INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO II

TÍTULO IV

REGRAS E SISTEMA JURÍDICO

13.º CONSTRUÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO

I. Características do sistema

1. Generalidades

1.1. Noção de sistema

Um sistema é um conjunto de elementos que constituem um todo organizado e consistente, que “se mantém idêntico num meio ambiente extremamente complexo, mutável, não totalmente dominável” e que se realiza, em relação ao meio ambiente, uma “redução da complexidade”. Pode-se retirar algumas ilações: todo o sistema comporta um conjunto de elementos; todo o sistema diferencia-se do meio ambiente e de outros sistemas através de critérios próprios de pertença dos seus elementos; todo o sistema exige consistência.

O sistema jurídico é constituído por princípios e regras jurídicas, distingue-se de outros sistemas normativos por um critério próprio de validade aplicável a esses princípios e a essas regras e constitui um conjunto consistente de princípios e regras. Opera-se ao nível dos princípios e das regras as multifacetadas relações de princípios com princípios, de princípios com regras e de regras com regras.

1.2. Pertença vs aplicabilidade

O conjunto dos princípios e das regras aplicáveis num sistema é maior do que o conjunto dos princípios e das regras que pertencem a esse sistema. Por exemplo: a validade de um contrato é apreciada segundo a lei vigente no momento da sua celebração, mesmo que esta já se encontre revogada (art 12.º n.º 2 1.º parte CC). É possível enunciar as seguintes regras:

- As regras aplicáveis no momento M1 à solução do caso C1 não coincidem necessariamente com as regras vigentes nesse momento;
- As regras aplicáveis no sistema S1 à solução do caso C2 não coincidem necessariamente com as regras vigentes nesse sistema.

As regras que definem a lei aplicável em função de critérios temporais e espaciais não determinam a pertença de uma regra ao sistema, antes se limitam a definir a regra aplicável ao caso (art 12.º, 13.º, 14.º e 65.º CC).

1.3. Importância do sistema

Na interpretação da lei há que contar com a “unidade do sistema jurídico” e na integração de lacunas há que considerar o “espírito do sistema”. O que releva é o chamado “sistema interno”, que é aquele que permite desvendar as “conexões materiais” e a “ordem imanente” do sistema.

2. Formação do sistema

2.1. Generalidades

É um conjunto de princípios e de regras jurídicas. Para que os princípios e as regras integrem o sistema jurídico é necessário que este sistema já exista, mas, para que haja sistema, é necessário que existam princípios e regras.

2.2. Produção e recepção

Os sistemas jurídicos não existem desde sempre e para sempre: eles têm ser criados e podem deixar de existir. Para que se forme um sistema jurídico tem de haver uma regra de produção desse sistema; é esta regra que cria o sistema ao qual vão pertencer todos os princípios e regras que forem aceites pelo próprio sistema.

É muito raro que os sistema jurídicos sejam completamente criados *ex novo*, sendo mais frequentes os fenómenos de recepção de anteriores sistemas por novos sistemas jurídicos.

II. Componentes do sistema

1. Princípios jurídicos

1.1. Modalidades

Estes podem ser pragmáticos (definem os fins e os objectivos que devem ser alcançados pelo sistema jurídico), formais (destinam-se a otimizar a efectividade do direito na sociedade, construindo uma ordem jurídica orientada pela justiça, confiança e eficiência) e materiais (são concretizações dos princípios formais).

1.2. Princípios programáticos

Definem os objectivos a alcançar e fins a atingir; estes princípios têm uma função orientadora, procurando levar a que sejam alocados os meios necessários para atingir determinados objectivos. Estes impõem a obtenção de certos objectivos e fins, mas indicam apenas que eles devem ser realizados, em cada momento, na maior medida possível. Tornam obrigatórias todas as medidas que favoreçam a obtenção desses objectivos e fins e proíbem todas aquelas que impeçam vir a alcança-los.

1.3. Princípios formais

São os princípios da justiça, da confiança e da eficiência: o de justiça exige que o sistema jurídico seja justo e equitativo; o da confiança jurídica requer que o sistema jurídico transmita previsibilidade; o da eficiência exige que o sistema jurídico procure obter os melhores resultados com o menor dispêndio de recursos. São simultaneamente constitutivos e regulativos: o direito não pode ser construído sem esses princípios e, ao mesmo tempo, eles regulam situações jurídicas e fornecem critérios de solução de casos concretos.

1.4. Princípios materiais

Estes princípios são mais ou menos contingentes. Só realizam uma função regulativa. No plano do sistema jurídico, cada um dos princípios formais é concretizado em vários princípios materiais. O princípio (formal) de justiça concretiza-se nos seguintes princípios (materiais):

- Princípio de igualdade;
- Princípio da proporcionalidade.

O princípio (formal) de confiança concretiza-se nos seguintes princípios (materiais):

- O princípio de que a alteração da lei deve ser justificada por razões objectivas;
- O princípio de que a ignorância da lei não justifica a sua violação;
- O princípio da não retroactividade da lei nova; a lei nova não deve atingir factos, situações ou efeitos anteriores à sua entrada em vigor;

O princípio (formal) de eficiência concretiza-se nos seguintes princípios (materiais):

- O princípio da alocação dos meios necessários para atingir os objectivos definidos;
- O princípio da alocação dos meios suficientes para alcançar os objectivos determinados;

1.5. Critério de optimização

Os princípios jurídicos só admitem uma medida de consagração possível: o máximo que for compatível com os demais princípios. Relativamente aos princípios formais tem de ser consagrada a máxima justiça que for compatível com a confiança e a eficiência, a máxima confiança que for compatível com a justiça e a eficiência, e a máxima eficiência que for compatível com a justiça e a confiança.

O critério da otimização também se aplica aos princípios materiais: também estes princípios devem ser consagrados na medida máxima que for compatível com outros princípios materiais. É possível distinguir entre princípios materiais absolutos e relativos.

Os princípios absolutos são aqueles que, sendo concretizações de um princípio formal, não admitem nenhuma excepção segundo outro princípio formal (art 29.º n.º1 CRP). Os princípios relativos são aqueles que admitem uma concretização segundo um princípio formal e uma excepção segundo um outro princípio formal (405.º n.º1 CC).

2. Princípios e regras

2.1. Critério comum

Segundo Dworkin os princípios distinguem-se das regras pelos seguintes aspectos: os princípios têm “peso” e “importância”, pelo que podem ser aplicados pelo juiz em diferentes medidas; as regras jurídicas são totalmente aplicadas ou não aplicadas pelo juiz (critério do “tudo ou nada”); os princípios podem conflitar com outros princípios mas prevalece o princípio com mais peso ou mais importante; em contrapartida, as regras que entram em conflito não podem ser, todas elas, regras válidas.

2.2. Aplicação dos princípios

Segundo Dworkin os princípios não fornecem uma razão conclusiva ou definitiva a favor de uma certa solução ou decisão, mas apenas uma razão *prima facie*. O critério do “tudo ou nada” não é específico das regras jurídicas, pois que também há princípios que estão submetidos a esse critério.

2.3. Compatibilidade de regras

Crítica a Dworkin: tal como sucede com os princípios, também as regras jurídicas podem conflitar sem que uma delas tenha de ser considerada inválida. Basta que o conflito entre as regras se resolva transformando uma delas numa regra especial ou excepcional da outra. Torna-se evidente que também há regras jurídicas cuja aplicação é afastada por outras regras. Pode-se concluir que nem todos os princípios nem todas as regras fornecem razões conclusivas, pois que também há princípios e regras que são superados por outros princípios ou por outras regras.

2.4. Axiologia dos princípios

Os princípios jurídicos referem-se a valores estruturantes do ordenamento jurídico destinados a otimizar a efectividade do direito na sociedade segundo critérios de justiça, de confiança e de eficiência; as regras jurídicas são concretizações daqueles mesmos valores ou são, em certos casos, valorativamente neutras.

Existem dois aspectos que fazem a distinção: os princípios são sempre estruturantes e valorativos; as regras são sempre instrumentais e podem não ser valorativas.

Os princípios e as regras são ambos elementos do sistema jurídico com aptidão para servirem de critérios de decisão de casos concretos. Os princípios e as regras são apenas realidades axiologicamente distintas. Os princípios não existem em si mesmos, antes são uma construção de um observador do sistema: é este que qualifica uma determinada disposição legal como um princípio. Enquanto critérios de decisão, os princípios não se distinguem das regras.

2.5. Resolução de conflitos

É possível estabelecer o seguinte critério: os princípios têm a hierarquia normativa das regras que os consagram ou das regras dos quais eles são inferidos. Portanto, não é a hierarquia axiológica que determina a hierarquia normativa, mas precisamente o contrário: é pelo grau hierárquico atribuído pelo legislador ao princípio que se descobre a sua hierarquia axiológica.

3. Elementos inferidos

3.1. Generalidades

O sistema jurídico comporta regras e princípios, pelo que, nessa qualidade, todos eles são dotados de um valor de positividade. Em teoria as fronteiras do sistema são determinadas pelos princípios formais de justiça, de confiança e de eficiência, pois que o sistema deve abranger tudo o que seja necessário para dar satisfação a cada um desses princípios na medida máxima da sua vigência. Na prática as fronteiras do sistema são bastante mais limitadas, pois as fronteiras são definidas, não pelo que é imposto por aqueles princípios formais, mas pelo que é ditado pelo que o próprio sistema regula.

3.2. Elementos implícitos

A ilação de que todo o sistema jurídico comporta princípios não pretende significar que todos eles encontram nele uma consagração explícita. Isto decorre da circunstância de o grau de abstracção dos princípios não facilitar a sua consagração explícita. Muito frequentemente os princípios só podem ser inferidos de concretizações, necessariamente parcelares, em regras jurídicas. O mais frequente é que os princípios sejam inferidos das suas concretizações mais comuns, que são as regras jurídicas. A concretização legal de um princípio estende-se a todas as demais possíveis concretizações do mesmo princípio.

3.3. Elementos derivados

Os princípios e as regras jurídicas vigentes num sistema jurídico não se resumem àqueles que estão explicitamente consagrados: qualquer princípio ou regra que possa ser inferido daqueles que estão consagrados é também um elemento do sistema jurídico, vigorando neste como um elemento derivado.

Esta inferência pode assentar em razões puramente lógicas.

A regra derivada decorre da conjugação de duas regras explicitamente formuladas.

Os elementos derivados podem ser inferidos com base em argumentos jurídicos.

III. Autonomia do sistema

1. Pressupostos da autonomia

Para que o sistema jurídico seja autónomo, é necessário que ele comporte princípios e regras cuja validade seja aferida por ele próprio.

2. Validade e autonomia

2.1. Generalidades

Algumas orientações fazem assentar a validade do sistema jurídico numa única regra, diferente de todas as demais. Kelsen apoia a norma fundamental, enquanto Hart apoia a regra de reconhecimento.

2.2. Norma fundamental

Assenta nas seguintes premissas: toda a regra jurídica retira a sua validade de uma outra regra jurídica de hierarquia superior; a regra de hierarquia máxima num sistema jurídico só pode retirar a sua validade de uma norma pressuposta e não escrita, que é a norma fundamental. Com fundamento nestas premissas, Kelsen entende que a norma fundamental não é uma regra do próprio sistema jurídico, mas uma “pressuposição lógico-transcendental”.

2.3. Regra de reconhecimento

Decorre as seguintes premissas: no ordenamento jurídico, existem regras primárias, que são aquelas que impõem deveres de acção ou de omissão, e regras secundárias, que são aquelas que conferem poderes a determinadas pessoas ou instituições; estas regras secundárias permitem criar novas regras primárias. A regra de reconhecimento é uma regra secundária que permite aferir a validade das outras regras do sistema e que decorre da prática dos tribunais, dos funcionários e dos particulares; a regra de reconhecimento permite obviar à incerteza do regime das regras primárias. Ao

contrário da norma fundamental kelseniana, a regra de reconhecimento não é uma ficção, mas uma regra do próprio sistema jurídico. A norma fundamental e a regra de reconhecimento radica, no essencial, numa diferente concepção da normatividade: aquela norma fundamental é um pressuposto da validade das regras do sistema. Esta regra de reconhecimento reflecte a aceitação social das regras do sistema. A regra de reconhecimento limita-se a reconhecer como direito aquilo que é aceite como direito.

2.4. Apreciação crítica

Para saber se o sistema é válido é necessário saber se o sistema é autónomo. É fácil demonstrar que a autonomia e a validade do sistema são duas realidades distintas: um sistema pode ser subordinado perante outro sistema; esta subordinação não afecta a validade do sistema subordinado, mas aquela relação é incompatível com a autonomia do sistema subordinado. O que é importante é determinar a autonomia do sistema, porque a resposta à questão de saber o que é válido num sistema depende da resposta à questão de saber se esse sistema é autónomo ou não autónomo. Se o sistema for autónomo, então só é válido o que ele próprio definir como válido.

3. Construção da autonomia

3.1. Regra de selecção

Qualquer sistema tem de estabelecer as suas fronteiras perante o meio ambiente e perante os outros sistemas. Qualquer sistema normativo tem de se demarcar perante outros sistemas normativos. Cada sistema normativo tem de possuir um critério próprio para determinar o que nele é válido, pois que um sistema normativo só é um sistema autónomo se for ele próprio a definir o que nele é válido.

A construção da autonomia de um sistema normativo não exige uma regra de selecção exterior a esse sistema; para conseguir essa autonomia basta uma regra de selecção do próprio sistema, isto é, uma regra que apenas visa determinar o que é válido num certo sistema normativo. O que é válido num sistema normativo é definido exclusivamente pelo próprio sistema ou as fontes de um sistema são definidas pelo próprio sistema.

3.2. Função da regra

A função primordial da regra de selecção é a de identificar o que pertence a um sistema normativo: essa função permite “encaixar” uma regra jurídica num determinado sistema. Nada impede que uma regra com um mesmo conteúdo possa satisfazer regras de selecção de vários sistemas e pertença a diversos sistemas normativos.

Esta função de identificação que é realizada pela regra de selecção desdobra-se num aspecto positivo e num aspecto negativo: o aspecto positivo (ou de inclusão) refere-se

à identificação do que pertence ao sistema jurídico; o negativo (ou de exclusão) respeita à identificação do que é excluído desse sistema.

Uma outra função é a de assegurar a identidade do sistema jurídico. O sistema varia no seu conteúdo, mas permanece idêntico, pois que a dinâmica do sistema não é incompatível com a sua identidade.

3.3. Explicitação da regra

Se essa regra se encontra positivada no sistema jurídico português, então vão existir afloramentos dessa mesma regra. Temos o art 203.º CRP que afirma que os tribunais apenas estão sujeitos à lei. A regra aqui constante pressupõe que há uma regra de selecção que determina o que vale como direito no sistema jurídico português.

3.4. Limites da autonomia

Os sistemas jurídicos podem relacionar-se numa base de autonomia. Entre os sistemas jurídicos também se pode verificar uma relação de subordinação. Nesta situação, um sistema encontra-se subordinado a um outro sistema, o que implica duas consequências: as fontes que são válidas no sistema subordinante também são válidas no sistema subordinado; as fontes produzidas no sistema subordinado só são válidas se forem aceites pelo sistema subordinante. É isto que acontece o sistema jurídico português as disposições de direito europeu (art 8.º n.º 4 CRP).

IV. Funcionamento do sistema

1. Generalidades

Existem vários aspectos no funcionamento do sistema, nomeadamente: construção, consistência e abertura do sistema.

2. Construção do sistema

Os sistemas sociais são sistemas autopoieticos no sentido de que se constroem a si próprios e são auto-referenciais. O sistema jurídico é autopoietico porque ele produz-se, mantém-se e reproduz-se.

É uma consequência da regra de selecção que determina o que pertence e o que não pertence a esse sistema. Do sistema jurídico decorre a circunstância de a competência para a formação de fontes do direito ser definida por regras do próprio sistema e de a validade das regras jurídicas reveladas pelas fontes ser aferida em função de outras regras jurídicas.

3. Consistência do sistema

3.1. Princípio da consistência

O sistema jurídico tem de ser um conjunto consistente de princípios e regras jurídicas, o que implica não só que ele não pode comportar princípios e regras contraditórias, mas também que os princípios e as regras têm de ser consistentes com os princípios e as regras que constituem as suas fontes de produção. Esse sistema não pode admitir quaisquer conflitos entre os seus elementos ou que ele tem de comportar os meios necessários para afastar os princípios e as regras incompatíveis com outros princípios ou regras. Segundo este princípio o sistema não pode comportar elementos inconsistentes entre si e não pode admitir elementos que não se baseiam em outros elementos do sistema.

3.2. Tipos de consistência

Um sistema jurídico é consistente quando qualquer obrigação pode ser cumprida sem violar nenhuma outra e quando qualquer permissão pode ser gozada sem violar nenhuma obrigação. Quanto à consistência do sistema há que diferenciar entre uma consistência referida ao conteúdo e uma consistência respeitante à origem. Esta última falta quando um elemento do sistema for incompatível com a sua fonte de produção e for inválido.

3.3. Conflito normativo

Temos um conflito normativo quando um mesmo caso é subsumível a duas regras que geram consequências incompatíveis. O conflito normativo origina um dilema no destinatário das regras conflitantes quanto ao comportamento a seguir.

Só há um verdadeiro conflito quando não for possível revogar ou invalidar uma das regras conflitantes ou transformar uma das regras conflitantes em regra especial ou excepcional da outra. Os conflitos normativos podem ser decididos quer ao nível da vigência das regras conflitantes, quer ao nível da validade dessas regras, quer ainda ao nível do âmbito de aplicação daquelas regras.

Segundo Ross existem três espécies de incompatibilidade entre as regras jurídicas:

- A incompatibilidade total-total (absoluta): esta incompatibilidade verifica-se quando nenhuma das regras for aplicável, em nenhuma circunstância, sem conflitar com uma outra.
- A incompatibilidade total-parcial: esta ocorre quando uma das regras não puder ser aplicada, em nenhuma circunstância, sem conflitar com a outra. Esta incompatibilidade é a que se verifica entre a regra especial ou excepcional e a respectiva regra geral.

- A incompatibilidade parcial-parcial: esta incompatibilidade verifica-se quando uma das regras tiver um campo de aplicação que não conflitua com o da outra, mas também tiver um campo adicional de aplicação que é conflituante com o daquela regra.

3.4. Resolução do conflito

O conflito entre as regras pode não ser resolvido através da revogação ou da invalidade de uma das regras conflitantes, como por exemplo, quando pertencem ao mesmo diploma legal. O mais certo é invalidar apenas uma das regras conflitantes. Há que resolver o conflito através de uma ponderação de interesses, dando-se preferência, de entre as regras conflitantes, à regra que proteger os interesses mais relevantes.

Esta solução tem uma fundamentação pragmática. É que, se o conflito fosse resolvido através da invalidade de ambas as regras conflitantes, criar-se-ia uma lacuna que deveria ser integrada através da regra que o intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema (art 10.º n.º 3). Sendo difícil que o intérprete não venha a constituir uma regra semelhante a uma das regras conflitantes, não tem sentido eliminar ambas as regras conflitantes para depois vir a reintroduzir uma delas através da integração da lacuna.

Os conflitos normativos também se podem verificar entre as regras de dois sistemas jurídicos. Quanto à resolução deste tipo de conflitos, a única hipótese que importa considerar é aquela em que um sistema não é autónomo perante um outro, isto é, em que o conflito se verifica entre um sistema subordinado e um sistema superior.

4. Abertura do sistema

4.1. Necessidade da abertura

Os sistemas sociais são sistemas autopoieticos, mas não são sistemas fechados em relação ao seu meio ambiente. O sistema jurídico é igualmente um sistema aberto no sentido de que ele comunica com outros sistemas, normativos (moral) ou não normativos (política, economia). Apesar de o sistema jurídico ser autopoietico, nada obsta a que ele utilize conceitos próprios de outros sistemas nas suas próprias operações.

“O sistema jurídico pode receber elementos normativos da moral ou de outras fontes sociais (...) esses elementos deixam de valer, para o direito, como morais ou sociais e passam a ser elementos jurídicos.”

4.2. Flexibilidade do sistema

Quanto mais o sistema jurídico for aberto a conceitos próprios de outros sistemas normativos, mais flexível, ele se torna na solução de casos concretos. Contudo também existe uma dificuldade: é mais fácil aplicar uma regra que afirma “os contratos devem ser cumpridos pelas partes” do que a regras que afirma “(...) cumpridos de boa fé pelas partes”.

14.º SITUAÇÕES SUBJECTIVAS

I. Enunciado das fontes

1. Generalidades

A estatuição das regras relativas a uma conduta ou a um poder constitui uma situação subjetiva.

2. Concretização do objecto

2.1. Conduta

Se a regra jurídica tiver por objecto uma conduta, as hipóteses são as seguintes:

- Se o operador deontico for um comando ou uma proibição, a situação jurídica constituída é um dever (de acção ou de omissão);
- Se o operador deontico for uma permissão, a situação jurídica constituída é um direito.

(Ver esquema na página 268.)

2.2. Poder

Se a regra tiver por objecto um poder, os casos possíveis são os seguintes:

- Se o operador deontico for uma proibição, a situação jurídica constituída é uma sujeição (ou uma incompetência);
- Se o operador deontico for uma permissão, a situação jurídica constituída é uma faculdade (ou uma competência).

(ver esquema na página 269)

3. Situações relativas e absolutas

Distinguindo a correlatividade e implicação podemos fazer uma diferenciação da seguinte forma:

- Há direitos que são correlativos de deveres (são os habitualmente chamados direitos relativos);
- Há direitos que implicam deveres (são os normalmente designados direitos absolutos).

II. Lógica da acção

1. Generalidades

Uma acção introduz uma modificação no mundo e uma omissão não causa nenhuma modificação no mundo. Refere-se às opções de conduta (acção ou omissão) que, num certo momento, se abrem a um agente. Pode suceder que uma regra atribua um direito ou imponha um dever e que uma outra regra negue esse direito ou contrarie esse dever.

Com conflitos de situações subjectivos, que se verifiquem quando, num caso concreto, há direitos ou deveres cujo gozo ou cumprimento impede o gozo ou o cumprimento de outros direitos ou deveres.

2. Incoerência pragmática

Um sistema é consistente quando qualquer obrigação pode ser cumprida sem violar nenhuma outra e quando qualquer permissão pode ser gozada sem violar nenhuma obrigação. Não é possível assegurar que todos os direitos possam ser simultaneamente gozados e que todas as obrigações possam ser simultaneamente cumpridas. Kant afirma “devem acontecer, é necessário também que possam acontecer”. O princípio de que a obrigação pressupõe a possibilidade, pode ser respeitado pelo sistema, mas pode não poder ser respeitado na prática.

Nunca é possível assegurar a consistência pragmática num sistema jurídico: ainda que este sistema seja consistente, podem sempre verificar-se situações em que nem todas as obrigações possam ser cumpridas e em nem todos os direitos possam ser gozados.

3. Espécies de conflitos

3.1. Colisão de direitos

A colisão (interpessoal) de direitos ocorre quando vários sujeitos são titulares de direitos incompatíveis entre si. A colisão de direitos homogêneos verifica-se quando os

direitos incompatíveis são todos da mesma espécie. A colisão dos direitos heterogêneos ocorre quando os direitos conflitantes pertencem a espécies distintas.

3.2. Conflito de deveres

O conflito (unipessoal) de deveres ocorre quando, sobre um mesmo sujeito, recaem deveres incompatíveis. No conflito de deveres homogêneos, todos os deveres pertencem à mesma espécie. No conflito de deveres heterogêneos, os deveres pertencem a diferentes espécies.

A análise dos conflitos de deveres implica uma referência aos actos supra-rogatórios: esses actos são aqueles cuja prática é louvada, mas cuja omissão não pode ser censurada.

4. Solução dos conflitos

4.1. Direito positivo

O direito positivo fornece alguns critérios para solucionar o conflito de direitos, sendo um deles a hierarquização dos direitos conflitantes. Um outro critério é a prioridade do direito ou do seu exercício. Um terceiro critério de hierarquização de direitos conflitantes consiste na preferência na satisfação do direito.

4.2. Fórmula de ponderação

Na falta de um critério legal, a colisão de direitos e o conflito de deveres só podem ser solucionados através de uma ponderação de interesses, ou seja, através de uma hierarquização dos interesses a que respeitam aqueles direitos e deveres. Todos os direitos e deveres têm uma medida óptima de serem gozados ou de serem cumpridos. Esta medida que pode ser afectada por outro direito ou por um outro dever. Prevalece o direito cujo gozo ou o dever cujo cumprimento “derrotar” a contra-razão fornecida por um direito ou por um dever incompatível: os direitos ou deveres são equivalentes se a razão para o gozo ou o cumprimento de um deles for igual à contra-razão fornecida por outro direito ou por outro dever conflitante para o seu não gozo ou para o seu não cumprimento.

Esta prevalência pode originar duas situações: uma delas é aquela em que apenas o direito prevalecente pode ser gozado, ou seja, aquela em que o gozo de um direito superior impede o gozo de um direito inferior. O cumprimento do dever prevalecente não afasta o cumprimento do dever inferior conflitante.

Se um direito ou um dever respeitar a um interesse equivalente dos demais direitos ou deveres conflitantes, então nenhum dos direitos ou dos deveres prevalece sobre os demais. Temos então duas situações: apesar de conflitantes, todos os direitos podem ser gozados, embora somente numa medida “sub-otimizada”, chamada como solução

de compromisso. Outra situação é específica dos deveres verifica-se quando, apesar de equivalentes, não é possível cumprir todos os deveres conflitantes: nesta hipótese, pode ser cumprido qualquer dever.

5. Valor *prima facie*

5.1. Condição pragmática

A ponderação de interesses subjacente à resolução da colisão de direitos e do conflito de deveres mostra que nenhuma situação subjectiva pode ser considerada absoluta: há sempre que contar que um direito possa obstar ao gozo de outro direito e que um dever possa justificar o não cumprimento de outro dever. As situações subjectivas atribuídas pelo sistema jurídico estão submetidas a uma condição pragmática, com um dos seguintes enunciados: o titular só pode gozar o seu direito se, na situação concreta, não houver um direito de outrem que deva prevalecer.

Quanto aos deveres *prima facie*, importa referir que se pode entender que a prevalência de um deles se torna inexistentes os deveres conflitantes ou considerar que todos eles se mantêm existentes, embora releve uma causa que justifica o não cumprimento de um deles.

5.2. “Razões excludentes”

Raz distingue entre razões para agir de primeira e de segunda ordem: aquelas fornecem razões para agir ou não agir, estas fornecem razões para agir ou não agir de acordo com outras razões.

A diferença entre as razões de primeira ordem e as “razões excludentes” radica na circunstância de as razões de primeira ordem poderem ser afastadas por uma razão com maior força e de as “razões excludentes” prevalecerem sobre quaisquer outras razões, qualquer que seja a sua força relativa.

5.3. *Defeasibility of duties*

Girill fornece uma interessante e mais ampla análise, baseada em três hipóteses distintas:

- Uma das hipóteses é a *cancellation*: S prometeu a T ir visitá-lo ao Porto; T adoece e liberta S da sua promessa;
- Uma outra hipótese, decorrente de um conflito de deveres, é a *overriding*;
- Uma outra hipótese é a *nullification*: S prometeu a T dar-lhe um cão; o cão morre entretanto; a promessa de S fica sem efeito.

Título V

Aplicação da lei no tempo

15.º DIREITO TRANSITÓRIO FORMAL

I. Enquadramento geral

1. Enunciado do problema

As fontes do direito são produzidas numa determinado momento e entram em vigor num certo momento. Quando ocorre o início de vigência da LN (Lei nova) verifica-se a revogação da LA (Lei antiga) (art 7.º n.º 2 CC). A revogação permite assegurar a consistência do sistema jurídico, porque evita que vigorem duas leis sobre a mesma matéria.

As situações jurídicas constituídas antes do início de vigência da LN continuam a ser regidas pela LA. Se assim suceder, então há que concluir que as fontes aplicáveis na decisão de casos concretos não coincidem necessariamente com as fontes vigentes num sistema jurídico.

2. Exemplificação casuística

O problema da aplicação da lei no tempo pode ser esclarecido com alguns exemplos: S3 celebra com S4 um contrato de compra e venda de um automóvel; antes de execução do contrato, uma LN vem regular diferentemente as relações entre os contraentes.

3. Princípios orientadores

3.1. Referências da LN

Os problemas relativos à aplicação da lei no tempo decorrem da sucessão de leis para regular uma mesma realidade. Impõe-se uma distinção entre duas possíveis referências da LN. A LN pode referir-se a factos jurídicos, a acontecimentos que ocorreram num determinado momento e num determinado lugar. Temos duas modalidades:

- Os factos instantâneos, ou seja, os factos de verificação instantânea;
- Os factos duradouros (ou situações de facto), isto é, os factos que perduram no tempo.

A LN também pode-se referir a efeitos jurídicos, também sendo possível falar sobre duas modalidades:

- Os efeitos instantâneos, que são consequências momentâneas de factos jurídicos;
- As situações jurídicas, que são consequências duradouras de factos jurídicos.

3.2. Fundamentos dos princípios

Entre um “interesse na estabilidade” – naturalmente conducente à aplicação da LA – e um “interesse na adaptação” – que conduz, naturalmente, à aplicação da LN.

3.3. Enunciado dos princípios

A resolução dos conflitos de leis no tempo orienta-se pelos princípios da não retroactividade da LN e da aplicação imediata da LN. A LN constitui um reflexo do interesse na estabilidade e uma emanação do princípio da confiança, dado que ela assegura que factos passados e efeitos já produzidos não são abrangidos pela LN.

- A LN não se aplica a factos passados, isto é, a factos que ocorreram antes da entrada em vigor da LN;
- A LN não se aplica a efeitos passados, a efeitos que se produziram, e se extinguíram durante a vigência da LA;

A aplicação imediata da LN reflecte o interesse na adaptação e constitui uma exigência do Estado de direito e do carácter tendencialmente abstracto e genérico das regras jurídicas.

- A LN aplica-se a todos os factos futuros que venham a ocorrer na sua vigência;
- A LN aplica-se a todos os efeitos futuros que venham a produzir-se na sua vigência;
- A LN aplica-se a todos os factos jurídicos que se tenham iniciado na vigência da LA e que ainda estejam em curso no início de vigência da LN;
- A LN aplica-se a todas as situações jurídicas que se tenham constituído na vigência da LA e que não se tenham extinguido antes da vigência da LN.

II. Direito transitório

1. Noção

Resolve os problemas suscitados pelos conflitos de leis no tempo.

2. Modalidades

2.1. Enunciado das modalidades

Este pode ser material ou formal. O direito transitório material fixa um regime específico para determinados factos ou efeitos jurídicos, ou seja, constitui um regime que não coincide nem com o da LA nem com o da LN. O direito transitório formal escolhe qual é a lei aplicável a um certo facto ou a um determinado efeito jurídico.

2.2. Direito transitório formal

Comporta regimes específicos, um especial e um geral. Os regimes específicos do direito transitório formal vigoram em alguns ramos do direito. O regime especial do direito transitório formal encontra-se estabelecido no art 297.º CC, relativo à alteração de prazos, o regime geral consta do art 12.º e do art 13.º CC (regime legal subsidiário).

2.3. Regras de conflitos

O direito transitório formal escolhe se a lei aplicável ao facto ou ao efeito jurídico é a LA ou a LN. O direito transitório formal é constituído por regras de conflitos, ou seja, por regras que determinam, através da escolha entre a LA e LN, qual a lei competente para regular um certo facto ou um certo efeito jurídico.

As regras de conflitos destinadas a resolver conflitos de leis no tempo têm uma estrutura idêntica às regras de conflitos de leis no espaço. Contém uma previsão e uma estatuição:

- A previsão vai conter dois elementos: o objecto (define o campo de aplicação da regra de conflitos) e a conexão (é o elemento utilizado pela regra de conflitos para estabelecer a conexão entre a LA e a LN);
- A estatuição é a determinação da lei competente para regular o facto, a situação jurídica ou o efeito jurídico.

III. Soluções do conflito

1. Enunciado

Pode ser obtida através da aplicação imediata da LN, da sobrevivência da LA, da retroactividade da LN ou da retroconexão da LN.

2. Regime legal

2.1. Análise geral

Tendo presente o disposto nos art 12.º e 13.º, as soluções possíveis distribuem-se da seguinte forma: a aplicação imediata da LN encontra-se estatuída no art 12.º n.º 1 1.º parte e 2 2.º parte CC. A sobrevivência da LA está estabelecida no art 12.º n.º 2 1.º parte CC; a retroactividade da LN encontra-se prevista no art 12.º n.º 1 2.º parte e 13.º n.º 1 CC; a retroconexão da LN está prevista no art 12.º n.º 1 1.º parte CC.

2.2. Título constitutivo

É importante determinar se a situação jurídica tem um conteúdo que depende do seu facto constitutivo ou se esse conteúdo é independente deste facto. Temos duas hipóteses. A primeira é aquela em que o título não modela a situação jurídica, dado que a situação jurídica tem sempre o mesmo conteúdo, qualquer que seja o título que a ela esteja subjacente. A segunda é aquela em que o título modela a situação jurídica, em que o conteúdo da situação jurídica varia de acordo com o respectivo título constitutivo (art 12.º n.º 2 1.º parte CC).

2.3. Orientação metodológica

A melhor maneira de interpretar o art 12.º n.º 2 é considerar que há uma alternatividade entre o que se dispõe na primeira e na segunda parte (sobrevivência da LA e aplicação imediata da LN).

IV. Critérios subsidiários gerais

1. Aplicação imediata da LN

1.1. Factos jurídicos

No art 12.º n.º 1 1.º parte ao estabelecer que a lei só dispõe para o futuro, significando que a LN regula quer os factos jurídicos que ocorram após a sua vigência, quer os factos duradouros que se iniciaram na vigência da LA e que se mantenham no momento do início de vigência da LN.

1.2. Efeitos instantâneos

A aplicação imediata da LN implica que são abrangidos pela LN os efeitos que se produzam depois do seu início de vigência. A constituição de um efeito jurídico pode decorrer da conjugação de factos que ocorreram na vigência da LA e de factos que se verificaram na vigência da LN.

1.3. Situações jurídicas

A regra de aplicação imediata da LN às situações jurídicas que se constituíram na vigência da LA e que transitam para o domínio da LN consta do art 12.º n.º 2 2.º parte. A aplicação imediata da LN a essas situações jurídicas, é necessário, como se estabelece naquele preceito, que a LN disponha directamente sobre o conteúdo de certas situações jurídicas, abstraindo dos factos que lhes deram origem, ou seja, o conteúdo da situação jurídica. O título não modela o conteúdo da situação jurídica, pelo que nada obsta à aplicação imediata da LN.

2. Sobrevigência da LA

2.1. Generalidades

Está prevista no art 12.º n.º 2 1.º parte. Verifica-se sempre que a LN se refira às condições de validade de um acto jurídico ou ao conteúdo de situações jurídicas que não possam abstrair do seu título constitutivo.

2.2. Condições de validade

Quando a LN dispuser sobre as condições de validade substancial ou formal de quaisquer factos, entende-se, em caso de dúvida, que só visa os factos novos. A essas condições de validade aplica-se a LA.

2.3. Conteúdo de situações

Quando a LN disponha sobre o conteúdo de uma situação jurídica e não abstraia do respectivo facto constitutivo, não pode verificar-se a aplicação imediata da LN, pois que a hipótese não é enquadrável no disposto no art 12 n.º 2 2.º parte; logo, há que aplicar a essa hipótese o estabelecido no art 12.º n.º 2 1.º parte, pelo que o conteúdo da situação jurídica continua a ser regulado pela LA. Como exemplos da sobrevigência da LA podemos enunciar o seguinte: os efeitos do não cumprimento ou do cumprimento defeituoso do contrato são regulados pela lei vigente no momento da sua celebração.

3. Retroactividade da LN

3.1. Generalidades

A LN é retroactividade quando ela se aplica a factos já ocorridos ou a efeitos já produzidos antes da sua entrada em vigor. A LN também é retroactiva quando produz um efeito jurídico ou extingue um efeito jurídico produzido com base num título modelador anterior à sua vigência.

3.2. Admissibilidade da retroactividade

O princípio é o da não retroactividade da LN, mas este princípio comporta duas excepções: a LN pode ter eficácia retroactividade e a lei interpretativa tem, em regra, carácter retroactivo. (art 13.º n.º1).

3.3. Limites à retroactividade

A retroactividade da LN implica que o passado se torna, sob o ponto de vista jurídico, diferente daquilo que foi realmente. Alguns limites à retroactividade da LN sempre que haja que salvaguardar interesses que não devam ser atingidos por um regime jurídico retroactivo.

Ver artigos 18.º n.º 3 CRP, art 19.º n.º 6 CRP.

3.4. Lei retroactiva

Quando a LN tenha eficácia retroactiva, presume-se que ficam ressalvados os efeitos já produzidos pelos factos que ela se destina a regular.

3.5. Lei interpretativa

A lei interpretativa é a lei que realiza a interpretação autêntica de um acto normativo, o que pressupõe o carácter interpretativo daquela lei. O art 13.º n.º 1 estabelece que a lei interpretativa integra-se na lei interpretada, ou seja, ficciona-se que o significado estabelecido pela lei interpretativa coincide com o único significado que a lei interpretada sempre comportou, sendo por isto uma lei retroactiva.

Nos casos em que esteja constitucionalmente excluída a retroactividade não pode haver lei interpretativa retroactiva.

A retroactividade da lei interpretativa não é irrestrita, dado que ela não atinge todos os factos passados e todos os efeitos já produzidos. Nos termos do art 13.º n.º 1 a retroactividade da lei interpretativa não atinge nem o cumprimento da obrigação, nem a sentença que adquiriu a força de caso julgado por não ser impugnável.

A lei pode ser qualificada pelo legislador como interpretativa e vir a verificar-se que, afinal, ela tem um conteúdo inovador. A lei é falsamente interpretativa, mas, salvo situações de inconstitucionalidade, deve ser-lhe atribuída a retroactividade estabelecida no art 13.º n.º 1.

3.6. Retroactividade *in mitius*

A LN pode ser menos exigente quanto aos requisitos de validade formal ou substancial de um acto jurídico do que a LA. O art 12.º n.º 2 1.º parte afirma que a aplicação imediata da LN não torna válido o que era inválido na vigência da LA.

Diferente se a LN dispuser que se consideram válidos os actos jurídicos que, tendo sido praticados durante a vigência da LA, preenchem os requisitos de validade determinados pela LN. Fala-se então de uma lei confirmativa e de uma retroactividade *in mitius*.

O problema torna-se mais complicado quando a LN não tenha um sentido confirmativo e quando não se possa falar, por isso, de uma retroactividade *in mitius* expressa.

Se o acto jurídico não estiver a produzir quaisquer efeitos no momento da entrada em vigor da LN, há que aplicar o disposto no art 12.º n.º 2 1.º parte, não se verificando qualquer retroactividade *in mitius* da LN.

Se o acto jurídico, apesar de inválido, estiver a produzir efeitos no momento do início de vigência da LN, há que entender que esta lei produz um efeito confirmativo do acto inválido e verifica-se uma retroactividade *in mitius* da LN.

3.7. Graus de retroactividade

O art 12.º n.º 1 2.º parte dispõe que, quando a LN tenha uma eficácia retroactiva, se presume que ficam ressalvados os efeitos já produzidos pelos factos que ela se destina a regular. O legislador pode atribuir a uma LN uma retroactividade diferente daquela que se encontra estabelecida nesse preceito: em vez de ressaltar todos os efeitos produzidos antes da entrada em vigor da LN, o legislador pode ressaltar apenas alguns desses efeitos.

A retroactividade pode ser consagrada em diferentes graus e que a retroactividade prevista no art 12.º n.º 1 2.º parte é menos ampla do que a retroactividade estabelecida no art 13.º n.º 1.

Na ordem jurídica portuguesa são admissíveis os seguintes graus de retroactividade:

- A retroactividade ordinária é a que respeita todos os efeitos já produzidos antes da entrada em vigor da LN;
- A retroactividade agravada é a que respeita determinados efeitos produzidos antes da vigência da LN, mas que atinge outros efeitos igualmente já produzidos antes desse momento;
- A retroactividade quase-extrema é a que só respeita o caso julgado obtido antes da vigência da LN; esta retroactividade é, em regra, a mais forte que é admissível no ordenamento jurídico português;

- A retroactividade extrema é a que nem sequer respeita o caso julgado anterior à vigência da LN; esta retroactividade tem carácter excepcional.

4. Retroconexão da LN

4.1. Generalidades

Decorre do preenchimento da previsão da LN com factos passados ou efeitos já produzidos. Não conduz a nenhuma alteração do passado, mas à definição do presente em função de factos ou efeitos do passado.

4.2. Modalidades da retroconexão

Pode ser total ou parcial. A retroconexão é total quando o facto ou o efeito que serve de previsão da LN já se verificou totalmente no passado. A parcial existe quando a previsão da LN engloba quer factos que ocorreram ou efeitos que se produziram na vigência da LA, quer factos ou efeitos que se verificaram na vigência da LN.

4.3. Limites da retroconexão

É distinta da retroactividade, mas alguns limites desta são extensíveis à retroconexão, como por exemplo: a proibição de aplicação retroactiva da lei penal (art 29.º n.º 4 CRP).

4.4. Consagração da retroconexão

Conduz à aplicação imediata da LN. Na retroconexão total, a LN é aplicada imediatamente a factos ou a efeitos totalmente passados; na retroconexão parcial, a LN é imediatamente aplicada, em parte, a factos ou efeitos passados e, em parte, a factos ou a efeitos presentes.

V. Critério supletivo especial

1. Generalidades

O art 297.º estabelece uma regra especial para a sucessão de leis sobre prazos. O regime legal varia consoante a LN estabeleça um prazo mais curto ou mais longo.

2. Aplicação do regime

2.1. Diminuição do prazo

Se a LN estabelecer um prazo mais curto do que a LA, a LN é imediatamente aplicável aos prazos que já estiverem em curso, mas o prazo só se conta a partir da entrada em

vigor da LN, a não ser que, segundo a LA, falte menos tempo para o prazo se completar. Este regime traduz-se numa sobrevigência da LA.

2.2. Aumento do prazo

Se a LN fixar um prazo mais longo do que aquele que era definido pela LA, a LN é imediatamente aplicável aos prazos em curso, mas computar-se-á neles todo o tempo decorrido desde o seu momento inicial – aplicação imediata da LN.

3. Campo de aplicação

3.1. Extensão

O art 297.º n.º 3 determina que as regras relativas à sucessão de leis sobre prazos são igualmente aplicáveis aos prazos fixados pelos tribunais ou por qualquer outra autoridade.

3.2. Restrição

O art 297.º n.º 1 e 2 não é aplicável a todos os prazos fixados pela LN. Não é aplicável quando os prazos tenham sido definidos pelas partes ou quando estas não tenham estipulado quaisquer prazos e tenham aceite os prazos legais supletivos.

Relativamente à aplicação do regime estabelecido no art 297.º aos prazos legais, há que considerar duas situações: se a LN aumentar o prazo que consta na LA, aplica-se sempre o disposto no art 297.º n.º 2 que consagra uma hipótese de retroconexão parcial coincidindo com a regra prevista no art 12.º n.º 1 1.ª parte.

Se a LN encurtar o prazo que está determinado pela LA, importa distinguir duas hipóteses: se a aplicação imediata do prazo mais curto criar um desequilíbrio entre as partes o disposto no art 297.º n.º 1 acautela suficientemente os interesses de todas as partes. Se a aplicação imediata do prazo mais curto não originar um desequilíbrio entre as partes, a solução é a aplicação imediata da LN de acordo com o disposto no art 12.º n.º 1 1.ª parte não havendo qualquer necessidade de aplicar o art 297.º n.º 1.

PARTE II

ELEMENTOS DE METODOLOGIA DO DIREITO

Título I

Inferência da regra jurídica

16.º LINGUAGEM E DIREITO

I. Generalidades

1. Regras e linguagem

O direito é construído por fontes que se exprimem através de enunciados linguísticos, pelo que não há direito sem linguagem e fora da linguagem. A linguagem também marca a fronteira do dever ser e do direito.

2. Dimensões da linguagem

Possui uma dimensão extensional, conceptual ou classificatória e uma dimensão intencional, tipológica ou ordenatória. A extensão de um conceito é determinada pela realidade extralinguística a que ele se refere, ou seja, pela sua referência.

Compreender um conceito é sempre compreender a sua intensão; segundo a tese da prioridade semântica, só após ter compreendido a intensão de um conceito é possível determinar a sua referência, isto é, a realidade a que ele se refere.

II. Dualidade da linguagem

1. Generalidades

No plano da linguagem jurídica, mais importante do que a confirmação de que os conceitos nela utilizados possuem uma extensão e uma intensão é a verificação de que o legislador pode exprimir-se tanto numa dimensão conceptual ou classificatória, como numa dimensão tipológica ou ordenatória.

Bentham afirma que “em muitos casos, o método comum de definir não responderá de modo algum ao propósito”, dado que “entre termos abstractos rapidamente chegaremos àqueles que não têm superior genus”. Propõe então o recurso à “paráfrase”: “pode dizer-se que uma palavra é explicada através de uma paráfrase quando não é apenas aquela palavra que é traduzida em outras palavras, mas quando uma frase completa da qual ela constitui uma parte é traduzida numa outra frase”.

Hart utiliza o método extensional de definição, com base no pressuposto de que, para determinar o significado de uma expressão jurídica, é necessário recorrer às condições em que a mesma é verdadeira, ou seja, de que o significado dessa expressão depende das condições da sua verdade”.

2. Conceitos determinados

2.1. Noção

São conceitos que possuem uma extensão determinada. Por exemplo: os conceitos de pessoa ou de livro são conceitos determinados. Os conceitos determinados pertencem

a uma *hard language*, porque é sempre possível distinguir a quê que ela se refere e a quê que ela não se refere.

2.2. Modalidades

Podem ser normativos ou empíricos. Os normativos são próprios de uma ordem normativa (da ordem jurídica): conceito de acto jurídico, divórcio, facto jurídico.

Os conceitos determinados empíricos são conceitos próprios de uma realidade não normativa: águas, barrotes, enxame de abelhas.

3. Conceitos indeterminados

3.1. Noção

São conceitos de extensão variável, ou seja, são conceitos vagos. Comportam um núcleo e um halo ou zona iluminada e uma zona de penumbra: “um núcleo de significado certo é rodeado por um halo de significado que se dissipa gradualmente”. Os conceitos indeterminados são próprios de uma *fuzzy language*, ou seja, de uma linguagem na qual é claro a quê que ela se refere e, noutros, não é claro a quê que ela se refere.

3.2. Preenchimento

Está preenchido não só quando a situação concreta se inclua no seu núcleo, mas também quando essa situação ainda possa ser incluída no halo ou na penumbra desse conceito. Podemos ter três resultados:

- O conceito indeterminado é indiscutivelmente aplicável, porque a situação concreta se integra no núcleo do conceito;
- É manifestamente não aplicável, porque a situação concreta está para além do que pode ser abrangido pelo seu halo;
- Não é nem manifestamente aplicável, nem claramente não aplicável, porque, sendo certo que a situação concreta não cabe no núcleo do conceito, não é no entanto certo que ela não possa ser abrangida pelo seu halo.

Os casos mais difíceis são aqueles que a situação concreta exige do intérprete a determinação de uma fronteira entre o que ainda é abrangido pelo halo do conceito indeterminado e aquilo que já está para além desse halo. O que os torna problemáticos é a circunstância de eles poderem ser concretizados em diferentes medidas e de ser fluida a fronteira entre o seu preenchimento e o seu não preenchimento.

3.3. Exemplificação

Temos como exemplos os seguintes: abuso de direito, boa-fé, alteração anormal das circunstâncias, condução com segurança, diligência do bom pai de família.

3.4. Concretização

Só podem ser compreendidos e aplicados através de uma concretização pela qual se ajuíza o que neles é integrável e o que deles está excluído. Um bom exemplo de um conceito indeterminado é a violação de bons costumes.

4. Tipos legais

4.1. Noção

“Tipo” designa um arquétipo ou uma entelequia ou algo de paradigmático, de exemplar ou de modelar.

4.2. Classificação

Pode distinguir-se entre um tipo médio e um tipo constitutivo. O tipo médio ou tipo de frequência descreve o que se verifica com maior frequência, o que acontece normalmente ou que é mais comum ou usual. O tipo de totalidade ou constitutivo descreve uma realidade de acordo com os seus traços característicos, os seus elementos essenciais ou as suas notas distintivas: “típico é o que representa um geral num caso singular, ou seja, o tipo é o que há de geral em cada caso, facto ou situação singular”.

III. Redução tipológica

1. Classificação vs ordenação

A distinção entre a linguagem classificatória e ordenatória, a diferenciação entre o conceito e o tipo pode ser traçada da seguinte forma: o conceito tem uma função classificatória, pois que ele procura distinguir realidades; o tipo tem uma função ordenatória, pois que ele visa ordenar realidades de acordo com as suas características ou qualidades. O tipo é “fluido” e que através “de uma deslocação do peso, da variação de um «elemento», ele transforma-se num outro tipo”, que se pode sustentar que “os tipos representam sempre ilustrações ou manifestações de um conceito”. “Um tipo não pode ser «definido», mas apenas «descrito»”. Daqui vai decorrer que enquanto o conceito é sempre abstracto, o tipo é sempre concreto.

2. Conceito vs tipo

2.1. Generalidades

A distinção entre o conceito e o tipo é possível ser feita através dos seguintes aspectos: o conceito é “fechado”, no sentido de que o conceito exige a verificação de todos os seus elementos constitutivos; no conceito tudo é essencial; o tipo é “vago” ou “poroso”, no sentido de que o tipo está preenchido ainda que os seus elementos se verifiquem em diferentes configurações ou ainda que esses elementos se combinem com elementos acessórios ou mesmo com elementos atípicos. Pode conjugar-se algo que é essencial, algo que é acessório e algo que é atípico.

2.2. Prevalência do tipo

Uma mesma expressão linguística pode ser vista como um conceito e como um tipo.

Na linguagem quotidiana o tipo é muito mais relevante do que o conceito. A linguagem do quotidiano é fundamentalmente uma linguagem tipológica.

No caso da linguagem jurídica, cabe ao legislador escolher entre uma dimensão conceptual ou classificatória e uma dimensão tipológica ou ordenatória. Mais do que proceder à delimitação de conceitos e ao enunciado de classificações, o legislador procura normalmente fornecer o enquadramento jurídico de certas matérias e para isso não é necessário ir além da descrição dos elementos típicos do facto ou da situação que integra a previsão da regra jurídica.

A previsão das regras relativas é quase sempre constituída por tipos.

O mesmo carácter tipológico pode ser atribuído às definições legais porque elas são descrições dos elementos típicos de certos conceitos. A prevalência do tipo sobre o conceito mostra-se, com particular evidência, no âmbito dos conceitos indeterminados. A indeterminação destes conceitos é uma indeterminação quanto aos casos que eles abrangem, pelo que esses conceitos são afinal tipos. O mesmo pode ser dito dos conceitos determinados que são empregados numa dimensão tipológica.

IV. *Divisio e partitio*

1. Apresentação da distinção

1.1. Termos da distinção

A *divisio* consiste na divisão da extensão de um conceito, ou seja, na divisão de um género nas suas espécies e contém características próprias e todas as características do conceito dividido. A *partitio* consiste na decomposição de um conceito nas suas notas características.

1.2. Consequência da distinção

A *divisio* é própria da dimensão conceptual da linguagem e de um sistema fechado. Cada um dos membros resultantes da *divisio* tem necessariamente todas as

características do respectivo género. A *partitio* é própria da dimensão tipológica da linguagem e de um sistema aberto. Os membros provenientes da *partitio* podem não ter todas as características do respectivo género.

2. Relevância da distinção

2.1. Apresentação

A importância da distinção entre a *divisio* e a *partitio* resulta da circunstância de que ela acompanha a diferença entre o conceito e o tipo. A *divisio* é a divisão de um conceito mais extenso (género) em todos os conceitos menos extensos (espécies) que aquele comporta. A *partitio* é a decomposição de um conceito nos seus elementos característicos. É por isso que a *partitio* constitui a primeira operação que é necessária para passar do conceito para o tipo.

17.º HERMENÊUTICA E DIREITO

I. Hermenêutica normativa

1. Normatividade da compreensão

1.1. Premissas fundamentais

Hermenêutica normativa pretende expressar uma orientação cuja premissa essencial é a de que não há significados, mas antes atribuições de significados com base em certas regras.

Interpretar uma fonte é determinar o seu significado, é inferir a regra da fonte. A interpretação permite passar da fonte para a regra, pelo que a questão que se coloca é a de saber como se pode inferir a regra da fonte. Essa inferência só é possível através da determinação dos casos.

A interpretação não visa traduzir um enunciado linguístico num outro enunciado linguístico: a regra não é um enunciado, mas o significado do enunciado é a fonte. A interpretação da fonte termina no momento em que obtém a regra que é o seu significado prático. Nada impede que a regra seja descrita, mas esta descrição já pertence ao domínio das proposições jurídicas. A melhor definição de proposições jurídicas é a de que elas constituem paráfrases de significados de fontes.

1.2. Semântica inferencial

Brandom propõe uma análise assente numa “pragmática normativa” e destinada a tornar explícito o que está implícito nas práticas sociais: “a prática que confere conteúdo proposicional ou outra espécie de conteúdo conceptual contém implicitamente normas que respeitam a como é correcto usar expressões, sob que circunstâncias é apropriado realizar diversos actos de fala e quais são as consequências apropriadas de tais realizações”.

2. Relevância da pré-compreensão

Aceita o papel da pré-compreensão. Toda a compreensão tem como pressuposto uma pré-compreensão, pois que, sem se formar um pré-juízo sobre o que se pretende compreender, nada é possível compreender.

Gadamer afirma que a pré-compreensão é legitimada pela história e pela tradição, dado que “a antecipação do sentido que orienta o nosso entendimento de um texto não é um acto da subjectividade, antes se determina através da comunhão que nos liga com a tradição.

II. Hermenêutica jurídica

1. Enquadramento geral

1.1. Função da interpretação

É a actividade através da qual se compreende uma fonte de direito. A interpretação é o meio através do qual se chega à regra contida na fonte. «Interpretar» é uma actividade de mediação pela qual o intérprete compreende o sentido de um texto, que se lhe tinha deparado como problemático. É um processo: o intérprete vai interpretando a fonte até conseguir inferir a regra. A interpretação de uma fonte não visa determinar um qualquer significado, mas apenas o seu significado prático, ou seja, um significado que possa constituir um elemento de um raciocínio prático.

1.2. Interpretação e aplicação

O conhecimento do sentido de um texto jurídico e a aplicação do mesmo a um caso jurídico concreto não são dois actos separados, mas um processo unitário. A tarefa da interpretação é a da concretização da lei em cada caso, é a tarefa da aplicação. Temos aqui dois corolários:

- A fonte não contém nenhum significado em si mesma; o significado da fonte é aquele que lhe é dado pelo intérprete;
- Entre a fonte e a regra só se interpõem os casos: a fonte é o modo de revelação da regra e esta revela-se através da aplicação da fonte a casos.

Interpretar uma fonte é sempre qualificar o caso a que ela se refere como jurídico, pelo que a interpretação e a qualificação são realidades correlativas entre si.

1.3. Normatividade da interpretação

Não pode dispensar um método na interpretação das fontes do direito. A interpretação jurídica nunca é um fim em si mesmo, antes está ao serviço da aplicação do direito e que a hermenêutica jurídica é aplicativa e nunca apenas reconstrutiva.

A vinculação do intérprete à lei também não pode deixar de exigir um carácter normativo à interpretação: a vinculação à lei abrange necessariamente uma vinculação ao método da sua interpretação.

2. Função da subsunção

2.1. Papel da subsunção

A subsunção é entendida como o juízo que permite a selecção do facto da vida que é juridicamente relevante através da sua inclusão na previsão de uma regra jurídica. Numa orientação que constrói primeira a regra e que só depois subsume a ela os factos concretos. A subsunção deve ser entendida como o juízo que permite determinar os casos abrangidos pela fonte que possibilita inferir a regra da fonte. Quando se chega à regra já se passou pela subsunção, pelo que esta não é um elemento da aplicação da regra, mas antes um elemento da construção da regra aplicável.

2.2. Operação da subsunção

A subsunção implica uma comparação entre o facto concreto e o tipo legal utilizado na lei. A subsunção é analógica ou tipológica, o que aliás, está em completa sintonia com o carácter analógico ou tipológico da linguagem das fontes de direito.

2.3. Natureza da subsunção

Não é uma actividade lógica ou conceptual e o juiz não é “autómato de subsunção”. A subsunção é antes um juízo valorativo que utiliza como critério a analogia, dado que a comparação entre a realidade que se procura subsumir e o tipo a que se refere a fonte exige um raciocínio analógico. O carácter analógico do raciocínio que permite a subsunção do caso à lei também é fácil de explicar tendo presente que a interpretação de qualquer fonte do direito é sempre pragmática.

2.4. Subsunção e concretização

O entendimento de que a subsunção é a comparação de um caso concreto com outro caso concreto permite concluir que a interpretação de uma fonte é uma actividade de concretização dessa fonte. A interpretação da lei é uma actividade inversa à sua produção. Esta actividade de concretização permite inferir a regra jurídica que se encontra naquela fonte. As regras são construídas no plano do caso, pelo que se pode concluir que sem o caso não é possível extrair a regra contida na fonte.

3. Interpretação jurídica

3.1. Perspectiva do intérprete

Só pode ser realizada por quem adopte um ponto de vista interno ao sistema em que se insere a fonte a interpretar.

3.2. Assimetria do objecto

De acordo com a verificação, a lei pode ser decomposta, para efeitos de interpretação, num elemento com significado determinado e num elemento com significado indeterminado: o primeiro é a estatuição, o segundo é a previsão da lei. Esta contestação permite extrair uma importante orientação metodológica: o significado que deve ser atribuído à previsão só pode ser um significado que seja compatível com o significado da estatuição.

3.3. Necessidade da interpretação

A interpretação nunca é dispensável, porque sem ela não é possível nenhuma compreensão da fonte. Desta concepção parece ser contrariada pelas orientações que pretendam dispensar a interpretação quando não houver que resolver uma ambiguidade do texto. Antes da interpretação da fonte não é possível saber se o seu significado é claro: o que parece claro tornar-se bastante obscuro. Antes da interpretação da fonte do direito nada é claro; o que pode ser claro ou indubitável é o resultado da interpretação. Só depois de realizada a interpretação da fonte é possível saber qual a regra jurídica que dela se infere de forma inequívoca.

A vigência de uma lei interpretativa não exclui a necessidade da interpretação. Para se compreender a lei interpretativa, é também necessário interpretar a lei interpretada.

4. Dificuldades da interpretação

4.1. Generalidades

As dificuldades com que a interpretação jurídica se defronta são aquelas que são colocadas ao intérprete de qualquer texto. Incluem-se a ambiguidade sintáctica, a polissemia ou a ambiguidade semântica, a vagueza ou porosidade e a modificabilidade do significado.

4.2. Ambiguidade Sintáctica

Verifica-se quando a construção da expressão origina dúvidas sobre o seu significado.

4.3. Ambiguidade semântica

Ou polissemia das palavras verifica-se quando a mesma palavra pode ter vários significados, dependendo do contexto em que é aplicada.

4.4. Vagueza ou porosidade

Das palavras ocorre quando as palavras possuem um significado indeterminado, isto é, quando há objectos a que as palavras são indiscutivelmente aplicáveis e ainda objectos a que aquelas palavras não são indiscutivelmente aplicáveis.

4.5. Modificabilidade do significado

Também contribui para a dificuldade da interpretação jurídica. As palavras podem variar de significado ao longo do tempo.

4.6. Dificuldades específicas

Além das dificuldades gerais, a hermenêutica jurídica tem ainda de enfrentar algumas complicações próprias da realidade jurídica. No âmbito destas, cabe começar por referir a proliferação legislativa. O hermetismo da linguagem jurídica, pois que, apesar de as leis a terem, como últimos destinatários, os cidadãos, a linguagem utilizada é de difícil compreensão por não juristas.

4.7. Resolução das dificuldades

Tem de ser vencidas através do recurso aos elementos da interpretação enunciados no art 9.º CC.

18.º INTERPRETAÇÃO DA LEI

I. Generalidades

1. Aspectos relevantes

Desdobra-se nos seguintes aspectos:

- A escolha da finalidade da interpretação;
- A selecção dos elementos da interpretação;
- A inferência da regra jurídica.

2. Carácter normativo

A interpretação tem um carácter normativo: ao carácter normativo da interpretação em geral acresce o recurso a regras específicas da interpretação da lei.

II. Finalidade da interpretação

1. Generalidades

1.1. Subjectivismo vs objectivismo

Segundo a orientação subjectivista, a finalidade da interpretação é a reconstituição da intenção do legislador subjacente à produção da lei. Segundo a orientação objectivista a interpretação é a determinação do significado objectivo da lei, qualquer que tenha sido a intenção do legislador.

As orientações subjectivistas foram predominantes durante o absolutismo e nas metodologias do século XIX. Esta era a orientação de Savigny: “devem colocar-se em pensamento na posição do legislador e repetirem em si, de forma artificial, a actividade daquele”. Na actualidade prevalecem as orientações objectivistas.

1.2. Semântica vs pragmática

A opção entre o subjectivismo e o objectivismo é também uma opção entre a “intenção de” e a “expressão de”. O subjectivismo fica-se por aquilo que foi querido e, por isso, esgota-se na dimensão semântica; o objectivismo orienta-se por aquilo que pode ser feito, movendo-se, assim, numa perspectiva pragmática. A orientação objectivista permite uma interpretação puramente normativa.

2. Orientações objectivistas

2.1. Justificação

Invoca-se a impossibilidade de determinar a intenção do legislador histórico, atendendo, nomeadamente, à insusceptibilidade de definir uma vontade comum a

todos os intervenientes no processo legislativo. A lei deve libertar-se do legislador e passar a valer com um significado objectivo adequado às circunstâncias existentes no momento da sua interpretação.

A intenção relevante é a intenção com a qual o legislador agiu. A lei é um enunciado linguístico através do qual o legislador estabelece um determinado dever ser para certos destinatários. Na interpretação da lei, a intenção do legislador não prevalece sobre o sentido objectivo da lei, pelo que o conhecimento dessa intenção pelos destinatários não pode merecer nenhuma tutela.

2.2. Consequências

A prevalência das orientações objectivistas significa que o interprete não tem de procurar nem a intenção do legislador, nem sequer o significado que um ficcionado ou suposto legislador teria querido exprimir numa certa fonte. A preferência concedida ao significado objectivo da lei não implica, no entanto, a irrelevância da intenção do legislador, pois que, como é evidente, as correntes objectivistas não impedem que o significado objectivo da lei possa ser coincidente com a intenção do legislador. Quanto mais recente for a lei, maiores são as hipóteses de o seu significado objectivo coincidir com a intenção do legislador.

3. Direito português

3.1. Generalidades

O art 9.º CC determina que a interpretação tem por finalidade a reconstituição do pensamento legislativo a partir do texto da lei. Contudo a frase “pensamento legislativo” tanto pode ser visto na perspectiva do subjectivismo como do objectivismo.

3.2. Tendências subjectivistas

O n.º 2 estabelece que não pode ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso.

3.3. Conclusão

A finalidade da interpretação não é explicar a lei, mas antes aplica-la e encontrar a sua razão de ser como elemento de um raciocínio pratico. A interpretação não é realizada no sentido da fonte para a sua origem mas da fonte para a sua aplicação.

III. Elementos da interpretação

1. Função

Interpretar uma fonte do direito é inferir, através da aplicação da fonte a certos casos, a regra que nela se contém. Como elementos da interpretação há que considerar o elemento gramatical, o elemento sistemático, o elemento lógico e o elemento histórico.

2. Enunciado

2.1. Generalidades

A interpretação é realizada, a partir da letra da lei com base nas circunstâncias em que a lei foi elaborada na unidade do sistema jurídico e nas condições específicas do tempo em que a lei foi aplicada.

2.2. Letra e espírito

O art 9.º n.º 1 opõe a letra da lei ao pensamento legislativo e impõe a reconstituição deste pensamento com fundamento no elemento histórico, sistemático e teleológico.

2.3. Hierarquia dos elementos

No âmbito do sistema móvel é possível entender que não há nenhuma hierarquia rígida entre os elementos da interpretação. Quanto à hierarquia relativa ao método da interpretação, nos termos do art 9.º n.º1, podemos concluir que o elemento gramatical tem primazia em relação aos outros elementos.

2.4. Meta-regra de prevalência

Os vários elementos da interpretação possibilitam a construção de uma meta-regra de prevalência: a dimensão pragmática da lei prevalece sobre a sua dimensão semântica e, por isso, o que o intérprete pode fazer com a lei prevalece sobre o que a sua letra diz.

3. Valor dos elementos

Os elementos da interpretação que constam do art 9.º têm um valor próprio. É possível aqui enunciar o princípio da exaustividade dos elementos. Este princípio justifica que o intérprete não tenha que justificar a aplicação de nenhum dos elementos da interpretação: a justificação para a sua utilização decorre do próprio art 9.º.

4. Modelos de interpretação

A interpretação de uma lei pode já se encontrar formatada através quer de precedentes jurisdicionais, quer de teorias elaboradas pela doutrina.

IV. Significado literal

1. Generalidades

Toda a interpretação deve começar pela análise da sua letra e pela tentativa da compreensão do seu significado. A letra da lei deve ser entendida como a base textual da interpretação.

2. Historicismo vs actualismo

A letra da lei pode ser interpretada numa perspectiva historicista ou actualista: na perspectiva historicista o intérprete tem de atribuir à letra da lei o significado que ela tinha no momento da formação da fonte; na perspectiva actualista, o intérprete tem de atribuir à letra da lei o significado que ela possui no momento da interpretação.

3. Concretização do elemento

3.1. Generalidades

O elemento literal da interpretação comporta uma dimensão sintáctica e uma dimensão semântica: a dimensão sintáctica respeita à estrutura gramatical da lei e considera-a na totalidade do seu enunciado. A dimensão semântica refere-se ao significado das palavras utilizadas na lei no contexto da sua estrutura.

4. Valor da letra

4.1. Limites legais

Temos aqui a imposição de dois limites legais: um desses limites decorre das presunções que se encontram estabelecidas no art 9.º n.º 3: a de que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e a de que o legislador soube exprimir o seu pensamento em termos adequados. O outro limite encontra-se no n.º2: não pode ser considerado pelo intérprete um significado que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal. O significado que não encontra uma correspondência mínima na letra da lei está para além do seu significado possível. Daqui podemos retirar duas ilações: a letra da lei constitui um limite para todos os outros elementos da interpretação; uma segunda ilação é a de que não pode ser qualificada como interpretação a conclusão do intérprete que não for compatível com a letra da lei.

4.2. Limite mínimo

Como o art 9.º n.º 1 impõe a reconstituição do pensamento legislativo a partir dos textos, a letra da lei nunca constitui um obstáculo a que se possa ir além dela: o que se exige é uma correspondência mínima com a letra da lei, não que a letra da lei não possa ser ultrapassada pelo espírito da lei.

5. Significado provisório

O art 9.º n.º 1 estabelece que o interprete, depois de determinar o significado da letra da lei, deve reconstituir o pensamento legislativo, servindo-se para isso dos vários elementos não literais da interpretação. O significado literal é apenas o primeiro degrau na interpretação, da lei, pelo que ele é sempre algo de provisório ou de inacabado. Há uma certa relação de circularidade entre o significado literal e os elementos não literais da interpretação.

V. Elemento histórico

1. Generalidades

O elemento histórico respeita à justificação da fonte: trata-se de saber o que é que motivou a produção da fonte, nomeadamente que factos levaram o legislador a produzir uma lei sobre uma determinada matéria e que necessidades eram satisfeitas pela fonte no momento da sua produção.

2. Aspectos objectivos

Há que atender quer aos precedentes normativos e doutrinários, quer à *occasio legis*. Os precedentes normativos respeitam aos antecedentes da lei, que podem ser históricos ou comparativos. Os precedentes doutrinários auxiliam a interpretação a lei, sendo relevante conhecer o ambiente doutrinário que existia no momento da sua elaboração. A *occasio legis* respeita ao condicionalismo que rodeou a formação da lei, estando consagrada no art 9.º n.º 1.

3. Aspectos subjectivos

Os aspectos subjectivos do elemento histórico referem-se à intenção do legislador. Como meios auxiliares para a determinação da intenção do legislador podemos considerar os seguintes: as exposições oficiais de motivos; os trabalhos preparatórios; os vários ante-projectos; os preâmbulos dos diplomas legais e os relatórios explicativos.

4. Aspecto evolutivo

O elemento histórico tem também uma dimensão evolutiva: trata-se de saber qual a interpretação que tem sido dada, pela jurisprudência e pela doutrina, a uma determinada lei apos o início da sua vigência.

VI. Elemento sistemático

1. Generalidades

1.1. Enquadramento

Os institutos jurídicos constituem um sistema e apenas em conexão com este sistema podem ser completamente compreendidos e baseia-se no pressuposto de que o significado de uma lei resulta normalmente do seu contexto.

O elemento sistemático impõe que a lei seja interpretada no respectivo ambiente sistemático, ou seja, impõe que se passe do preceito para o texto legal que o contem, deste para o respectivo subsistema e, finalmente, deste para o sistema jurídico. Desta afirmação é possível extrair que nenhuma lei deve ser interpretada isolada de outras leis com as quais ela apresenta uma conexão sistemática e que, de entre os vários significados literais possíveis, há que preferir aquele que for compatível com o significado de outras leis.

1.2. Importância

Considerar o enquadramento da lei permite evitar contradições valorativas dentro do sistema, pois que através dele consegue-se obviar a que os mesmos factos ou as mesmas situações sejam valoradas de forma desigual em duas leis distintas.

2. Historicismo vs actualismo

O elemento sistemático pode ser considerado numa perspectiva historicista ou numa perspectiva actualista: na historicista, o intérprete tem de considerar a integração sistemática que existia no momento da formação da lei; na actualista, o intérprete tem de considerar a integração sistemática da lei na actualidade.

3. Concretização do elemento

3.1. Generalidades

Temos aqui duas vertentes: numa temos uma relação de contexto, pois que o intérprete só pode interpretar a lei depois de a ter enquadrado no conjunto mais vasto que ela se integra. Na outra vertente o elemento sistemático é visto como um princípio de consistência, que é tanto uma consequência da unidade do sistema jurídico, como um postulado da construção dessa unidade.

3.2. Relação de contexto

A lei deve ser interpretada no contexto do sistema jurídico: um preceito legal deve ser interpretado no contexto da lei em que se integra. Para este efeito releva o chamado “sistema externo”, ou seja, aquele que resulta de uma “actividade ordenatória do investigador” através da “construção de conceitos ordenatórios”, de “divisões” e da “ordem do tratamento das matérias”. Podemos também fazer uma distinção entre o contexto horizontal e o vertical.

3.3. Contexto vertical

Implica que, na interpretação da lei, deve ser considerada a sua coordenação com a respectiva fonte de produção.

3.4. Contexto horizontal

O contexto horizontal implica que a interpretação da lei deve ser considerar outras leis da mesma hierarquia (contexto inter-textual) ou, se for esse o caso, outros preceitos da mesma lei (contexto intra-textual). O contexto horizontal é particularmente importante quando se trata de interpretar uma lei especial ou excepcional.

3.5. Princípio da consistência

Decorre da unidade do sistema jurídico. Para esse efeito releva o chamado sistema interno, ou seja, o sistema que corresponde às conexões materiais e a uma ordem imanente. Este princípio vale num duplo sentido, dado que ele é indispensável tanto para encontrar o significado da lei na unidade do sistema jurídico, como para afastar significados incompatíveis com essa unidade.

VII. Elemento teológico

1. Generalidades

1.1. Delimitação do elemento

O elemento teológico respeita à finalidade da lei: através deste elemento procura determinar-se quais são os objectivos que a lei pode prosseguir. Enquanto o elemento histórico procura a justificação para a produção da lei, o elemento teológico procura encontrar a finalidade que justifica a vigência da lei.

1.2. Relevância da estatuição

Para determinar a teleologia da lei é necessário compreender, antes de mais, a sua estatuição. Para a compreensão da estatuição pode ser necessário considerar o enquadramento sistemático da lei, pois que, muitas vezes, o que a lei permite, proíbe ou obriga só pode ser entendido no âmbito do seu contexto.

2. Historicismo vs actualismo

2.1. Generalidades

Na perspectiva historicista, o intérprete tem de procurar encontrar a finalidade que o legislador intentava prosseguir com a lei ou a finalidade que a lei podia realizar no momento da sua elaboração. Na perspectiva actualista, o intérprete tem de atribuir à lei um significado correspondente à finalidade que ela pode realizar no momento da sua interpretação.

2.2. Direito positivo

Fornece uma resposta inequívoca: o art 9.º n.º 1 manda observar, na reconstituição do pensamento legislativo a partir dos textos legais, as condições específicas do tempo em que a lei é aplicada.

3. Concretização do elemento

3.1. Generalidades

A teleologia da lei não pode ser determinada em si mesma: a finalidade que a lei realiza é aquela que ela pode prosseguir em função de factores que lhe são estranhos. É indispensável atender ao ambiente socioeconómico, político e cultural em que a fonte é interpretada.

3.2. Factores sistémicos

A interpretação da lei deve considerar os princípios do sistema jurídico e do respectivo subsistema em que ela se insere. A relevância do elemento teleológico manifesta-se principalmente na interpretação conforme aos princípios: esta interpretação determina que a lei deva ser interpretada em consonância com os princípios formais e materiais que ela concretiza.

3.3 Avaliação das consequências

Havendo duas ou mais teleologias possíveis, há que evitar aquelas que sejam incompatíveis com o sistema e há que escolher a que melhor se coaduna com esse sistema. A interpretação que melhor se insere no sistema é uma interpretação que lhe acrescenta algo, ou seja, uma interpretação que permite proteger interesses que, antes da lei interpretada, nele não se encontravam acautelados.

3.4. Regras da experiencia

O elemento teleológico da interpretação exige frequentemente o recurso a regras da experiencia, isto é, ao acervo de experiencia da vida quotidiana. Elas atribuem ao intérprete o indispensável background de vivência que lhe permite realizar a

interpretação da lei de acordo com parâmetros que melhor correspondam à normalidade da vida em sociedade.

4. Importância do elemento

4.1. Interpretação da lei

O elemento teleológico possui uma grande importância na interpretação da lei, pois que é ele que melhor permite controlar a correção dessa interpretação. É também o elemento da interpretação que menos provem do sistema e que mais apela ao intérprete.

4.2. Função específica

O elemento teleológico cumpre uma função específica: é por esse elemento que se podem descobrir as situações de fraude à lei, ou seja, as situações que são artificialmente criadas pelos interessados para evitar a aplicação da lei.

VIII. Conjugação dos elementos

O elemento histórico, o sistemático e o teleológico devem ser vistos numa perspectiva “aditiva”: cada um desses elementos traz algo que deve ser conjugado com aquilo que resulta de cada um dos demais. O intérprete deve escolher a interpretação que, dentro dos limites impostos pela correspondência mínima com a letra da lei e com apoio na justificação histórica da lei, melhor se integrar no sistema jurídico e melhor se adequar às necessidades sociais.

19.º RESULTADOS DA INTERPRETAÇÃO

I. Generalidades

O significado literal desvenda a dimensão semântica da fonte do direito, mas são os vários elementos da interpretação que possibilitam determinar a que casos a lei é aplicável, ou seja, são esses elementos que permitem descobrir a sua dimensão pragmática. A reconstituição do pensamento legislativo pode originar situações de coincidência (conduzem à interpretação declarativa, pois o intérprete limita-se a atribuir à lei o seu significado) ou não coincidência (determinam a interpretação reconstrutiva, pois o significado da lei é reconstruído).

II. Interpretação declarativa

1. Noção

Resulta da coincidência entre o significado literal e o espírito da lei: a letra fornece um certo significado literal e o espírito resultante dos elementos não literais mostra-se compatível com aquele significado, indo além dele.

2. Modalidades

Temos a declarativa lata, média e restrita. A lata é aquela em que o significado literal é o mais extenso possível. A restrita é aquela em que o significado literal é o menos extenso possível. A média tem como significado literal corresponde ao significado mais frequente da palavra.

III. Interpretação reconstrutiva

1. Generalidades

O significado literal e o espírito da lei podem não coincidir. Nesta reconstrução há que observar o limite imposto pela letra da lei: só pode valer como espírito da lei aquele que tenha um mínimo de correspondência com a sua letra.

2. Interpretação extensiva

2.1. Configuração

O resultado da interpretação é mais amplo do que o significado literal da lei: o espírito da lei vai além da sua letra, pelo que essa fonte permite inferir uma regra que não está abrangida na sua letra. À interpretação extensiva está subjacente um juízo de agregação: o que vale para a parte deve valer igualmente para o todo. Na interpretação extensiva, a letra da lei comporta uma exceção implícita que não é admitida pelo seu espírito.

2.2. Delimitação

A interpretação extensiva não se confunde com a interpretação declarativa lata. Enquanto na interpretação extensiva o significado da lei vai além do seu significado literal, na declarativa lata o significado da lei é o seu significado literal mais extenso.

3. Interpretação restritiva

3.1. Configuração

O resultado da interpretação é mais restrito do que o significado literal da lei: o espírito da lei fica aquém da letra da lei, pelo que não se justifica que se infira uma

regra que seja aplicável a todos os casos que são abrangidos pela sua letra. Verifica-se sempre que a letra da lei respeite ao género e o seu significado deva limitar-se, por imposição dos elementos da interpretação, à espécie ou sempre que a letra da lei se refira a várias concretizações de um tipo e o seu significado deva restringir-se, pela mesma razão, a alguma ou algumas dessas concretizações.

3.2. Delimitação

É distinta da declarativa restrita. Na restrita o significado da lei fica aquém do seu significado literal, na interpretação declarativa restritiva o significado da lei é o seu significado literal menos extenso.

3.3. Consequências

Conduz à inaplicabilidade da lei a factos ou situações que são abrangidos pela sua letra, o que implica que esses factos ou situações vão ser regulados por um outro regime jurídico.

IV. Desconsideração da regra

1. Vinculação à lei

O art 203.º CRP estabelece a vinculação dos tribunais à lei. Assegura a prevalência da lei sobre qualquer intuição ou sentimento do juiz, como obsta à substituição do legislador pelo juiz.

2. Interpretação ab-rogante

2.1. Caracterização

É imposta por um acto de comunicação falhado e pode ser qualificada como singular ou sistémica. A singular afirma que quando a fonte não é inteligível em si mesma, isto é, quando o intérprete não lhe pode atribuir nenhum significado. A sistémica verifica-se quando a fonte remete para um regime que não existe no sistema jurídico.

2.2. Efeitos

A interpretação ab-rogante da lei remissiva pode originar a chamada lacuna oculta, pois onde se pensava haver um regime jurídico, não existe.

3. Interpretação correctiva

3.1. Generalidades

Pode manifestar-se tanto na aplicação da lei a um caso que ela exclui, ou seja, na eliminação de uma excepção prevista na lei, como na não aplicação da lei a um caso que ela abrange, isto é, na construção de uma excepção não prevista na lei. É

justificada pela incompatibilidade da fonte com valores jurídicos fundamentais, nomeadamente aqueles a que se referem os princípios formais da justiça, confiança e da eficiência.

3.2. Concretização

No direito português não é possível a sua concretização pois dispõe o art 8.º n.º 2 que o dever de obediência à lei não pode ser afastado sob pretexto de ser injusto ou imoral o conteúdo do preceito legal, pois trata-se aqui da separação entre a função legislativa e a jurisdicional e os limites são impostos a esta última pela vinculação à lei.

A solução aqui encontrada justifica-se na vinculação do decisor, sendo que esta vinculação fundamenta-se na falta de legitimidade do decisor para se afastar da lei.

20.º DETECÇÃO DE LACUNAS

I. Determinação da lacuna

1. Falta de regulamentação

1.1. Generalidades

A lacuna decorre da inexistência de uma regra para regular um caso jurídico. existe uma lacuna quando há caso mas não há regra. A lacuna não é a falta de uma regulamentação expressa, mas a falta de qualquer regulamentação. O art 10.º fala de lacunas da lei, mas há que fazer uma interpretação extensiva desse preceito, porque o problema da integração de lacunas só se coloca quando falte, em absoluto, qualquer regra jurídica para regular um caso.

As lacunas legais não devem ser confundidas com as insuficiências axiológicas do sistema jurídico: algo deve estar regulado, não porque a completude do sistema o exija, mas porque se entende que, em nome de um qualquer valor, o sistema deve conter uma solução para um caso ou não deve dar a um caso a mesma solução que fornece a outro.

1.2. Causas da falta

As lacunas devem se aos seguintes factores:

- O legislador pode não querer regular uma determinada matéria, porque entende que a solução ainda não se encontra suficientemente amadurecida;
- A técnica legislativa pode ser deficiente, dado que o legislador pode não ter previsto todas as situações que devia ter previsto e, por isso, ter deixado de regular uma matéria que devia ter regulado;

- A fonte pode não ter valor jurídico, porque a fonte que regula uma determinada matéria é afinal inexistente, inválida ou ineficaz;
- A evolução social ou tecnológica pode abrir uma lacuna que não existia anteriormente.

2. Incompletude no sistema

2.1. Generalidades

A lacuna é uma falta de regulamentação legal, só surgindo quando falta para um caso com relevância jurídica, a respectiva regulamentação. A lacuna pressupõe uma incompletude no ordenamento jurídico quanto a certos casos.

2.2. Possibilidade da incompletude

A lacuna é uma incompletude no sistema jurídico, o que pressupõe, naturalmente, que esta incompletude seja possível. Kelsen defendeu a completude do sistema com base no facto de que, quando a ordem jurídica não estatui nenhum dever de um individuo de realizar determinada conduta, permite esta conduta.

2.3. Sentido da incompletude

A lacuna é uma incompletude no sistema jurídico. O art 10.º fornece os critérios de integração de lacunas: a analogia e a regra hipotética criada dentro do espirito do sistema. Estes critérios apenas podem completar o sistema jurídico, nunca podendo desconsidera-lo ou violá-lo.

O sistema pode ser lacunoso ao nível das fontes mas é sempre completo ao nível das regras que fornecem as soluções para os casos com relevância jurídica.

2.4. Detecção da incompletude

Há que procurar delimitar o espaço livre de direito perante a lacuna. O espaço livre de direito engloba tudo o que seja indiferente para o direito, nomeadamente todo o dever ser que pertença apenas a ordens normativas não jurídicas. A lacuna pressupõe uma incompletude no ordenamento jurídico. Existe uma lacuna quando falta regulamentação que é exigida pelo sistema jurídico.

2.5. Indícios da incompletude

A lacuna corresponde a uma falta de regulamentação que é contrária ao ordenamento jurídico. Para determinar se este requisito está preenchido, há que verificar se o ordenamento está incompleto pela falta de uma regulamentação de casos análogos a outros que estejam previstos.

A analogia constitui o primeiro critério de integração de lacunas. Para que a lacuna possa ser preenchida através da analogia é necessário que haja um caso análogo ao caso omissivo. O n.º 3 do art 10.º mostra que há lacunas que tem de ser detectadas sem haver um caso análogo regulado na lei.

2.6. Exclusão da incompletude

Se a analogia pode ser utilizada como indício de uma incompletude no sistema, então um sistema que não admite a analogia não pode comportar nenhuma incompletude. A analogia também está excluída em relação às regras jurídicas cuja previsão se refere a um facto que é único que pode desencadear a aplicação da sua estatuição.

II. Classificações das lacunas

1. Concretização

1.1. Normativas e de regulação

As normativas correspondem à falta de uma regra jurídica ou a uma incompletude numa regra jurídica e as lacunas de regulação decorrem da falta de todo um regime jurídico.

1.2. Intencionais e não intencionais

As intencionais resultam da circunstância de o legislador não ter querido regular uma determinada matéria por ter considerado que ela deva vir a ser regulada por soluções desenvolvidas primeiro pela jurisprudência ou pela doutrina. As não intencionais decorrem do facto do legislador, por equívoco, não ter regulado uma determinada matéria.

1.3. Iniciais e subsequentes

As iniciais são aquelas que se verificam desde o início de vigência de um regime jurídico e as subsequentes são aquelas que sobrevêm, por razões de evolução social, técnica económica, ao início de vigência de um regime jurídico.

1.4. Patentes e ocultas

As patentes resultam da falta de uma regra ou de um regime jurídico que é imediatamente detectada; e as ocultas decorrem de uma interpretação ab-rogante, pois inicialmente parece haver uma regra mas depois percebe-se que afinal não existe nenhuma regra.

21.º INTEGRAÇÃO DE LACUNAS

I. Enquadramento geral

1. Necessidade de integração

Para a integração de lacunas são possíveis duas soluções:

- O juiz considera que o caso não pode ser juridicamente resolvido por falta de regulamentação aplicável e abstém-se de proferir uma decisão, havendo uma situação *non liquet*;
- O juiz tem de proferir uma decisão sobre o caso omissos: é a solução que, atendendo ao disposto no art 8.º n.º 1 CC e no art 3.º 2 EMJ, vigora no ordenamento português.

Qualquer destes preceitos tem de ser objecto de uma interpretação extensiva.

A obrigação de decidir casos omissos e a possibilidade de completar o sistema são realidades correlativas, dado que aquela obrigação só pode ser cumprida se esta possibilidade existir.

2. Critérios de integração

O art 10.º estabelece os seguintes critérios de integração de lacunas:

- A analogia jurídica;
- A regra hipotética.

No direito português, não há nenhuma disposição legal que preveja o recurso à equidade como critério de integração de lacunas.

II. Analogia jurídica

1. Generalidades

No art 10.º n.º 2 estabelece-se que há analogia sempre que, no caso omissos, procedam as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei.

2. Proibições da analogia

2.1. Regras penais

A proibição da aplicação analógica das regras penais baseia-se no princípio *nullum crimen sine lege* (art 29.º n.º 3 CRP). Aquele princípio assenta numa longa tradição liberal que não admite que uma conduta análoga à conduta tipificada possa ser considerada um crime.

2.2. Regras fiscais

O art 11.º n.º 4 LGT afirma que as lacunas resultantes de normas tributárias abrangidas na reserva de lei da AR não são susceptíveis de integração analógica.

2.3. Regras excepcionais

O art 11.º CC dispõe que as regras excepcionais não comportam aplicação analógica, mas admitem a interpretação extensiva. A solução decorre do art 11.º CC, sendo justificado pela circunstância de o conjunto constituído pela regra geral e pela regra excepcional não poder admitir nenhuma lacuna, dado que o que não abrangido pela regra excepcional seria necessariamente regulado pela regra geral.

2.4. Tipologias taxativas

As tipologias legais são concretizações, enunciativas ou taxativas, de um tipo. As enunciativas são aquelas que podem comportar, além das previstas, outras concretizações do mesmo tipo. As taxativas são aquelas que só comportam as concretizações do tipo que nela estiverem previstas. As taxativas são bastante frequentes, dado que o sentido regulativo do direito atribui amiúde carácter taxativo às tipologias legais. As enunciativas são tipologias abertas logo não se verifica a existência de lacuna. As taxativas são tipologias fechadas, pelo que elas não admitem a aplicação analógica a subtipos não previstos, embora nada impeça, se os elementos da interpretação assim o impuseram, a interpretação extensiva de um ou vários subtipos dela constante.

3. Comunhão de qualidades

3.1. Generalidades

O art 10.º n.º 2 determina que há analogia sempre que, no caso omissivo, procedam as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei.

3.2. Analogia e tipo

A relação de semelhança pressupõe que as realidades comparadas sejam simultaneamente idênticas e diversas. Para aferir as semelhanças entre o caso previsto e o omissivo é necessário o seguinte critério: os casos são semelhantes se eles apresentarem as mesmas características essenciais.

O caso previsto e a omissão são análogos se eles pertencerem a um mesmo tipo, ou seja, se forem subtipos de um mesmo tipo. A lacuna é preenchida através da aplicação analógica da regra que é aplicável aos casos análogos.

3.3. Analogia e valoração

Na integração de lacunas, a analogia baseia-se na razão prática ou na intuição não é suficiente; a analogia jurídica tem de assentar num juízo valorativo, não só porque a escolha entre o que é considerado essencial e o que é tido por accidental no caso omissivo e no previsto exige um juízo valorativo, mas também porque a ponderação sobre se as características essenciais do caso omissivo e do previsto são suficientemente próximas para que os casos possam ser considerados análogos é igualmente valorativa.

3.4. Analogia e ratio legis

O art 10.º n.º 2 leva a concluir que a consequência jurídica que é atribuída ao caso previsto deve ser igualmente adequada para o caso omissivo. Só há analogia se a consequência jurídica que decorre da regra que regula o caso previsto for adequada ao caso omissivo, pelo que os casos não são análogos se a mesma consequência não for adequada a ambos.

3.5. Analogia e interpretação

Entre a interpretação da fonte e a aplicação analógica da regra: a interpretação destina-se a extrair a regra da fonte; a aplicação analógica consiste em aplicar a regra a um caso que ela não prevê. A interpretação da fonte pressupõe a subsunção de casos a essa fonte. A analogia que se utiliza na integração de lacunas não é a analogia entre um caso concreto e um omissivo, mas sim entre um caso típico e um omissivo.

Na diferenciação entre a interpretação extensiva da fonte e a aplicação analógica da regra. A interpretação extensiva da fonte imposta pelos elementos não literais da interpretação, a fonte não abrange o caso omissivo; portanto, este caso só pode ser resolvido através da aplicação analógica da regra inferida da fonte. A aplicação analógica da regra que foi inferida da fonte reporta-se a um caso que está fora deste âmbito, ou seja, é utilizada para integrar uma lacuna.

3.6. Modalidades da analogia

Temos a analogia *legis* (é aquela em que se utiliza, na procura dos princípios orientadores de um regime jurídico, apenas a regra jurídica que regula um caso análogo) e a analogia *iuris* (é aquela em que se utiliza, na busca desses princípios, uma pluralidade de regras jurídicas).

Na analogia *legis* a regra que regula um caso semelhante existe; na analogia *iuris*, essa regra não existe, mas decorre do ordenamento jurídico um princípio que permite resolver o caso em apreciação.

3.7. Crítica da analogia *iuris*

Como essa analogia pressupõe que vigore, no ordenamento jurídico, um princípio que seja aplicável ao caso em apreciação, não há sequer uma lacuna que deva ser integrada, dado que afinal há um princípio que regula aquele caso. A analogia *iuris* não pode ser incluída na analogia prevista no art 10.º n.º 1 e 2 como forma de integração de lacunas, pela simples razão de que, se há um princípio que abrange o caso, então o caso não é omissivo.

III. Regra hipotética

1. Generalidades

A regra hipotética só é utilizada como modo de integração de uma lacuna quando esta não possa ser preenchida através da analogia e quando a lacuna passa a ser uma *hard gap*. Isto só sucede quando, havendo um caso omissivo, não se encontre regulado nenhum caso análogo.

A construção da regra hipotética está excluída quando o sistema seja fechado, ou seja, quando ele não pode comportar nenhuma lacuna.

2. Construção da regra

2.1. Abstracção e generalidade

A integração da lacuna através da construção de uma regra hipotética deve orientar-se pelos valores de abstracção e de generalidade. Isto significa que estão afastados quer a discricionariedade quer a equidade.

2.2. Espírito do sistema

O intérprete tem de construir a regra hipotética com observância do espírito do sistema. O intérprete tem de considerar os princípios formais e materiais que, na óptica do sistema, devem orientar a integração de lacunas. A consideração do espírito do sistema na integração da lacuna implica que o aplicador deve procurar descobrir nesse sistema o princípio formal e o princípio material que o devem orientar naquela integração.

2.3. Comparação das soluções

A construção da regra hipotética é, em relação à aplicação analógica de uma regra, um critério subsidiário de integração de lacunas. Não significa uma diferença substancial entre os dois critérios de integração, já que, em qualquer deles, os princípios desempenham uma função essencial: relativamente ao critério da analogia, esses princípios servem para verificar se o regime previsto é adequado para regular o caso omissivo; relativamente ao critério da regra hipotética, aqueles princípios orientam a construção desta regra. No direito português, a integração de lacunas se orienta

sempre por princípios formais e materiais, estando presentes tanto na construção da regra hipotética como na aplicação analógica da regra, o que varia é o meio pelo qual esses princípios actuam nessa integração.

3. Característica da regra

A regra hipotética não cria direito, porque não é uma fonte de direito. Isto não impede que a construção da regra hipotética não possa ser considerada um exemplo da chamada construção jurisprudencial do direito.

Título II

Solução de casos concretos

22.º CRITÉRIOS DE SOLUÇÃO

I. Generalidades

1. Enunciado

Os critérios normativos baseiam-se em leis abstractas e gerais e assentam num princípio de universalização: todos os casos semelhantes devem ser decididos do mesmo modo. Os critérios não normativos são critérios que se baseiam num princípio de especialidade: cada caso deve ser decidido atendendo às suas particularidades.

2. Ponderação

A escolha entre critérios normativos ou não normativos é, no essencial, uma escolha entre duas opções. Uma delas é a opção entre a prevalência da confiança ou da justiça. A outra verifica-se na aplicação automática da lei.

II. Critérios não normativos

1. Discricionariedade

Atribui ao órgão decisório a possibilidade de decidir segundo o que for mais conveniente e oportuno para a prossecução de um determinado interesse.

2. Equidade

2.1. Noção

A equidade é a justiça do caso concreto.

2.2. Direito vigente

O art 4.º CC, relativo à relevância da equidade, encontra-se integrado nas fontes de direito. Esta sistematização legal é discutível, porque a equidade não pode ser considerada uma fonte de direito, dado que ela nunca possui as características de abstracção e de generalidade que são características normais da lei.

2.3. Critério de decisão

A equidade pode ser um critério exclusivo ou concorrente de solução de casos concretos. As hipóteses em que a equidade pode ser o único critério de solução constam do art 4.º, que admite o recurso à equidade em certas situações. O recurso à equidade só é permitido se houver uma disposição legal ou negocial que o estabeleça.

III. Critérios normativos

1. Generalidades

Os critérios normativos de decisão são aqueles que conduzem à aplicação de uma regra jurídica na resolução de um caso concreto.

2. Determinação da regra

2.1. Generalidades

Se, no ordenamento jurídico, houver uma única regra que regula o caso, é ela, naturalmente, a regra que vai ser aplicada na sua solução. Contudo pode existir uma pluralidade de regras, podendo então existir três situações diferentes:

- Todas as regras são aplicadas ao caso, porque elas definem diferentes efeitos jurídicos que são compatíveis entre si: é o que se chama cumulação de regras;
- Qualquer das regras pode ser aplicada ao caso, porque todas elas definem o mesmo efeito jurídico: é o que se designa por concurso de regras;
- Só uma das regras pode ser aplicada ao caso, porque elas são incompatíveis entre si: é o que se denomina conflito pragmático de regras.

2.2. Cumulação de regras

Verifica-se quando várias regras são aplicadas em conjunto na decisão de um caso concreto. Esta cumulação, chamada de concurso real de regras, é bastante frequente, porque é uma consequência da circunstância de a ordem jurídica analisar por diferentes ângulos uma única situação da vida.

2.3. Concurso de regras

Verifica-se quando um caso concreto é subsumível a uma pluralidade de regras que definem um mesmo efeito jurídico, pelo que a decisão do caso pode ser fundamentada em qualquer delas. O concurso de regras implica uma relação de alternatividade entre as regras concorrentes, pelo que qualquer delas pode ser utilizada para resolver o caso em apreciação.

2.4. Conflito de regras

Verifica-se quando um caso é subsumível a varias regras, mas só uma delas pode ser aplicada na sua decisão. A escolha da regra aplicável ao caso é realizada através de critérios de especialidade, de excepcionalidade, de subsidiariedade e de consumpção.

3. Princípios jurídicos

Sejam formais ou materiais, também são critérios normativos de decisão de casos concretos. É mais comum ao recurso aos princípios materiais do que aos formais, mas não esta excluído que uma decisão se possa fundamentar nos princípios formais de justiça, confiança ou de eficiência.

23.º TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

I. Função da argumentação

Visa criar uma convicção num destinatário. Os interessados procuram influenciar a construção da decisão, recorrendo a argumentos que possam levar a formar no julgador a convicção de que o caso deve ser resolvido pela regra jurídica que pretendem que seja aplicada e da forma como pretendem que ela seja aplicada. Ela pode ser uma argumentação fechada (a lei limita os temas sobre os quais pode recair a argumentação) ou aberta (a argumentação é feita a qualquer tema).

II. Teoria processual

1. Generalidades

Alexy construiu uma teoria processual da argumentação. Este afirma que qualquer juízo de valor ou de dever ser tem uma pretensão de correcção e também porque, nas discussões nos quais esta pretensão seja questionada e deva ser fundamentada.

2. Premissas da teoria

2.1. Premissas gerais

Alexy desenvolve uma teoria analítica e normativa do discurso jurídico, em que afirma que deverão estar preenchidas certas condições. Essas condições são um conjunto de regras que devem ser observadas no discurso, criando assim a teoria processual da argumentação jurídica. Aqui a norma é correcta e válida quando puder ser o resultado de um determinado processo, nomeadamente o de um discurso prático racional. A racionalidade da argumentação é assegurada através da utilização de um sistema de regras e de formas de argumentação próprias do discurso pratico.

Diferente do discurso prático é o discurso jurídico. O discurso jurídico é um caso especial, porque a argumentação jurídica ocorre sob uma serie de condições limitadoras, nomeadamente a lei. O discurso jurídico ocorre num ambiente que limita os argumentos que podem ser utilizados pelos seus participantes.

2.2. Relatividade da correcção

A correcção de uma decisão pode ser obtida através de um discurso prático, mas isso não significa que esse discurso conduza necessariamente à obtenção de um consenso entre os participantes.

3. Condições do discurso

3.1. Generalidades

A teoria processual pressupõe um discurso prático-racional, ou seja, um discurso no qual estejam preenchidas as condições de argumentação prática racional.

3.2. Regras do discurso

Existem cinco tipos de regras nas palavras de *Alexy*:

- Regras básicas;
- Regras de racionalidade;
- Regras sobre o ónus da argumentação;
- Regras de justificação;
- Regras de transição.

4. Justificação do discurso

4.1. Modalidades da justificação

Temos a interna (respeita à questão de saber se a decisão decorre logicamente das premissas constantes da fundamentação) e a externa (tem por objecto a correcção das premissas que constituem a fundamentação).

III. Dissenso racional e irracional

1. Necessidade de regras

Os participantes numa discussão racional têm de obedecer a determinadas regras, pelo que há que reconhecer que a teoria processual da argumentação fornece um dos modelos possíveis dessa discussão. Segundo *Aarnio* existem as seguintes regras, em comparação com as enunciadas por *Alexy*:

- Regras de consistência;
- Regras de eficiência;
- Regras de sinceridade;
- Regras de generalização;
- Regras de fundamentação;
- Regras de ónus da prova.

2. Apreciação da teoria processual

2.1. Insuficiência do discurso

Para a teoria processual da argumentação, o resultado de um discurso é considerado correcto quando tenham sido observadas as regras de argumentação racional. O reconhecimento de que qualquer discurso racional está submetido a determinadas regras não pode conduzir à aceitação irrestrita de qualquer resultado desse discurso. (ver críticas página 429 e 430).

3. Consenso vs dissenso

3.1. Racionalidade do dissenso

Existe um consenso sobre a racionalidade do dissenso em todas as referidas matérias (religião, desejos, gostos), pois que ninguém achará irracional que nem todos partilhem das mesmas crenças, da mesma ideologia, dos mesmos gostos, dos mesmos desejos e das mesmas aspirações. A única posição racional é aceitar que todo o dissenso sobre elas é racional.

3.2. Irrracionalidade do dissenso

Existem matérias em relação às quais qualquer dissenso se torna irracional. Para que o dissenso seja considerado irracional têm de ser observadas as seguintes regras:

- Regra da universalidade;
- Regra da exaustão;
- Regra da igualdade;
- Regra do contraditório;
- Regra do ónus da prova;
- Regra da indiscutibilidade.

24.º ANÁLISE DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

I. Elementos da argumentação

1. Noção de argumento

O argumento é um meio de fundamentação da relação entre uma premissa e uma conclusão, ou seja, é algo que permite transferir a aceitabilidade de uma premissa para uma conclusão.

2. Estrutura do argumento

Toulmin distingue os seguintes elementos do argumento: a conclusão, os dados que conduzem à conclusão, as razões que justificam a relação entre os dados e a conclusão; as exceções à relação entre os dados e a conclusão; fundamento que alicerça as razões.

II. Matéria de direito

1. Generalidades

A argumentação relativa à matéria de direito baseia-se, entre outros, no argumento *a simile*, no argumento *a contrario* e no *a fortiori*.

2. Argumento *a simile*

O argumento com base na analogia, baseia-se na analogia entre dois ou mais casos. Alicerça-se na unidade do sistema jurídico e, em particular, no princípio da igualdade (art 13.º CRP), segundo o qual o que é igual tem de ser tratado de forma igual. Este argumento permite integrar, através de um raciocínio por analogia, uma lacuna. Só é

utilizado quando a analogia seja admissível, o que exclui, nos termos gerais da proibição da analogia, sempre que a regras defina um *ius singulare* ou contenha uma tipologia ou uma enumeração taxativa. Também pode ser utilizado pelo legislador para delimitar o campo de aplicação de uma regra. Para o fazer, o legislador pode recorrer a uma remissão para outra regra ou a uma tipologia ou uma enumeração enunciativa ou estender o campo de aplicação da regra aos casos análogos.

3. Argumento *a contrario*

Da interpretação de qualquer fonte resulta uma regra positiva e outra negativa. O argumento *a contrario sensu* é aquele que permite concluir que a regra negativa é uma regra de sentido contrário ao da regra positiva. O argumento *a contrario* assenta no seguinte princípio: se a regra positiva só abrange um determinado caso, então pode concluir-se que todos os casos que não sejam análogos ao caso regulado são abrangidos pela regra negativa de sentido contrário. Este argumento pode ser entendido como forte ou fraco. No sentido forte há que atender ao seguinte factor: a regra que o fundamenta tem de ser uma regra insusceptível de aplicação analógica aos casos nela não previstos, de molde a poder dizer-se que todos os casos que ela não abrange são regulados por uma regra de sentido contrário. O argumento *a contrario* também pode ser construído a partir do silêncio de uma regra com fundamento na regra interpretativa. A diferença entre o argumento *a contrario* forte e fraco é visto no seguinte: o argumento *a contrario* em sentido forte baseia-se na inadmissibilidade da analogia; em sentido fraco assenta numa relação de alternatividade entre dois contrários.

4. Argumento *a fortiori*

Tem duas modalidades: a *minori ad maius* e o *maiori ad minus*.

O *minori ad maius* comporta duas formulações: uma atende à previsão da regra: se o menos é suficiente para produzir certos efeitos jurídicos, então o mais produz necessariamente esses mesmos efeitos. A outra formulação considera a estatuição da regra e o efeito jurídico nela definido: se a regra proíbe o menos, então também proíbe o mais. Estes argumentos constituem dois dos principais elementos de que se pode servir o aplicador para resolver as inconsistências valorativas que existem no ordenamento jurídico.

III. Matéria de facto

1. Tipos de argumentos

Se for conhecida uma premissa de facto, o argumento pretende fundamentar a conclusão que pode ser extraída dessa premissa.

2. Argumentos presumptivos

É aquele que, partindo de um facto, procura justificar uma conclusão de facto, pelo que é aquele que procura estabelecer a relação de um facto dado e uma conclusão de facto (conclusão).

3. Argumento abduativos

A abdução é uma operação logica que foi proposta por *Peirce* no âmbito da logica da descoberta científica. O argumento abduativo é aquele que, partindo de uma conclusão de facto, procura encontrar o facto que a justifica da forma mais plausível possível. O argumento abduativo visa determina o facto que constitui a causa (dado) de uma conclusão de facto (conclusão).

25.º CONSTRUÇÃO DA DECISÃO

I. Generalidades

1. Discovery vs justification

No âmbito da filosofia da ciência, estabeleceu-se a distinção entre o contexto da descoberta e o contexto da justificação: o contexto da descoberta refere-se à formulação de uma teoria; o contexto da justificação respeita à demonstração da teoria formulada.

2. Precedência da regra

Em teoria, a decisão só deve ser tomada depois de estarem apurados os factos relevantes e de determinada a regra aplicável. Constitui, no entanto, um fenómeno bem conhecido que, muito frequentemente, o aplicador do direito começa por tomar a decisão e, só depois, procura fundamentá-la. A precedência da descoberta da decisão não constitui, em si mesma, nada de preocupante: essa precedência apenas implica que tem de ser encontrada uma justificação para a decisão que foi construída pelo decisor.

3. Fundamentação da decisão

As decisões dos tribunais continuam a constituir o paradigma das decisões de aplicação do direito a casos concretos por órgãos para tal competentes. As decisões dos tribunais aplicam uma regra a um facto e conjugam matéria de facto com matéria de direito. É por isso que a decisão comporta premissas de facto e de direito.

A fundamentação da decisão é essencial para o controlo da sua racionalidade, podendo dizer-se que esta racionalidade é uma função daquela fundamentação. Os

tribunais devem fundamentar as suas decisões. Esta exigência de fundamentação decorre da necessidade de controlar a coerência interna e a correcção externa da decisão: a coerência interna da decisão reporta-se à sua coerência com as respectivas premissas de facto e de direito. A correcção externa da decisão respeita à correcção da construção das suas premissas de facto e de direito.

II. Correcção externa

Como a regra jurídica comporta uma previsão e uma estatuição, a correcção externa da decisão refere-se quer à determinação dos factos relevantes, quer à correspondência desses factos relevantes, quer à correspondência desses factos com a previsão da regra escolhida, quer ainda à determinação do efeito jurídico que decorre da estatuição da regra aplicável.

1. Premissas de facto

1.1. Necessidade da prova

No âmbito dos processos jurisdicionais é frequente que cada parte forneça uma diferente versão de um acontecimento.

1.2. Noção de prova

As provas visam demonstrar a realidade dos factos. A prova recai sobre um determinado facto, utiliza meios e destina-se a ser valorada pelo tribunal.

1.3. *Procedural defeasibility*

Um argumento diz-se derrotável quando a sua força pode ser questionada por factos que não põem em questão as suas premissas. Os argumentos derrotáveis são bastantes frequentes. A distribuição do ónus da prova pelas partes de uma acção baseia-se no postulado de que é possível derrotar um argumento sem pôr em causa as suas premissas.

1.4. Valor da prova

O valor da prova pode encontrar-se fixado pela lei: fala-se então de prova legal ou tarifada. Também pode suceder que a prova não tenha nenhum valor pré-fixado: fala-se então de prova livre, quando ela é livremente valorada pelo julgador de acordo com a sua prudente convicção.

1.5. Resultado da prova

São possíveis três hipóteses: a primeira ocorre quando a prova realizada conduz a que se considere que o facto foi provado; a segunda verifica-se quando a prova produzida

leva a concluir que o facto não foi provado; a terceira ocorre quando a prova realizada for inconcludente ou insuficiente.

3. Premissas de direito

A decisão é construída a partir da regra aplicável ao caso concreto. A selecção da regra aplicável antecede necessariamente a construção da decisão. Nem todos os factos da vida têm relevância jurídica. Um facto só pode ser juridicamente relevante se preencher uma previsão legal, isto é, se corresponder ao facto representado nesta previsão. Os factos jurídicos são aqueles que são subsumíveis às previsões legais: antes da sua qualificação como jurídicos, os factos não são factos jurídicos. Uma vez determinada a fonte que qualifica o facto como jurídico, está também encontrada a regra que o regula.

A decisão também pode ser construída a partir da ausência de uma regra aplicável ao caso concreto. Nesta hipótese, temos que considerar duas situações. Uma delas é quando o caso tem uma relevância jurídica mas não temos nenhuma regra aplicável, aqui temos a integração de lacunas. Na outra situação, o caso é omissivo, mas não tem relevância jurídica e portanto pertence ao espaço livre do direito. Aqui o decisor decide com base na falta de relevância jurídica do caso, o que só lhe permite proferir uma decisão que rejeita o pedido do autor da acção.

4. determinação dos efeitos

Depois de o tribunal ter escolhido a regra aplicável através da selecção e da subsumção dos factos, são conhecidos os efeitos jurídicos que decorrem daqueles factos. Com isto o problema relativo à resolução do caso concreto só se deslocou da previsão para a estatuição. O efeito jurídico estabelecido na estatuição pode ser determinado ou indeterminado. O efeito jurídico é determinado quando for completamente definido pela estatuição da regra. O efeito jurídico é relativamente indeterminado quando admitir uma concretização pelo aplicador da regra. Algumas regras jurídicas definem um efeito jurídico que tem de ser concretizado em função de um critério de proporcionalidade do tipo “quanto mais, tanto mais” e “quanto menos, tanto menos”.

III. Coerência interna

A coerência interna da decisão respeita à sua adequação com as respectivas premissas de facto e de direito. Os efeitos jurídicos definidos nessa decisão têm de ser coerentes com os factos apurados e com a regra aplicável.

1. Silogismo jurídico

A aplicação da regra jurídica a um caso concreto costuma ser descrita através do chamado silogismo judiciário. Este tem a seguinte estrutura:

- A premissa maior é constituída por uma regra jurídica;
- A premissa menor é integrada por um facto incluído na previsão da regra jurídica;
- A conclusão é constituída pelo efeito decorrente da aplicação da regra jurídica ao facto.

As decisões dos tribunais devem comportar os fundamentos de facto e de direito e concluir pela decisão final. As decisões devem utilizar, na respectiva fundamentação e na relação entre esta fundamentação e a conclusão, um método dedutivo. A falta de coerência entre a decisão e as suas premissas é um vício lógico a que corresponde um desvalor jurídico específico: nulidade.

Ver críticas na página 462

IV. Aceitabilidade da decisão

A decisão não pode abstrair do ambiente extrajurídico em que o caso concreto é decidido. Há inevitavelmente uma medida de subjectividade na construção de qualquer decisão que não pode ser controlada por nenhum critério relativo à interpretação da fonte ou à concretização do efeito indeterminado. Há um factor objectivo que pode diminuir essa medida de subjectividade: refere-se ele ao imperativo relativo à interpretação e aplicação uniformes do direito aos casos análogos. Qualquer decisão deve poder ser universalizável: o que ela impõe deve poder valer para qualquer caso análogo.

A aplicação da estatuição de uma regra a um caso concreto determina a produção de certos efeitos jurídicos. A aplicação da regra é consequencialista, porque essa aplicação tem de tomar em consideração os efeitos que vão ser desencadeados por aquela aplicação.

Perante o problema de saber qual o critério que pode ser utilizado na concretização de efeitos indeterminados pode-se dar a seguinte resposta: há que dar relevância aos princípios formais e aos respectivos princípios materiais que estão subjacentes à regra aplicável. A decisão deve otimizar o princípio da justiça, de confiança e de eficiência que subjaz à regra aplicável, pelo que tudo se resume a saber qual a decisão que é a mais correcta em termos de justiça, de confiança e de eficiência.

Quando o efeito jurídico definido pela regra jurídica for indeterminado, o aplicador dessa regra tem de o concretizar através de uma ponderação ou valoração. Dworkin entende que há um método que assegura uma única resposta correcta: “uma proposição de direito é verdadeira se a melhor justificação que se pode fornecer para o conjunto de proposições de direito, tidas como estabelecidas fornece um argumento melhor a favor dessa proposição do que a favor da proposição contrária”. A verdade é que, ainda que haja um método infalível, pode sempre discutir-se se ele foi

efectivamente seguido na decisão do caso, pelo que nunca pode haver a certeza de que a decisão proferida era a única decisão correcta.