..... (só se o Múrias falar) → Prof. Pamplona → não será isto uma característica da situação jurídica?

CLASSIFICAÇÃO DAS REGRAS JURÍDICAS

Regras principais / derivadas

De uma regra preexistente, através de um processo lógico/dedutivo (não contrariando a finalidade do preceito), retira-se uma regra ulterior (ver processo de interpretação enunciativa). Por exemplo → a lei que reconhece um direito legitima os meios indispensáveis para o seu exercício.

2 - A própria lei se esforça por sublinhar isto - CC n.º 2, CPC 721/3 (isto só não faz sentido nas regras sobre regras, que são só mediamente genéricas.

Têm de ser regras cujo sentido completo só se obtém se recorrermos a outras normas jurídicas:

- regras restritivas ou ampliativas de preceitos anteriores (regras sobre regras)
- regras remissivas → sempre que o antecedente ou o conseqüente não estão directamente determinados.

As várias regras remissivas:

-

Regras injuntivas e dispositivas

Regras injuntivas → aplicam-se haja ou não declaração de vontade dos sujeitos nesse sentido (as que regulam o trânsito, o estado de sítio...)

Regras dispositivas (ou facultativas) → aplicam-se apenas se as partes suscitam ou não afastam a sua aplicação (têm como pressuposto determinada posição da vontade das pessoas quanto à sua aplicação) → podem ser permissivas, interpretativas ou supletivas.

Distinção →

1 – Ver o que o legislador determina (por exemplo, art. 784 CC) → mas isto não chega (há tantos preceitos em que não se diz nada...), e nem sequer é necessário (legislador pode ter dito mais do que queria, e é preciso fazer restrição)

2 – ver, caso a caso, se a regra é ou não essencial para a fisionomia de determinado instituto; se a regra, ao ser posta de parte, pode romper o equilíbrio → apesar de ser um método muito complexo, é o ideal.

Regras injuntivas

O Prof. Oliveira Ascensão prefere não dizer que as regras injuntivas são imperativas (como o 1/3 e 2084 do CC) → toda a regra jurídica, até as dispositivas, é imperativa, porque, verificado o pressuposto, o que elas determinam torna-se imperativo, como as injuntivas.

Regras de interesse e de ordem pública → quando as finalidades sociais são tão relevantes que ferem irremissivelmente de nulidade o acto que as contrarie. Supõem uma valoração, da qual resulte a identificação do interesse fundamental da comunidade que está em causa.

Problema da ordem pública internacional.....

Há quem as confunda com regras imperativas, e há quem as confunda com as regras injuntivas... Deve-se evitar isso.

Regras dispositivas

Regras permissivas → não se aplica independentemente de uma manifestação de vontade das partes nesse sentido, logo é dispositiva.

Regras interpretativas → as que dizem respeito a fontes do Direito → injuntivas
→ fixam objectivamente o entendimento das fontes, sem atenderem a particulares.
→ as que dizem respeito a negócios jurídicos →
dispositivas → visam esclarecer os termos que os particulares usaram porque
quiseram((516)

Regras supletivas → as mais importantes das regras dispositivas

Regras supletivas →

Regras comuns e particulares

Particulares → quando se aplicam apenas a certas categorias de pessoas (por exemplo, no tempo da formação de Portugal, em que as regras se aplicavam consoante as categorias clero, nobreza, povo ← actualidade, em que a maioria das regras são comuns⁴⁸)

Comuns → quando se aplicam à generalidade das pessoas.

Com as regras particulares, cria-se um certo regime jurídico para determinado grupo de pessoas.

Regras universais, gerais e locais

- universais ou nacionais → quando se aplicam a todo o território nacional.

- locais → quando se aplicam a zonas delimitadas (posturas municipais, por exemplo, ou mesmo disposições dos órgãos da administração central → legislação referente a uma só zona do país).

- gerais → consequência do regionalismo consagrado na CRP (6/2 e 227 e seg).
(NÃO PERCEBI)

⁴⁸ No Brasil, ainda se mantém o estatuto dos índios. Nos países muçulmanos, há regras só para os muçulmanos. ATENÇÃO → todas as regras que regulam certa profissão ou modo de vida são especiais, pois atendem à circunstância subjectiva dum grupo social.