Nenhuma parte desta publicação pode ser reproduzida por qualquer processo electrónico, mecânico ou fotográfico, incluindo fotocópia, xerocópia ou gravação, sem autorização prévia do editor.

Exceptuam-se as transcrições de curtas passagens para efeitos de apresentação, crítica ou discussão das ideias e opiniões contidas no livro. Esta excepção não pode, no entanto, ser interpretada como permitindo a transcrição de textos em recolhas antológicas ou similares, da qual possa resultar prejuízo para o interesse pela obra.

Os infractores são passíveis de procedimento judicial, nos termos da lei.

PEDRO FERREIRA MÚRIAS

Exercícios de Introdução ao Estudo do Direito

INCLUINDO:

- Exercícios das aulas práticas
- Testes de avaliação contínua e exames
- Correcção de testes
- Lista dos erros de português mais frequentes
- Colecção de definições de direito
- Texto sobre algumas características do pensamento jurídico

ASSOCIAÇÃO ACADÉMICA da FACULDADE DIREITO LISBOA

LISBOA
2001

NOTA PRELIMINAR

Estes *Exercícios de Introdução ao Estudo do Direito* fizeram-se ao longo dos três últimos anos lectivos, em que fui assistente da disciplina sob a regência do Prof. Doutor Pamplona Corte-Real. Publico-os agora como apresentação de trabalho realizado e, sobretudo, por acreditar que podem ter alguma utilidade para os alunos do primeiro ano do curso e para os colegas que os queiram usar. Quanto aos alunos, convém-lhes terem possibilidades variadas de treinar e avaliar as competências que vão adquirindo. Quanto aos colegas, é natural que prefiram usar os seus próprios exercícios, mas todos nós ganhamos sempre com a troca de ideias sobre as aulas e as matérias estudadas.

A primeira parte deste livrinho será a de maior interesse. Trata-se de cento e poucos exercícios que usei como espinha dorsal das aulas práticas. Vão numerados até 77, mas a maioria inclui mais de uma questão autónoma. A ordem das matérias versadas corresponde aproximadamente à sistematização do curso escolhida pelo Prof. Doutor Pamplona Corte-Real. Muitos deles são casos práticos, que, também em Introdução ao Estudo do Direito, parecem-me ser a melhor maneira de os alunos interiorizarem os problemas e as possíveis soluções. Outros tantos, porém, são «perguntas teóricas», o que muito se deve ao facto de a disciplina se ocupar em parte significativa de questões da Filosofia ou Teoria do Direito.

Seguem-se enunciados de testes e exames. Com uma excepção devidamente assinalada, e como é óbvio, incluo unicamente aqueles de que fui autor. Junto também cinco correcções de testes ou partes de testes. As duas primeiras, relativamente desenvolvidas, têm menos interesse: resultam do que se foi discutindo em aulas práticas nesses anos lectivos e são, por isso, algo datadas.

As seguintes, pelo contrário, pretendem apresentar-se como modelos que os alunos poderão ainda usar nas suas respostas.

Incluo depois um rol de «erros de português» – passe o erro da expressão.... –, com as respectivas correcções. Se devemos exigir aos alunos algum cuidado e brio nesta área, devemos também ajudá-los a superar as dificuldades. E porque os erros se repetem muitas vezes, não custou juntá-los e ordená-los. Um ou outro dos casos é mais discutível e talvez não devesse mencioná-lo, mas a maioria é consensual. Não se leia nesta tabela mais uma acusação de iliteracia aos actuais alunos universitários. A maioria dos alunos que encontrei tem tantas dificuldades como muitos licenciados, novos e velhos, que nem disso dão conta. Os bons alunos escrevem bem.

Por fim, insiro uma pequena lista de correntes da metodologia jurídica, destinada apenas a ajudar a arrumar ideias, uma colecção de definições de direito, que pode ser pretexto de discussões em subturma, e umas páginas de caracterização do pensamento jurídico. Estas últimas tentam ajudar os alunos do primeiro ano a suprir a falta de textos não excessivamente complexos sobre um tema importante. Centro-me em aspectos menos tratados na obra do Prof. Doutor Oliveira Ascensão (*O Direito. Introdução....*), que os alunos usaram como manual orientador.

Resta-me desejar que estes *Exercícios* tenham, de facto, alguma utilidade e agradecer a quem me incentivou à sua publicação.

Lisboa, Outubro de 2001

EXERCÍCIOS DAS AULAS PRÁTICAS

Exercício n.º 1.

Neste conjunto de exercícios, quais os que são verdadeiros casos práticos? E dos que não são casos práticos, quais os que colocam questões de ciência do direito?

Exercício n.º 2.

Comente a seguinte afirmação: «O art. 12.º, n.º 2, CC é uma norma complicada.»

Exercício n.º 3.

Identifique as expressões reportadas ao plano do ser e ao do dever-ser:

a) «Os portugueses casam cada vez mais tarde.»

b) «Os portugueses não podem casar antes dos 16 anos.»

c) Art. 1601.º, a) CC.

d) «Comece por programar o micro-ondas para descongelar. Deixe a lasanha descongelar durante meia hora e ponha então o micro-ondas no nível máximo. Ao fim de 10 minutos, o cozinhado está pronto.»

e) «Já não deve haver linces na Malcata.»

f) «Não se devem caçar linces.»

g) «Imperativo hipotético.»

h) «Chiu!»

i) «Eu te baptizo com o nome de João.»

j) «Morder o bebé é uma maldade! Para a mãe gostar de ti, tens de te portar bem!»

k) «Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.» (art. 1.º da Declaração Universal dos Direitos dos Homens).

Exercício n.º 4.

Quais das seguintes realidades pertencem à «ordem jurídica», no sentido que O. Ascensão lhe dá?

a) O art. 100.º CRP;

b) A venda de um relógio de pulso;

c) A norma que proíbe matar outrem;

d) O Governo;

e) Um contrato de arrendamento;

f) O direito do senhorio à renda;

g) O pagamento da renda;

h) O Estado português;

i) A Fundação Calouste Gulbenkian;

j) O casamento;

k) O direito de propriedade sobre uma camisa;

l) A prática de «fazer bicha» para o autocarro.

Exercício n.º 5.

Encontre factos jurídicos, efeitos jurídicos e situações jurídicas nas seguintes histórias:

a) António emprestou a Bento 919 escudos.

b) Bento não é capaz de recusar um pedido de empréstimo.

c) Morreu o pai de Zebedeu, que ficou com os seus bens e com as suas dívidas.

d) A Maria e o Manuel divorciaram-se por mútuo consentimento, mas já há seis meses que viviam separados.

e) Quando vendeu a arca a Noé, Marcolino já sabia que ela deixava entrar água.

f) Um aluno de IED, zangado com o seu assistente, deu-lhe um tiro num pé. Por isso, esteve preso 20 anos e teve de lhe pagar 10.000 contos.

g) Pôs-se o sol num dia sem nuvens.

h) Foi aprovada e publicada uma lei que ninguém cumpre relativa a limites de velocidade perto de hospitais.

Exercício n.º 6.

O que é que está a mais?

Budismo; moral estóica; boas maneiras; matraquilhos; legenda; direito francês; moda Primavera/Verão 2002.

Exercício n.º 7.

De vez em quando, encontram-se na Amazónia grupos de «índios» que nunca estiveram em contacto com a cultura «ocidental». Esses grupos têm direito? E direitos? E estão sujeitos, p. ex., ao direito do Estado brasileiro?

Exercício n.º 8.

Antes de Sexta-Feira chegar à ilha, qual o direito por que Robinson Crusoe se guiava?

E depois?

Exercício n.º 9.

Não se estabelece qualquer sanção para o caso de o Presidente da República demorar mais de vinte dias para promulgar ou vetar um diploma, nos termos do art. 136.º/1 CRP.

Este art. é imperativo? E contém normas jurídicas?

Exercício n.º 10.

Que tipo de sanções se encontram aqui?

a) Os arts. 22.º e ss. da L. 145/99, de 1 de Setembro, que aprova o Regulamento de Disciplina da GNR, prevêem as situações em que devem ser atribuídas aos militares diversas «recompensas», designadamente, «referência elogiosa», «louvor», «licença por mérito» e «promoção por distinção».

b) O art. 781.º CC.

c) O art. 829.º CC.

d) O Estatuto da Ordem dos Advogados dispõe que perde a qualidade de advogado quem for condenado criminalmente por certos actos lesivos dos clientes.

e) O art. 829-A CC.

f) O art. 566.º/1 CC.

g) Artigo 490.º do CPC, «1 – Ao contestar, deve o réu tomar posição definida perante os factos articulados na petição. 2 – Consideram-se admitidos por acordo os factos que não forem impugnados, salvo se estiverem em oposição com a defesa […] no seu conjunto […].»

h) Art. 131.º CP: «Quem matar outra pessoa é punido com pena de prisão de 8 a 16 anos.»

i) Art. 335.º CPP: «1 – […] Se, depois de realizadas as diligências necessárias à notificação [do arguido], não for possível notificar o arguido do despacho que designa dia para a audiência, ou executar a detenção ou a prisão preventiva […], o arguido é notificado por editais para se apresentar em juízo […] sob pena de ser declarado contumaz. […]». Art. 337.º CPP: «1 – A declaração de contumácia implica para o arguido a […] anulabilidade dos negócios jurídicos de natureza patrimonial celebrados após a declaração.».

j) O António contratou Bento para lhe pintar a casa porque pensava ser ele pintor de profissão. Acontece que o Bento era servente de pedreiro e, por isso, o António anulou o negócio, apoiado no art. 251.º CC.

k) Arts. 220.º e 875.º CC.

Exercício n.º 11.

a) O Bobi, que é o cão do João, andava a passear pelo jardim municipal, fora do alcance do dono, quando viu o Tareco, um gato caríssimo da Sr.ª D. Quitéria, velhinha amorosa e frágil. Quando

o Bobi se preparava para mastigar o pescoço do Tareco, a D. Quitéria deu-lhe um tiro que o matou. *Quid juris*?

b) Qual a solução se o Bobi não tivesse dono?

c) E se o Tareco não tivesse dono, sendo a D. Quitéria uma transeunte desinteressada?

d) E *quid juris* se o Tareco fosse um gato rafeiro que nem para caçar ratos servisse?

e) Como decidir – lembre-se o art. 8.º/1 CC – se o Tareco fosse esse rafeiro, mas o Bobi tivesse sido atiçado pelo João?

Exercício n.º 12.

a) O Nuno deitou abaixo com um machado a porta da sua arrecadação, cuja chave tinha perdido. *Quid juris*?

b) No dia seguinte, como tinha um incêndio em casa, usou o machado na porta da cave do Onofre, que estava no emprego, para tirar de lá uma mangueira que estava a ser precisa. *Quid juris*?

c) Patrocínio, que é veterinário, recusa-se a devolver o Bobi, que tinha ido à vacina, porque o João não quer pagar a consulta. *Quid juris*?

d) Quirino estava a assaltar a D. Rosário quando Segismundo apareceu e lhe apontou uma pistola. Segismundo manteve Quirino ali sossegado até que a polícia chegasse. *Quid juris*?

Exercício n.º 13.

O art. 266.º-B/1 CPC diz: «Todos os intervenientes no processo devem agir em conformidade com um dever de recíproca correcção, pautando-se as relações entre advogados e magistrados por um especial dever de urbanidade.» Isto é direito?

O Decreto n.º 42/99, de 26 de Outubro, diz: «Considerando que Amália Rodrigues foi uma das figuras ímpares da cultura portuguesa deste século e que projectou, através da sua voz, o nome e o sentir de Portugal por todo o mundo; Considerando que

o seu falecimento representa uma perda irreparável; Em consonância com o sentimento generalizado de pesar do povo português; Nos termos da alínea g) do artigo 199.º da Constituição, o Governo decreta o seguinte: Artigo 1.º É decretado o luto nacional por três dias com funeral organizado pelo Estado. Artigo 2.º O presente decreto entra em vigor no dia seguinte ao da sua publicação e produz efeitos desde 6 de Outubro de 1999. Visto e aprovado em Conselho de Ministros. etc..» Este decreto contém regras jurídicas?

Exercício n.º 14.

Qual a suposta característica do direito que a autovinculação constitucional do Estado e a autonomia privada fazem questionar?

Exercício n.º 15.

No Direito Penal moderno, diz-se que «ninguém sofre (é punido) por causa de meros pensamentos» («*nuda cogitatione nemo patitur*»). Só em Direito Penal?

Exercício n.º 16.

O D.L. 267-B/2000, de 20 de Outubro, regula os «elementos e características dos veículos a motor de duas ou três rodas», incluindo pneus, saliências exteriores, espelhos retrovisores, medidas contra poluição atmosférica, reservatórios de combustível, medidas contra transformação abusiva, nível sonoro admissível, escape, dispositivos de engate, fixações de cintos de segurança, vidros. Encontram-se nele inúmeras definições, fórmulas matemáticas, regras de procedimento, regras destinadas a ensaios mecânicos, modelos de impressos, etc..

Este decreto-lei contém regras morais?

Exercício n.º 17.

A que área do saber pertencem as seguintes afirmações?

a) «Sr. Juiz, devo concluir – sobretudo tendo em conta a presença de pólvora no couro cabeludo e o facto de a bala ter entrado, de cima para baixo, pela zona occipital – que o disparo foi feito de muito perto, perfidamente, aproveitando a impossibilidade de a vítima fugir ou sequer mexer-se.»

b) «O direito português actual, segundo o entendimento comum e incontestado, dá pouco valor à protecção de terceiros que possam ser atingidos por contratos celebrados pela administração pública, ao contrário do que se passa em países como a Alemanha ou a Itália.»

c) «Ao contrário do que têm entendido os juristas alemães – desculpem-me meter foice em seara alheia – o § 823 BGB contém uma cláusula geral, capaz de abranger todo o tipo de danos.»[1]

d) «O decreto-lei sobre animais domésticos recentemente publicado diz, às tantas, que "É obrigatório o uso de trela em todos os cães trazidos à rua". Eu não sei qual é a sua melhor interpretação, mas sei que toda a gente tem entendido – desde os autores que escreveram sobre o assunto até aos tribunais – que quem trouxer o seu cãozinho bem atado com um cordel já está a cumprir a lei.»

e) «Se a igualdade é um dos princípios últimos do nosso sistema jurídico – e, em boa verdade, é até inseparável do próprio conceito de direito – não pode ser lícito que uma instituição poderosa como o BECAS ("Banco dos Empresários e dos Cidadãos Anónimos e Simples") recuse admitir trabalhadores mulheres, muito embora o BECAS seja uma entidade privada.»

f) «O art. 88.º, n.º 1, CPA representa um retrocesso científico de mais de cem anos nas leis portuguesas sobre ónus da prova, revela profunda ignorância nestas matérias e, se não for inaplicável, não trará nada de bom.»

---

[1] Isto são só exemplos. O autor destes exercícios não faz suas todas as afirmações expostas!

g) «O Código de Seabra, revogado pelo Código Civil de 1966, dispunha no art. 2396.º que "Se, para evitar algum prejuízo iminente que de outro modo se não possa impedir, se fizer algum dano em propriedade alheia, será esse dano indemnizado por aquele a favor de quem for feito." É certo que se fazia referência expressa apenas ao direito de propriedade (ou aos bens sobre os quais este incidisse), mas tínhamos de interpretar esse artigo no sentido de abranger também outros direitos, como o direito ao bom nome, à "honra", os direitos dos credores, etc.. O direito de propriedade aparecia na lei apenas porque os casos mais comuns lhe dizem respeito, mas é manifesto que o "espírito" daquele preceito se estenderia a todas as situações análogas. Infelizmente, não foi essa a leitura da maioria dos tribunais.»

Exercício n.º 18.

Comente:

«A ciência do direito não é uma ciência, visto que:

a) Os seus resultados variam totalmente conforme as inclinações morais, políticas ou filosóficas de quem os defende;

b) Ou conforme o pequeno almoço do juiz…

c) Esses resultados não são passíveis de verificação experimental;

d) Não são obtidos através de qualquer outro método próprio;

e) Nem se ordenam num processo evolutivo, *i.e.*, não progridem;

f) A expressão abstracta desses resultados é sempre passível de correcções e aperfeiçoamentos nos casos concretos a que se aplicariam, e *non datur scientia de individuo*;

g) Os problemas da ciência do direito não são por ela formulados, mas criados anteriormente pelos litígios sociais;

h) O objecto da ciência do direito («as normas») não tem realidade autónoma, é verdadeiramente *criado* por essa ciência (!?).

i) Ainda por cima, como disse VON KIRCHMANN (numa conferência de 1847 intitulada *Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft* [2]), "três palavras de correcção do legislador e bibliotecas inteiras transformam-se em papel de embrulho".

j) Se o direito é ciência, a interpretação de um romance e a ética também o são.

k) Ora tudo isto é grave.»

Exercício n.º 19.

A P. n.º 949/99, de 28 de Outubro, «aprova os modelos de documentos da contratação pública», ou seja, contém uma série de minutas (modelos) de contratos e de documentos acessórios que, com toda a probabilidade, serão futuramente utilizados pela administração pública na sua actividade de contratação. Como consta do seu preâmbulo, porém, esta portaria é «meramente indicativa e ilustrativa», quer dizer, deixa à administração plena liberdade para utilizar outros modelos. Trata-se de uma lei?

Exercício n.º 20.

Uma cheia destruiu a 31 de Dezembro de 1999 os rés-do-chão de sete edifícios da Ribeira, no Porto. Porque lá moravam os seus proprietários e respectivas famílias, todos eles com sérias necessidades económicas, e os edifícios em causa têm grande interesse histórico e turístico, o Governo fez publicar um decreto-lei que dizia, essencialmente, o seguinte:

«É concedido um subsídio a fundo perdido, até ao valor de 5.000 contos a cada um, em favor dos proprietários dos rés-do-chão dos edifícios da Ribeira, no Porto, atingidos pela cheia de 31 de Dezembro, destinado à reconstrução dos mesmos.»

---

[2] «A falta de valor da ciência do direito como ciência».

Este D.L. é uma lei?

Como responder se um art. 3.º daquele diploma dispusesse que «idêntico subsídio será concedido aos proprietários de edifícios, ou suas fracções, situados nas margens do Douro ou do Tejo, que venham a ser severamente afectados por cheias extraordinárias.»?

Neste exercício tenha em conta, além do mais, os arts. 1.º/1 CC, 721.º/3 do Código do Processo Civil e 18.º/3 CRP.

Exercício n.º 21.

Certo assistente da FDL determinou, no início do ano lectivo, que os alunos não fizessem perguntas sem pôr antes «o dedo no ar». Fez uma lei?

Exercício n.º 22.

Um contrato celebrado entre os municípios de Benavente e Salvaterra de Magos, através das respectivas câmaras, relativo a um aterro sanitário situado no espaço de fronteira entre os dois concelhos dispõe, entre muitas outras coisas, que:

a) Uma comissão paritária formada por vereadores das duas câmaras municipais pode decidir, por unanimidade, alterar esse mesmo contrato, quando o interesse público assim exija;

b) Essa mesma comissão decidirá *ex æquo et bono* quanto a todos os litígios relativos ao cumprimento e incumprimento ou à interpretação desse contrato.

A comissão decide de acordo com as fontes do direito? Então?

Exercício n.º 23.

Esclareça os conceitos de equidade usados nos arts. 4.º, 489.º e 566.º/3 CC.

Exercício n.º 24.

Certo eminente jurisconsulto produziu um parecer que, essencialmente, tratava um complexo problema de interpretação de um conjunto de artigos do RAU[3]. O parecer foi junto aos autos de um processo, que corria no STJ, pelo advogado da parte que o pedira, mas o Supremo decidiu em sentido contrário. Como fundamentação do acórdão, o Conselheiro relator escreveu unicamente que «o douto parecer do Prof. Doutor José da Silva, curiosamente, propugna solução em tudo oposta à que o ilustre jurista ensinava na sua obra *Da locação*, e que de há muito nos norteava. Bem se pode ver, porém, que era esta a boa solução, pelos fundamentos que ali se encontram em abundância. É que *opinio posterior priori non derrogat*…»

O que é que acha?

Exercício n.º 25.

Suponha que se discutia, em certo litígio perante o Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa, se determinado município deveria ou não pagar juros relativos a uma quantia avultada que demorou mais de dois anos para entregar a uma sociedade que lhe fornecia papel. A páginas tantas, a sentença que decidiu o pleito dizia que «não nasce qualquer dificuldade de a lei nada prever quanto ao pagamento de juros pelos municípios[4], visto que essa obrigação decorre dos princípios gerais de Direito das nações civilizadas, que nesta matéria são fonte do direito mais do que suficiente. […]». O que pensa disto?

---

[3] Regime do Arrendamento Urbano, aprovado pelo D.L. 321-B/90, de 15 de Outubro, posteriormente alterado.

[4] Esta situação legislativa é fictícia.

Exercício n.º 26.

a) Comente o art. 3.º/1 do Estatuto dos Magistrados Judiciais (Lei n.º 21/85, de 30 de Julho): «É função da magistratura judicial administrar a justiça de acordo com as fontes a que, segundo a lei, deva recorrer e fazer executar as suas decisões.»

b) O art. 1.º/1, 1.ª parte CC tem sentido?

c) A propósito, a lei – incluindo a Constituição – é fonte do direito? Porquê?

d) O art. 9.º/1 do Código do Processo Penal estatui que «os tribunais judiciais administram a justiça penal de acordo com a lei e o direito.» Será compatível com o art. 203.º CRP?

Exercício n.º 27.

a) Explicite os sentidos em que a palavra «costume» é usada nos arts. 737.º/1, *a)*, 1401.º e 1718.º CC.

b) O art. 348.º CC consagra o costume como fonte do direito português?

c) O art. 1210.º/1 CC transforma usos em *verdadeiras* fontes do direito?

d) O que quer dizer «usos» no art. 3.º CC?

Exercício n.º 28.

Imagine que em São Pedro da Cadeira – freguesia do município de Torres Vedras – é hábito arreigado pôr uma cadeira adornada à porta de casa no dia da procissão em honra do padroeiro. Há já muitos anos, um paroquiano recém-chegado teve a má sorte de ignorar a tradição. Foi o bonito! O prior recusou-se a dar-lhe a comunhão na missa dos Domingos seguintes, e o pobre transgressor demorou meses até conseguir receber mais do que secas palavras dos restantes aldeãos.

Este ano, um filho da terra, regressado com fortuna de um brasil dos nossos tempos, fez questão de manifestar a sua «indife-

rença» pelas praxes da aldeia, ficando em casa no dia da procissão, de porta fechada e com toda a mobília no interior. Ainda não eram passados quinze dias quando a Comissão de Festas, indignada com o escândalo, propôs em tribunal uma acção de indemnização por «danos morais» (arts. 483.º e 496.º CC), pedindo a condenação do prevaricador ao pagamento da quantia simbólica de 1 escudo. *Quid juris*?

Exercício n.º 29.

O cabo-do-mar Ercínio recebeu com surpresa a informação – dada por um seu amigo que trabalha no Governo Civil – de que um regulamento de 1943 obriga «os banhistas do sexo masculino a envergar, pelo menos, uma camisola» quando estão na praia. Ora nunca este regulamento foi revogado por outro, nem há qualquer outra legislação que disponha quanto à roupa a usar (ou não) por quem esteja a banhos. Algo contrafeito, mas com o sentido do dever que o caracterizava, Ercínio saiu pela praia do Guincho, nesse dia tórrido, a exigir aos cavalheiros que se vestissem, exibindo-lhes cópia do regulamento. Terá feito bem?

Exercício n.º 30.

(Imagine que) Só há poucos anos a então Rodoviária Nacional passou a ter uma carreira para Fiães do Rio, no concelho de Montalegre. A coisa fez grande sucesso. Todos os Domingos, quando havia carreira, não ficava nenhum lugar vago. Rapidamente se desenvolveu um sistema de entrada para a camioneta. Primeiro entravam os casais com filhos, por ordem de chegada; depois, as senhoras com filhos, também pela ordem em que

tivessem chegado; a seguir, as senhoras solteiras, viúvas ou casadas não acompanhadas[5]; por fim, os restantes homens.

Em 1998, publicou-se um D.L. sobre transportes públicos que, pela primeira vez na nossa legislação, consagrava, sem muitas excepções, que «o acesso aos transportes públicos pelos utentes faz-se pela ordem de chegada ao ponto de embarque». Em Fiães do Rio nada mudou. Até que, na semana passada, um velhote de mau feitio, que fora o primeiro a chegar à paragem, tentou subir para o transporte antes dos demais. Gerou-se grande rebuliço, que só serenou quando, para espanto de todos[6], um membro da GNR ali apareceu. O que é que ele deve fazer?

A solução seria a mesma se a ordem usualmente seguida em Fiães do Rio fosse a de entrarem primeiro os «doutores» ou as «pessoas de bem»?

Supondo uma resposta negativa à pergunta anterior, *quid juris* se, depois da intervenção do GNR, tudo voltasse à normalidade fianense?

Exercício n.º 31.

Aprecie juridicamente o caso dos touros de Barrancos, nos vários momentos da sua evolução recente.

Exercício n.º 32.

O art. 721.º/3 CPC, para efeitos de recurso (recurso de revista) perante o STJ, impede que este Tribunal julgue com base em direito consuetudinário. O que dizer disso?

---

[5] Não há divorciados residentes em Fiães do Rio.

[6] Nas palavras de um autóctone, «aqui não é preciso cinto de segurança, que a Guarda não vem cá.»

Exercício n.º 33.

Admita que a correcta interpretação de certo artigo algo ambíguo do Código do Registo Civil dá direito aos advogados a requerem quaisquer certidões relativas aos seus clientes. O problema é que o artigo é, de facto, ambíguo, e a Direcção-Geral dos Registos e Notariado, excessivamente preocupada com uma certa protecção da privacidade da vida dos cidadãos, emitiu uma circular determinando que os conservadores e funcionários do registo civil só passassem certidões a pedido dos advogados quando estes apresentassem procuração ou autorização dos seus clientes que *especificamente* lhes desse poderes para requerer o tipo de certidão em causa.

Zebedeu, M. D. Advogado, insiste com um funcionário para que lhe passe a devida certidão. O bom do funcionário dizia: «eu até concordo com o S'outor, mas ordens são ordens!, não posso passar ao lado de uma circular da Direcção-Geral.» Que fazer?

Exercício n.º 34.

António, desde que nasceu, não vê de um olho. Num acidente de viação, veio a perder o segundo olho. Pediu uma indemnização de 30 mil contos à seguradora do responsável (culpado), por danos morais (cf. art. 496.º CC), além da indemnização pelas despesas médicas e pela perda da capacidade de trabalho que resultou do acidente. O tribunal de comarca deu provimento à acção quanto ao pedido por danos patrimoniais. Quanto aos danos morais, concedeu apenas uma indemnização de 10 mil contos, com a seguinte fundamentação:

«A lei não dispõe quanto ao valor a atribuir como compensação pela perda de um olho, um braço, ou outro bem pessoal. O art. 496.º/3 CC manda decidir "equitativamente", mas isto não quer dizer que o tribunal decida apenas com base nas suas convicções. Por óbvias razões de segurança jurídica, há que atender às decisões de outros tribunais. Ora os tribunais superiores

do nosso país têm decidido, em casos de perda de uma das vistas, atribuir uma indemnização que oscila entre os 8 e os 12 mil contos. Não há motivo para alterar o critério.»

Em sede de recurso, António sustenta que perder um olho é diferente de perder o segundo. *Quid juris*?

Imagine agora que não havia decisões anteriores sobre a perda de um olho. Num acórdão relativo a um acidente de viação em que a vítima perdera o braço direito, porém, os juízes, a título comparativo, davam o exemplo (hipotético) de um acidente causador de cegueira, sugerindo que, aí, seria equitativa uma indemnização de 20 mil contos. *Quid juris*?

Exercício n.º 35.

a) Admita que, segundo a letra de certa lei antiga sobre os concursos públicos para fornecimento de bens à administração pública, a entidade que promove o concurso deve indicar desde o início «os critérios que serão utilizados para avaliar as propostas dos concorrentes». Por isso mesmo, os tribunais administrativos sempre consideraram inválido o lançamento de um concurso que não fosse acompanhado da indicação dos critérios. No entanto, os tribunais não impunham grande pormenor nessa indicação.

De há uns nove anos para cá, a interpretação pelos tribunais daquele trecho legal tem sido muito mais exigente. Desde essa altura, numa evolução nítida, os tribunais administrativos só consideram válido o lançamento do concurso quando os critérios de decisão surgem com grande precisão e acompanhados da proporção (percentual) em que cada um deles releva.

Sem questionar a bondade das soluções, deverá dizer-se que o direito português mudou?

b) Reconhecermos a existência de uma elaboração jurisprudencial do direito implica reconhecer à jurisprudência a natureza de fonte do direito?

Exercício n.º 36.

Considere que, quando certa legislação sobre a pesca de espécies fluviais entrou em vigor, há 30 anos, surgiram certas dúvidas na sua interpretação. Os tribunais, nos casos que lhes foram dados a conhecer, ultrapassaram-nas rapidamente, chegando a uma aplicação uniforme do direito que se tem mantido até hoje. Cada tribunal, ao decidir, fá-lo naturalmente por estar convencido de se tratar da solução correcta. Os pescadores também tiveram dificuldades na interpretação do diploma e também as superaram, mas num sentido radicalmente oposto ao dos tribunais, o que, aliás, não lhes tem facilitado a vida.

Hoje, certo juiz que não concorda com nenhuma daquelas leituras, quer saber se está vinculado a decidir como os seus colegas fizeram?

Exercício n.º 37.

Os antigos assentos eram lei ou jurisprudência?

E os antigos acórdãos com força obrigatória geral do STJ proferidos nos termos do art. 445.º CPP antes da L. 59/98?

E eram constitucionalmente válidos?

Exercício n.º 38.

O art. 11.º e os artigos 40.º, *c)*, 42.º/1, *c)*, 51.º, *e)*, etc., do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (D.L. 129/84) são constitucionalmente válidos? As decisões aí referidas são lei ou jurisprudência? E os acórdãos com força obrigatória geral do Tribunal Constitucional?

Exercício n.º 39.

Os acórdãos proferidos, hoje, pelo STJ nos termos dos arts. 732.º-A CPC e 445.º CPP são fontes do direito?

Exercício n.º 40.

De acordo com o regulamento municipal publicado no edital n.º 13/99, de Carrazeda de Ansiães, «1 – É obrigatório o uso de trela em todos os cães trazidos à rua. 2 – A violação do disposto no número anterior é punida com coima de 25 a 500 euros.»

a) Jesuína levava o seu pequinês preso por um laço verde às bolinhas lindíssimo, impossível de desatar por descuido, feito de *papel-super-forte-à-prova-de-puxões-e-rasgões*™. Quando saiu à rua com o bicho, porém, o Polícia Implacável veio lembrar-lhe que, segundo o Dicionário de Cândido de Figueiredo, trela é uma «tira de couro com que se prende o cão de caça». *Quid juris?*

b) João levava o Bobi sem trela dentro de uma caixa de madeira fechada e com rodinhas quando o Polícia Implacável apareceu. *Quid juris*?

c) Jácomo estava fechado no automóvel, quase a ser devorado pelo seu querido Bobizão, quando o PI lhe deixou no limpa-vidros o aviso da coima, antes de ligar para o 112. *Quid juris?*

d) Quem é o «PI» da alínea anterior e das posteriores? Tem a certeza?

e) O PI autuou o dono de um cãozito que o levava na caixa aberta da carrinha. QJ?

f) O João andava a brincar à apanhada com o Bobi, dentro de casa, com as portas da rua bem abertas, quando o PI tocou à campainha. *Quid juris*?

g) O cachorro recém-nascido de Joana está adoentado. Joana ia para o veterinário com o bicho ao colo (*rectius*, na mão) quando o PI lhe mostrou uma cópia do regulamento. QJ?

h) A mãe do recém-nascido está ainda mais doente. Nem se consegue mexer. Etc..

i) O cão de Joel levou um tiro durante uma caçada. Embora andasse, ia perdendo bastante sangue. Joel levou-o a correr ao veterinário, apesar de não ter nada para o prender. QJ?

j) João esqueceu-se de fechar a porta de casa quando entrou com o Bobi. Este, já se vê, escapuliu-se e foi farejar as pernas do PI. *Quid juris*?

k) Os cães da pradaria, roedores gregários com cerca de 40 cm, defendem-se com dentadas profundas quando assustados e sem possibilidade de fugir. Joaquim domesticou um, que lhe é fiel como um cão. O PI ficou feliz ao vê-los na rua unidos apenas pela amizade.

l) Certa vez, o João levava o Bobi preso com uma trela de 20 metros. *Quid juris*?

m) Jasmim, de 6 anos, estava na rua a brincar à apanhada com o Bobi, que é do seu pai, João. O PI, quando soube disto, dirigiu-se ao emprego de João para o autuar.

n) João estava a brincar com o Bobi no seu jardim[7], que tem um gradeamento de 2 m de altura, quando viu o PI a espreitar sorridente.

o) O Bobi, antes do almoço, quis brincar com a Jaqueline no jardim desta, cujo muro estava quase pronto e ficava mesmo ao pé da escola primária.

p) João, farto, abandonou[8] o Bobi longe de casa, com a trela bem presa ao pescoço. O Bobi, graças ao seu olfacto, correu para o PI, que andava a pescar caçadores sem licença. QJ?

q) Chegado a este ponto, o autor da história cansou-se. O que é interpretar?

---

[7] Seu, do João, não do Bobi.

[8] O abandono é uma das formas de extinção do direito de propriedade no ordenamento português.

Exercício n.º 41.

Comente o prefácio das:

«FIDE Laws of Chess[9]

FIDE Laws of Chess cover over-the-board play.

The English text is the authentic version of the Laws of Chess which was adopted at the 67th FIDE Congress at Yerevan September-October 1996, coming into force on 1 July 1997.

In these Laws the words «he», «him» and «his» include «she» and «her».

PREFACE

The Laws of Chess cannot cover all possible situations that may arise during a game, nor can they regulate all administrative questions. Where cases are not precisely regulated by an Article of the Laws, it **should** be possible to reach a correct decision by studying **analogous** situations which are discussed in the Laws. The Laws assume that **arbiters** have the necessary competence, sound judgement and absolute objectivity. **Too detailed a rule** might deprive the arbiter of his freedom of judgement and thus prevent him from finding the solution to a problem dictated by **fairness**, **logic** and **special factors**. […]»

Exercício n.º 42.

António despediu Bento, prontificando-se a pagar-lhe a devida indemnização, porque este conduzia o automóvel que atropelou mortalmente a mulher do primeiro. É certo que Bento não tivera «culpa» nenhuma no acidente, que se deveu a uma imprevisível falha nos travões do seu carro, mas António não conseguia conviver com alguém que lhe lembrava a todo o momento o

[9] Citado de http://handbook.fide.com. Nesta página, entrar em E.I. Laws of Chess. Isto no *site* www.fide.com.

desastre. Bento, porém, quer manter o emprego, não aceitando a indemnização. Este despedimento respeitará o art. 53.º CRP?

Exercício n.º 43.

A L. 136/99, de 28 de Agosto, alterando o D.L. 423/91, de 30 de Outubro, do regime de protecção às vítimas de crimes violentos, dispõe que «[…] A indemnização por parte do Estado poderá ser reduzida ou excluída tendo em conta a conduta da vítima ou do requerente antes, durante ou após a prática dos factos, as suas relações com o autor ou o seu meio, ou se se mostrar contrária ao sentimento de justiça ou à ordem pública.»

Como interpretar estas referências ao «sentimento de justiça» e à «ordem pública»?

Exercício n.º 44.

Imagine o leitor[10] que é juiz na Alemanha em finais de 1944, quando já era certa a derrota militar. Suponha ainda que, segundo uma lei penal publicada na altura, um «não ariano» que insultasse um «ariano» seria enviado para um «campo de trabalho forçado». Na situação inversa, seria aplicável uma pena pecuniária. Tem para julgar um indivíduo de etnia cigana que mandou para um sítio menos próprio um «ariano» de quem não gostava. O que é que faria? Porquê?

[10] Ou seja, imagine que tem este problema para resolver *sendo a pessoa que é hoje*, e não a pessoa que *seria* (possivelmente) se tivesse nascido no tempo, no espaço e no meio cultural em que decorre a acção do caso prático.

Exercício n.º 45.

Imagine-se num país tropical sem constituição onde recentemente chegou ao poder, através de um golpe de estado, um grupo político que, apesar de *não* fazer declarações públicas claramente nesse sentido, parece alimentar uma ideologia racista. Passado algum tempo, surge uma nova lei da saúde que, entre outras coisas, determina que «o Estado suporta na totalidade os custos de produtos de protecção solar». O número 2 do artigo em causa dispõe, porém, que «O número anterior não é aplicável quando o contribuinte seja negro ou indiano.» Um indivíduo albino de etnia indiana tem direito à subvenção estatal?

Exercício n.º 46.

O art. 13.º de certo decreto-lei sobre a actividade médica dispõe:

«1 – São proibidas as transfusões sanguíneas não autorizadas pelos pacientes.

2 – Exceptuam-se do disposto no número anterior apenas as situações em que:

a) O paciente esteja inconsciente ao tempo em que seria possível pedir-lhe a autorização e a transfusão seja necessária para evitar consequências sérias para a sua saúde ou bem-estar;

b) O paciente sofra de perturbação mental grave e a transfusão seja necessária para evitar consequências sérias para a sua saúde ou bem-estar;

c) A não realização da transfusão faça perigar a vida do paciente.»

Um japonês cego perdeu bastante sangue num acidente de viação. Os médicos de St.ª Maria têm por necessária uma transfusão, com vista a pôr fim às fortíssimas tonturas geradas pela hipotensão. Não conseguem, porém, comunicar com ele. Devem proceder à transfusão?

Exercício n.º 47.

O D.L. 105/99, de 31 de Março, diz no seu preâmbulo:

«A situação de greve que se tem verificado em conservatórias do registo comercial tem provocado sérias perturbações e constrangimentos no regular fluir do comércio jurídico, particularmente no sector empresarial. […]

Impõe-se, por isso, a adopção de medidas de excepção tendentes a assegurar a normalidade do comércio jurídico, garantindo-se, simultaneamente, a segurança possível, dadas as circunstâncias actuais.»

Do articulado, sobressaem os seguintes trechos:

Art. 2.º/1: «Enquanto se mantiver a situação de processo de greve nos serviços de registo *comercial*, e no período de 60 dias após a sua cessação, a exigência legal, para qualquer efeito, de apresentação de certidão do registo comercial pode ser substituída por declaração dos factos que a mesma se destina a comprovar, prestada pelos interessados, sob compromisso de honra.»

Art. 2.º/2: «Sem prejuízo da declaração a que se refere o número anterior, podem os interessados juntar prova dos factos sujeitos a registo comercial mediante a apresentação dos documentos que serviriam de base aos correspondentes registos»

No dia 15 de Abril de 1999, começou uma greve, por tempo indeterminado, dos funcionários das conservatórias do registo predial. A sua adesão é ligeiramente superior à verificada na greve anterior. Nos actos para que fosse necessária a apresentação de certidões do registo predial, pode ser invocado o D.L. 105/99?

Exercício n.º 48.

Maria estava sem dinheiro. Pediu emprestados 20 contos a Manuel, entregando-lhe em penhor uma bicicleta, que ficou na arrecadação do mutuante. Chegada a altura de pagar, Maria continuava nas lonas, e o Manuel passou a dar umas voltas na

bicicleta empenhada. Perante a indignação de Maria, o credor disse-lhe que quem pode vender também pode usar, e ele pode vender, por força do art. 675.º CC. Resolva o caso supondo que, na lei portuguesa, *não existe* o art. 671.º/b) CC nem uma disposição legal em sentido contrário. *Quid juris*?

Exercício n.º 49.

Comente o seguinte trecho hipotético da autoria de um professor de direito:

> «Tendo sido eu incumbido pelo Senhor Ministro da Justiça da feitura do anteprojecto do diploma que agora se publica com anotações, tenho assim ocasião para expor e divulgar, em moldes sintéticos, as razões que determinam cada um dos dispositivos legais.»

Exercício n.º 50.

Perante o art. 9.º CC, é permitido interpretar leis de acordo com o «elemento teleológico»?

Exercício n.º 51.

No direito das sociedades comerciais, discute-se se o voto de um dos sócios enviado pelo correio fica revogado no caso de esse sócio comparecer na assembleia geral. Contra esta tese, diz-se que ela iria gerar grande confusão nas assembleias gerais, na medida em que, muitas vezes, a mesa não tem condições para verificar de modo rápido e seguro quais os sócios que estão ou não presentes. Como enquadra este argumento na teoria da interpretação da lei?

Exercício n.º 52.

Dispõe o D.L. 75/99, de 16 de Março: art. 1.º: «(Contabilização da reserva de ouro) A reserva de ouro do Banco de Portugal é contabilizada de acordo com as normas estabelecidas pelo Banco Central Europeu.»; art. 3.º: «(Revogação) É revogado o D.L. n.º 229-H/88, de 4 de Julho.»

Ignorando agora os restantes preceitos deste diploma, *quid juris* enquanto o BCE não emitir normas de contabilização do ouro?

Exercício n.º 53.

De acordo com o D.L. Y/2000, de 30 de Fevereiro, que regula a criação e identificação de cães de raça, os documentos identificativos – para que há impresso próprio, aprovado por despacho do Ministro da Agricultura etc. – devem indicar o nome «de ambos os progenitores». Certa ninhada foi dada à luz e amamentada por uma cadela, após inseminação *in vitro* de ovócitos de uma outra. Como fazer a identificação? Acha que criou alguma coisa?

Exercício n.º 54.

O D.L. 38/2000, de 14 de Março, sobre aditivos alimentares, dispõe, relativamente à pureza do «Alginato de 1,2-propanodiol», que este não pode apresentar um teor de arsénio superior a 3 mg/kg, de chumbo superior a 5 mg/kg, de mercúrio superior a 1 mg/kg, de cádmio superior a 1 mg/kg, e de «laudémio superior a 2 mg/kg».

Não se conhece nenhum químico que alguma vez tenha ouvido falar em «laudémio». Os dicionários, em geral, e as obras de direitos reais e de história do direito identificam o laudémio como uma prestação que o enfiteuta, em certas condições, deveria pagar ao senhorio (cf. antigos arts. 1500.º e 1517.º CC). Como interpretar aquele decreto-lei?

Exercício n.º 55.

O que é que acha da Jurisprudência dos Interesses? E da Jurisprudência dos Valores? E da tópica? E da análise económica do direito? E do valor argumentativo da história do direito? E da relevância dos princípios jurídicos?

Exercício n.º 56.

Quantas normas jurídicas encontra nos seguintes trechos legais?

a) D.L. 998/99, de 31 de Dezembro: «Artigo único: O artigo 2335.º do Código Civil não se aplica nos casos indicados neste diploma.»

b) Art. 403.º CC.

c) Art. 1392.º, n.º 2, CC.

E num artigo que contenha «palavras» sem qualquer sentido em português?

Exercício n.º 57.

Identifique a previsão e a estatuição das normas correspondentes aos seguintes enunciados legais:

a) Art. 131.º CP: «Quem matar outra pessoa é punido com pena de prisão de 8 a 16 anos.».

b) «É proibido fumar nas estações do metropolitano.»

c) «As provas escritas, com as respectivas classificações, são entregues até 10 dias após a sua realização.»

d) Art. 1327.º CC.

e) Art. 1874.º/1 CC.

f) Art. 1530.º/3 CC.

Exercício n.º 58.

O D.L. n.º 474/99, de 8 de Novembro (Regulamento de Exploração do Serviço Fixo de Telefone), dispõe, no seu art. 23.º,

que «A utilização do SFT por terceiros, com ou sem autorização do assinante, *presume-se* efectuada por este último para todos os efeitos legais.» Acha bem?

Exercício n.º 59.

Um certo artigo do CC, em matéria de compra e venda, dispõe que quem compra uma coisa defeituosa tem direito, designadamente, a uma redução do preço em harmonia com a desvalorização que o defeito origina. António deu uma bicicleta a Bento em troca de uma consola de jogos de vídeo e ficou furioso ao descobrir que um dos botões – pouco usado, é certo – não funciona bem. Bento não sabia de nada. O art. 939.º CC pode ajudar António?

Exercício n.º 60.

O art. 1577.º define casamento, entre outras coisas, como contrato destinado a «constituir família mediante uma plena comunhão de vida». O art. 1622.º admite, porém, que se celebre um casamento quando é próxima a morte de um dos nubentes, e simplifica até as formalidades exigidas. Acha bem?

Exercício n.º 61.

a) O art. 337.º/1 CC contém alguma regra jurídica? De que tipo?

b) Qualifique a regra do art. 265.º/2 CC. [Veja o que é uma procuração no art. 262.º]

c) Admite que, *no direito* português, há um princípio geral de liberdade, em cujos termos é lícito fazer tudo o que não seja fundadamente proibido? [cf. art. 2.º CRP]

Exercício n.º 62.

a) Há alguma regra que proíba matar outras pessoas? Qual a sua fonte? Qual a sua previsão?

b) O que é uma regra jurídica?

c) Quando há lacuna, não há regra?

Exercício n.º 63. [11]

O Presidente de República promulgou um decreto-lei que foi referendado pelo Primeiro Ministro e enviado à INCM para publicação. Passaram largos meses, mas este decreto-lei nunca saiu no jornal oficial, por incompetência dos serviços da INCM. Qual o seu valor jurídico?

Exercício n.º 64.

Constava de um «Suplemento» ao *Diário da República* de 1 de Fevereiro – impresso pela INCM no dia 29 desse mês e distribuído pelo correio e posto à venda no dia 1 de Março – um decreto-lei que não dispunha nada quanto à sua entrada em vigor. Quando é que esta aconteceu?

Exercício n.º 65.

O decreto-lei X foi publicado no dia 1 de Fevereiro, para entrar em vigor no dia 1 de Março. O decreto-lei Y, incompatível com o anterior, foi publicado no dia 15 de Fevereiro, para entrar em vigor no dia 25 de Fevereiro. Qual deles está hoje em vigor?

[11] A legislação a que aludem os casos práticos seguintes é, toda a ela, fictícia.

Exercício n.º 66.

O D.L. 51/81 regula a concessão de crédito para habitação por bancos e entidades afins. O D.L. 511/81 regula sobre higiene e segurança em mercearias e supermercados.

No dia 1 de Fevereiro, foi publicado o D.L. X/2000, que regula sobre higiene e segurança em estabelecimentos de venda ao público de quaisquer bens, fazendo-o em moldes bastante diferentes dos do D.L. 511/81. A última disposição do D.L. X reza assim: «fica revogado o D.L. 51/81.» No dia 1 de Março, saiu no DR uma «Declaração de rectificação», determinando que, onde, no D.L. X, se lê «o D.L. 51/81», deve ler-se «o D.L. 511/81.»

Os diplomas de 1981 estão revogados? Desde quando?

Exercício n.º 67.

A L. 156/99, de 14 de Setembro, veio alterar um decreto-lei sobre a actividade dos táxis. Mais tarde, o mesmo texto foi publicado sob designação «Lei n.º 167/99». A Declaração n.º 9/99, de 7 de Outubro, veio dispor que «o texto publicado no *Diário da República* […] como L. 167/99 deve ser considerado como se não tivesse sido publicado, em virtude de o mesmo haver sido já objecto de publicação […] como L. 156/99.» *Quid juris*?

Exercício n.º 68.

Suponha que o D.L. 678/76 permitia o porte e uso de arma por solicitadores, em certas condições. O D.L. 353/87 revogou o decreto-lei anterior, alterando os requisitos para o uso e porte de arma por solicitadores. O D.L. 123/2000 contém uma única disposição: «Fica revogado o D.L. 353/87.» Em que medida é que os solicitadores têm hoje permissão de uso e porte de arma?

Exercício n.º 69.

Pode um tribunal aplicar hoje uma lei já revogada?

Exercício n.º 70.

Certa lei determina explicitamente que são por si abrangidos os efeitos presentes e futuros de factos passados antes da sua publicação e entrada em vigor. Esta lei é retroactiva?

Exercício n.º 71.

Entrou em vigor em Fevereiro uma lei sobre a «taxa de juros máxima que pode ser acordada pelas partes nos contratos de mútuo [empréstimo] de dinheiro».

1. Qual o seu grau de retroactividade nos seguintes casos:

a) A lei nada dispõe sobre os contratos a que se aplica;

b) A lei estatui que se aplica «aos contratos já celebrados, mas só quanto aos juros que se venham a vencer.»;

c) A lei determina que se aplica «aos contratos já celebrados, inclusive quanto aos juros já vencidos, desde que não tenha ainda ocorrido o seu pagamento.»;

d) A lei estabelece que se aplica «aos contratos celebrados desde 1 de Janeiro de 1999, inclusive quanto aos juros já vencidos, devendo ser restituídas as quantias pagas em excesso.»;

e) A lei impõe a sua aplicação «aos contratos celebrados desde 1 de Janeiro de 1999, inclusive quanto aos juros já vencidos, devendo ser restituídas as quantias pagas em excesso, mesmo que sobre esse pagamento ou sobre a relação das partes tenha sido proferida sentença transitada em julgado.»

2. Quais os contratos a que a lei nova se aplica, e em que medida, no caso da alínea a) do número anterior?

3. Quais os contratos a que a lei nova se aplica, e em que medida, no caso de dela constar um artigo final dizendo: «Esta lei tem eficácia retroactiva.»?

Exercício n.º 72.

Admita que entrou em vigor em Abril um novo Código do Direito de Autor (de obras literárias, artísticas, etc.). Nesta lei, surgiu a seguinte inovação: «O autor pode, a qualquer momento, retirar de circulação todos os exemplares da sua obra, desde que tenha razões morais atendíveis, mas deverá indemnizar os interessados pelos prejuízos que a retirada lhes causar.»

Em Janeiro, PM tinha contratado com a Editora Almoimbrex a publicação do seu livro *Tudo o que você queria saber sobre a sucessão de leis no tempo, mas nunca teve coragem de perguntar*. A obra de PM apareceu à venda em finais de Março e, ao longo de Abril, vários colegas lhe apontaram um erro inacreditável, vergonhoso, que PM tinha cometido. Agora em Maio, desesperado e deprimidíssimo, PM pretende pôr fim à venda do seu livro, estando disposto a pagar à Almoimbrex por todos os seus prejuízos, mas esta não está pelos ajustes, lembrando a PM que o contrato entre eles celebrado era anterior ao CDA. PM, que já não sabe a quantas anda, pede-lhe ajuda a si.

Exercício n.º 73.

Em 1999 iniciou a sua vigência a Lei X, impondo que a compra e venda de automóveis seja feita por documento escrito, com a assinatura das partes reconhecida presencialmente pelo notário, determinando ainda a nulidade das vendas que não obedecessem a essa forma.

Em Abril de 2000, entrou em vigor o D.L. Y, que reza assim:

«A Lei X, embora animada das melhores intenções, veio consagrar exigências formais que se verificaram excessivas e não foram cumpridas na generalidade dos contratos. A nulidade desses contratos deu origem a situações injustas. Assim, nos termos do art. 198.º, n.º 1, a) da Constituição, o Governo decreta:

Artigo Único

A compra e venda de automóveis deve ser feita por documento escrito assinado pelo vendedor, sem necessidade de reconhecimento notarial da assinatura.»

Qual a validade, hoje, das compras e vendas de automóveis feitas por documento escrito assinado apenas pelo vendedor **anteriores à entrada em vigor do D.L. Y?**

Exercício n.º 74.

Considere que estavam em vigor inúmeros diplomas sobre transporte de carga. Um para cada tipo de materiais transportados. Em 1-2-99, uma Segunda-feira, foi publicado um decreto-lei que veio regular em conjunto, pela primeira vez, todos estes aspectos. Segundo o seu penúltimo artigo, «fica revogada toda a legislação em contrário». O preceito seguinte diz que o D.L. «entra em vigor quinze dias após a sua publicação». Em 4-2-99 foi publicado um D.L. específico sobre transporte de combustíveis, declarando revogado certo diploma equivalente de 1978. *Quid juris*?

Exercício n.º 75.

De acordo com uma antiga lei sobre a actividade mineira, certas doenças típicas desses trabalhadores dão direito a uma específica indemnização desde que surjam durante a vigência do contrato de trabalho ou menos de 5 anos após a sua cessação. Essa lei foi revogada em 1-4-2000, dizendo a actual que o prazo máximo para a manifestação dessas doenças é de 3 anos. Como decidir um pedido de indemnização por uma dessas maleitas que surja agora, 4 anos após o fim de certo contrato?

Exercício n.º 76.

Certa lei publicada em Dezembro último dispõe: «Nos casos de contrato de trabalho doméstico, o empregador deve comunicar à Inspecção Geral de Trabalho, no prazo de dois meses após o início da execução do contrato, a sua celebração, o montante da retribuição e o número de horas semanais de trabalho prestado.» Nos termos do texto legal, a lei entrou em vigor no dia 1 de Maio. Aplica-se a contratos já celebrados? A todos?

Exercício n.º 77.

Diz o artigo 50.º de certo decreto-lei:

«1 – É proibida a construção de qualquer edifício sem que previamente tenha sido emitida a competente autorização camarária.

2 – As câmaras municipais podem ordenar a demolição das obras realizadas em contravenção com o disposto neste artigo.

3 – Edifício é toda a construção assente no solo com carácter de permanência, independentemente da sua função e dos materiais utilizados, seja subterrânea ou de superfície.»

Otília tinha já construído na sua quinta, sem autorização, uma pocilga, quando foi publicado e entrou em vigor um decreto-lei que acrescentou àquele artigo um n.º 4 do seguinte teor: «Não se aplica, porém, o disposto neste artigo a estábulos e outras instalações para animais construídos em prédios de exploração agrícola». Tendo em conta a alteração, pode agora a sua câmara municipal mandá-la demolir a pocilga?

TESTES DE AVALIAÇÃO CONTÍNUA

Introdução ao Estudo do Direito
Turma A – Turno Dia – Subturmas 2, 4 e 8
Teste de Avaliação Contínua – 8-2-1999 d. C.
Duração: 1h 57m

I – Discuta a eticidade do jurídico (5 val.).

II – O casal M & M vive com os seus filhos numa ilha do Pacífico não integrada em Estado algum. As crianças obedecem desde que nasceram a um conjunto de «regras» definidas pelos pais, designadamente:

Devem lavar as mãos antes das refeições; se não o fizerem, ficam sem sobremesa;

Devem rezar antes de começarem a comer, mas podem fazê-lo em voz alta ou mentalmente, conforme prefiram;

Devem cumprimentar-se de manhã e despedir-se dos pais com um beijo antes de se deitarem.

Discuta a normatividade e a juridicidade deste «sistema de regras» (13 val.).

III – Comente sinteticamente a seguinte afirmação:

O estudo de normas implica um discurso normativo-constitutivo (2 val.).

CORRECÇÃO DO TESTE DE AVALIAÇÃO CONTÍNUA DE 8-2-1999

Resposta à pergunta I:

«Eticidade» é um termo ambíguo, pois tanto pode significar normatividade ou imperatividade quanto moralidade.

No primeiro sentido, o direito é, obviamente, ético, tem natureza de dever ser, impõe-se incondicionalmente, regula. Não corresponde a uma ordem técnica ou natural.

No segundo sentido, a questão é mais complexa e discutível. Há várias respostas possíveis: todo o direito é ético; toda a ética é direito; apenas parte da ética e do direito coincidem; ética e direito têm âmbitos estritamente separados. Menos ortodoxamente, ainda se poderiam pôr as hipóteses de o direito ser imoral ou de a moral ser ilícita. Noutro plano, há ainda a considerar possíveis influências de um no outro.

É errado ver o direito e a moral como separados. O direito penal comum, p. ex., está fortemente impregnado de considerações éticas.

Nesses campos comuns, as normas jurídicas e morais não deixam de ser distintas, assim como podem ser distintos os valores relevantes para cada um deles. Da mesma maneira, também são distintas as normas e os valores dos vários sistemas jurídicos e dos vários sistemas ou concepções morais.

Nem toda a moral é acompanhada pelo direito. P. ex., um homem isolado não deixa de se confrontar com problemas éticos. Pelo contrário, *ubi ius, ibi societas*.

A teoria do mínimo ético é inaceitável. Os valores jurídicos não são necessariamente mais intensos do que os morais. Por outro lado, de acordo com o entendimento dominante, inúmeras normas jurídicas são eticamente neutras.

Contra o entendimento dominante, deverá dizer-se que não há normas jurídicas moralmente neutras, visto que os problemas que lhes subjazem admitem sempre uma consideração jurídica. A questão está em que muitos problemas admitem mais do que uma solução justa e mais de uma solução moralmente válida. P. ex., o problema da condução na via pública tanto poderia ser resolvido com a norma portuguesa, quanto com a inglesa, mas não com a licitude de conduzir indiferentemente por qualquer lado da via. Assim, todo o direito é moral, embora não ocupe um espaço determinado no seu interior.

A moral pode remeter para um sistema jurídico (p. ex., na moral cristã, lê-se «dai a César o que é de César»). O direito pode remeter para a moral dominante (p. ex., será porventura isso que faz a cláusula geral dos «bons costumes», nos arts. 280.º, 334.º, etc. do CCiv).

(Desenvolve-se uma resposta a esta Pergunta I um pouco mais abaixo)

Resposta à pergunta II:

Perguntam-se duas coisas normalmente tidas por distintas: se o conjunto de «regras» indicado é jurídico, ou seja, se é direito; se essas «regras» serão verdadeiras regras, *i.e.*, normas.

Num sentido muito amplo de norma, que inclui todo o dever ser, todo o acto ideal de predicação, um sentido que coincide com o de imperativo (categórico), trata-se, claramente, de normas. Não estamos perante simples descrições do real. Não estamos, em especial, perante «regras técnicas». Não agindo como se ordena, as crianças *desobedecerão* (aos pais), agirão *mal* (na perspectiva dos pais), *violarão* as regras.

No sentido mais restrito que só considera normas os «comandos», os imperativos gerais e abstractos, também se encontra aqui normatividade. As regras indicadas dirigem-se não a situações concretas, mas a todo um conjunto de situações, definidas como categorias. E dirigem-se ao conjunto genérico «filhos», não só a um ou a outro; nem sequer aos já existentes, mas também, no futuro, aos que hajam de nascer.

Num sentido ainda mais restrito de norma (usado por PAMPLONA CORTE-REAL), que o faz corresponder ao imperativo (geral e abstracto) socialmente eficaz, ou seja, à imperatividade reforçada ou *positividade*, cabe discutir a sua verificação no caso a propósito da juridicidade deste sistema de regras. Lembre-se que P. CORTE-REAL só reconhece normatividade ao sistema jurídico.

Questão diferente seria a de saber se as normas enunciadas seriam válidas, *i.e.*, se teriam fundamento. Por outras palavras, caberia saber se os pais *poderiam* criar regras vinculativas para os seus filhos. Mas isto *não era perguntado no teste*; pelo contrário, pressupunha-se uma resposta afirmativa, visto que as crianças obedeciam efectivamente aos progenitores.

O problema da juridicidade daquele «ordenamento» é mais complexo. À partida, a resposta não tem de ser negativa pelo simples facto de a ilha não se integrar em nenhum estado. Há direito superior ao Estado, há direito inferior e há direito desde muito antes do Estado.

Pode, ainda, dar-se por adquirido que, naquela ilha, algum direito existiria, pois *ubi societas, ibi ius*. As regras a que as crianças obedeciam poderiam não ser *o* direito da ilha, mas nela teria de haver direito. O direito caracteriza-se pela necessidade.

As regras enumeradas são variadas. O dever de rezar, p. ex., parece claramente ter natureza religiosa. Rezar é uma actividade de sentido transcendente e, daí, religioso. Para mais, este dever admite, no teste, um cumprimento interior (rezar mentalmente), e o direito, segundo o entendimento comum, parte sempre de aspectos exteriores da vida social. Dir-se-á, então, que a regra não é jurídica, mas religiosa.

Os deveres de as crianças se cumprimentarem e de se despedirem dos pais à noite, na nossa cultura, corresponderão, em princípio, a regras de trato social, de cortesia, de «boa educação». Por conseguinte, também não teriam natureza jurídica.

Sui generis *é o dever de lavar as mãos antes das refeições, que surge reforçado por uma sanção (punitiva). Mais um dever de cortesia? Duvidosamente, pois não parece, p. ex., que o facto de uma das crianças comer, certo dia, sozinha a liberasse desse dever. Aliás, a norma deverá ter a* finalidade *de proteger a saúde do próprio obrigado, embora também, porventura, mediatamente, o de proteger a saúde dos restantes insulares. Note-se aqui, em especial, que não temos uma regra técnica para conservar a saúde, o que a simples existência de uma norma sancionatória já confirma. Simplesmente, os pais* mandam *que as crianças se lavem antes das refeições. Talvez se tratasse de uma norma moral, mas nem isso é claro, nem impediria que a regra* também *gozasse de natureza jurídica.*

Particularmente interessante é o facto de que aquelas regras (e outras que as acompanhariam), apesar da sua heterogeneidade, constituem, no seu conjunto, *um sistema*. São *as* regras a que as crianças obedecem. São *as* regras ditadas pelos pais. Por isso, não fará sentido tratá-las separadamente. O dever de rezar é religioso, o dever de cumprimentar é de trato social, mas o conjunto tem unidade. Isto recorda-nos que *a separação entre diversos sistemas normativos* (p. ex., jurídico, religioso, moral, e de cortesia) *não é um dado universal*.

Neste sistema, só parcialmente se verifica a possível característica da *exterioridade* do sistema jurídico. A regra de rezar é fundamentalmente interior.

A *alteridade* não é detectável, também, nem quanto à regra de rezar nem, possivelmente, quanto à regra de lavar as mãos.

Estas regras são manifestamente *heterónomas*: provêm dos pais e destinam-se aos filhos.

Da maior importância é observar que estamos perante um sistema positivo de regras. A *positividade* corresponde à ideia de normatividade de PAMPLONA CORTE-REAL. Positivo porque efectivamente vigente, determinante da ordem social. A própria *coercibilidade* de algumas das regras (*v.g.*, a sanção dada de exemplo poderá ser coactivamente imposta) é constitutiva da positividade do sistema. A fácil identificação dos autores das normas (os pais) e, através deles, das normas, contribui no mesmo sentido. A presença dos pais como aplicadores dessas mesmas normas ainda torna mais clara a sua positividade, que era, afinal, evidente, pois os filhos *obedecem, de facto,* aos comandos paternos.

Não é irrelevante para a qualificação do sistema exposto o facto de ele nada ter de original. No seu conteúdo, fontes e destinatários, é em tudo idêntico às normas «vigentes» em inúmeras famílias no nosso espaço cultural. Não é usual darmos-lhes o nome de «direito».

A positividade das regras dá-lhes algo de «jurídico», tal como a sua heteronomia. A natureza tendencialmente social (regulam a

sociedade dos filhos perante os pais) e externa do conjunto, embora não de cada uma das regras, talvez apontasse, também, nesse sentido. Contudo, a sua heterogeneidade, tanto no conteúdo quanto na restante caracterização, impedirão esse qualificativo. Concluir-se-ia pelo carácter singular deste sistema de regras, que seria decerto comparável a tantos outros «sistemas normativos de educação de crianças». Um sistema normativo e com bastantes pontos em comum com o direito, mas sem chegar a ser «direito propriamente dito».

Resposta à pergunta III:

A afirmação dada a comentar é incorrecta.

«Estudo de normas» é uma expressão demasiado ampla. As várias ciências que estudam o direito fazem um estudo das normas e princípios que o compõem. A História do Direito estuda normas de sistemas jurídicos passados. O Direito Comparado estuda e compara as normas de diferentes países. Contudo, tanto a HD quanto o DC tomam uma perspectiva estritamente empírica, e não normativa-constitutiva. Apenas se preocupam com o direito tido por vigente em certo tempo ou espaço. A Filosofia do Direito tem por objecto também o jurídico, mas não investiga as suas normas e, por isso, não pode corresponder a um discurso nos termos perguntados.

Não interessam à pergunta ciências que não estudam as normas do direito, mas sim as vivências associadas, como a Sociologia, a Antropologia ou a Etnologia jurídicas. Muito menos interessam as incontáveis «ciências auxiliares do direito».

Só a Ciência do Direito tem natureza normativa-constitutiva. Nela, pergunta-se quais as normas jurídicas que devem ser tidas por vigentes ou, por outras palavras, pergunta-se qual a solução que positivamente deve ser dada a problemas jurídicos concretos. Só a Ciência do Direito pode dar essas respostas, ou seja, é jus-científica toda a conclusão no sentido de que está em vigor uma certa norma ou no sentido de que a solução de certo problema jurídico é uma e não outra. Assim, as normas efectivamente aplicadas e efectivamente cumpridas são as normas obtidas através da Ciência do Direito. Logo, conforme as conclusões da Ciência do Direito, assim serão umas ou outras as normas vigentes. Por isso, podemos dizer que o objecto da Ciência do Direito (as normas) é produzido pela própria Ciência do Direito; é isto o seu carácter constitutivo, que é também normativo, uma vez que a regulação – que comandará a sociedade – é, afinal, um produto da Ciência. Daí dizer-se que a C. do D. não goza de «transcendência teórica».

Note-se que tudo se passa diversamente nos saberes empíricos, inclusive na História do Direito ou no Direito Comparado. Independentemente do que hoje digam os historiadores, p. ex., o direito vigente no espaço português em 1555 foi um e não outro. Os fenómenos físicos ou biológicos ocorrem de determinado modo, não obstante todas as asserções correctas ou erradas que sobre eles se façam. Pelo contrário, em Direito, se se concluir (p. ex., «erradamente»), que a norma vigente em Portugal, hoje, é uma, agir-se-á de acordo com essa conclusão. Quando mudar o entendimento, os casos passarão a ser resolvidos de acordo com a nova solução. *A norma vigente é, em suma, a norma que se conclui ser vigente*.

Não deve confundir-se o problema do carácter constitutivo da C. do D., pouco discutido, com um eventual e bem mais polémico carácter *criativo* da *aplicação do direito*.

Desenvolvimento da resposta à pergunta I

Perguntar pela eticidade do jurídico — *i.e.*, perguntar em que medida o direito e as realidades que lhe estão intrinsecamente associadas são «éticos» — envolve uma clara ambiguidade decorrente do facto de «ético», no contexto que nos interessa, ter mais de um sentido.

Ético, por contraposição a fáctico, ontológico ou mesmo «natural», é sinónimo de normativo (*hoc sensu*), imperativo, deontológico ou relativo ao dever ser. Neste sentido, obviamente, o direito goza de eticidade, pois não representa uma *ordem* da natureza, empírica, necessária, mas sim uma *ordem* que se exprime por normas ou que resulta de normas. As normas atribuem valores (sobretudo, no caso do direito, os valores de lícito ou ilícito), predicam. Noutras palavras, a norma é imperativa, tem uma exigência incondicionada de aplicação. Aqui se observa, em especial, a diferença entre a ordem jurídica (ou outras possíveis ordens normativas) e a chamada «ordem técnica», cujas «regras» apenas indicam caminhos, processos para obter fins que o sujeito livremente escolherá ou não. Por isso, no fim de contas, as «regras» técnicas são meras descrições de relações de causa/efeito. As regras técnicas não podem ser violadas. A norma, pelo contrário, não descreve coisa alguma. A norma (de conduta) *prescreve* comportamentos e pode ser violada. Diz-se, por isso, que o direito representa uma ordem de liberdade e será precisamente esta estreita relação entre direito e liberdade que apela à qualificação do direito como ético. Note-se que é apenas o modo comum de exprimir as «regras» técnicas (para obter o efeito *x*, deve fazer-se *y*) que as faz parecerem-se com as verdadeiras regras, p. ex., as jurídicas (perante a situação *x*, deve fazer-se *y*). O termo «dever», no entanto, e pelo que já se disse, tem significados diferentes nas duas expressões. Usando a terminologia kantiana, vemos que, na primeira, corresponde a um imperativo hipotético, enquanto que, na segunda, a um imperativo categórico.

Quem vir o direito não como norma (reguladora de condutas e geral e abstracta), mas como solução de problemas (concretos) jurídico-práticos, nem por isso lhe negará o carácter ético (normativo, num sentido amplo da palavra). A solução do problema não resulta apenas dos factos que o colocam, não se exprime numa simples descrição desses factos, não é empírica. A solução é dada pelo ordenamento jurídico, é uma valoração desses factos, é, afinal, ética.

Mais difícil e debatida é a questão – relativa ao *outro sentido de eticidade* – de saber em que medida é que o direito é moral ou de saber como se relacionam direito e moral. Pressupõe-se que os termos não são sinónimos. Não cabendo agora discutir os dois conceitos desenvolvidamente, entende-se que qualquer um deles representa um complexo (ou sistema) normativo. A moral ou ética visa, nas suas valorações das condutas, uma ideia de bem. O direito, entendê-lo-emos simplesmente, sem preocupações de definição, como regulador dos comportamentos do homem em sociedade e partiremos daquelas normas que consensualmente são tidas como jurídicas.

Quanto à moral, há quem entenda – p. ex., Pamplona Corte-Real – que ela apenas difusa ou grosseiramente terá natureza normativa, mas isso não altera em substância os termos do nosso problema. Também não é necessário, agora, distinguir os conceitos de moral autónoma (encontrada pelo sujeito que é seu destinatário), moral social (moral dominante numa sociedade), moral humana (universal) e moral dos sistemas filosóficos ou religiosos. Em qualquer dos casos, mantém-se a referência à ideia de bem, aludida no parágrafo anterior, e é nesse sentido comum de moral que cabe relacioná-la com o direito.

As respostas razoáveis, à primeira vista, à questão colocada são: todo o direito é moral (o direito como parte integrante da moral); toda a moral é direito (a moral como parte do direito); direito e moral têm um âmbitos em parte comuns e noutra parte distintos; direito e moral não têm qualquer espaço comum, antes encontrando-

-se radicalmente separados. Numa perspectiva menos ortodoxa, ainda se questiona se o direito não será imoral ou se a moral não será ilícita. Em paralelo, e num segundo plano, cabe perguntar se há ou não interferências de um no outro.

Deve esclarecer-se que a questão não pode ser posta no plano de inquirir se as normas jurídicas e morais são idênticas. Como é claro, o simples facto de haver múltiplos ordenamentos jurídicos, diferentes uns dos outros, e infindas concepções ou sistemas morais impede que se discuta uma identidade de normas ou valorações. A discussão diz respeito aos *problemas* que cada um dos normativos resolve e às *perspectivas* de cada um; só aqui tem interesse estudarmos a sua eventual coincidência ou separação. Por isso, já se vê que uma possível imoralidade do direito ou ilicitude da moral não nos interessa. Isso respeitaria apenas a um determinado ordenamento jurídico e um certo pensamento ético – certamente, aliás, bem diferentes daqueles que estão mais próximos de nós.

Devemos recusar a ideia de separação rígida entre as esferas ética e jurídica. Sem dúvida, há uma vasta área comum. Basta pensar que o direito criminal – ou a parte mais notória do direito criminal – associa uma forte componente ética. Matar outrem sem motivo é não só ilícito, mas também imoral. Oliveira Ascensão, no entanto, entende que, ainda aqui, se trata de regras distintas, dado serem distintos os fins visados por cada uma das ordens. Em direito, o dever de não matar seria uma exigência da vida em comum, da possibilidade da convivência social, uma homenagem à ideia de bem comum. Para a moral, pelo contrário, estaríamos perante uma «ordem de amor» destinada ao aperfeiçoamento de cada pessoa. Aceita-se esta ideia de coincidência sem identidade, mas tal não nos conduz à separação entre moral e direito. Primeiro, veja-se que o entendimento daquele Professor parece assentar numa concepção utilitarista do direito, que estaria, todo ele, ao serviço do «bem comum». Porém, o «bem comum» ou a possibilidade de manutenção da vida em sociedade são já dois valores

jurídicos, que se articulam com outros. Depois, O. Ascensão parece reportar-se a um certo sistema moral, que prescreve uma «ordem de amor» e o aperfeiçoamento do homem. Outros sistemas, no entanto, optarão por valores diversos. Basta pensar na moral nietzscheana, a moral do «homem superior». Em qualquer caso, tanto o direito quanto a moral regulam, contêm normas *em atenção a valores*. É claro que, em cada sistema jurídico e em cada sistema moral, as normas e os valores hão-de variar. O que o exemplo do direito criminal claramente mostra é que há uma área de matérias, um conjunto de problemas que são tratados quer pelo direito, quer pela moral e sempre em referência aos valores de cada um. Como dissemos, moral e direito têm, pelo menos, uma área comum.

Em segundo lugar, cabe refutar que toda a moral seja direito. É simples fazê-lo, visto que o direito se destina exclusivamente à vida em sociedade. *Ubi ius, ibi societas*. Pelo contrário, a moral pode dirigir-se também a um qualquer *Robinson Crusoe*, pois o bem não é só o bem nas relações com os outros. Já se vê, então, que a moral tem um campo exclusivo. Há problemas morais que não são problemas jurídicos. Logo, algumas regras morais serão juridicamente neutras e, porventura, alguns valores morais serão, também, irrelevantes para o direito.

Será todo o direito moral? Esta tese foi defendida, designadamente, pelos adeptos do entendimento do direito como «mínimo ético». Numa metáfora plástica, direito e moral seriam círculos concêntricos, o direito ocupando o mais pequeno, pois as suas regras corresponderiam às questões éticas de maior importância, às regras morais mais intensas, que careceriam de uma solução positiva e, se possível, coercivamente tutelada. A teoria do mínimo ético foi, todavia, merecidamente abandonada. Primeiro, porque é errado pensar que o direito trata as questões mais relevantes. Por que motivo, p. ex., se há-de entender que o dever (jurídico) de pagar um caramelo comprado tem maior intensidade do que a hipotética regra moral e não jurídica que proibisse desejar

(interiormente) mal a outrem? Em segundo lugar, tem sido recusada a construção do mínimo ético com o fundamento de que *inúmeras regras jurídicas – talvez a maioria – não teriam qualquer valor ético, seriam neutras para a moral*. A regra que manda conduzir pela direita, as que regulam o fardamento de militares ou outros funcionários, as que determinam o horário dos estabelecimentos seriam «meramente organizativas», sem equivalente moral. Assim, também o direito teria áreas exclusivas, estranhas à moral. Retomando a metáfora anterior, teríamos, portanto, círculos secantes. É esta a posição dominante.

No entanto, parece preferível uma outra solução. Defendemos que todo o problema jurídico é também problema moral e que toda a norma jurídica ou valor jurídico pode integrar, igualmente, um sistema ético. O caso da norma que manda conduzir pela direita não respeita a um problema moralmente neutro, mas sim a um problema que, em termos morais (pense-se, agora, na moral dominante no nosso meio) como em termos jurídicos, teria duas soluções abstractamente válidas: a obrigatoriedade de conduzir pela direita e a obrigatoriedade de conduzir pela esquerda. O problema teria, também, inúmeras possíveis soluções inaceitáveis, como a da licitude de conduzir por qualquer lado da faixa de rodagem ou a da obrigatoriedade de conduzir em ziguezague. Nem parece que, em concreto, seja moralmente correcto conduzir pela esquerda, dados os perigos e incómodos para outrem que daí obviamente decorrem. O problema dos uniformes militares, de igual modo, nada tem de moralmente neutro, pois nem parece ética, na nossa cultura, a supressão da figura do uniforme, nem seria concebível a prescrição de um fardamento em tons berrantes ou ridículos, nem será aceitável que, sem motivo, um militar se recuse a utilizar o uniforme que lhe compete. O direito é, acreditamos, parte da ética, embora não ocupe um espaço determinado no seu seio. Sem dúvida, não corresponde, necessariamente, ao seu núcleo.

Tratando-se de sistemas distintos, nos termos vistos, nem por isso deixa de haver ou de poder haver uma forte interferência do direito na moral e vice-versa. Em primeiro lugar, vários sistemas morais receberão no seu seio normas jurídicas. Por outras palavras, certas soluções morais poderão decorrer de soluções jurídicas. Basta pensar no preceito da moral cristã «Dai a César o que é de César», em que se acolhe um dever (ético-religioso) de respeitar o (direito do) poder temporal. Também o direito haverá de receber influência moral: especialmente, da moral social. P. ex., a cláusula geral dos «bons costumes» (cf., *v.g.*, arts. 280.º e 334.º CCiv) remete precisamente, em certa medida, a essa moral.

Conclui-se, então, que:

Os sistemas jurídicos e os sistemas morais são distintos, nos mesmos termos em que os sistemas jurídicos são distintos entre si e os sistemas morais também.

O direito é parte da ética, na medida em que todo o problema jurídico é também moral e todo o valor jurídico poderá integrar-se nalgum sistema moral.

Os sistemas jurídicos e morais interferem mutuamente.

Introdução ao Estudo do Direito
Turma A – Turno Dia – Subturmas 2, 4 e 8
Teste de Avaliação Contínua – Domingo, 12 de Abril de 1999
Duração: 2h

I – Distinga e relacione muito sinteticamente: [0,8 val. cada alínea = 4 val.]

a) Direito Público e Direito Internacional Público;
b) Direito substantivo e direito adjectivo;
c) Consolidação, compilação e colectânea;
d) Jurisprudência constante e jurisprudência uniformizada;
e) Instruções e normas corporativas.

II – Considerando os acórdãos com força obrigatória geral: [5 val.]

a) Argumente a favor da sua natureza jurisprudencial;
b) Argumente a favor da sua natureza legislativa;
c) Conclua.

III – Pode o costume interpretar autenticamente uma lei? [6 val.]

IV – O reconhecimento da elaboração jurisprudencial do direito é compatível com a negação à jurisprudência do carácter de fonte do direito? [5 val.]

Introdução ao Estudo do Direito
Turma A – Turno Dia – Subturmas 2, 4 e 8
Teste de Avaliação Contínua – Sexta-feira, 13 de Maio de 1999
Duração: ± 2 horas

I – Suponha as seguintes ocorrências:

O D.L. 100/76 contém somente um artigo, com este teor:

«É proibida a importação de bens ou serviços produzidos, ainda que parcialmente, na Indonésia.»

O D.L. 200/99, publicado no dia 13 de Maio, diz:

«Perante o recente acordo assinado entre Portugal e a Indonésia, é de elementar justiça que se normalizem as relações comerciais entre os dois países.

Assim […], o Governo decreta […]:

Artigo único

São livres todas as relações comerciais entre Portugal e a Indonésia.»

Contudo, não veio a realizar-se nenhuma consulta popular em Timor Leste relativa à autonomia ou independência do território. A Indonésia terá duplicado a presença em Timor Leste de militares oriundos de Java. A ONU não interveio. Foram adiadas *sine die* todas as negociações entre Portugal e aquele Estado asiático.

Depois disto, foi publicada, em 13 de Julho, a L. 300/99, sem preâmbulo e apenas com o seguinte texto:

«É revogado o D.L. 200/99, de 13 de Maio.»

Já em Agosto, Zebedeu está a pensar em importar uns vídeos japoneses que são embalados na Indonésia. É-lhe lícito fazê-lo? Responda fundamentadamente. [6 val.]

II – (1) A interpretação extensiva, (2) a descoberta e integração de lacunas, (3) a relevância do «elemento sistemático» ou (4) do «elemento histórico» da interpretação, (5) o argumento *a fortiori*,

(6) a própria interpretação restritiva, (7) as remissões, presunções e ficções, (8) as enumerações legais, (9) a subsunção e a adaptação, (10) a necessidade de «uma interpretação e aplicação uniformes do direito», (11) o argumento *ad absurdum*, (12) o valor do costume e (13) do precedente como possíveis fontes do direito, (14) o art. 13.º da CRP, (15) etc.… — tudo isto *é*, *pressupõe* ou *implica* analogia.

Concorda? [14 val.]

Introdução ao Estudo do Direito
Turma A – Turno Dia – Subturmas 3, 6 e 9
Teste de Avaliação Contínua – 11-2-2000 d. C.
Duração: 1h 54m

Cuidado com as horas! Usem o tempo todo!

I – Discuta fundamentadamente (6 val., 33 min.):

«Os tribunais portugueses não podem aplicar usos nem costumes — que, aliás, não se distinguem significativamente — a não ser nos casos em que a lei para eles remeta, e sempre em subordinação à lei. Basta ver os arts. 1.º/1, 3.º e 7.º/1 CC ou o art. 203.º CRP. Mesmo nos casos de remissão legal, temos de ter em conta o art. 721.º/3 CPC. A parte final do art. 9.º/1 CPP, obviamente, é supérflua. Em Direito Internacional Público, a questão é diferente, *por força* do art. 38.º/1, b) do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça. De qualquer maneira, "costumes" recentes ou irrazoáveis não têm nunca *valor* algum.»

II – Responda sem se alongar (2 val., 11 min. cada):

a) Identifique normas jurídicas, fontes do direito, factos jurídicos, situações jurídicas e efeitos jurídicos a propósito do art. 1322.º, n.º 1, CC.

b) A P. n.º 20/2000, de 25 de Janeiro, determinou a substituição da fragata *Vasco da Gama*, com todos os seus tripulantes, pela fragata *Comandante Hermenegildo Capelo*, com todos os seus tripulantes, na missão portuguesa participante no processo de restauração da paz e da segurança em Timor Leste. Trata-se de uma lei?

c) Será defensável afirmar que o direito internacional só é verdadeiro direito e só é normativo graças à possibilidade de recurso à guerra em legítima defesa?

d) O direito é ordem; a ciência do direito é prudência. Acha bem?

e) Concorda que direito e moral são círculos secantes e que, mesmo nas áreas de sobreposição, cada uma dessas esferas de dever ser contém normas diferentes?

f) Deve dizer-se que a sociologia do direito tem uma intenção normativa, não goza de «transcendência teórica» e que os seus resultados não são verificáveis?

g) Distinga equidade, arbítrio, «fonte individual» e decisão discricionária como modos de solução de litígios jurídicos.

CORRECÇÃO DO TESTE DE AVALIAÇÃO CONTÍNUA DE 11-2-2000

I – Seguindo um esquema de O. ASCENSÃO, o problema deve ser dividido em dois: (1) os usos e costumes valem em Portugal como fontes do direito? (2) Devem ou não os tribunais (ou outros órgãos do Estado) aplicá-los?

Comecemos por distinguir usos e costumes. Se os usos são «apenas» prática social reiterada, os costumes são usos a que se junta a «convicção de obrigatoriedade» (*opinio juris vel necessitatis*). Temos, no entanto, de substituir «obrigatoriedade» por «juridicidade» (cf., aliás, a expressão latina *opinio juris*), por duas razões simples: primeiro, para separar a «convicção» de obrigatoriedade *jurídica* de quaisquer outras (p. ex., uma obrigatoriedade moral, religiosa ou de civilidade). Depois, porque o direito, além das regras obrigatórias, *i.e.*, imperativas, contém regras permissivas. Só «juridicidade» é suficientemente abrangente. Além disto, há que recusar uma visão excessivamente «psicologista» da «convicção». Não é necessário nem suficiente que, a cada momento em que a prática se reitera, as pessoas tenham consciência (convicção) do seu valor jurídico. Nem tem de haver, para cada prática, um pensamento social específico que a considere jurídica. A *opinio juris* deve ser entendida, portanto, como a necessidade de esse uso *corresponder* aos valores jurídicos dominantes num dado universo social[1]. É por ser uma *manifestação* fáctica, observável de valores que o costume pode ser visto como *fonte* (positivação) do direito. Assim, usos e costume são coisas bem diferentes: num exemplo de O. ASCENSÃO, não basta que os

[1] Aquele universo a que o uso respeita: um estado, uma região, um grupo profissional, os praticantes de dado desporto, etc..

bancos mandem mensalmente aos clientes um extracto de conta para termos um costume. É preciso que na sociedade em questão se acolha um «princípio da informação pormenorizada ao cliente» que juridifique essa prática. E não basta que toda a gente ande na auto-estrada a mais de 120 kmh para termos um costume permissivo, pois não é aceite generalizadamente a *licitude* dessa prática.

Os usos, por si, não comportam valor jurídico. Por isso, o texto dado a comentar só seria correcto quanto a esses. Quanto à diferença entre usos e costume, ela não impede que, *da perspectiva da lei*, as duas figuras sejam equiparadas, e ambas referidas no art. 3.º CC. Em primeiro lugar, é manifesto que, sempre que a lei remete aos usos, a remissão abrange também, por maioria de razão, os costumes. A existência de *opinio juris* apenas aumenta a justificação da sua relevância. Além disso, é também inevitável que a lei, em geral, se considere superior ao costume. Se a lei manda sem admitir excepções – *o que só sabemos, é claro, depois de a interpretarmos* devidamente –, é porque não aceita senão a regra que contém. Se abrir excepções, é ela própria que as abre e, portanto, é ela ainda quem tem a última palavra. Logo, a lei tem necessariamente de se considerar a fonte do direito superior. Contudo, esta é *apenas* a perspectiva da lei – inutilmente reafirmada nos arts. 1.º/1 e 7.º/1 (na parte em que se diz «só») CC. O jurista procura a solução juridicamente correcta e essa só coincidirá com a solução legal se devermos reconhecer a lei como a fonte superior (*fons fontium*), o que está por demonstrar.

Por isso mesmo, os arts. 1.º/1 e 7.º/1 CC, o art. 3.º/1 do Estatuto dos Magistrados Judiciais ou outros não têm, em si, relevância para o problema do valor do costume. O art. 1.º/1, 1.ª parte, CC, aliás, é logicamente sem sentido, encerra um círculo lógico, porque estatui o valor da lei como fonte, sendo óbvio que esse art. (que é lei) só releva juridicamente se a lei valer como fonte do direito. O art. 1.º/1 é supérfluo e ineficaz, por razões estritamente lógicas. Quanto ao 7.º/1 CC e aos restantes, que pretendem retirar valor ao costume, não podemos aceitar acriticamente essa inten-

ção. Como ensina O. Ascensão, para a estatuição legal de subordinação do costume ser decisiva, teríamos de *pressupor* a superioridade da lei relativamente a outras fontes, ou a sua exclusividade, que é precisamente o que queremos demonstrar. É logicamente inadmissível ser a lei, por si, a determinar a inferioridade de outra possível fonte do direito. Do mesmo modo, não é *apenas* o art. 38.º/1, b) do ETIJ que atribui valor ao costume. É certo que basta esse artigo para o costume ter valor (é logicamente possível a uma fonte – neste caso, um tratado internacional – dar valor a outra), mas, havendo outros argumentos que forcem a consideração do costume como fonte do direito, esse valor existiria mesmo que o art. 38.º ETIJ nada dissesse.

O problema do art. 203.º CRP é diferente e mais simples. Esse preceito utiliza o termo «lei» no sentido de «direito», o que é corrente em português. Não há aí qualquer teleologia de decidir o problema da relevância de outras fontes do direito, mas sim de afirmar a independência dos tribunais relativamente a quaisquer entidades. De resto, a Constituição é também uma lei, com os normais problemas de confronto com o costume, e em muitos países – e talvez mesmo em Portugal (pense-se na opinião de M. Cordeiro quanto aos assentos ou na discussão sobre a falta de referenda nos decretos-leis emitidos entre 1976 e 1983) –, o direito constitucional é um dos campos de intervenção preferencial do costume.

Quanto ao art. 9.º/1 CPP, não é supérflua a sua parte final, porque a lei não é a única fonte do direito. *Todo* esse preceito é absolutamente supérfluo. Por natureza, os tribunais devem respeitar as fontes do direito.

O costume é fonte do direito. O. Ascensão mostra-o de uma forma, à partida, incontestável. O direito (1) é um fenómeno social, (2) é ordem (direito e caos social são conceitos incompatíveis), (3) e é uma ordem com sentido de dever-ser (de «normatividade» ou «imperatividade»), um dever-ser com certas características. O costume apresenta, por definição, todos esses elemen-

tos: é uma prática social reiterada (logo, é ordem) e é acompanhado de *opinio juris* (é vivido como dever ser). Logo, o costume é fonte do direito. É a mais «imediata» fonte do direito. Se há costume, é logicamente necessário dizer que há direito em certa sociedade.

Parece, contudo, que esta argumentação deixa uma dúvida. Na verdade, pergunta-se no teste pelo *valor* do costume. Ora o simples *facto* de toda uma sociedade *dar valor* a certa prática não basta para *devermos* reconhecer-lhe esse valor. É preciso intervirem considerações *normativas* (ou *valorativas*) para um facto originar direito. O. ASCENSÃO parece ficar-se por uma «perspectiva externa» do direito (para usar a expressão de HART), como fazem a história, a comparação ou a sociologia jurídicas. Interessa-nos, porém, a «perspectiva interna», ou seja, pergunta-se se *devemos*, aqui e agora, reconhecer valor de fonte do direito a essa prática a que os nossos concidadãos, *de facto*, dão valor. Para isso, temos de invocar valores ou princípios (válidos). Ora é fácil indicar dois valores jurídicos fundamentais em favor do costume: primeiro, o valor democrático (em sentido amplo). Sem cair numa concepção voluntarista do costume, não podemos deixar de dizer que, enquanto *tacitus consensus populi* (metaforicamente, claro), o costume corresponde a uma solução aceite por todos (ou quase todos). A ideia de democraticidade dá valor jurídico a tal solução. Acresce que o costume, enquanto tradição, é solução jurídica *estabilizada* e por todos conhecida. Por isso, a segurança jurídica impõe também que se dê valor ao costume, e tanto mais quanto mais antigo ele for. Isto explica até o pretenso «requisito» da duração do costume, que no texto é expresso de forma simplista afirmando a falta de valor de «costumes recentes». Um costume *mais* antigo é, naturalmente, um costume que se impõe com maior intensidade.

Se o costume assenta, então, nesses dois princípios – um princípio de democraticidade, *lato sensu*, e o princípio/valor da

segurança jurídica – abre-se-nos caminho para uma visão global das suas relações com a lei. Esta é produto do princípio da autoridade do poder legítimo e (entre nós) democrático, bem como do valor da segurança jurídica (haver lei, especialmente escrita, dá certeza e previsibilidade às decisões). O confronto entre lei e costume é, portanto, um confronto de princípios. A segurança entra em conflito consigo própria, porque, na lei e no costume, releva de modos distintos. Quando costume e lei colidem, há que ter em conta de que modo e com que intensidade surgem os princípios em que cada um deles assenta. P. ex., aplicar uma lei *antiga*, *esquecida* (decerto só por isso não revogada) e totalmente *desconforme* com valores sociais *hoje* dominantes (uma «lei obsoleta»), que o Estado actual não estabeleceria, seria aplicar sem sentido o «princípio da autoridade» e, porque se trata de uma lei esquecida, violaria toda a segurança jurídica. Pelo contrário, dar valor a um costume de um grupo social restrito, com repercussões para terceiros, depois de o Estado legislar para pôr fim a essa prática seria uma inadmissível violação da ideia de estado de direito. Entre estes dois exemplos extremos, são muitas as possibilidades. Resolver em abstracto todos os casos de costume *contra legem* é simplista e pouco adequado.

Desta forma, fica também resolvido o problema da «racionalidade» do costume, que tem alguma aceitação legal na alusão do art. 3.º CC à boa fé. Para O. Ascensão, um costume – tal como uma lei! – será inválido por ser «irracional» na medida em que contrarie o direito natural. O direito natural, porém, é alvo de discussão intensa. A visão do valor do costume como decorrência de certos *princípios* dá a possibilidade de problematizar sob outro prisma a questão da sua «racionalidade». A invalidade do costume resultante de «irracionalidade» é a situação em que *outros princípios* jurídicos se impõem com uma intensidade tal que afastam a relevância do costume (que assenta nas ditas ideias de democraticidade e segurança jurídica). *Todos* os princípios jurí-

dicos admitem que, em certos casos, as suas exigências tenham de ceder o lugar a outras[2] . Mesmo o princípio da intangibilidade da vida humana é, por vezes, afastado (p. ex., em casos de guerra ou de legítima defesa). Também o costume (ou a lei) poderão por vezes ver-se afastados, se outros princípios intervierem com maior peso.

Pensamos que é este, inclusive, o erro de quem defende uma total supremacia da lei. Quer dar-se uma primazia *absoluta* ao princípio da autoridade perante os restantes princípios. Mas não há princípio que se imponha em absoluto. Por muito que custe à tradição de poder absoluto do Estado, a lei pode ceder e, por vezes, terá de ceder perante o costume.

Falta apenas discutir se, apesar do valor de fonte do direito do costume, será lícito ao Estado proibir *aos seus órgãos* a respectiva aplicação. Para O. Ascensão, o Estado poderia determinar aos órgãos que dele fazem parte a aplicação exclusiva do direito que o próprio Estado produz. O Autor acrescenta apenas que mesmo essa proibição poderá ser ultrapassada por um costume em sentido contrário formado nesses órgãos. O art. 721.º/3 CPC, ao excluir o conhecimento pelo STJ de direito consuetudinário, seria exemplo disso. Parece-nos, porém, que há que distinguir. No que toca aos órgãos administrativos do Estado, não há nada a opor à licitude de uma proibição legal de aplicação de direito não legal. Só devemos notar que a máquina burocrática do Estado é particularmente fértil no desenvolvimento de práticas *præter* ou *contra legem* que, porventura, acabam por se transformar em costumes. Quanto aos órgãos judiciais, a questão é diferente. O dever de os tribunais aplicarem *o direito* é-lhes conatural. Os *tribunais*, no exercício do valor fundamental da sua independência, não podem senão decidir nos termos do direito que considerem vigente. É absurdo um

[2] Cf. a importante obra de Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema…*, FC Gulbenkian, Lx, pp. 80-99.

tribunal dizer: «a solução, de acordo com o direito, não é esta, mas eu decido assim, apesar disso.» Os tribunais judiciais, junte-se, são órgãos do Estado, mas são historicamente anteriores, não são um simples produto do poder. A existência de um decisor de *litígios jurídicos* de acordo com *o direito*, por muitas formas que possa assumir — desde o tribunal do Estado da Europa continental ao conselho de anciãos, passando pelo feiticeiro, pelo *iudex* romano ou pelo tribunal arbitral —, é até universalmente identificável. Mesmo nos sistemas que admitiram resolver problemas jurídicos por intervenção divina (pense-se nos antigos ordálios), sempre se pressupôs que essa intervenção levaria ao resultado *justo*, ou seja, no caso, de acordo com um direito divino. Se o costume é, como vimos, fonte do direito, os tribunais têm de o aplicar, qualquer que seja a opinião da lei a esse respeito.

II, *a*) Fonte do direito é o próprio art. 1322.º/1, que é *lei*, produzindo e exprimindo normas jurídicas. Normas, que poderíamos formular de vários modos, são os seus dois conteúdos deônticos: se o enxame fugir para prédio alheio (previsão), o seu dono pode persegui-lo e capturá-lo aí (estatuição); se o proprietário do enxame causar danos no prédio em que entrou (previsão), deverá indemnizar o proprietário lesado (estatuição).

Factos jurídicos (*i.e.*, relevantes para estas normas): (1) um enxame foge para outro prédio; (2) o dono persegue-o para capturá-lo nesse prédio; (3) o dono do enxame causa danos ao dono do outro prédio. Além desses, (4) a própria publicação do art. 1322.º/1 (em 1966) foi um facto jurídico.

Situações jurídicas (*i.e.*, vantagens ou desvantagens atribuídas pelo direito): (1) direito de propriedade sobre um prédio; (2) direito da mesma pessoa sobre o enxame que foge; (3) direito de propriedade do outro sobre o outro prédio; (4) permissão de perseguir e capturar o enxame em prédio alheio; (5) obrigação de indemnizar pelos danos causados; (6) direito simétrico à indemnização.

Efeitos jurídicos (alterações no mundo das entidades jurídicas): (1) constituição da permissão de perseguir o enxame; (2) constituição da obrigação e (3) do direito à indemnização. Também (4) o surgimento das normas do art. 1322.º/1 (em 1967) foi um efeito jurídico.

II, *b*) Não é uma lei em sentido formal: leis formais são os actos do poder político (identificados por obedecerem a certo processo, a certa forma) especialmente consagrados ao exercício da função legislativa (e que ocupam o lugar cimeiro da hierarquia dos actos jurídicos infraconstitucionais). No nosso direito, esses actos são exclusivamente os incluídos no art. 112.º/1 CRP. As portarias (é este o caso do teste) não cabem aí; correspondem a um outro processo de formação. Preferencialmente, destinam-se ao exercício da função administrativa do Estado.

No teste, não temos uma lei em sentido material. Estas definem-se como actos do poder que, além de terem carácter inovador e eficácia externa, «contêm» no seu texto normas jurídicas. «Normas jurídicas» é aqui usado no sentido que acolhemos neste Curso de IED, ou seja, no sentido de unidades de dever ser com carácter *geral* e, porventura, *abstracto*, se é que esta qualidade pode autonomizar-se.

É mais ou menos evidente que no caso não há generalidade nem abstracção, mas é difícil demonstrá-lo. Esses conceitos, aliás, só aparentemente são simples e inequívocos. Note-se que a recusa do carácter de lei material (por falta de generalidade) implica que também não tenhamos aqui uma lei no sentido usado no art. 1.º/2 CC. Para quem, como M. Rebelo de Sousa, veja a generalidade e a abstracção como *indeterminabilidade*, ao tempo da prática do acto, dos sujeitos e das situações que aquele visa regular, é fácil negar o carácter materialmente legislativo desta portaria, porque as pessoas por ela atingida estão determinadas, são os actuais tripulantes das fragatas. Contudo, o critério de M. R. de Sousa é demasiado exigente quanto às figuras da generalidade e abstrac-

ção e, por isso, pode conduzir a resultados indesejáveis. Não o acolhemos. O. Ascensão, como outros AA., propõe como critério da generalidade a identificação dos destinatários do acto através de uma *categoria*, e não através da sua individualização. Ora o problema é precisamente que «todos os [actuais] tripulantes da Fragata VG» é ainda uma categoria, ou seja, um grupo definido através de uma ou mais características dos seus membros (neste caso, ser tripulante da VG). Note-se que, se este acto for genérico, será também abstracto, pois abrangerá todos os actos necessários, a praticar pelos seus vários tripulantes, para substituir uma fragata pela outra. De qualquer modo, lembre-se que O. Ascensão vê como característica da norma jurídica apenas a generalidade, e não a abstracção. Este problema não nos interessa agora, porém. O Autor corrige o seu critério da generalidade (o uso de uma categoria) para distinguir a generalidade verdadeira da aparente, dizendo – em moldes coincidentes com os de B. Machado, p. ex. – ser necessário não só a utilização legal de uma categoria, mas também que o fundamento, a justificação do acto se possa aferir pela categoria, e não pelos seus efectivos membros. Também por aqui, o acto teria de ser considerado genérico, pois têm-se em vista os tripulantes daquelas duas fragatas, sendo irrelevante que lá se encontrem os sujeitos A, B ou C.

Vemo-nos, portanto, perante uma *intuição* de que o acto em causa não é genérico, mas com dificuldades para a fundamentar. Uma hipótese seria considerar que «categoria», para estes efeitos, deveria abranger apenas aquelas que ainda não se concretizaram em determinados sujeitos. No caso, na verdade, os tripulantes estão já encontrados. Contudo, estaríamos aqui a cair no critério de MRS. O. Ascensão, porém, recusa tal saída: o facto de ter ocorrido já (*i.e.*, antes de o acto supostamente legislativo ser produzido) a concretização da categoria não impede que apenas ela, e não os sujeitos que a compõem, tenha relevância para o acto.

A não generalidade e o carácter não materialmente legislativo deste acto parecem resultar das seguintes considerações. Em

primeiro lugar, os verdadeiros «destinatários» do acto parecem ser *as fragatas*, e não os seus tripulantes. A fragata é olhada como uma pessoa colectiva – ainda que, eventualmente, não o seja – e o acto dirige-se-lhe. A fragata é uma estrutura orgânica em tudo equivalente a uma pessoa colectiva, e isso terá sido tido em conta pelo autor da portaria. Depois, é bom de ver que a portaria não se aplica a cada um dos tripulantes. Não são tidos em conta os seus actos, mas sim *o acto conjunto* de regressar/partir. Os actos de cada um serão determinados pelo sistema hierárquico e de distribuição de funções que vigore nas fragatas, e não pela portaria em si mesma considerada. Seria diferente, p. ex., um acto que concedesse uma dispensa aos tripulantes dessas fragatas. Aí, sim, seria abrangido cada um deles, por ser membro daquelas tripulações. Além disso, será porventura significativo que a substituição de uma fragata pela outra tenha resultado de características próprias daquelas concretas tripulações: p. ex., a substituição pode ter sido determinada pelo cansaço dos tripulantes da VG ou pela sua menor aptidão para o trabalho pretendido. Torna-se aí inequívoco que se têm em vista *aquelas pessoas*, e não as pessoas com certas características.

II, *c*) Não. Note-se que, nesta pergunta, «normativo» surge num sentido forte, *i.e.*, como sinónimo de «positivo». PAMPLONA CORTE-REAL, p. ex., usa a palavra «normativo» neste sentido. CASTANHEIRA NEVES e MENEZES CORDEIRO, p. ex., usam «positivo». «Normativo» caracteriza então a normatividade que pretende impor-se *efectivamente, eficazmente* em sociedade, tendo e procurando mecanismos para evitar que os sujeitos se furtem ao seu respeito. É esta positividade ou «normatividade em sentido forte» que permitirá, segundo muitos autores, distinguir o direito de outras esferas de dever ser, como a moral ou o «trato social».

A ideia de que a positividade e, portanto, a juridicidade decorrem da susceptibilidade de recurso à força para a «aplicação» de uma norma ou, especialmente, de uma norma sancionatória (coer-

cibilidade) e mesmo a ideia de que o direito não prescinde da figura da sanção são, porém, algo ingénuas e poderão ter-se por ultrapassadas. De qualquer maneira, seria neste contexto que a legítima defesa surgiria como necessária à juridicidade do direito internacional. Na verdade, a guerra em legítima defesa é praticamente o único meio coercivo disponível em DI.

Contudo, a impossibilidade de caracterizar o direito pela coercibilidade resulta de várias normas e mesmo ordens jurídicas não disporem de meios de aplicação coactiva. Não falemos sequer das normas desprovidas de sanção, que as há, e muitas. Pensemos em sistemas inteiros totalmente alheios ao uso da força, como o direito canónico, o direito de alguns organismos internacionais (o direito comunitário, o direito de organizações desportivas como a FIFA, a FIDE, etc.) e também certos sistemas jurídicos infra-estaduais. O próprio DI, além das naturais dificuldades *fácticas* de utilização da força (dadas as diferenças de poder dos vários estados), só admite o recurso à guerra em situações muito, muito delimitadas. Apesar disso, o DI estende-se, cada vez mais, a variadíssimos aspectos da vida mundial.

A coercibilidade, todavia, tem alguma relação com a positividade e, por isso, com a juridicidade, nos termos vistos. É que (1) a estatuição e susceptibilidade do recurso à força é *um dos* modos de conseguir essa positividade. O direito, ao pretender impor-se efectivamente numa sociedade, recorre com naturalidade à força. *Porém, os mecanismos da positividade são muito mais variados*, e o erro da afirmação do teste é não o perceber. O mecanismo mais importante será (2) a institucionalização de modos de resolução dos litígios e restantes problemas jurídicos, *maxime*, nos tribunais ((2.1) queridos imparciais e, na maioria das culturas, independentes). Também em DI os tribunais têm o seu papel. É o caso do TIJ, referido na pergunta I do teste. Por vezes, surgem tribunais *ad hoc*, mas ainda assim tribunais. O outro instrumento básico de positivação do direito são (3) as fontes do direito. Em direito, não se decide apenas com base em *princípios* ou *valores*, mas prin-

cipalmente com base no costume, na lei, porventura na jurisprudência e, em direito internacional, com base em tratados. Esta *objectivação* do direito nas fontes é um meio primordial de positivação: o direito está tendencialmente assente em dados fácticos, empíricos, não está «suspenso numa atmosfera fluida de valores». (4) A ligação entre direito e poder – que não é necessária!, mas é frequente – favorece também a positividade do direito. O poder pode impor-se, e o direito quer impor-se. Ainda meios de positividade são (5) as sanções em geral, muitas das quais insusceptíveis de aplicação física, e (6) as restantes normas destinadas a promover o cumprimento de outras normas. Sirvam de exemplo [1] as regras de contabilidade que se destinam a facilitar a aplicação dos impostos e taxas, [2] o princípio da separação de poderes, que visa, entre outras coisas, evitar o abuso do poder, [3] a proibição de que os alunos falem ou saiam da sala durante os testes, de modo a diminuir a fraude, [4] as regras que impõem o processo que antecede o casamento, que procura assegurar a inexistência de impedimentos matrimoniais, [5] a necessidade de controlo administrativo prévio de alguns actos (p. ex., pelos notários), para assegurar a sua legalidade, [6] a obrigatoriedade de intervenção dos tribunais para a produção de certos efeitos jurídicos (p. ex., para afastar uma relação de filiação), [7] as regras sobre execução das penas criminais que se destinem a evitar que os condenados se furtem à pena, [8] as regras sobre incompatibilidades dos juízes, advogados, membros de órgãos de soberania, etc., que tentam evitar a parcialidade ou «corrupção» destes sujeitos, [9] algumas regras que impõem a publicidade de certos procedimentos, para que «o público» os fiscalize, [10] as normas que dão uma tutela dos direitos antes da sua violação, [11] todas as que criam organismos com poderes de inspecção, etc., etc., etc..

Estes seis modos de positivação da normatividade jurídica, ou seja, de fazer com que o direito seja direito, não têm de ocorrer todos em cada sistema jurídico ou para cada norma jurídica. Mas têm de ocorrer alguns.

II, *d*) O trecho dado a comentar é bastante equívoco. A palavra «direito», num dos seus sentidos, abrange a ciência do direito. Esta, por seu turno, não faz senão procurar o direito que se deve ter por vigente e, nessa medida, a ciência do direito coincidirá sempre com o direito, terá sempre uma correspondência *integral* com o direito. Não faz sentido atribuir ao direito uma finalidade ou um objecto que se negam à ciência do direito.

O direito (e a sua «ciência») é ordem social. O direito implica constâncias, regularidades, igualdades, permanências sociais, implica institucionalização, implica uma estrutura. Direito e caos são ideias incompatíveis. Como se sabe, a ordem a que o direito se reporta é uma ordem com sentido de dever ser, mas este ponto, agora, não é relevante. *Ao mesmo tempo*, o direito (e a ciência do direito) é prudência, *i.e.*, destina-se a resolver (regulando) problemas concretos, com uma pretensão de justiça nessa resolução. Todo o direito tem sentido apenas na medida em que se aplica a problemas de pessoas individualmente consideradas. Um direito que não se *aplicasse* não seria direito, mas sim especulação, literatura ou teoria do direito. Uma «norma jurídica» cujos pressupostos nunca pudessem verificar-se na vida dos homens seria um aborto sem sentido. Também aqui, «todo o direito existe por causa dos homens»[3]. Pode ver-se o direito, então, como uma dialéctica entre ordem e prudência. Mas talvez não seja necessária essa visão, pois «dialéctica» parece implicar tensão, e a ideia de resolver os casos *dentro* da ordem é mais do que suficiente para excluir uma tensão, *i.e.*, uma dificuldade de articular esses dois momentos (a ordem e a prudência). Quando, ao pensarmos em prudência, tivermos em conta que *cada caso concreto*, nas suas especificidades, reclama todo um repensar das normas e, ao considerarmos a ordem, olharmos o direito como um *sistema* e um

[3] *Hominum causa omne ius constitutum [est]*. HERMOGENIANUS, D. (Digesto) 1. 5 (*De statu hominum*), 2.

produto *histórico*, encontramos, sem dúvida, dois focos de tensão. Estes são, no entanto, dois aspectos, embora talvez inultrapassáveis, que não se prendem logicamente com os conceitos de ordem e de prudência, mantendo-se portanto a possibilidade de um convívio pleno e sem atritos entre essas duas ideias de base.

A pergunta formulada no teste suscita, porém, dois tipos de interrogações, que se têm de deixar apenas esboçadas. Como ponto prévio, assente-se que, sendo o direito ordem, é também tarefa a cumprir. Assim, não deve pensar-se o direito como uma ordem *dada*, mas sim como ordem a alcançar. Depois – e esta é a primeira interrogação –, a visão do direito como ordem sofre com a consideração de que o direito também convive com momentos de desordem, chegando a desejá-la. Ao englobar normas permissivas, o direito deixa espaços de liberdade aos sujeitos, que a usarão a seu gosto. Aí, temos desordem. Ora a liberdade é um valor jurídico fundamental! O segundo problema é o de a ciência do direito se preocupar exclusivamente com os casos concretos. Quanto a esta concepção – defendida por Castanheira Neves, Menezes Cordeiro e tantos outros autores contemporâneos da maior importância –, deve obtemperar-se que a finalidade é o caso concreto, cada caso concreto, mas o pensamento jurídico é ainda plenamente jurídico quando considera um conjunto abstracto de casos (análogos, é claro), p. ex., ao discutir-se, na Faculdade, a interpretação de uma lei. O direito (o pensamento jurídico) não existe só em cada caso. No caso concreto, simplesmente, surge *todo* o direito, e surge plenamente.

II, *e*) Essa é a posição de Oliveira Ascensão, que, por acentuar as *finalidades diferentes* do direito e da moral – aquele visando o bem comum e a convivência social, esta prosseguindo o aperfeiçoamento do sujeito no sentido do bem –, concordaria que só aparentemente os círculos são secantes. *Parecem* ser secantes porque surgem em ambos normas à primeira vista idênticas (basta pensar em regras como as do direito penal, dos direitos fundamen-

tais, o princípio da autonomia privada, etc.). Não o são *de facto* devido à referida diferença de finalidades. Também pode encontrar-se uma diferença nos pontos de partida destas duas esferas: o direito partiria do aspecto exterior dos comportamentos, só num segundo ponto atendendo a intenções ou motivações; a moral do interior, só depois olhando à concretização em comportamentos exteriores.

A frase dada a comentar no teste, e que colheria o apoio da maior parte da doutrina, vem contestar a chamada «teoria do mínimo ético. Esta, defendida designadamente por JELLINEK, analisa-se em duas proposições simples: (1) todo o direito é moral, *i.e.*, o direito é parte da moral; (2) o direito é a parte mais importante da moral, ou seja, o direito consiste precisamente no sector da esfera ética que comporta os valores mais intensos, os valores essenciais à convivência. «Mínimo ético» significa haver um conjunto mínimo de regras morais cujo cumprimento tem de ser garantido. Essas regras seriam o direito. O direito seria, então, um círculo menor e nuclear contido dentro de um outro, a moral.

A metáfora dos círculos secantes vem afirmar, em crítica à teoria do mínimo ético, que não só há normas morais estranhas ao direito – o que a outra também aceitaria – (basta pensar no comando «amai o próximo»), há também inúmeras regras jurídicas, aliás, a esmagadora maioria, alheias a qualquer pensamento moral. Assim as regras que definem os sinais de trânsito, todas as regras meramente organizativas e/ou burocráticas, como as que determinam as formas ou formalidades de certos actos jurídicos ou as que determinam os uniformes das forças militarizadas, algumas das regras contabilísticas, etc., etc.. Estas regras jurídicas seriam *moralmente neutras* e, por isso, a parte do ordenamento jurídico que delas se compõe não teria qualquer relação com a moral. Esta tese recebe hoje grande apoio.

Devem distinguir-se as regras jurídicas moralmente neutras das regras jurídicas imorais, *i.e.*, contrárias à moral. Estas regras podem existir validamente, em princípio, mas devem ser evitadas

pelo direito. Sustenta-se uma posição de *não beligerância* entre direito e moral: o direito poderá permitir actos imorais, mas não poderá impô-los.

A diferença entre normas jurídicas moralmente neutras e normas jurídicas contrárias às moral ajuda a explicar as relações entre a esfera jurídica e a esfera moral: o direito não deixa de ser moral quando vai *contra* a moral. Ainda assim, o direito faz uma opção moralmente significativa, embora errada. Então, afirmar que parte do direito é estranha à moral – o que corresponde à «teoria» dos círculos secantes – é o mesmo que afirmar que alguns *problemas* jurídicos são *indiferentes* à moral. Não se trata de dizer que certas regras jurídicas não estejam de acordo com a moral, mas sim de afirmar que o problema jurídico resolvido por essa regra é um problema a que a moral não dá qualquer atenção. Os círculos secantes não são círculos de regras, mas sim círculos de problemas.

Chegados a este ponto, pode ser combatida a tese dos círculos secantes – que, como se disse, tem o apoio de inúmeros autores portugueses e estrangeiros. Por um lado, poderemos invocar o seguinte raciocínio de ALEXY: (1) toda a regra jurídica afecta a liberdade das pessoas; (2) a liberdade é um valor moralmente relevante; (3) logo, toda a norma jurídica é moralmente relevante, (4) e o problema que ela veio resolver é (também) um problema moral. Em segundo lugar, podemos dizer que toda a norma jurídica imposta pelo poder levanta um problema moral, na medida em que o dever de obediência ao poder é moralmente discutido[4] .

Uma última forma de refutar a possibilidade de normas jurídicas moralmente neutras assenta na distinção entre problemas

[4] P. ex., logo na Epístola aos Romanos (de S. PAULO), diz-se: «Submeta-se cada um às autoridades superiores, pois não há autoridade que não provenha de Deus.» (Rom 13, 1). Aqui defende-se o valor moral do princípio da autoridade, que é também jurídico. O acentuar do valor da autoridade é característico do cristianismo e, em geral, das religiões monoteístas.

moralmente neutros e problemas *com várias soluções moralmente válidas*. Dir-se-ia, então, p. ex., que o problema dos uniformes da polícia é um problema moralmente significativo, pois seria imoral, p. ex., impor aos agentes policiais um uniforme desconfortável ou ridículo. Pode portanto defender-se que todo o direito é moral.

II, *f*) Não, essa afirmação é um disparate completo. A sociologia do direito *estuda* um fenómeno social que se caracteriza por estar relacionado com o sistema jurídico. P. ex., a sociologia jurídica analisa as decisões judiciais enquanto manifestações de certos valores dominantes numa sociedade, enquanto um dos modos de os conflitos sociais serem dirimidos ou enquanto mecanismos de dominação de uns grupos sociais sobre outros. Assim, a sociologia jurídica tem uma base estritamente empírica – observa o que acontece na sociedade (em relação com o direito) –, não se preocupando em discutir quais as melhores soluções jurídicas dos problemas. A sociologia do direito segue uma perspectiva estritamente *externa* (para usar de novo a expressão cunhada por H. L. A. HART) do direito.

Nessa medida, a sociologia do direito goza de «transcendência teórica», *i.e.*, o seu objecto de estudo existe separadamente do respectivo discurso. Independentemente do que digam os sociólogos do direito, este apresenta, numa dada sociedade, certas características, e não outras. Os valores dominantes numa sociedade são uns e não outros, devendo a sociologia apenas tentar conhecê-los e relacioná-los com outros factos sociais também observáveis. O objecto da sociologia do direito são comportamentos sociais efectivamente existentes, e a sociologia é um discurso sobre eles, que não tem neles nenhuma interferência imediata. A sociologia discorre sobre o *real existente* (factual, observável, fenoménico, histórico), ao contrário do que faz, p. ex., a interpretação literária, que, trabalhando sobre um dado factual (o texto) *procura um sentido* que tem de ser atribuído ao texto, mas que não existe como dado do real histórico.

Isso mesmo decorre de a sociologia jurídica *não ter* uma intenção normativa. A sociologia não pretende dizer o que é que *deve* ou não acontecer em sociedade. Não exige que as pessoas se comportem de uma maneira ou de outra. A sociologia limita-se a observar e a compreender aquilo que efectivamente acontece. A sua intenção é uma *intenção de conhecimento*, nunca uma intenção regulativa.

Justamente porque tem uma intenção cognoscitiva e transcendência teórica, os resultados da sociologia são verificáveis. Se um sociólogo do direito disser, p. ex., que os juízes com mais de 50 anos de idade atribuem as crianças à mãe, e não ao pai, em mais de 98% dos casos de processos relativos ao poder paternal, tal informação será verificada ou desmentida pelo competente estudo estatístico. Se um sociólogo sustentar que esse comportamento dos juízes corresponde a uma concepção católica tradicional da família e a um entendimento de rígida divisão de funções entre os sexos, esta afirmação pode também ser confrontada com outros comportamentos dos juízes e com outros seus juízos de valor a respeito dos papéis que cabem ao homem e à mulher. Através da observação e do processamento dos dados observados – *maxime*, por meios estatísticos – as proposições sociológicas são confirmadas ou desmentidas.

Devido à separação entre discurso e objecto, à intenção de conhecimento e à verificabilidade empírica (e provavelmente também experimental) dos seus resultados, a sociologia (incluindo a sociologia jurídica) pode reivindicar calmamente o estatuto de *ciência* social.

II, *g*) Um litígio jurídico pode ser resolvido de acordo com as fontes do direito. Na medida em que as fontes do direito, de acordo com a definição usada no nosso curso, contêm normas jurídicas (gerais e abstractas), elas fornecem o *modo normativo* (*hoc*

sensu [5]) de solução dos casos concretos. As figuras enumeradas na pergunta, pelo contrário, correspondem a modos não normativos (*hoc sensu*) de tratamento do caso. Esta terminologia é acolhida por O. Ascensão. Não é a única aceitável, naturalmente, e será até passível de uma ou outra consideração crítica, que agora não vem ao caso, mas é essa a terminologia que aqui vamos usar.

Começando pelo arbítrio, notemos que este *não* é um modo de *resolver* um problema jurídico. A decisão arbitrária assenta única e exclusivamente na vontade do decisor. Uma vontade que pode resultar de quaisquer sentimentos, meritórios ou censuráveis, aceitáveis ou não, ou apenas de uma escolha ao *acaso*. A decisão arbitrária é uma decisão *sem fundamento*, por outras palavras, uma decisão que não pretende ter qualquer justificação. Por isso, não *resolve* problemas jurídicos, apenas os contorna. A decisão arbitrária *não* é uma decisão *valorativamente racional*, precisamente porque a sua racionalidade significaria que tivesse fundamento. A decisão arbitrária é inadmissível como decisão *de um problema jurídico*[6]. Designadamente, é absolutamente proibida aos tribunais. Não se deve confundir o termo «arbítrio» com algumas expressões jurídicas tradicionais, como «prudente arbítrio», que quer dizer algo completamente diferente: significa «convicção livre, mas racional e fundada» (porque tem de ser «prudente»).

Na decisão «segundo a equidade», temos uma decisão jurídica, *i.e.*, racional, que procura fundamento. A sua especificidade reside em não considerar as fontes do direito. Nesta medida, a decisão equitativa é «justiça do caso concreto», uma decisão que

---

[5] «*Hoc sensu*» significa «neste sentido», *i.e.*, traduz que a expressão a que diz respeito (no caso, «normativo») é usada no sentido antes explicado ou num sentido específico que se deixa perceber pelo contexto.

[6] Isto não impede que o direito, ao reconhecer espaços de liberdade às pessoas, esteja precisamente a permitir-lhes que *decidam a sua vida* de acordo com o seu arbítrio. Mas decidam *a sua vida*, e não problemas jurídicos.

não procura a norma (geral e abstracta) contida nas fontes para a aplicar ao caso. Ao invés, tenta descobrir-se um dever ser jurídico válido *para aquele caso*. Na equidade, portanto, temos uma decisão que (1) ignora a normatividade geral e abstracta, ou seja, assenta numa consideração apenas do caso concreto, e que (2) não decorre de *factos* normativos prévios, como seriam as fontes do direito. A decisão equitativa (3) é também uma decisão juridicamente fundada e, por isso mesmo, racional. Apoia-se em valores válidos. Basta ver que já o termo «equidade» remete à ideia de justiça, distinguindo-se necessariamente do arbítrio. A própria lei, que admite decisões equitativas em numerosas situações (cf. o art. 4.º CC), deixa entrever que a decisão segundo a equidade tem de ser racionalmente *fundada*, pois exige que *todas* as decisões dos tribunais (judiciais ou arbitrais) sejam *fundamentadas*. «Fundamentar» é expressar o fundamento.

Poderemos ensaiar uma compreensão menos «tradicional» da equidade, pelo menos, por duas formas. Por um lado, seguindo Menezes Cordeiro, diríamos que, havendo na equidade ainda uma decisão jurídica, ela atenderá forçosamente ao lastro histórico-cultural que constitui o próprio direito. O direito é cultura. Assim, a decisão segundo a equidade será em grande medida equiparável a uma decisão fundada nas fontes do direito, *maxime* na lei, que são também repositório de uma tradição jurídico-cultural. A única diferença estaria em que, na decisão de equidade, seria permitido ignorar os aspectos fortuitos e formais ou excessivamente rígidos da lei. A equidade redundaria como que numa aplicação da lei «livremente interpretada». Não poderia ir além disso, pois, se perdesse a mencionada referência histórica, deixaria de ser uma decisão jurídica. Contra M. Cordeiro, deveremos talvez sustentar que, nos casos em que é permitido julgar segundo a equidade, permite-se inclusive um *repensar* valorativo da história do direito. Há racionalidade jurídica ainda quando se decide contra a história.

A segunda visão «não tradicional» da equidade defenderia que, se nela a decisão *é encontrada* perante o caso concreto, a sua especificidade estaria apenas no facto de ser permitido ignorar as fontes do direito. Na verdade, qualquer solução *fundada* implica logicamente que a mesma solução há-de valer para todos os casos idênticos àquele em todos os aspectos relevantes. Assim, também na decisão segundo a equidade existiria a aplicação de uma norma (geral e abstracta), embora descoberta estritamente em função daquele caso concreto e dos princípios ou valores que o decisor devesse ter por válidos.

A solução de um caso jurídico de acordo com a «fonte individual» distingue-se muito claramente de todas as outras. Aí, a solução decorre também de um texto juridicamente eficaz – p. ex., uma lei em sentido meramente formal ou um tratado que não contenha normas (gerais e abstractas) –, com a única especificidade de o conteúdo desse texto não ser uma norma (geral e abstracta). Só devido a esta última característica é que a «fonte individual» não é uma «verdadeira» fonte do direito, no sentido que no nosso curso damos a esta expressão.

A decisão discricionária de um caso concreto distingue-se das anteriores por o seu ponto de referência não ser a normatividade jurídica, nem sequer a «normatividade» concreta, mas sim a ideia de interesse público, que se traduz numa apreciação da conveniência e da oportunidade de certa decisão. «Conveniência» implica a consideração da *utilidade*, para o bem comum, para o interesse público, de uma certa decisão. «Oportunidade» acarreta a ponderação da utilidade da decisão naquele espaço, tempo e circunstâncias concretamente considerados. As decisões antes referidas são diferentes da discricionariedade por apelarem a bastantes outros valores jurídicos, além da utilidade. A discricionariedade é o modo típico de decisão da administração pública.

Introdução ao Estudo do Direito
Turma A – Turno Dia
Teste de Avaliação Contínua – 14-4-2000

Nota: não se publica na íntegra este teste por ter sido da autoria de toda a equipa docente da Turma A neste ano. O caso prático seguinte, aliás, foi criado pelo Dr. Arménio Marques Ferreira, que me autorizou publicá-lo e a quem deixo o devido agradecimento. Só a correcção do caso, que se segue, foi feita por mim.

4. A **Lei X** estabelece que «é proibido fazer ruídos anormais na proximidade de hospitais». O **Decreto-Lei Y** determina que «os automobilistas que circulem a menos de 100 metros de qualquer hospital só podem buzinar em situação anormal de emergência.»

Adão seguia de bicicleta a cerca de 50 metros da «Clínica Médica e de Internamento ZYZ» quando viu Eva, sua amiga. Para a chamar e poder saudá-la, Adão accionou repetidamente a buzina da sua bicicleta.

Adão violou alguma das disposições citadas? (5 valores)

Boa sorte!

CORRECÇÃO DO TESTE DE AVALIAÇÃO CONTÍNUA DE 14-4-2000

Correcção da resposta 4 (caso prático)

Pergunta-se se Adão, ao fazer apitar a buzina da sua bicicleta, terá violado a Lei X (LX) ou o Decreto-Lei Y (DLY). Começa-se a resposta pela LX, não só por ser mais fácil enquadrar nela o sucedido, mas também porque o DLY pode ser usado para interpretá-la. Note-se ainda que a situação descrita tem qualquer coisa de invulgar, porque as bicicletas não costumam ter buzinas, mas sim campainhas.

É necessário interpretar a LX, como qualquer lei. Para isso, podemos começar pelo chamado «*elemento literal*» (cf., aliás, o art. 9.º CC: «a partir dos textos»). Esta lei usa dois *conceitos* bastante *indeterminados*, o de «ruídos anormais» e o de «na proximidade de». Estes «conceitos» dão alguma liberdade ao intérprete-aplicador de utilização (fundamentada) de valorações, ao mesmo tempo que geram dificuldades na interpretação. Perante esta indeterminação, não vale a pena sequer tentar resolver o problema apresentado sem a utilização de outro tipo de argumentos. Ainda em atenção à letra da LX, devemos notar que o termo «hospital» não abrange, na *linguagem corrente*, as chamadas «clínicas», de que temos aqui um exemplo. Trata-se, porém, de conceitos muito próximos. Admite-se que, já fora da linguagem mais usual, ainda possa dizer-se que as clínicas são um tipo de hospitais, designadamente, são «hospitais pequenos». Pelo menos, algumas clínicas, como as que recebam doentes internados.

O elemento literal não é nunca suficiente. No nosso caso, é de especial utilidade o «*elemento teleológico*», *i.e.*, a consideração da finalidade social que, objectivamente, a LX prossegue. Recusa-se uma posição subjectivista na interpretação. Nem sabemos,

aqui, quais as «intenções» do legislador. A finalidade objectiva da LX é, seguramente, garantir o sossego, o repouso dos doentes. O ruído é pernicioso, em geral, e pode perturbar o tratamento dos doentes, bem como agravar o seu sofrimento. O DLY, diga-se já, visa idêntica finalidade.

A determinação da finalidade da LX *permite já uma concretização* dos conceitos indeterminados que se identificaram, bem como a opção por um dos sentidos possíveis da palavra «hospital», avançando para a aplicação do dispositivo a este caso concreto. «Buzinar» é fazer um «ruído anormal». Primeiro, porque se trata de um ruído forte, capaz de perturbar o sossego que a LX quer garantir. Depois, porque não se trata de um ruído necessário à normal circulação de veículos. Quanto a este segundo aspecto, tenha-se em conta o chamado «*elemento sistemático por subordinação material*»: há um princípio geral de liberdade das pessoas. Essa liberdade seria excessivamente afectada se a LX viesse proibir todos os ruídos que os doentes pudessem ouvir. A LX proíbe os ruídos desnecessários ou pouco necessários à normal actividade das pessoas na rua. No caso de Adão, note-se em especial que ele buzinou «repetidamente», não se percebendo que ganho teria em fazê-lo. Voltando à teleologia da LX, ela permite-nos concluir também que Adão se encontrava «na proximidade» da Cínica. Uma buzina é perfeitamente audível a 50 m. Ainda através do elemento teleológico, concluímos que devemos optar pelo sentido de «hospital» que inclui clínicas, sobretudo com doentes internados. Estes não merecem menos cuidados do que os que se encontram nos hospitais comuns.

Estas conclusões são confirmadas pelo «*elemento sistemático por analogia*». O DLY, que é *lei especial* relativamente à LX (o DLY regula apenas, à partida, os ruídos feitos por automobilistas), contribui para a interpretação da LX (cf. aliás, o art. 9.º CC, «unidade do sistema jurídico»). *Há analogia entre o DLY e os casos de buzinas de bicicleta porque* a *ratio legis* daquele (a tal finalidade) procede em todos os casos de ruído. Este conceito de

analogia é um conceito valorativo, e não formal, usado no art. 10.º/2 CC a propósito da matéria da integração de lacunas. A interpretação que fizemos de «proximidade», na LX, é confirmada pelo conceito absolutamente determinado «a menos de 100 m» do DLY. «Buzinar» é exactamente a actividade proibida pelo DLY, o que confirma a nossa apreciação quanto a o que são «ruídos anormais».

Fizemos, portanto, uma interpretação *declarativa média* da LX quanto aos termos «anormal» e «na proximidade». Fizemos uma interpretação *declarativa lata* quanto a «hospital». Quanto a este caso, note-se que não se trata de uma *extensiva* porque — assim nos parece — a palavra «hospital» pode ser usada, ainda que pouco frequentemente, para incluir clínicas, sobretudo quando estas recebem doentes internados. Adão violou a LX. Parece, pelo contrário, que Adão não violou o DLY. O DLY tem, neste caso, apenas a função de auxiliar na interpretação da LX. Não é ele que regula o caso. Na falta da LX, o DLY deveria ser utilizado para integrar a lacuna que existiria (cf. art. 10.º/1 CC). Só nesse caso seria correcto dizer que tinha sido violado por Adão.

O DLY contém ainda *uma regra excepcional* relativamente à proibição de buzinar. Permite fazê-lo em «situações anormais de emergência». Esta regra é obviamente *análoga à do art. 339.º/1* CC, concretizando um princípio geral de licitude dos comportamentos em estado de necessidade. A excepcionalidade dessa parte final do DLY não impede a respectiva aplicação analógica, dado tratar-se de uma excepcionalidade meramente formal, e não de um *ius singulare*. O art. *11.º* CC deve ser interpretado restritivamente, não incluindo a excepcionalidade meramente formal. Como vimos, há no DLY apenas a concretização de um princípio geral de direito e, por isso, a excepcionalidade é formal. Ainda através do «elemento sistemático por analogia», que já vimos, é manifesto que esta excepção tem de ser usada para uma interpretação *restritiva* da LX. A proibição de «ruídos anormais» não se «aplica» em situações de estado de necessidade.

Contudo, isto em nada ajuda Adão. Na verdade, a sua situação não é «anormal de emergência». Este conceito indeterminado deve ser concretizado à luz do princípio que vimos informar todos os «estados de necessidade» (elemento sistemático por *subordinação material*). Está aí em causa uma ponderação de valores que se contradizem. Ora Adão procura apenas «saudar a amiga». Não há aqui nenhum valor superior ao sossego dos doentes. Adão não está em «estado de necessidade». A interpretação restritiva da LX não chega para o proteger. O caso de Adão cai na regra geral, e não na excepção.

Introdução ao Estudo do Direito
Turma A – Turno Dia – Subturmas 3, 6 e 9
Teste de Avaliação Contínua – 12-5-2000
Duração: 1h 53m

I – Um decreto-lei diz assim:

«Os incidentes ocorridos na final da Taça dos Campeões Europeus de hóquei em patins revelam a necessidade de legislação destinada a evitar tais perturbações. Assim, nos termos do art. 198.º, n.º 1, a), CRP, o Governo decreta:

Artigo 1.º

É proibida a realização de quaisquer provas das competições europeias de modalidades desportivas por equipas sem a presença de, pelo menos, 40 elementos da PSP ou da GNR. […]»

Num jogo de andebol entre o XYZ de Bragança e o Tarragona, para a Taça dos Campeões Europeus, as bancadas estavam absolutamente vazias, sem público, em cumprimento de uma sanção aplicada pela Federação Europeia de Andebol ao XYZ. Havia no recinto apenas três agentes da PSP. *Quid juris*?

(5 valores; 25 minutos)

II, *a*) A Lei 1 foi publicada a 1 de Março, para entrar em vigor a 1 de Maio. A Lei 2 foi publicada a 5 de Março, sem indicar quando entraria em vigor. A Lei 3 foi distribuída a 9 de Março num *Diário da República* com data de 7 de Março, para entrar em vigor «vinte dias após a sua publicação». Sendo as três incompatíveis, em que períodos é que cada uma delas vigorou ou vigora? (3 valores; 20 minutos)

II, *b*) O D.L. X, de 1981, estabelece que «cada caçador, por dia, pode caçar apenas cinco perdizes». O D.L. Y, publicado em princípios de 1998 devido a condições ambientais extraordinariamente adversas desse ano, dispõe unicamente que «durante a época de caça de 1998, cada caçador, por dia, pode caçar apenas três perdizes.»

Quantas perdizes se podem caçar por dia em 2000? (2 valores; 10 minutos)

II, *c*) Entrou hoje em vigor o D.L. W, que veio alterar o art. 1210.º/1 CC. Por força do D.L. W, agora «os materiais e utensílios necessários à execução da obra devem ser fornecidos pelo empreiteiro, salvo convenção em contrário.»

Esta eliminação da relevância dos usos aplica-se nos contratos de empreitada já celebrados quanto aos utensílios e materiais que se tornem necessários a partir de hoje?

(3 valores; 15 minutos)

III – Diga *o que são* e *qual a importância* dos «*princípios jurídicos*» para (1) o positivismo legalista, (2) o jusnaturalismo e (3) a tópica/retórica, bem como (4) para a tarefa de interpretação-aplicação da lei, tal como deve ser correctamente entendida. Se achar conveniente, apresente os defeitos daquelas orientações do pensamento jurídico. (7 valores; 40 minutos)

Introdução ao Estudo do Direito
Turma B – Turno Dia
Teste de Avaliação Contínua – 20-12-2000, à tarde
Duração: exactamente 60 minutos

Cuidado com as horas!

I

Distinga norma, fonte, artigo, estatuição, factispécie, efeito jurídico e sanção. (7 itens)

[5 valores, 14 minutos]

II

A UEFA é uma entidade que intervém num espaço mais ou menos correspondente ao continente europeu, não depende especificamente de nenhum Estado e emite variadas regras relativas ao futebol, nomeadamente, *regras* do próprio jogo, *regras* sobre arbitragem, *regras* de organização de torneios e campeonatos, *regras* de distribuição de dinheiros, etc..

A UEFA não tem polícia nem exército, mas tem órgãos que criam essas regras e outros que decidem sobre a sua aplicação aos casos concretos.

Certa equipa de futebol portuguesa costuma distribuir os jogadores em campo segundo a *regra* 4-4-2 – ou seja, com quatro defesas, quatro médios e dois avançados – porque o seu treinador acha ser essa a maneira mais simples de conseguir uma articulação eficiente entre os vários sectores da equipa.

Estas regras devem considerar-se normativas, jurídicas e éticas?

[15 valores, 42 minutos]

Boa sorte!

E Boas Festas!

CORRECÇÃO DO TESTE DE AVALIAÇÃO CONTÍNUA DE 20-12-2000

Com desenvolvimento da resposta à segunda questão

I

Norma – num entendimento tradicional – é a unidade de sentido[1] que determina o que é permitido, proibido e imposto, o que é lícito e ilícito, ou o que é bom e mau. Por outras palavras, norma é cada uma das fracções do chamado «dever ser». A norma é, muitas vezes, o *significado* de uma fonte, mas também há normas sem fonte. A norma não descreve a realidade existente; a norma prescreve, ou seja, determina, estabelece o que é permitido ou proibido, o que é bom ou mau. Normalmente, só se consideram normas as que têm conteúdo «geral e abstracto», *i.e.*, as que se dirigem a um conjunto indeterminado de pessoas e situações.

Fontes (do direito) são «os modos de formação e revelação de normas jurídicas». São (1) realidades empíricas[2] (2) que dão validade jurídica, em princípio[3], (3) às normas (4) que sejam seu significado. As fontes são, pois, significantes. Diferem das normas por estas serem significado, tendo natureza conceptual. O

---

[1] Em vez de «unidade de sentido», poderia dizer-se «unidade conceptual», «conteúdo significativo», «realidade meramente pensada», «pensamento objectivo», «significado objectivo», «proposição em sentido amplo», etc..

[2] Esta é uma característica determinante das fontes do direito. As fontes ocorrem em certo espaço e tempo, são apreensíveis pela experiência, não são abstracções, não são meras criações da mente humana, têm natureza física, social, histórica, são «realidades objectivas». Basta ver que as fontes ou são textos, escritos ou orais, ou práticas.

[3] Este «em princípio» será explicado quando desenvolvermos a matéria das fontes do direito.

«conteúdo» das fontes são normas; as fontes não são normas. Um *artigo* é uma pequena parte, numerada e com autonomia gráfica, de uma lei escrita (pode haver leis verbais), que é uma das fontes do direito. O artigo é também significante, porque é uma parte de uma lei, e o seu significado serão uma, algumas ou partes de normas.

Normalmente, encontram-se na norma duas partes: a previsão (ou *factispécie*) e a *estatuição*. A previsão é a descrição das circunstâncias – muitas vezes, factos, mas frequentemente também realidades jurídicas – em que a estatuição opera. A estatuição é a determinação contida na norma, no sentido a que inicialmente se aludiu. Por outras palavras, a *estatuição* é a determinação das consequências jurídicas das ocorrências *previstas*.

Sanção é a estatuição de um certo tipo de normas: as normas que prevêem a violação de outras normas e que estatuem algo desagradável para o violador. Também se chama sanção à concretização dessa estatuição e aos reflexos de facto dessa concretização. *Efeito jurídico* é a concretização da maioria das estatuições, é a constituição, transmissão, modificação ou extinção de situações jurídicas, p. ex., direitos ou deveres. Um efeito jurídico é uma alteração no mundo das situações jurídicas. As sanções são, no segundo sentido, efeitos jurídicos, ou reflexos de facto desses efeitos jurídicos.

II

Pergunta-se se certas «regras» futebolísticas, nomeadamente algumas criadas pela UEFA, são «normativas, jurídicas e éticas». As palavras da pergunta admitem vários sentidos. Por isso, a resposta tem de desdobrar-se. Alguns dos sentidos de diferentes palavras coincidem, o que limita esse «desdobramento».

«Normativo» tem um sentido amplo coincidente com o sentido amplo de «ético». Normativo, *lato sensu*, é o que respeita ao dever ser, às normas, no sentido da resposta anterior. No nosso curso,

«norma» e «regra» são usados como sinónimos. Por isso, a pergunta do teste é algo absurda. Se se tratar de verdadeiras regras, serão também normas.

A «regra 4-4-2» não é uma norma, não é uma verdadeira regra. É apenas uma descrição de certa distribuição dos jogadores em campo. Não determina que os jogadores devam distribuir-se assim, não atribui um valor positivo ou negativo a essa distribuição. Na melhor das hipóteses, seria uma «regra técnica», se for verdade que é «a maneira mais simples de conseguir uma articulação eficiente entre os vários sectores da equipa». Mas as «regras técnicas» não são regras, não são normas, são «imperativos hipotéticos», na terminologia kantiana («se queres uma articulação eficiente da equipa, distribui os jogadores segundo o 4-4-2»). Descrevem realidades de facto, «relações de causa e efeito», verificam dados empíricos, embora sejam *formuladas* como se fossem normas. A «regra 4-4-2» exprime apenas que *é um facto* (ainda que tendencial) que, quando os jogadores se distribuem desta maneira, a equipa obtém os resultados pretendidos. Não sendo uma norma, *lato sensu*, o 4-4-2 também não é normativo, *stricto sensu*, nem jurídico, nem ético, *stricto sensu*, porque todas estas qualidades pressupõem a normatividade em sentido amplo. Todas elas se colocam no plano do «dever ser».

É importante não confundir «a regra 4-4-2» com a ordem que o treinador dê aos jogadores para seguirem essa táctica! Essa ordem, sim, tem natureza normativa, excepto na medida em que lhe falta generalidade. Mas são coisas diferentes.

As restantes regras perguntadas no teste são-no verdadeiramente. São normas. Todas elas estabelecem o modo como os jogadores, os árbitros, os dirigentes, etc., *devem* agir. Determinam o que é ou não lícito (no quadro da UEFA). Só há uma dificuldade:

Muitas das regras do próprio jogo têm o sentido de estabelecer o que deve ou não fazer-se. P. ex., os jogadores não devem «rasteirar-se» uns aos outros, nem tocar na bola com as mãos. Aqui, não há problema. Algumas delas, porém, são completamen-

te distintas: p. ex., as que determinam que o jogo demora 90 m, que ganha quem tiver marcado mais golos, que é golo quando a bola entra totalmente na baliza, que o campo tem certas medidas, que a bola tem certas características, etc.. E mesmo as que dizem que não é golo se a bola entrar na baliza depois de uma falta do atacante ou quando «o jogo estava interrompido» ou que, depois de uma falta, a bola é entregue à outra equipa e que o jogo só «recomeça» depois de esta a movimentar. Trata-se aqui das chamadas «regras constitutivas», de que fala SEARLE, na sequência de WITTGENSTEIN e ALF ROSS. Quando não se seguem estas regras, não se viola coisa alguma. Simplesmente, não se está a jogar futebol ou não se está a jogar futebol da UEFA. Entre elas, é fundamental a regra que determina quem ganha (no caso do futebol, é quem marcar mais golos). Esta é a regra básica de todos os jogos[4]. Todas as outras são instrumentais em relação a ela.

Fora dos jogos, há outras regras parecidas com esta, p. ex., as regras de classificação de testes escolares[5], as regras que atribuem títulos honoríficos ou nobiliárquicos[6], a regra que diz que o Carnaval é em certo dia, a que estabelece que o hino nacional é *A*

---

[4] Alguns jogos não atribuem vitória, derrota e empate, mas sim «pontos». Pense-se nos jogos de um só jogador, p. ex., o *Tetris*.

[5] P. ex., o autor desta correcção tenta seguir as seguintes regras relativamente a testes de avaliação contínua: um aluno que acerte em todas as questões simples, acerte em metade das questões de dificuldade média e falhe todas as questões difíceis tem a nota 10; um aluno que responda a todas as questões rigorosamente e usando toda a fundamentação que lhe foi ensinada em aulas práticas e teóricas ou no manual de referência tem quinze; os «erros» de português penalizam o aluno num máximo de 2 valores; a criatividade na fundamentação ou a demonstração de estudos alargados elevam proporcionalmente a nota até 18. Já se vê que estas regras não são descrições de nada. Elas *determinam*, *estabelecem* o que é um teste de 5, 10, 15, 18, etc.. E «ter 10» ou 15 ou 18 valores não é nenhuma realidade empírica. Não é um «mero facto».

[6] P. ex., a regra que estatua que tem o título de duque o filho mais velho de um duque já falecido.

Portuguesa (cf. art. 11.º/2 CRP), as próprias regras da linguagem[7], as regras que dizem o que é que vale como dinheiro, etc.. Na terminologia de SEARLE, são regras que criam «factos institucionais»[8]. Todas elas determinam certas qualidades das coisas[9], qualidades que não são físicas, não são empíricas[10] e que só existem devido às regras. Também estas regras não descrevem nada: «prescrevem».

Ora, parece haver razões para chamar «norma» a toda a *unidade conceptual* que *estabeleça estas* qualidades que só podem existir devido à própria norma. Notem-se as duas características principais: a norma estabelece, não se limita a descrever, a verificar o que já acontece; e estabelece qualidades[11] que não são empíricas e só podem existir através da própria norma. Sendo assim, devemos dizer que a figura da norma é mais ampla do que a figura do «dever ser», que o mundo normativo é mais amplo do que o mundo deôntico[12] e, portanto, que todas as regras do jogo de futebol são verdadeiras regras, são normas.

---

[7] P. ex., há uma regra em português que determina que «O lobo viu o cordeiro.» e «O cordeiro viu o lobo.» têm significados diferentes. Há uma regra em latim que determina que «Lupus agnum vidit.» e «Agnum lupus vidit.» têm praticamente o mesmo significado: o lobo viu o cordeiro. E tudo isto é «convencional».

[8] Sublinhe-se que a maioria das regras destes exemplos já não são «regras constitutivas» no sentido de SEARLE.

[9] Algumas até criam novas coisas, p. ex., as regras que, no seu conjunto, determinam quanto dinheiro é que *há*.

[10] E também não são qualidades lógico-matemáticas.

[11] Qualidades ou a própria existência.

[12] Normalmente diz-se que «deôntico» e «normativo» são sinónimos. «Deôntico», porém, quer dizer «relativo ao dever». Como acabámos de concluir que há normas para além das que estabelecem o dever, temos de deixar de utilizar a palavra «deôntico» como sinónimo de «normativo», porque «normativo» é mais amplo.

«*Normativo*» tem um sentido mais restrito, usado, p. ex., por Pamplona Corte-Real, que coincide com o de «positivo», na terminologia jurídica. Neste sentido, as verdadeiras normas, além de estabelecerem dever-ser[13], têm a intenção de serem efectivamente cumpridas em sociedade e alcançam esse intento. E as normas só «têm a intenção de serem efectivamente cumpridas» quando são acompanhadas de mecanismos destinados a diminuir os casos de incumprimento. São os mecanismos da positividade.

Em primeiro lugar, veja-se que as regras da UEFA regulam efectivamente os jogadores, federações, árbitros e dirigentes que a ela se acolhem. A «sociedade do futebol» europeu – que é uma instituição transnacional[14] de fins especiais – cumpre genericamente as regras da UEFA. É curioso notar, porém, que os membros da UEFA não poderiam deixar de cumprir essas regras. Se o fizessem, deixariam com certeza de integrar a UEFA. É mais importante ver se há aqui os tais «mecanismos da positividade».

Um desses mecanismos falta, evidentemente. Não há coercibilidade na UEFA, por não haver «polícia nem exército». Nem coercibilidade propriamente dita – susceptibilidade de aplicação de uma sanção com expressão física – nem «coercibilidade preventiva», *i.e.*, susceptibilidade de utilização da força física para impedir que a violação de regras chegue a ocorrer. Para alguns autores, este seria o único meio da positividade, mas parece que não têm razão. Vários sistemas jurídicos – que são positivos – não dispõem de meios coactivos – p. ex., o direito canónico – ou só deles dispõem para violações especialmente graves e, mesmo para essas, nem sempre conseguem utilizá-las – p. ex., o Direito Internacional Público. Mas mais importante é notar que não é só

[13] Como é óbvio, este sentido de «normativo» só abrange as normas que determinam o dever ser.

[14] É melhor «transnacional» do que «supranacional», porque a UEFA não tem supremacia sobre os estados.

a força física que constrange as pessoas a determinados comportamentos! Nos nossos dias, p. ex., as ameaças económicas são esmagadoramente mais significativas do que as ameaças de uso da força! E o próprio uso da força está normalmente dependente de certas organizações militares ou afins, e aquilo que as une são os interesses comuns, os ideais comuns, o carisma do chefe ou qualquer outra coisa do género, e não a força. Em qualquer sociedade, a pressão da *censura social*, a *necessidade de obter certos bens* através da sociedade e a *força persuasiva da argumentação* (a retórica) são bem mais relevantes do que a força bruta.

A UEFA não dispõe de meios coercivos, mas as suas regras são protegidas por outros mecanismos da positividade: (1) constam de fontes próprias – os textos emitidos pelos «órgãos que criam essas regras» –, (2) dispõem de órgãos institucionalizados de decisão à luz dessas regras – como se diz no teste – que são os «tribunais» da UEFA e, nos jogos, os árbitros, (3) incluem regras que defendem o cumprimento de outras regras: (3a) pela ameaça de sanção[15] – sanções pecuniárias, suspensões de participação e a pena de expulsão – (3b) ou, muito provavelmente, pela criação de obstáculos ao incumprimento, designadamente através de órgãos de controlo. (4) O valor retórico, a capacidade persuasiva das próprias regras é também um instrumento da positividade: vejam-se os casos do princípio democrático e do princípio da igualdade, que a UEFA acolhe. Tudo isto tem um peso extremo no comportamento das pessoas. Tudo isto faz com que as regras da UEFA sejam efectivamente cumpridas. Estas regras são normativas em sentido estrito, são positivas. Mesmo as regras do próprio jogo[16].

[15] Note-se que muitas sanções não são susceptíveis de concretização pela força física!

[16] Obviamente, a «regra 4-4-2» não é positiva, mas porque não é norma nem sequer em sentido amplo.

Sublinhe-se a importância da existência de fontes (do direito, se isto for direito) para a positividade[17]: as fontes têm esta *função de positivação* porque têm um elevado *valor retórico* e porque, sendo realidades empíricas que exprimem normas, *produzem certeza jurídica* – tornam mais facilmente determináveis as normas e, simultaneamente, tornam previsíveis as decisões dos tribunais – e contribuem para *a aprendizagem da normatividade*, para a transmissão da cultura jurídica, em especial.

Pode ainda haver outros elementos, já não tão centrais, que contribuam para a normatividade estrita, para a positividade: p. ex., (5) a circunstância de as regras se dirigirem a comportamentos exteriores, e só mediatamente às intenções ou conhecimentos (a exterioridade), por tornar possível o controlo do cumprimento e por deixar um espaço de liberdade irredutível dos sujeitos; ou (6) a publicitação das fontes, facilitando o seu conhecimento e invocação. Tudo isto existirá na UEFA.

---

[17] Entre nós, é Castanheira Neves que acentua o papel das fontes na positivação do direito (no artigo *Fontes do direito*, in Digesta, pp. 7-93). Em rigor, o Autor sustenta que as fontes são *o* modo de «o direito se tornar direito», ou seja, positivo. Por nós, parece excessivo limitar a positivação do direito às fontes. E C. Neves entende a positividade como a realidade social do direito, *i.e.*, a circunstância de o direito ser um fenómeno vivido em sociedade. Talvez seja melhor esclarecer que a positividade é *o cumprimento* generalizado do direito e, sobretudo, que a positividade é uma *intenção* do direito, a intenção de se fazer cumprir. É nossa a distinção dos modos por que as fontes chegam à positividade: o valor retórico, a oferta de certeza jurídica e a possibilidade de funcionarem como veículo de transmissão cultural. Sublinhe-se também que aquele Professor de Coimbra entende as fontes como todo um processo a seu ver constitutivo da normatividade social do direito – o que decorre de o A. adoptar a perspectiva que designa «fenomenológico-normativa» –, enquanto que nós chamamos «fontes», mais tradicionalmente, apenas àquilo que C. Neves entende como «o momento constituinte» das fontes. Há aqui uma diferença terminológica, mas também diferenças substanciais.

Cabe agora discutir se as normas da UEFA são *jurídicas*. Já foi dado um primeiro argumento: a positividade. Esta é uma característica essencial do direito[18]. Mas não basta.

Comecemos por ver que as regras do próprio jogo de futebol não são jurídicas. São regras de um jogo, o seu sentido essencial, ainda que indirecto, é determinar quem ganha ou perde o jogo. Ao invés, o sentido essencial das regras jurídicas é determinar, ainda que mediatamente, o que é (positivamente) permitido ou proibido. Mesmo as regras jurídicas instrumentais (*i.e.*, que não são de conduta) só são jurídicas na medida em que se destinam a estabelecer, indirectamente, o lícito e o ilícito.

As regras de distribuição de dinheiros são claramente regras jurídicas. As regras de organização de torneios e de arbitragem não são tão evidentes. Umas serão apenas um prolongamento das regras do próprio jogo – p. ex., as que determinam quem ganha o torneio e a estrutura do torneio –, mas outras já têm aquele sentido

---

[18] Como já ficou implícito, a ideia de que a positividade é característica essencial do direito é defendida por vários autores, embora com diferenças subtis. Pamplona Corte-Real acentua-o muito no seu ensino, embora utilizando o termo «normatividade», tal como se perguntava no teste. Castanheira Neves fá-lo também, embora, como se disse, associando necessariamente a positividade às fontes do direito, que por sua vez entende como um certo processo mais amplo de realização do direito. Menezes Cordeiro recorre também à positividade, que caracteriza como aptidão para resolver os problemas jurídicos concretos através de instituições próprias (veja-se a sua obra *Da boa fé no direito civil*, reimp., Almedina, Coimbra, 1997 [1983], pp. 1167 e seg..). Ideia semelhante encontrava-se igualmente no positivismo normativista de Kelsen e Hart, ao aludirem à necessária «vigência» social. Oliveira Ascensão não sublinha a característica da positividade do direito, mas adere-lhe, não só ao apontar os dispositivos de «reforço da imperatividade» do direito (as sanções, a coercibilidade e os desvalores do acto jurídico), mas sobretudo, algo indirectamente, por entender o direito como ordem social que é. Ordem efectivamente vivida em sociedade, enquanto facto com o sentido de dever ser. E este Autor afirma, p. ex., que «o direito natural é direito positivo, ou não é direito».

essencial de distinguir o lícito e o ilícito em face da realidade social que é o futebol – p. ex., as regras que determinam em que país se realiza o torneio ou que impõem critérios e garantias de imparcialidade aos árbitros.

O facto de a UEFA não ser uma instituição estatal não tem qualquer relevância para o problema da juridicidade destas normas. Há direito dos estados, mas também há direito antes do Estado (o Estado só surge no final da Idade Média!), direito superior aos Estados (o Direito Internacional), direito inferior ao Estado (dos chamados «organismos intermédios») e direito paralelo ao Estado (o direito de sociedades «marginais», como os direitos tradicionais, nomeadamente nos Estados de formação recente, e os direitos dos «bairros de lata»). E mesmo o direito que integra sistemas estatais não é todo produzido pelo Estado: há não só o costume, mas também os princípios jurídicos independentes de consagração legal e a equidade.

Já vimos que as regras da UEFA se caracterizam pela «exterioridade como ponto de partida», ou sejam, não dão relevância a intenções ou a conhecimentos das pessoas, excepto na medida em que estes acompanhem comportamentos exteriores. É uma característica do mundo jurídico.

Também há aqui heteronomia: quanto à criação (a UEFA tem órgãos que criam as suas regras) e quanto à determinação (tem ainda órgãos que aplicam essas regras). E também há «heteronomia» enquanto desnecessidade de «adesão da consciência» do sujeito para que o cumprimento se verifique. O. Ascensão diz que, aqui, não vale a pena falar de heteronomia. Correcto seria falar simplesmente de coercibilidade. Talvez ainda melhor seja referirmo-nos a este aspecto como «positividade»!, e essa já vimos que se encontra aqui.

Todas as regras da UEFA regulam unicamente aspectos da vida de relação, da vida em sociedade. A socialidade é também característica do direito.

As regras da UEFA, excluindo as que regulam o próprio jogo de futebol ou os aspectos internos de jogos complexos como são os torneios, são um sistema jurídico.

Falta discutir a eticidade destas regras enquanto sinónimo de «moralidade». Primeiro ponto assente é que estas regras não são regras da moral. São regras *da UEFA*, e as regras morais não admitem este género de determinações. A pergunta que se pode fazer é se as regras da UEFA são moralmente relevantes, se os problemas por elas tratados são também problemas morais.

As regras do próprio jogo e as regras de organização de torneios que as alargam não são moralmente relevantes. O seu sentido não é responder à pergunta kantiana «que devo fazer?», mas sim, mais uma vez, determinar apenas quem ganha e quem perde. Só as regras jurídicas da UEFA poderiam ser moralmente relevantes.

A este propósito, cabe afastar a velha teoria do mínimo ético, que já aparecia em S. Tomás de Aquino e teve um defensor contemporâneo em Jellinek. É absurdo pensar que as regras jurídicas (mesmo as da UEFA) regulariam os aspectos morais de maior importância. Por que é que a regra que exige que os jogadores se identifiquem através de certos documentos será mais importante do que a suposta regra moral que mande amar o adversário?

Em seu lugar, defendeu-se a tese da mera intersecção entre direito (desportivo, no caso) e a moral. Haveria, pois, regras jurídicas (neste caso, de direito desportivo) moralmente neutras. Mas essa tese não parece de acolher. Toda a regra jurídica interfere com a liberdade das pessoas e, só por isso, tem relevância moral. Pode é haver regras jurídicas que consagram uma de várias soluções moralmente aceitáveis. Encontraremos até, porventura, regras jurídicas contrárias à moral, que violariam o defendido «princípio de não beligerância» entre direito e moral. Mas nada disto é moralmente indiferente. As regras jurídicas da UEFA não são propriamente regras morais, mas são moralmente relevantes, resolvem problemas também morais.

Introdução ao Estudo do Direito
Turma B – Turno Dia – Subturmas 12, 14 e 19
Teste de Avaliação Contínua – 9-2-2001, à tarde
Duração: 1h40; nem mais, nem menos

Cada resposta terá a classificação máxima de 4 valores.

Aconselha-se a não gastar mais de 20 minutos com cada uma: valem todas o mesmo!!

1. Comente a epígrafe do art. 2190.º CC.

[Para melhor compreender esse artigo, pode ler também os dois anteriores]

2. Compare a história do direito, a dita ciência do direito e a política legislativa quanto ao objecto, à intenção, à verificabilidade e aos condicionamentos de quem as faz.

3. Distinga criticamente usos e costume quanto à sua estrutura e relevância.

4. Explique e comente a seguinte afirmação:

«*De facto*, a doutrina é fonte do direito; *juridicamente*, contudo, não o é.»

5. Comente:

«As decisões equitativa e discricionária são produtos da emoção e não da razão. A decisão segundo a "fonte individual" é uma decisão segundo as fontes do direito.»

Boa sorte!

Introdução ao Estudo do Direito
Turma B – Turno Dia – Subturmas 12, 14 e 19
Teste de Avaliação Contínua – 13-3-2001, à tarde
Duração: 1h30; nem mais, nem menos

Cada resposta terá a classificação máxima de 5 valores.
Aconselha-se a não gastar mais de 20 minutos com cada uma: valem todas o mesmo!!

1. Comente o uso da palavra sanção do art. 220.º CC.

2. Compare a sociologia jurídica, a dita ciência do direito e a filosofia do direito quanto ao objecto, à intenção, à verificabilidade e aos condicionamentos de quem as faz.

3. Discuta o valor do costume, tendo em conta, designadamente, os artigos iniciais do Código Civil.

4. Explique e comente a seguinte afirmação:
«*De facto*, a doutrina é fonte do direito; *juridicamente*, contudo, não o é.»

Introdução ao Estudo do Direito
Turma B – Turno Dia – Subturmas 12, 14 e 19
Teste de Avaliação Contínua – 6-4-2001, a meio da tarde
Duração: 1h62; nem mais, nem menos

1. Arrole argumentos a favor e contra a natureza legislativa dos acórdãos com força obrigatória geral. [6 valores]

2. Em que medida é que a Constituição releva para a interpretação das leis ordinárias, e as leis ordinárias para a interpretação da Constituição? Responda sinteticamente!
[2 valores]

3. Discuta sinteticamente a possibilidade de aplicação analógica do art. 4.º CC aos usos. Não deve pronunciar-se sobre quaisquer outros problemas relativos ao valor do costume ou dos usos! [2 valores]

4. Diz-se num recente decreto-lei:
«A possibilidade de o trágico acidente de Castelo de Paiva ter resultado da extracção de areias no leito do Rio Douro aconselha a que se suspenda esta actividade, com a finalidade de dar tempo para reavaliar o seu regime jurídico. Assim, [...] o Governo decreta:
Artigo único: 1 – Fica proibida a extracção de areias no leito do Rio Douro a menos de 30 km de qualquer ponte.
2 – A infracção ao disposto no número anterior é punida com coima de 1.000 a 20.000 contos.»
Imagine que certo batelão extraiu areia perto da foz de um afluente do Rio Douro. Há uma ponte a 20 km do local em que o batelão extraiu as areias, mas essa ponte situa-se já em pleno Rio Douro, e não no afluente. A polícia surpreendeu o batelão e

ordenou que toda a areia fosse deitada ao rio no mesmo local, mas o dono do barco diz que não violou a lei e que, de qualquer maneira, preferia pagar a coima.

Quid juris? [10 valores]

Boa sorte!

CORRECÇÃO DA TERCEIRA QUESTÃO DO TESTE DE 6-04-2001

Nota[1] **:**

Pede-se que se aprecie em termos sintéticos se o art. 4.º do Código Civil[2] é «aplicável analogicamente»[3] aos usos. O primeiro ponto a esclarecer é que a pergunta só pode ter em vista as alíneas *b)* e *c)* do artigo, pois uma solução análoga à da al. *a)* já se encontra consagrada expressamente no art. 3.º, pelo que o art. 4.º não desempenha aí papel nenhum. Em segundo lugar, note-se que a al. *c)* não acrescenta *nada* ao que dispõe a al. *b)*, visto que também pressupõe um acordo e que o art. 1.º, n.º 1, da L. 31/86, de 29 de Agosto[4], também exige que se trate de relações disponíveis. Em suma, pergunta-se no teste se o art. 4.º, al. *b)*, serve de argumento para uma solução análoga em matéria de usos, *ou seja*, afinal, *se os usos são juridicamente atendíveis quando haja acordo das partes e as situações jurídicas em discussão sejam disponíveis*.

---

[1] No texto principal vai a resposta que se sugere. Nestas notas de rodapé vão acrescentos que não seriam directamente necessários a essa resposta.

[2] São do Código Civil vigente as disposições citadas sem indicação do diploma a que pertencem.

[3] Esta expressão tradicional não é isenta de dúvidas, pois a ideia de que uma disposição legal se «aplica por analogia» parece confundir lei e norma, parece adoptar o modelo subsuntivo (as normas existiriam à partida e, *depois*, aplicar-se-iam) e parece ignorar as especificidades do raciocínio analógico em direito. Melhor seria perguntar, p. ex., se se poderia «fundar no art. 4.º uma solução análoga para os usos».

[4] Lei da Arbitragem Voluntária. As disposições relevantes constam da colectânea de legislação para IED. Pode ver-se no seu art. 1.º, n.º 2, o significado da expressão «cláusula compromissória».

A resposta é, manifestamente, afirmativa[5]. Um argumento muito favorável é desde logo o princípio da autonomia privada (cf. art. 405.º). Em princípio, as partes podem estabelecer validamente nos seus contratos as cláusulas que quiserem.

Para haver analogia, é preciso que o fundamento, *a razão de ser* de certa norma valha também para o problema que temos de resolver (cf. art. 10.º, n.º 2). Isto quer desde logo dizer que não bastam as semelhanças nem são impeditivas as diferenças meramente *exteriores*, descritivas entre os dois grupos de casos. É necessário é que o *fundamento* da norma, as valorações que lhe subjazem aconselhem um *efeito jurídico* equivalente no problema a solucionar. P. ex., é irrelevante, neste caso, que a equidade não seja uma fonte do direito e que os usos o sejam (embora «mediatas»), pois, como veremos, essa diferença até facilita a transposição, se tivermos em conta a razão de ser do art. 4.º.

Sublinhe-se que o art. 11.º não atrapalha nada a solução que aqui vamos dar. Por um lado, porque o art. 4.º, *b)*, não é materialmente excepcional, não é *ius singulare*. Pelo contrário, dá uma consagração específica ao princípio geral da autonomia privada. Por outro, porque o art. 4.º, *b)*, só faz excepção à regra geral de que não se pode decidir segundo *a equidade*; não temos, à partida, nenhuma regra que proíba a utilização dos usos.

E diga-se agora que o art. 3.º também não impede a nossa solução. Por um lado, porque autoriza *expressis verbis* o recurso aos usos nos casos «em que a lei o determine». O art. 4.º será um desses casos (e «o» art. 405.º também). Por outro lado, porque, mesmo que o art. 3.º não dissesse o que diz, sempre deveríamos

[5] Ao invés, poderão suscitar-se dúvidas sobre a possibilidade de remeter aos usos em sede de «escolha do ordenamento aplicável a uma relação plurilocalizada» (*i.e.*, em contacto com vários sistemas jurídicos), matéria estudada no 5.º ano do curso de Direito, regulada, designadamente, pelo art. 41.º, e que não interessa a IED.

usar o art. 4.º (e o art. 405.º) – «*elemento sistemático* por conexão» – para fazer uma interpretação *extensiva* do art. 3.º, no sentido de os usos *também* serem atendíveis quando haja acordo das partes e a relação seja disponível. Não estaríamos a violentar o «mínimo literal» (cf. art. 9.º, n.º 2). O art. 3.º nem sequer usa a palavra «só».

Qual é, então, a razão de ser da al. *b)* do art. 4.º? A razão de ser é a ideia de liberdade contratual, o princípio da autonomia privada. A decisão segundo a equidade é, em síntese, uma decisão que (1) *abstrai do disposto nas fontes* do direito e (2) faz uma *total problematização do caso concreto* a resolver, não ignora nenhuma das suas particularidades juridicamente relevantes. Uma coisa, aliás, leva à outra! Ora, permite-se que, por acordo, as partes optem por uma decisão de equidade, prescindindo da certeza jurídica que a utilização das fontes dá, prescindindo do valor retórico das fontes e prescindindo do valor uniformizador (as fontes igualizam os seus destinatários) que as fontes têm. Mas isso é permitido apenas em *relações disponíveis*, ou seja, em situações jurídicas de que as partes podem abdicar, que as partes podem extinguir, transmitir ou modificar livremente. E porquê? Por causa da autonomia privada. Nos assuntos que lhes dizem respeito e de que podem dispor livremente, as partes podem também afastar as vantagens das fontes, em nome, designadamente, de outras vantagens que achem preferíveis.

Ora, resulta daqui uma analogia para os usos. Não uma analogia por identidade de razão, mas sim uma analogia por *maioria de razão*. Trata-se de um argumento *a fortiori*[6]. Se as partes *podem afastar todas* as fontes do direito, podem também afastar todas as fontes do direito menos os usos, ou substituir as outras fontes pelos usos. Relativamente aos assuntos que só a si dizem respeito e de que podem dispor, as partes podem remeter aos usos a

[6] Que às vezes, mas sem razão, é considerado como um argumento jurídico de pura lógica formal.

solução. Isto, tal como o que a al. *b)* directamente determina, é uma consequência do princípio da autonomia privada. Se as partes podem *suprimir* a certeza jurídica e a igualação que resultam das fontes do direito, também podem *substituir* o instrumento dessa certeza e igualação. Se as partes *podem afastar as regras constantes da lei* em favor das soluções sempre um pouco incertas resultantes da equidade, também podem afastar essas regras em nome das soluções *usuais*, que, pelo menos, são previsíveis.

O único obstáculo a esta analogia seria o perigo de os usos serem *iníquos*, contrários às ideias de equidade e justiça. Isto, porém, é evitado pelo art. 3.º, n.º 1, que recusa a validade dos usos contrários à cláusula geral da boa fé. O perigo, portanto, não existe.

As cláusulas contratuais de remissão para os usos, em relações disponíveis, são válidas e, aliás, também são frequentes.

Introdução ao Estudo do Direito
Turma B – Turno Dia – Subturmas 12, 14 e 19
Teste de Avaliação Contínua – 18-5-2001,
depois de um almoço leve
Duração: 1h58

1. Relacione os conceitos de *interpretação em sentido amplo* e *aplicação do direito*. Responda frisando os pontos que entender. Por exemplo, explique em que medida são matérias separadas ou sobrepostas, se o pensamento próprio de cada uma é semelhante ao da outra, se pode uma existir sem a outra, em que medida se entreajudam ou confrontam, se alguma delas tem prioridade lógica ou metodológica, *qual delas é mais jurídica*, etc..
[6 valores]

2. As presunções inilidíveis são regras verdadeiramente excepcionais? [2 valores]

3. Distinga e relacione os conceitos de regra supletiva, imperativa, injuntiva e permissiva. Relacione-os todos uns com os outros. [2 valores]

4. Qual o *fundamento* e o *alcance* do art. 6.º do Código Civil? [2 valores]

5. O art. 13.º do Código Civil deve ser usado como lugar paralelo para uma interpretação restritiva do art. 5.º, n.º 4, da L. 74/ /s98, de 11 de Novembro? [2 valores]

6. *Imagine que* o D.L. X, publicado no *Diário da República* com data de 2 de Maio de 2000 e distribuído no dia 15 desse mês, contém as seguintes disposições:

«Art. 10.º: O proprietário de um terreno não pode impedir que os riachos sigam o seu curso natural para os terrenos vizinhos que não pertençam a esse proprietário.

Art. 33.º: Este diploma entra em vigor seis meses após a sua publicação.»

Suponha ainda que a regra do artigo 10.º é nova, alterando o regime anterior.

Em Junho de 2000, o António (A.) fez uma pequena represa que impede a água de um riacho de seguir o percurso que sempre seguira para um terreno vizinho ao seu. Este terreno vizinho foi comprado pelo Bento (B.) em Agosto de 2000.

O Bento quer exigir em tribunal que se destrua a represa e está disposto a pagar ao António o dinheiro que ele gastou a construí-la. Será que o Bento pode exigi-lo? Desde quando? Esta lei é retroactiva? [6 valores]

Boa sorte!

EXAMES

Introdução ao Estudo do Direito
Turma A – Turno Dia
Época de Dezembro
Exame de Coincidências – 5-1-1999 d. C.
Duração: 3 h

I – Em Janeiro, distúrbios num estádio de futebol conduziram a ferimentos graves de inúmeros espectadores, que foram agredidos, designadamente, com paus e pedras. Após uma forte reacção nos «meios de comunicação de massas», publicou-se o seguinte decreto-lei:

«Artigo 1.º. É absolutamente proibida a entrada em recintos desportivos com quaisquer objectos contundentes.

Artigo 2.º. Na compra dos bilhetes, deve a entidade responsável pelo evento desportivo informar o público da proibição resultante do artigo anterior, sob pena de responder pelos prejuízos causados.»

O D.L. referido foi publicado com data de 1 de Fevereiro, Quinta-feira, num suplemento ao Diário da República distribuído no dia seguinte.

No dia 7 de Fevereiro, num jogo de futebol entre o Mertolense e o Académico de Moreanes, o porteiro, invocando aquele diploma, pretende impedir a entrada a:

Dois elementos da Guarda Nacional Republicana, armados com pistolas e bastões, que pretendiam cumprir o seu dever legal de vigilância de eventos desportivos.

António, que transportava três garrafas de vidro de Copsi-Cola, com a capacidade de um litro cada uma, e que alegava ter comprado o seu bilhete havia mais de duas semanas, estar com muita sede e ser a Copsi-Cola uma bebida cara.

A partir do dia 3 de Fevereiro, todos os compradores de bilhetes para o *derby* alentejano tinham sido cuidadosamente informados da proibição contida no D.L. em causa.

Quid juris? [8 valores]

II – Comente três das seguintes afirmações [12 valores]:

a) A categoria «norma excepcional» é equívoca e inútil, devendo ser banida do discurso jurídico, e o art. 11.º CC é ingénuo, inaplicável e/ou injusto.

b) As regras do jogo de matraquilhos praticadas na FDUL são um sistema jurídico ou um sistema normativo paralelo ao sistema jurídico.

c) Não é possível distinguir «interpretação declarativa lata», «interpretação extensiva» e «integração de lacunas por analogia».

d) A jurisprudência nunca é fonte do direito.

Introdução ao Estudo do Direito
Turma A – Turno Dia
Teste de frequência – 19-4-1999
Duração: 3h

I – Diz o artigo 50.º de certo decreto-lei:

«1 – É proibida a construção de qualquer edifício sem que previamente tenha sido emitida a competente autorização camarária

2 – É, do mesmo modo, proibida a realização de obras que conduzam a alterações de quaisquer edifícios ou suas fracções.

3 – O requerimento para a autorização referida nos números anteriores deve ser instruído com os seguintes documentos: […]

d) *Projecto de execução das obras, assinado pelo técnico responsável;*

e) *Planta de pormenor dos pisos alterados, após as obras, ou do edifício a construir.*

4 – As câmaras municipais podem ordenar a demolição das obras realizadas em contravenção com o disposto neste artigo.

5 – Exceptuam-se do disposto neste artigo:

a) *A pintura de interiores;*

b) *As alterações manifestamente urgentes indispensáveis a evitar a ruína.*

6 – Edifício é toda a construção assente no solo com carácter de permanência, independentemente da sua função e dos materiais utilizados, seja subterrânea ou de superfície.»

a) Jasmim pretende demolir um palheiro antigo existente na sua quintinha, com vista a estender a área em que cultiva alfaces. Necessita de autorização?

b) Leopoldina, após os estragos causados pelo Inverno anterior, requereu a autorização para construção de uma vala que desviasse

as águas das chuvas. Aproxima-se rapidamente novo Inverno e é de crer que as edificações no seu prédio não resistam às intempéries sem a vala referida. Pode Leopoldina construir a vala antes de para isso autorizada?

c) Otília tinha já instalado uma lareira na sua sala, sem autorização, quando foi publicado um decreto-lei que acrescentava ao número 5 do artigo transcrito uma alínea *c*) do seguinte teor: «Pequenas obras de interiores que não afectem a estrutura do edifício». Tendo em conta a alteração, pode agora a sua câmara municipal mandá-la demolir a lareira?

[10 valores]

II – Comente as seguintes afirmações [10 valores]:

a) A elaboração jurisprudencial do direito não é um dos casos em que a jurisprudência tem carácter de fonte do direito.

b) Nem o direito é ético, nem a moral jurídica, mas o direito pode ser imoral e a moral ilícita.

Introdução ao Estudo do Direito – Turma A – Turno Dia
Exame de segunda época;
Coincidências – 8-10-1999; 15h 00
Duração: 3h

I

Distinga e relacione:

a) Estatalidade, politicidade, coercibilidade, heteronomia, exterioridade e normatividade do direito (2 val.);

b) Ciência do direito, ciências sobre o direito e ciências auxiliares do direito (2 val.);

c) Fonte do direito, «fonte individual», norma, comando e abstracção (2 val.);

d) Publicação, distribuição e *vacatio legis* (2 val.);

e) Norma especial, revogação, derrogação e repristinação (2 val.).

II

Comente:

Os valores, os princípios jurídicos – materiais ou formais – e os fins regulativos são imprescindíveis à interpretação das fontes, à integração de lacunas, à «interpretação enunciativa» e à aplicação do direito. (7 val.)

III

Trate o seguinte tema:

O art. 12.º, n.º 2, do Código Civil desenvolve o art. 12.º, n.º 1, determinando as consequências práticas de um certo conceito de retroactividade. (3 val.)

Boa sorte!

Introdução ao Estudo do Direito
Turma A – Turno Dia
Teste de frequência – 13-12-1999, à tarde.
Duração: 3 h

Comente:

a) O direito é ordem, e não prudência;

b) O direito distingue-se da moral pelo critério do mínimo ético;

c) O direito subordina-se à moral e à justiça;

d) Esquecendo uma possível subordinação, a moral não releva para o direito;

e) Todo o direito é heterónomo;

f) A invalidade é a mais forte das sanções;

g) O direito é uma ciência;

h) O direito comparado faz parte da ciência do direito

i) As regras do jogo de matraquilhos praticadas na FDUL são um sistema jurídico ou um sistema normativo paralelo ao sistema jurídico;

j) O direito natural não existe e se existisse não teria relevância.

A cada alínea cabe a classificação máxima de 2 valores.

Introdução ao Estudo do Direito
Turma A – Turno Dia – 14-12-2000 d. C., à tarde
Época de Dezembro/Estudantes Trabalhadores
Duração: 3 h

Responda tendo em atenção o tempo disponível e o valor relativo de cada pergunta!

I – Considere as seguintes situações [4 valores]:

A **Lei 1**, que regula alguns aspectos do direito de propriedade sobre terrenos agrícolas, entrou em vigor há 40 anos. A **Lei 2**, que inclui um artigo no sentido de fazer cessar a vigência da **Lei 1**, regula também a propriedade daqueles terrenos, e foi publicada no dia 1 de Novembro, para entrar em vigor um mês após a sua publicação. A **Lei 3** é logicamente incompatível com a **Lei 2**, e nada diz quanto a diplomas revogados nem quanto à sua entrada em vigor. Foi publicada com data de 5 de Novembro e distribuída a 10 de Novembro, num «Suplemento» ao *Diário da República*.

António é proprietário de um terreno agrícola desde 1980. Nenhuma destas leis diz seja o que for quanto à sua aplicabilidade ao seu caso.

a) Qual destas três leis está hoje em vigor, e desde quando?

b) Qual delas é hoje aplicável a António e ao seu terreno? Essa lei é retroactiva?

II – Comente as seguintes afirmações [4 valores cada]:

a) A categoria «norma excepcional» é equívoca e inútil, devendo ser banida do discurso jurídico, e o art. 11.º CC é inválido, por ser *injusto*.

b) A moral social é (1) um sistema jurídico, (2) faz parte do sistema jurídico, (3) engloba o sistema jurídico ou, por fim, é (4) um sistema normativo paralelo ao sistema jurídico.

c) Não é possível distinguir «interpretação declarativa lata», «interpretação extensiva» e «integração de lacunas por analogia». «Analogia», aliás, é sinónimo de «integração de lacunas».

d) A jurisprudência não é fonte imediata do direito, nem em Portugal nem em lugar nenhum.

Introdução ao Estudo do Direito
Turma A – Turno Dia – 18-12-2000 d. C., à tarde
Época de Dezembro/Estudantes Trabalhadores
Coincidências
Duração: 3 h

Responda tendo em atenção o tempo disponível e o valor relativo de cada pergunta!

Comente:

a) O art. 8.º, n.º 2, CC não tem conteúdo útil, e o direito natural é positivo [4 valores].

b) A cessação de vigência, ao contrário da entrada em vigor, não determina o momento em que certa lei deixa de ter relevância [2 valores].

c) É constitucionalmente proibida a retroactividade extrema das leis [2 valores].

d) Por força do art. 9.º CC, o elemento literal tem valor superior aos restantes, que só são admissíveis como modo de opção entre vários sentidos literais possíveis. Nesta fase, o elemento histórico prevalece sobre o sistemático e o teleológico [4 valores].

e) Os princípios jurídicos são regras como as outras e não têm papéis específicos na interpretação *lato sensu* [4 valores].

f) Os acórdãos com força obrigatória geral não são leis [4 valores].

Boa sorte!

Introdução ao Estudo do Direito
Turma B – Turno Dia
Exame escrito – Época de Junho/Julho – 2-7-2001 – 15h00
Exame de coincidências
Duração: 3h

Relacione com precisão:

a) Subsunção, qualificação e adaptação. [2 valores]

b) Interpretação ab-rogante, revogação e interpretação correctiva; [3 valores]

Comente criticamente:

a) «Só o direito é normativo.» [3 valores]

b) «A retroactividade ordinária não é retroactividade.» [3 valores]

c) «Actualmente, a jurisprudência portuguesa não cria direito.» [3 valores]

d) «A equidade e a "fonte individual" não são direito.» [3 valores]

e) «O elemento sistemático da interpretação é o conjunto de todos os elementos literais, tendo relevância de formas variadas.» [3 valores]

Boa sorte!

Introdução ao Estudo do Direito
Turma B – Turno Dia
Exame escrito – Época de Setembro – 8-10-2001 – 15h00
Duração: 3h

Grupo I

Relacione:

c) Normatividade, positividade, direito e moral; [3 valores]

Nesta alínea *a)*, relacione direito e moral apenas através dos conceitos de normatividade e positividade, e não segundo outros pontos de vista.

d) Publicação, distribuição e entrada em vigor da lei; [3 valores]

e) Direito natural, ordem natural, justiça e dever de obediência à lei; [3 valores]

f) Costume, uso e cessação de vigência da lei. [3 valores]

Grupo II

Comente:

a) «A equidade tem lugar em toda a aplicação do direito.» [2,5 valores]

b) «As figuras normalmente incluídas na interpretação enunciativa são, em boa verdade, casos especiais de analogia.» [2,5 valores]

c) «O art. 12.º, n.º 2, do Código Civil não fornece um critério seguro de decisão, pode ser afastado pelo intérprete e é demasiado formal.» [3 valores]

Boa sorte!

ERROS FORMAIS MAIS FREQUENTES

Erros[1] ortográficos, sintácticos, semânticos e de pontuação mais comuns entre os alunos dos primeiros anos da FDUL:

Escreve-se muitas vezes: *Mas o melhor seria:*

Erros semânticos:

possuir	ter, gozar de, dispor de, etc. [*possuir* é um termo com um sentido muito próprio em Direito, sobretudo em Direitos Reais; não deve ser usado como substituto de *ter* ; só pode usar-se o verbo *possuir* a partir do 3.º ano do curso!]
possuir	ser dono de / ser proprietário de [cf. n. anterior; todo o jurista distingue *posse* e *propriedade*!]
usufruir	ter, gozar de; usar. [*usufruir* é também um termo com um sentido especializado em Direito; vejam-se os artigos 1439.º ss. CC; na verdade, este termo é um termo jurí-

[1] Usa-se, por comodidade, o termo «erros», que todos compreendem. Não se toma aqui posição sobre a função da gramática, nem se pretende que, do ponto de vista da linguística, haja «erros».

	dico, e a sua utilização noutros contextos é um alargamento; os alunos não devem usar esta palavra antes de estudarem direitos reais, no 3.º ano...]
tem a posse do enxame	tem um enxame, é dono do enxame, é proprietário do enxame, tem o enxame em seu poder
a lei estipula, a lei refere, a lei afirma	a lei estatui, dispõe, determina, regula no sentido de, prescreve, impõe, manda, consagra
as partes estatuem	as partes estipulam, dispõem
O costume é considerado fonte do direito. O costume não é visto como fonte do D..	O costume é fonte do direito. O costume é considerado como fonte do direito por O. ASCENSÃO. O costume é visto como fonte do direito por muitos autores. [Num teste, pede-se que os alunos respondam a certos problemas jurídicos ou de teoria do direito. Têm de dizer o que *é* e o que *não é* (em sua opinião, claro). As opiniões de outros não são argumento! Só se diz «é considerado» em vez de «é» quando se fala sobre um tema de que não se sabe, nem se quer saber, «tendo raiva a quem sabe». Os jornalistas é que dizem sempre «*é considerado*»!]

Erros sintácticos e afins:

o facto *do* costume *ter* relevância	o facto de o costume ter relevância
os factos constitutivos *de o* costume *são*	os factos constitutivos do costume são…
o dever *do* tribunal *aplicar* o costume	o dever de o tribunal aplicar o costume
o dever *de o* tribunal *é* aplicar o costume	o dever do tribunal é aplicar o costume
no caso *dele ter morrido*, avançamos	no caso de ele ter morrido, avançamos
No caso *de ele*, ter morrido *foi* libertar-se.	No caso dele, ter morrido foi libertar-se. [Quando o «de» (ou outra preposição) se refere, não ao substantivo ou pronome que vem a seguir, mas ao conjunto da oração, diz-se e escreve-se separado do artigo ou pronome. Uma ajuda para distinguir as duas situações é que, quando o verbo da oração está no infinitivo, é a ela que o *de* se refere.]
é contrariado pelo costume ser fonte do D.	é contrariado por o costume ser fonte do direito
Não há consenso quanto ao que é o direito.	Não há consenso quanto a o que é o direito.

Quanto ao costume ser fonte, …	Quanto a o costume ser fonte, …
O *iure condito* proíbe a pena de morte.	*De iure condito*, a pena de morte é proibida.
O.A. defende o costume de *iure condito*.	O.A. defende o costume *de iure condito*. [O «*de*» também é latim. À mão, sublinha-se ou deixa-se entre aspas.]
A sociologia é uma das ciências que estuda...	A sociologia é uma das ciências que estudam…
O. ASCENSÃO é um dos autores que defende	O. ASCENSÃO é um dos autores que defendem…
face ao direito	à face do direito
a razão porque defendo isto…	a razão por que defendo isto…
porque é que se passa assim	por que é que se passa assim [*porque* é uma conjunção causal; *por que* é uma preposição seguida de pronome relativo *ou* uma locução adverbial interro-gativa de causa. Um truque para os distinguir é recorrer ao inglês: quando em inglês se diz *why*, em português diz-se *por que*; quando se diz *because*, em português diz-se *porque*. Este truque tem a simpatia de funcionar sempre. Admite-se que o aludido «erro» se generalizou, quase deixando de o ser.....]
Não me parece que esta solução é a melhor.	Não me parece que esta solução seja a melhor.

Parece-me que esta solução seja a melhor.	Parece-me que esta solução é a melhor.
Devemos encarar com muitas dúvidas que a lei tem o exclusivo da produção do D..	Devemos encarar com muitas dúvidas que a lei tenha o exclusivo da produção do D..
Embora tal não acontecia quando…	Embora tal não acontecesse quando…
Se bem que o autor também afirma que…	Se bem que o autor também afirme que… [O conjuntivo, em português, é uma forma verbal muito elegante, muito expressiva e muito própria. Defendamo-la! Note-se a subtileza da diferença: «Admito que ele agiu mal.» ? «Admito que ele tenha agido mal.»]
Há áreas do direito onde se vê…	Há áreas do direito *em que* se vê… [o uso de *onde* e de *em que* só é igualmente correcto (*onde* pode até ser preferível) com espaços geográficos: a terra em que nasci = a terra onde nasci]
O art. 358.º trata-se de um preceito…	O art. 358.º é um preceito… *ou* Trata-se de um preceito, o art. 358.º, … [*tratar-se de* é um verbo impessoal: sempre sem sujeito e na terceira pessoa do singular]
Tratam-se aqui de meros usos…	Trata-se aqui de meros usos… [cf. n. anterior]

Trata-se aqui vários problemas…	Tratam-se aqui vários problemas… [? das anteriores]
Hão casos, haviam pessoas, devem haver…	Há casos, havia pessoas, deve haver outras [*haver*, com o sentido de existir, é um verbo impessoal]
António deve de indemnizar Bento. Façam isso como deve de ser.	A. deve indemnizar B. Façam como deve ser. [Antigamente, a construção *deve de* era perfeitamente lícita[2]. Hoje, porém, não é usada por «pessoas instruídas»...]
Poderia-se pensar; diria-se que	Poderia pensar-se; poder-se-ia pensar; dir-se-ia que
Quanto muito	Quando muito [Eis um dos erros mais absurdos. *Quando muito* é uma expressão simplificada que substitui, p. ex., *quando se queira dizer muito*]
Um copo com água.	Um copo de água. [É a expressão portuguesa, e «copo» designa a quantidade. Bebem-se dois copos *de* água...]

[2] Prova disso é que, no crioulo da Guiné-Bissau, cujas origens remontarão ao português do século XVI, *dibi* (dever) rege *di* (de). N' *Os Lusíadas*, essa construção surge, p. ex., nas estrofes 24 e 80 do C. I, ou 99 do C. IV.

Erros ortográficos e afins:

juricidade, jurisdicidade	juridicidade [a qualidade de ser jurídico]
decreto de lei, decretos-lei	decreto-lei, decretos-leis
projecto-lei, proposta-lei	projecto de lei, proposta de lei
intercepção, intercessão, intersecção	intersecção [o acto de intersectar, isto é, de ter parte em comum com outra categoria; os conjuntos podem intersectar-se, as circunferências também], intercepção [o acto de interceptar, *i.e.*, de interromper e travar algo em movimento; um bandido pode interceptar um mensageiro], intercessão [o acto de interceder, *i.e.*, de pedir em favor de alguém, de servir de intermediário]
ler-mos, fizé-se-mos, fizé-se, achar-mos, fala-se	lermos, fizéssemos, fizesse, acharmos, pusesse, falasse [As formas *ler-mos* e *achar-mos* também aparecem em português, mas esse *mos* tem de ser a contracção de *me* com *os*, ou seja, com o significado de «*eles para mim*». Naturalmente, a forma *fala-se* é igualmente admitida, mas com o significado de *falam* (as pessoas) ou de *alguém fala*. P. ex., é correc-

	to: «Estás a ver os artigos? Podias ler-mos.» «Perdi os óculos. És capaz de achar-mos?» «Fala-se muito, mas não se diz nada.» *Fizesse*, *fizéssemos*, *falasse* são formas do imperfeito do conjuntivo («se eu/nós/ele fizesse, fizéssemos, falasse». *Lermos* e *achar-mos* são formas do infinitivo ou do futuro do conjuntivo, ambos na primeira pessoa do plural: «Para [nós] lermos bem, devemos…», «Se [nós] acharmos [no futuro] alguma coisa…»]
inclusivé, outrém, alguem	inclusive, outrem, alguém [*outrem* é grave; *alguém*, aguda]
rápidamente, cíclicamente, sózinho	rapidamente, ciclicamente, sozinho
tinhamos, supunhamos	rápida e terrivelmente; podíamos, poderíamos, tínhamos, supúnhamos [pret.], suponhamos [conj.]
juíz, juizes, um pais, paises	juiz, juízes [o singular e o plural são diferentes], um país, países
construír, construires, construisse	construir [esta não leva acento], construíres, construísse
contem, mantem, retem, obtem	contém [*contem* é do v. *contar*], mantém, retém, obtém

supôr, dispôr, compôr, fôr, flôr, por [verbo]	supor, dispor, compor, for, flor, pôr [*pôr* só tem acento para se distinguir de *por*; a regra é não acentuar *-or*]
dificil, facil, veem, jurisprudencia, jurisprudêncial, orgão, acordão, consequencia, residencia, residêncial	difícil, fácil, vêem, jurisprudência, jurisprudencial [note-se a diferença], órgão, acórdão, consequência, residência, residencial [note-se a diferença]
politico, juridico, instituido, principio, licito, legitimo, conjuge, codigo, unico, publico [São palavras esdrúxulas; têm de levar acento!]	político, jurídico, instituído, princípio [*principio* é forma do verbo *principiar*], lícito [*licito* é forma do verbo *licitar*], legítimo [*diferente é legitimo*, do v. legitimar], cônjuge, código, único, público [*publico* é forma do verbo *publicar*]
desfazamento/supérfulo/quiz, quizer	desfasamento/supérfluo/quis, quiser, quisesse
análize, analizar	análise, analisar
indeminizar/admnistrativo / prespectiva	indemnizar/administrativo/ perspectiva
descriminar/requesito/defenir	discriminar [*descriminar* tem outro sentido e usa-se pouco]/ requisito/definir
previlégio, priviligiar, priveligiar, previlegiar, priveligiado	privilégio, privilegiar, privilegiado [escreve-se *privilegiar*; mas lê-se «preveligiar»]

descricionária/discricionaridade	discricionária/discricionariedade
regeitar / tregeito/estranjeiro / mensajeiro	rejeitar/trejeito/estrangeiro/ mensageiro
extender, estensivo	estender, extensivo [são diferentes, apesar da raiz comum]
contracto, práctica, practicar	contrato, prática, praticar [sem *c*, apesar do latim]
saiem, atraiem, caiem	saem, atraem, caem [*caiem* é uma forma do verbo *caiar*]

Erros de pontuação:

A teoria do m. ético, representa o D. através	A teoria do m. ético representa o direito através…
Alguns dos melhores e mais significativos autores portugueses, defendem… [tanto neste caso quanto no anterior, a vírgula é inadmissível por separar sujeito e verbo]	Alguns dos melhores e mais significativos autores portugueses defendem…
Os autores dizem, que o direito positivo…	Os autores dizem que o direito positivo…
O Autor sustenta com os mais variados argumentos, que a lei é a única fonte. [neste caso e no anterior, a vírgula é incorrecta por separar o verbo do complemento directo; as palavras en-	O Autor sustenta com os mais variados argumentos que a lei é a única fonte de direito. [No máximo:] O Autor sustenta, com os mais variados argumentos, que a lei é a única fonte do direito.

tre ambos não mudam o caso e, se mudassem, exigiriam *duas* vírgulas.]	
O Autor sustenta como sempre fez que a lei é a única fonte do direito.	O Autor sustenta, como sempre fez, que a lei é a única fonte do direito. [Aqui as *duas* vírgulas são necessárias, porque entre elas está um acrescento à estrutura essencial da frase.]
Há normas, que dispõem sobre as condições de validade dos actos.	Há normas que dispõem sobre as condições de validade dos actos. [Aqui não pode haver vírgula, porque é a oração relativa (*que dispõem...*) que identifica as normas cuja existência é afirmada. Nalgumas línguas (p. ex., em alemão), usa-se sempre uma vírgula antes de um *que*. Em português, *quase* só se usam vírgulas quando são precisas!]
O autor, que defende tal solução, é O. ASCENSÃO.	O autor que defende tal solução é O. ASCENSÃO. [Não há vírgula porque o sentido da frase é afirmar que OA defende certa solução; neste contexto, seria absurdo afirmar apenas que OA é um autor, acrescentando como ideia autónoma que ele defende certa solução.]
O. ASCENSÃO que defende outra solução dá a máxima importância à segurança jurídica.	O. ASCENSÃO, que defende outra solução,… [As vírgulas são indispensáveis, porque o sujeito da oração principal

	está já plenamente identificado (através de um nome próprio). Entre as vírgulas surge um acrescento, uma explicação sobre esse sujeito.]
A teoria do mínimo ético que representa o direito e a moral como dois círculos concêntricos foi refutada.	A teoria do mínimo ético, que representa o direito e a moral como dois círculos concêntricos, foi refutada. [A oração relativa *explica* o que é a t. do m. é.]
A teoria, que representa o direito e a moral como dois círculos concêntricos, é a teoria do mínimo ético.	A teoria que representa o direito e a moral como dois círculos concêntricos é a teoria do mínimo ético. [A oração relativa *identifica* a teoria de que se fala.]
As normas, que indicámos, são injuntivas.	As normas que indicámos são injuntivas. [Não há aqui vírgulas porque «as normas» não são todas injuntivas. Só «são injuntivas» «as normas que indicámos».]
As ditas normas que são injuntivas, têm…	As ditas normas, que são injuntivas, têm… [Ao contrário do exemplo anterior, «as ditas normas» (que já teriam sido identificadas) são todas injuntivas. As vírgulas são necessárias quando a oração relativa (*que...*) apenas nos dá mais uma informação (explicativa) sobre as realidades a que se refere. As

	vírgulas são incorrectas quando a oração relativa restringe o alcance da frase principal a algumas das realidades a que esta se refere.]
Para muitos autores, entre os quais OA o costume vale como fonte do direito.	Para muitos autores, entre os quais OA, o costume vale como fonte do direito.
Pode dizer-se, sem sombra de dúvida que…	Pode dizer-se, sem sombra de dúvida, que…
O. ASCENSÃO, na obra *O Direito* defende…	O. ASCENSÃO, na obra *O Direito*, defende… [Aqui e nos dois exemplos anteriores, temos casos muito simples de elementos intercalados na estrutura normal da frase. Nessas intercalações, são necessárias *duas* vírgulas. Uma no seu início, outra no fim.]
O Autor defende, com vários argumentos e grande vee-mência, o valor do costume.	O Autor defende com vários argumentos e grande veemência o valor do costume. [Não é indiscutível que houvesse um erro na coluna da esquerda. De qualquer maneira, as vírgulas são supérfluas e, por isso, é preferível eliminá-las.]

TEXTOS DE APOIO

ALGUMAS PERSPECTIVAS
OU ESCOLAS METODOLÓGICAS
(metodológicas, e não necessariamente de teoria do direito)

• «Casuísmos» (Direito romano clássico e, tb. hoje, o *common law* «propriamente dito»): **J**

• Escola da Exegese (França e países do seu círculo, séc. XIX): **L**

• Escola Histórica (SAVIGNY, primeira metade do séc. XIX): **H**

• Jurisprudência dos Conceitos (p. ex., WINDSCHEID, séc. XIX): **± L**

• Jurisprudência dos Interesses (HECK, princípio séc. XX, com antecessor em JHERING): **± F**

• Jurisprudência dos Valores (ou da Valoração) (Alemanha, séc. XX): **A**

• Neo-jusnaturalismo (séc. XX, sobretudo após a II Guerra Mundial): **A**

• Movimento do Direito Livre (Alemanha, princípios do séc. XX): **J**

• Irracionalismo (princípios do séc. XX): **± J**

• Sociologismo (positivismo sociológico, sécs. XIX-XX, Alemanha e EUA): **F**

• Teorias da natureza das coisas, a *natura rerum* (recorrentes...), incluindo a teoria das «estruturas lógico-reais prévias ao direito» (WELZEL e, entre nós, O. ASCENSÃO): **A** ou «Ontologismo»

• Normativismos de KELSEN («Teoria Pura do Direito») e de HERBERT L. A. HART, com um importante defensor também em N. BOBBIO: ± **L**

• Realismo norte-americano (O. W. HOLMES, séc. XIX-XX) e os *critical legal studies*: ± **J**

• Análise económica do direito (EUA e, depois, Europa): **F**

• Tópica/retórica (VIEHWEG e PERELMAN, segunda metade do séc. XX): **J**

• Teorias da argumentação jurídica como caso especial da argumentação prática (ALEXY (**A**) e MACCORMICK (± **A**)): e **J**

• Hermenêuticas, *hoc sensu* (BETTI, ART. KAUFMANN, F. MÜLLER): **J**

• «Neo-historicismo» (MENEZES CORDEIRO?): **H**

• Teorias actuais da prioridade do caso concreto (ESSER, FIKENTSCHER), incluindo o «judicaticismo sistemático-problemático» (CASTANHEIRA NEVES, F. BRONZE): **J**

• Teorias actuais da relevância dos princípios (e, eventualmente, de um sistema de princípios) (ESSER, LARENZ, DWORKIN, CANARIS, ALEXY …): **A**

• O «uso alternativo do direito»: **A**

LEGENDA:

As aspas («») indicam designações não generalizadamente aceites.

A – «Axiologismos»: há que atender a «valores» e «princípios», à «ética», etc..

F – Funcionalismos: há que atender às finalidades/funções (exteriores) do Direito.

H – «Historicismos»: há que compreender o Direito como produto histórico.

J – «Jurisprudencialismos»: há que argumentar em função do caso (concreto).

L – Legalismos: o Direito é a lei, há que olhar apenas à lei; nos países anglo-saxónicos, à lei acrescentam-se os precedentes judiciais, que também são actos do poder.

COLECÇÃO DE DEFINIÇÕES DE DIREITO

***1*)** *Direito é a lei*. Frase inaceitável; pelo menos, nestes termos. Inaceitável será ainda: *a lei (toda a lei) é Direito*. No séc. XIX, um professor de direito francês disse o que hoje nos soa chocante: «*Não conheço o direito civil, ensino apenas o Código de Napoleão*.» E é famosa a afirmação do magistrado VON KIRCHMANN, em 1847: «Três palavras de correcção do legislador e bibliotecas inteiras transformam-se em papel de embrulho». Só se forem más bibliotecas! Pior do que tudo: «*ius quia iussum*», «é Direito porque foi ordenado», é direito o que provém do poder. Pelo contrário: *todo o poder carece de reconhecimento pelo Direito*. Contudo, são muitos os AA. actuais que defendem a existência de uma ligação necessária entre o direito e o poder. Esta é uma das maiores discussões que ainda hoje temos.

2) Veja-se também: «*Das normas ou regras estabelecidas por uns para outros homens, algumas são estabelecidas por superiores políticos […] em nações independentes ou sociedades políticas independentes. Ao agregado de regras assim estabelecido […] é exclusivamente aplicável o termo direito.*» (JOHN AUSTIN, 1861). É um protótipo de definição do direito através do político, do poder, ou mesmo do Estado. É uma definição legalista e, em princípio, positivista.

***3*)** Muito semelhantes são as definições, todas elas positivistas, que fazem o conceito de direito depender apenas da eficácia social, ou seja, do facto de a grande maioria das pessoas numa sociedade cumprir certas regras. P. ex., para KELSEN, o direito é uma «*ordem normativa de coerção*», reportada a uma «*norma fundamental*», «*a que deve corresponder uma constituição efectivamente estabelecida e, em termos gerais, efi-*

caz, bem como as normas que, de acordo com essa constituição, foram efectivamente estabelecidas e são, em termos gerais, eficazes.» (*Teoria pura do direito*, 1960).

4) Pelo contrário, Santo Agostinho (Aurelius Augustinus), na obra *A cidade de Deus*, de finais do séc. IV da nossa era, distingue os reinos – onde há direito – dos bandos de ladrões ou «quadrilhas de malfeitores», conforme as traduções, através da justiça. «*Remota itaque iustitia, quid sunt regna nisi magna latrocinia*?» «*Afastada a justiça, o que são os reinos senão grandes bandos de ladrões? E os próprios bandos de ladrões o que são, senão pequenos reinos?*»

5) «*O direito é uma ordem existente com o sentido de um dever ser, em cada sociedade, destinada a estabelecer os aspectos fundamentais da convivência e a criar condições para a realização das pessoas, e que se funda em regras com exigência absoluta de observância.*» (Oliveira Ascensão, *O Direito*, 207). Trata-se de um exemplo de outra das concepções principais do direito, *i.e.*, o direito como ordem social (com sentido de dever ser).

6) «*Non ex regula ius summatur, sed ex iure quod est regula fiat*» *«Não se extrai o direito da regra; é a regra que se faz a partir do direito que existe*» [Paulus, D. 50. 17. 1. – no Digesto, colectânea de *opiniões* dos mais famosos juristas, a que o imperador Justiniano deu valor de lei em 533 d. C., Livro 50, Cap. 17, Fragmento 1]. As normas (? leis) serão apenas um expediente para descrever («*breviter*», «de modo breve», como diz o próprio Paulo) o Direito, que nasce de algum outro modo.

7) Direito são «*the standards that provide for the rights and duties that a government has a duty to recognize and enforce, at least in principle, through the familiar institutions of courts and police.*» Dworkin, *Taking rights seriously*, 47 (Dworkin aqui refere-se ao «conceito geralmente usado de direito», que aceita).

8) «*Ius civile sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit*», «O *ius civile* é composto apenas pela interpretação dos jurisprudentes, não está escrito» (POMPONIUS, D. 1, 2, 2, 12). Os «*jurisprudentes*» serão, hoje, *os tribunais* (superiores). Citando Pompónio, defende-se que o Direito é a solução de *casos concretos*. MENEZES CORDEIRO, na obra *Da boa fé no direito civil*, de 1984, p. 29, escreveu: «Fora do caso concreto decidido, [...] há especulação teorética que, mesmo iluminada, não é Direito.»

9) «*The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law.*» «*As profecias do que os tribunais efectivamente farão, e nada mais pretensioso – é o que eu entendo por direito*» (OLIVER WENDELL HOLMES, *The path of the law*, 1897). Esta é uma tese do «realismo jurídico» norte-americano. Apesar da proximidade no que diz respeito à importância do caso concreto, não se pode confundir esta definição com a anterior!

10) *O Direito é um instrumento de política económica*. A afirmação é muito limitativa, mas não há dúvida de que *algumas* regras (não todas!) só têm sentido pela sua finalidade económica. Com um sabor marxista, diríamos: *o Direito é uma superstrutura económica*. Muito importante será a chamada «*análise económica do Direito*», de origem americana. É uma perspectiva por vezes esquecida pelos europeus. É certo, porém, que o Direito olha (tem de olhar) aos seus reflexos económicos, mas não só a eles.

11) «*Um ordenamento chama-se […] direito quando é exteriormente garantido pela possibilidade de coerção (física ou psíquica), através de um comportamento, dirigido a forçar a observância ou a punir a violação, de um grupo de pessoas disso especialmente incumbido.*» (MAX WEBER, 1921). Note-se que temos aqui uma definição «sociológica» – e de autoria de um sociólogo – do direito. É uma definição para os fins de um discurso que não é o discurso dos juristas. Neste caso,

surge um conceito que anda tradicionalmente ligado ao direito, o de *coerção* ou, mais propriamente, coercibilidade. Hoje esta ideia é tendencialmente abandonada, ou então substituída por figuras mais amplas que a incluem, mas vão para além dela.

***12*)** Também «sociológica» é a definição de N. LUHMANN, para quem direito é «*a estrutura de um sistema social respeitante à generalização congruente de expectativas normativas de comportamento.*» (*Rechtssoziologie*, 3.ª ed., 1987, p. 105). Temos de ver aqui vários aspectos de que os juristas muito gostam. Por um lado, o direito caracterizado pela generalidade, *i.e.*, pela aplicabilidade a um número indeterminado de pessoas. Depois, a alusão à ideia de sistema e de coerência, ou mesmo de unidade: o direito não será um aglomerado casual, mas um todo coerente. Por fim, a alusão a expectativas: diz-se, na verdade, que o direito permite a previsão dos comportamentos por ele regulados.

***13*)** «*[Direito é] o conjunto de processos regularizados e de princípios normativos, considerados justiciáveis num dado grupo, que contribuem para a criação e prevenção de litígios e para a resolução destes através de um discurso argumentativo, de amplitude variável, apoiado ou não pela força organizada.*» (BOAVENTURA SOUSA SANTOS, *O discurso e o poder. Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*, 1979, p. 72). Outra definição «sociológica». É muito importante reter aqui a referência ao litígio e à argumentação jurídica. Veja-se, p. ex.:

***14*)** *Direito são os critérios de resolução de litígios sociais*. Tem grande tradição, sobretudo entre os estudiosos do direito processual – *i.e.*, o direito que trata a actividade dos tribunais e das partes perante os tribunais –, definir o direito a partir do litígio ou do conflito social. Noutras palavras, diríamos que sem litígios não haveria necessidade de direito. Mais amplo do que o conceito de *litígio* é o de *problema*.

15) *O Direito é a solução fundamentada de problemas práticos*. «Prático» no sentido kantiano; quer dizer «ético», *i.e.*, responde à pergunta «O que *devo* fazer?». Esta frase é importante por referir o *problema* (p. ex., o Prof. CASTANHEIRA NEVES, de Coimbra, gosta de acentuar a essência «problemática» do Direito). O problema prático reclama uma valoração jurídica, é a origem do Direito. A *necessidade de fundamentação* (e, talvez, de fundamentar a fundamentação...) é o outro elemento essencial a reter. Veja-se a definição – de C. NEVES, mas cujos limites o próprio Autor aponta: «*O direito é imediatamente para o jurista a totalidade das suas soluções jurídicas positivadas*» (*Relatório*, 1976, p. 21, in *Curso de Introdução ao estudo do direito*).

16) «*Ius est ars boni et æqui*» «*O Direito é a arte do bom e do justo*» (CELSUS, citado por ULPIANUS em D., 1. 1. 1. 1.). É significativo que Celso e Ulpiano tenham concebido o Direito como *arte*. Arte ou ciência? Ainda de acordo com esta afirmação, fixe-se: «Ius quia iustum», «É Direito porque é justo».

17) «*O Direito é justiça pensada*» «*Recht ist gedachte Gerechtigkeit*» (W. FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts*, vol. IV, 1977, p. 6). De novo, a ligação indispensável entre Direito e Justiça. Poderíamos ver a lei e as decisões dos tribunais como dois *pensamentos da justiça* decisivos no nosso sistema, no nosso espaço cultural. Também daqui se retira que é imperioso *fundamentar*, justificar, enfim, «pensar» as soluções.

18) «*O Direito é vontade de justiça*» «*Recht ist Wille zur Gerechtigkeit*» (G. RADBRUCH). Aqui, a justiça é apresentada *não como elemento interior do direito, mas como fim* do direito, como meta a atingir. O direito definir-se-ia, então, por essa intenção. O direito não seria ele próprio justiça, mas só seria verdadeiro direito na medida em que tentasse alcançar a justiça. Outro ponto fundamental desta definição é a ligação

entre direito e *vontade*. O direito seria sempre expressão ou resultado de uma vontade. Note-se que as concepções voluntaristas do direito são, na história do pensamento jurídico e moral, uma constante da maior importância.

***19*)** «*O direito é um sistema de normas que (1) ergue uma pretensão de justeza [*Richtigkeit*], (2) compõe-se da totalidade das normas que pertencem a uma constituição socialmente eficaz, em termos gerais, e não são extremamente injustas, bem como da totalidade das normas que são estabelecidas em conformidade com esta constituição, apresentam um mínimo de eficácia ou possibilidade de eficácia social e não são extremamente injustas, e (3) ao qual pertencem os princípios e os restantes argumentos normativos em que se apoia e/ou deve apoiar o processo de aplicação do direito para cumprir a pretensão de justeza.*» (R. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, 1992, p. 201. Há tradução espanhola desta obra: *Concepto y validez del derecho*). Note-se como esta é uma definição elaborada – embora talvez demasiado comprida... – que inclui vários aspectos que foram surgindo nos pontos anteriores. Compare-se, em especial, com a definição de Kelsen.

***20*)** Parecida com a anterior é uma definição de Castanheira Neves: «*O direito consiste [num] válido dever-ser que é.*» (*Fontes do direito*, in *Digesta*, vol. II, 1995 [1982], p. 8). E, noutro local, «*o direito é o acto histórico do autónomo dever-ser do homem convivente*» [*Questão-de-facto*, p. 908]. O A. entende que o direito é *dever-ser*, ou seja, que goza de normatividade. Entende que só há direito se houver *validade*, *i.e.*, se para esse direito houver fundamento. Quando diz que «*o direito é*», Castanheira Neves exprime sinteticamente que só é direito o que for historicamente vigente, o que for *positivo*, aquilo que é assumido numa prática social. Sem esta participação efectiva numa sociedade existente, não teremos direito, mas sim «um projecto ou um ideal de direito», um

«pensamento do direito ou um direito possível». Não trairíamos o pensamento deste Autor se definíssemos o direito como *o dever-ser positivo válido* ou como *a normatividade socialmente vigente com fundamento válido*.

***21*)** Semelhante – com uma ou outra diferença – às definições de CASTANHEIRA NEVES, ALEXY e, em parte, de FIKENTSCHER, teríamos, p. ex., «*o direito são as soluções dos problemas normativos de determinação da vigência social justa*» ou «o conjunto das soluções dos problemas quanto a determinar normativamente a vigência social justa». Notem-se as quatro partes da definição:

a) «Soluções de problemas» quer dizer que, segundo a perspectiva metodológica preferível, o direito não é um ponto de partida, um dado, mas sim aquilo a que chegamos através de uma argumentação e fundamentação correctas, e que não existe à partida. Por incluir esta referência metodológica, trata-se de uma definição do direito na perspectiva de quem tem um problema jurídico para resolver e, em especial, na perspectiva dos juristas. Na perspectiva, não do jurista, mas de um puro filósofo do direito, diríamos que o direito são «as normas determinantes da vigência social justa».

b) «Determinar normativamente» exprime que o direito (e os problemas jurídicos) se reporta ao plano do dever ser, ou melhor, das normas, normas essas que *determinam* a vida em sociedade, não a descrevem. É um discurso prático, e não um discurso teorético, como o que vemos nas ciências naturais, na sociologia ou mesmo na matemática.

c) A «vigência social» traduz dois aspectos essenciais para distinguir o direito de outros complexos normativos. Por um lado, o direito só diz respeito a problemas sociais (e não a questões referentes a um homem isolado). Por outro, o direito pretende que a sociedade se adeqúe efectivamente às suas regras. O direito não se limita a impor ou a permitir certas condutas. O direito contém *mecanismos* que auxiliam a que

esses imperativos ou permissões sejam seguidos em sociedade. A esta característica do direito chamam muitos autores «positividade». Outros chamam-lhe «normatividade» em sentido estrito. Podemos distingui esses mecanismos em três grupos: (1) as fontes do direito; (2) os tribunais e outras instituições destinadas a aplicar o direito; e (3) as normas de reforço, que incluem as normas preventivas e, igualmente importantes, as normas sancionatórias.

d) A referência final à «justiça» dá-nos o sentido ou conteúdo que as normas jurídicas têm em geral. Sem intervenção de uma ideia de justiça não temos direito, mas sim terrorismo, arbítrio ou uma fantasia. A solução dos problemas jurídicos que se procura é sempre a solução *correcta*, uma solução que tem de ser assente em valores ou princípios aceitáveis, fundamentados, *bons*. O chamado relativismo de valores não nos isenta da responsabilidade de procurarmos soluções materialmente boas, e não só formalmente correctas.

SOBRE ALGUMAS CARACTERÍSTICAS DO PENSAMENTO JURÍDICO

Intróito

Discute-se se o discurso jurídico ou «ciência do direito» é uma verdadeira ciência. Para resolver a questão – e para a perceber – é necessário ter em conta algumas das suas características, a saber, a intenção normativa, a falta de transcendência teórica, a não verificabilidade e o condicionamento valorativo. Nas páginas seguintes, discutem-se apenas essas características, e não todo o problema de saber se o pensamento jurídico é científico.

Interessa-nos o discurso jurídico propriamente dito, ou seja, aquele que procura saber quais as normas que, num dado contexto, têm valor jurídico, por outras palavras, aquele que se destina a resolver problemas normativos jurídicos, sejam concretos ou abstractos. As decisões fundamentadas dos tribunais e a doutrina jurídica são os principais veículos do pensamento jurídico. Sublinhe-se que a teoria do direito não faz parte do discurso jurídico. E o presente texto não faz parte do discurso jurídico.

Ao lado e antes do discurso jurídico especializado, há um discurso jurídico de senso comum, mais ou menos correspondente ao discurso jurídico dos leigos, dos não juristas, ou de sociedades menos desenvolvidas. Obviamente, poucas pessoas se lembrariam de lhe chamar «ciência do direito». De qualquer modo, referimo--nos indiferentemente ao discurso jurídico em geral e à «ciência do direito», por simplicidade.

Este é um escrito para alunos, e para alunos inseridos num certo ambiente de ensino e discussão. Encontram-se aqui, pois, muitas simplificações. P. ex., adere-se tendencialmente às terminologias

tradicionais, apesar de várias delas merecerem reparo. Espera-se que as simplificações sejam suficientes e não excessivas.

A intenção normativa

A primeira característica fundamental do pensamento jurídico é a sua *intenção normativa* ou *intenção regulativa*. Para esclarecer este conceito, é útil distinguir o pensamento jurídico ou ciência do direito propriamente dita, por um lado, da história do direito, do direito comparado e da sociologia jurídica, por outro. Quando se faz história do direito, p. ex., não se discute qual a solução de um problema de interpretação da lei que *deveria* considerar-se correcta em certo período histórico. Pelo contrário, investiga-se qual a solução que os juristas, nessa altura, *deram efectivamente* ao problema. Identicamente, quando eu pergunto como *é* o direito alemão relativo ao contrato de compra e venda, não estou preocupado em saber como é que *devem* interpretar-se os §§ 433 a 514 do BGB (o código civil alemão) – esse é um problema dos juristas alemães –, mas sim em saber como é que os alemães efectivamente os interpretam e aplicam. No máximo, estarei interessado em saber ainda quais os argumentos que usam. Do mesmo modo, quando me interrogo sobre a quantidade de pedidos de divórcio nos tribunais portugueses ao longo dos últimos decénios, os fundamentos neles invocados e a percentagem de pedidos julgados procedentes, tal como quando os relaciono com as concepções dominantes relativas ao casamento e ao sexo ou com a adesão ao catolicismo, não quero discutir se esses pedidos de divórcio têm ou não *fundamento* jurídico, nem se foram *bem ou mal decididos*, mas sim, e apenas, o fenómeno (facto) social do casamento e do divórcio, nas suas relações com outros fenómenos sociais. O sociólogo não discute quando é que é *lícito* às pessoas pedir o divórcio, nem como é que os tribunais *devem* decidir esses pedidos de divórcio, mas sim quando é que as pessoas *pedem* o divórcio e como é que os juízes *decidem*. Em todos estes casos –

da história do direito, do direito comparado e da sociologia jurídica – apenas *observo fenómenos sociais*, que são qualificados como jurídicos ou relacionados com o direito. Na terminologia de Oliveira Ascensão[1], o direito é aqui olhado *como facto*. Na terminologia de H. L. A. Hart, de 1961[2], há aqui uma *perspectiva externa* ou de mero *observador* do direito.

Pelo contrário, o pensamento jurídico, a «ciência do direito» olha o direito *como dever ser* (O. Ascensão), olha o direito *na perspectiva interna* (Hart). Se me pedirem um parecer jurídico em matéria de compra e venda, terei de dar a minha opinião sobre o modo *correcto* de interpretar os arts. 874.º e ss. (e outros) do Código Civil, tendo em conta, também, os princípios gerais de direito, etc., e sobre a sua *devida* aplicação ao problema específico que for levantado no pedido de parecer. Em geral, se um jurista e, em especial, um juiz tem um problema de interpretação da lei, o seu problema – o problema verdadeiramente jurídico – é o de saber qual *a melhor* interpretação, qual a interpretação *válida*, qual a interpretação que se *deve* fazer. Em medida equivalente, ao defender certa interpretação da lei – p. ex., dos artigos referentes à compra e venda –, um professor de direito ou um juiz defendem que as pessoas destinatárias dessa lei – p. ex., o comprador e o vendedor – *devem* comportar-se de uma maneira ou de outra, agem *licitamente* se agirem de uma maneira e *ilicitamente* se se comportarem de outra. Por isso, é imperioso identificar ainda o discurso jurídico como um pensamento prático-normativo, e não teorético, para usar agora a distinção de matriz kantiana muito acentuada por Castanheira Neves[3]. A «intenção regulativa» do

---

[1] As posições de O. Ascensão a que aludimos encontram-se no seu manual *O Direito. Introdução e teoria geral*.

[2] No livro *O conceito de direito*, que tem tradução portuguesa de Armindo Ribeiro Mendes.

[3] Já na última nota da sua obra *Questão-de-facto – questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade*, de 1967.

pensamento jurídico é isto mesmo: procura a solução *correcta* do problema de saber como *devem* juridicamente agir as pessoas.

O pensamento jurídico, devido a esta intenção regulativa – que partilha com o pensamento ético (não confundir com a teoria da ética), com o discurso de «interpretação» dos mandamentos religiosos, com os conselhos em sede de «boas maneiras» e com os juízos dos árbitros de futebol ou de qualquer outro desporto –, *distingue-se radicalmente* da história do direito, do direito comparado e da sociologia jurídica. Estas três, apesar da especificidade do seu objecto, estão aqui muitíssimo mais próximas da biologia, da física ou da geografia. História do direito, direito comparado, sociologia, biologia, física e geografia têm, todas elas, a intenção, a finalidade de *conhecer* o mundo (intenção teorética). A ciência do direito, a ética e a arbitragem desportiva visam *regular*, *valorar* o mundo e, em especial, o comportamento humano (intenção regulativa ou prático-normativa).

A falta de transcendência teórica

A segunda característica básica da ciência do direito – e que, muito provavelmente, decorre da anterior – é a sua falta de «transcendência teórica»[4]. «Transcendência» quer dizer, aqui, separação, autonomia. «Teórica» quer dizer «entre o sujeito que conhece e o objecto de conhecimento» ou «entre o discurso e seu objecto». Para explicar a falta de autonomia do pensamento jurídico relativamente ao seu objecto, ou vice-versa, podemos notar que a posição do pensamento jurídico ou de um jurista, enquanto tal, é profundamente idêntica à posição da interpretação artística ou de um intérprete de arte.

[4] O ponto é especialmente tocado, entre nós, por Baptista Machado, p. ex., no seu livro *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*.

Tome-se como exemplo o caso, particularmente claro, de um qualquer pianista. Imaginemos que ele vai esta semana tocar uma sonata de BEETHOVEN. Foi BEETHOVEN que *criou* a sonata e a deixou escrita em pautas de música. A música é dele. Contudo, a sua sonata *não existe* verdadeiramente na forma para que foi criada a não ser que um pianista a toque. Ler apenas a pauta de música é frustrante e é quase a negação da ideia de música, que é para ser ouvida. O pianista dá vida à música, o pianista *aplica* a música de BEETHOVEN ao mundo. Ao fazê-lo, o pianista depara-se com muitos problemas que tem de decidir. O primeiro – exposto de uma forma simplificada – é o de escolher entre seguir de forma absolutamente canina a (suposta) vontade de BEETHOVEN quanto ao modo de tocar aquela sonata e, pelo contrário, admitir a introdução de alguns desvios em relação a essa vontade do compositor. Além disso, o pianista tem de decidir todos os casos em que a escrita deixada é *ambígua* quanto ao pretendido, aqueles em que é *omissa* quanto a alguns aspectos e, inclusivamente, terá de *corrigir* lapsos que tenham ficado, e que são identificáveis pela sua desarmonia com o conjunto da obra ou com o pensamento global de BEETHOVEN sobre a música. Ainda para lá disso, o pianista tem de descobrir a afinação adequada do piano, tem de tocar em função das capacidades do instrumento e de si próprio, tem de atender à acústica do local em que vai tocar e, porventura, ao público que o vai ouvir. O pianista tem de repensar a música, tem de *recriar* a sonata, *que é do* compositor. E, como é claro, não há dois pianistas que toquem uma sonata de BEETHOVEN da mesma maneira. O que é certo é que os pianistas querem tocar *bem*, tocar da forma *correcta*, ou não estarão a tocar aquela sonata, mas sim a brincar com a sonata ou a compor uma sua variação. Conclui-se facilmente que *não há*, antes de ser tocada, uma música. O que *existia realmente* – ou seja, como dado empírico, histórico, observável – eram apenas uns papéis com traços e bolas, um piano, um pianista, e uma série de informações sobre o compositor, além da memória ou dos registos (os mais importantes são os sonoros,

claro) de outras interpretações daquela sonata. Por isso, a música, que é o objecto do discurso do pianista, não pode ser separada do próprio pianista, não existe senão através dele. *A sonata vai ser efectivamente aquilo que o pianista decidir e conseguir tocar*. Não há «transcendência teórica» entre a música e o pianista. Ela *não estava ali* pronta a ser tocada. A música é algo a obter, algo a produzir pelo pianista.

O jurista – ou seja, *alguém que faz «ciência» do direito*, p. ex., um juiz que tem de decidir um caso ou um professor que tem de dar um parecer ou de escrever um manual[5] – está na mesma posição do pianista. Esta semana, tem de aplicar o direito da compra e venda. Quem *cria* esse direito são as fontes do direito, entre as quais a lei tem grande importância, e os princípios jurídicos relevantes. Contudo, o direito da compra e venda *não existe* ainda, não tem lugar no mundo se não for aplicado ou a casos concretos – é esta a sua função primordial – ou a problemas imaginados, que não deixam por isso de ter de ser decididos. É o pensamento jurídico que *aplica* o direito, que o faz surgir no mundo: ou por ser usado na decisão de um caso concreto, ou por ser expresso num parecer, ou por ser exposto num manual (a mera exposição num manual, obviamente, é uma forma mais pobre de existência do direito). Para aplicarmos o direito ou, em geral, para responder à pergunta *Quid juris*?, temos de resolver uma série de problemas. Temos de articular a lei com as restantes fontes do direito e com os princípios jurídicos, temos de nos decidir por uma interpretação objectivista ou subjectivista, etc., da lei, temos de ultrapassar as suas ambiguidades e omissões, temos de descobrir os seus lapsos de redacção, temos de olhar às especificidades do caso que a lei não pôde ter em conta, etc., etc., etc.. Tudo isto é

[5] *Qualquer pessoa* pode ter de elaborar um pensamento jurídico. Basta que um problema jurídico se lhe depare. Os juízes e os professores de direito são, apenas, profissionais e especialistas do direito.

discutido e tido em conta no pensamento jurídico. Por isso, ao aplicarmos o direito, ou mesmo quando só interpretamos a lei, estamos a *recriar* o direito, que *não é da nossa autoria*. A única coisa certa é que o jurista, enquanto tal, tem de dar a solução *correcta*. Não há dúvida, também, que dois juristas têm sempre algumas divergências quanto ao que resulta do direito da compra e venda ou de outro tema qualquer. Conclui-se facilmente que, antes de o direito ser aplicado ou interpretado, não há ainda direito. Há apenas uns papéis a que chamamos leis, uns outros que nos dizem como é que os tribunais têm resolvido aqueles problemas, duas partes que alimentam um litígio em matéria de compra e venda, etc.. O direito *não está ali*, pronto a ser aplicado. O direito *vai ser aquilo que o jurista, com os melhores argumentos possíveis, concluir que é* a interpretação correcta da lei e das outras fontes, em conjunto com os restantes argumentos que devam ter-se por admissíveis. Também o direito é algo a obter, a produzir. Por isto mesmo, ainda quando a solução jurídica resultava com clareza da lei, essa solução não pode ser separada do discurso jurídico, a solução é a que o discurso jurídico encontrar. Não há uma solução prévia que a ciência do direito *observe*. Há uma solução que o pensamento jurídico *obtém*. Observar (o que há) é diferente de obter (o que se faz).

É isto a falta de transcendência teórica da ciência do direito, da interpretação pianística, de toda a interpretação, e também do discurso ético ou até da decisão de um árbitro de futebol. Os «objectos» – em rigor, a expressão nem é correcta – destes discursos (o direito, a música, o sentido, o valor moral, a falta ou o golo) não têm uma existência que não seja a que lhes é dada *através* desses mesmos discursos. Note-se a diferença entre este tipo de pensamento, a que alguns autores chamam *hermenêutico*[6],

[6] Baptista Machado chama hermenêutico ao pensamento jurídico, mas talvez não neste sentido.

e o pensamento da biologia, física, sociologia, etc. Estas têm transcendência teórica, os seus objectos são independentes: tinha havido evolução das espécies antes de DARWIN a ter descoberto; a Terra girava em volta do Sol apesar do que PTOLOMEU dizia sobre o assunto; o direito aplicado no séc. XV foi o direito aplicado no séc. XV, mesmo que os historiadores do direito estejam errados a esse respeito; a água é constituída por hidrogénio e oxigénio desde sempre, etc.. Em todos estes casos, há coisas que acontecem no mundo perfeitamente separadas daquilo que se diz ou pensa sobre elas. Pelo contrário, não há música tocada sem que o pianista a pense e toque, e não há direito aplicado ou aplicável sem que um -jurista – ainda que seja um «jurista acidental» – reflicta juridicamente sobre o problema levantado, etc., etc.. Em suma, gozam de transcendência teórica a biologia, a astronomia, a sociologia, a história do direito, o direito comparado, a química e ciências afins. Não gozam de transcendência teórica o pensamento jurídico, a interpretação artística, o discurso ético, a arbitragem futebolística, etc..

A sociologia do direito – ao contrário da ciência do direito – goza de «transcendência teórica», *i.e.*, o seu objecto de estudo existe separadamente do respectivo discurso. Independentemente do que digam os sociólogos do direito, este apresenta, numa dada sociedade, certas características, e não outras. Os valores dominantes numa sociedade são uns e não outros, devendo a sociologia apenas tentar conhecê-los e relacioná-los com outros factos sociais também observáveis. O objecto da sociologia do direito são comportamentos sociais efectivamente existentes, e a sociologia é um discurso sobre eles, que não tem neles nenhuma interferência imediata. A sociologia discorre sobre o *real existente* (factual, observável, fenoménico, histórico), ao contrário do que faz a interpretação literária, que, trabalhando sobre um dado factual (o texto) *procura um sentido* que tem de ser atribuído ao texto, mas que não existe como dado do real histórico. Isso mesmo decorre de a sociologia jurídica *não ter* uma intenção normativa. A socio-

logia não pretende dizer o que é que *deve* ou não acontecer em sociedade. Não exige que as pessoas se comportem de uma maneira ou de outra. A sociologia limita-se a observar e a compreender aquilo que efectivamente acontece. A sua intenção é uma *intenção de conhecimento*, nunca uma intenção regulativa.

Consequência necessária da falta de transcendência teórica da ciência jurídica é que *o direito aplicado* (a música tocada, etc.) ou que se defende dever ser aplicado *muda conforme mude, evolua a ciência do direito* (o entendimento do pianista sobre como tocar, etc.). P. ex., imagine-se que uma lei torna «obrigatório o uso de trela nos cães trazidos à rua», não dizendo mais nada. Se os juristas (ou melhor, as pessoas que aplicam o direito) entenderem que um cordel forte chega para obedecer à lei, é assim mesmo que a lei irá ser aplicada. P. ex., um polícia não irá «multar» quem traga o seu cãozinho preso por um cordel. Pode acontecer, porém, que se chegue à conclusão de que não basta um cordel, por os cordéis não oferecerem tanta garantia de robustez como uma fita de couro, ou por poderem magoar a mão de quem o segura, que deixará de segurá-lo, ou mesmo por aquela obrigação legalmente imposta não ter só a finalidade de impedir que os cães fujam, mas também a de promover a indústria do couro. Nesse caso, o direito que será aplicado será aquele que agora se concluiu ser o correcto. Um polícia que partilhe deste entendimento aplicará a devida coima a quem não trouxer o cão preso com uma fita de couro. Não será surpreendente, porém, que se volte à interpretação antiga, p. ex., por se achar que, em matéria de aplicação de sanções punitivas, não é lícita esta interpretação que desfavorece os supostos infractores, ou por se achar que a finalidade de protecção da indústria do couro não deve ser equiparada em importância à finalidade de assegurar a guarda segura dos cães, ou por um cordel minimamente grosso e devidamente atado à mão cumprir bem a função que lhe é destinada. Assim, o direito que o polícia aplicará há-de ser, de novo, o que permite as trelas de cordel. Como o direito é sempre o produto do pensamento jurídico, ou seja, não existe

separadamente, a sua aplicação (que é o seu modo primordial de *existir*) varia com as variações da ciência do direito.

É claro que poderíamos supor que a solução *correcta foi* sempre a mesma, mas a verdade é que temos de decidir, sempre, com a solução que, *agora*, *consideramos* correcta, independentemente de admitirmos que um dia – quem sabe? – mudemos de opinião. O direito efectivamente (historicamente) existente é aquele que se entenda ser válido, apenas esse. E só encontramos no mundo esse direito existente.

A intenção regulativa e o facto de o pensamento jurídico determinar o direito existente, *i.e.*, a falta de transcendência teórica, exprimem-se frequentemente dizendo que a ciência do direito tem um carácter *normativo-constitutivo*[7].

A não verificabilidade do pensamento jurídico

Outro atributo importantíssimo da chamada ciência do direito é a falta de verificabilidade dos seus resultados. Quer isto dizer que uma conclusão qualquer a que se chegue em termos de ciência do direito *não pode ser comprovada nem desmentida*, *a não ser* por um outro raciocínio também de ciência do direito. Não há uma instância autónoma de controlo das afirmações jurídicas. Os resultados do pensamento jurídico não podem ser desmentidos por uma simples observação de factos (reais, empíricos), nem por eles confirmados. Repare-se que as ciências que gozam de transcendência teórica, pelo contrário, podem ver as suas afirmações confirmadas ou desmentidas «pelos factos».

P. ex., a medicina afirma que «o sangue aflui ao coração por canais (as veias) diferentes daqueles por que sai do coração (as artérias)». Ora, se encontrássemos uma pessoa cujo sangue afluísse

[7] Expressão muito comum nos estudos de Menezes Cordeiro, p. ex., em *Da boa fé no direito civil*.

ao coração e dele defluísse pelos mesmos canais, a afirmação anterior estaria errada, teria sido desmentida («falsificada», na expressão de POPPER), e teríamos de construir uma nova teoria. O mesmo se passa com a sociologia. Se um sociólogo do direito disser, p. ex., que os juízes com mais de 40 anos de idade atribuem as crianças à mãe, e não ao pai, em mais de 98% dos casos de processos de regulação do poder paternal, tal informação será verificada ou desmentida pelo competente estudo estatístico. Se um sociólogo sustentar que esse comportamento dos juízes corresponde a uma concepção católica tradicional da família e a um entendimento de rígida divisão de funções entre os sexos, esta afirmação pode também ser confrontada com outros comportamentos dos juízes e com outros seus juízos de valor a respeito dos papéis que cabem ao homem e à mulher. Através da observação e do processamento dos dados observados – *maxime*, por meios estatísticos – as proposições sociológicas são confirmadas ou desmentidas. Devido à separação entre discurso e objecto, à intenção de conhecimento e à verificabilidade empírica (e provavelmente também experimental) dos seus resultados, a sociologia (incluindo a sociologia jurídica) pode reivindicar calmamente o estatuto de *ciência* social.

Ora o pensamento jurídico não é verificável, tal como a interpretação musical não é verificável. O pianista não pode verificar se toca ou não de forma correcta comparando a sua maneira de tocar com coisa alguma. Não vale a pena compará-la com a pauta de BEETHOVEN, pois essa foi precisamente a principal base usada pelo pianista, e *o seu problema é saber se a interpretou bem*. Não é decisivo comparar a sua interpretação com a interpretação de outros pianistas, pois o seu problema é o de saber qual a melhor forma de tocar, se a sua, se a deles. Ele só tem interesse em ouvir os outros pianistas para retirar daí ideias quanto à interpretação que lhe pareçam boas. Também não chega, para verificar a correcção da sua música, que lhe *soe bem* ou que a todas as pessoas do mundo soe bem, porque é perfeitamente possível que uma

maneira diferente de tocar soasse ainda melhor. A única coisa que o pianista pode fazer é usar argumentos a favor da sua interpretação, tentando combater os argumentos contra, mas *isso não é verificar*.

Do mesmo modo, o jurista que quer interpretar a lei sobre o uso de trela nos cães não pode *verificar* se a sua interpretação é correcta ou não. Como é óbvio, não é por comparar a sua interpretação com o que está escrito na lei que se verifica coisa alguma, pois o problema é, precisamente, interpretar essa lei. Também não vale a pena comparar a interpretação com a que for feita por outros juristas, pois não se sabe qual delas é a melhor. E não chega, ainda, dizer que a interpretação conduz a resultados «evidentemente justos», pois pode uma outra interpretação conduzir a resultados ainda mais justos e, sobretudo, porque aquilo que parece «evidentemente justo» a uns parece «evidentemente injusto» a outros, e o que hoje me parece evidente parece-me duvidoso ou disparatado amanhã. A «evidência» não é critério de verificação porque o juízo de evidência não é empírica ou logicamente demonstrável, nem estritamente racional. Como o direito é sempre *algo a obter* através do pensamento e nunca existe previamente, não conseguimos *demonstrar* que aquilo que obtivemos esteja correcto, pois não há nada de «objectivo», de factual com o qual possamos comparar o direito que concluímos ser válido.

Mas cuidado! Isto não quer de modo nenhum dizer que o pensamento jurídico (ou a interpretação musical) não seja racional! O pensamento jurídico é racional na medida em que toda a conclusão assenta em argumentos e em que estes mesmos argumentos podem ser discutidos, com outros argumentos. As conclusões jurídicas são racionais na medida em que procuram sempre um *fundamento*, e um fundamento para o fundamento. É claro que não se podem inventar fundamentos infinitos para todos os fundamentos. Utilizamos argumentos (fundamentos) até ao momento em que tenhamos dúvidas, e teremos de utilizar mais argumentos sempre que encontremos argumentos em sentido contrário. E há argumentos errados.

A falta de verificabilidade do pensamento jurídico resulta imediatamente, como acabamos de ver, da ausência de autonomia entre o discurso jurídico e o objecto/as conclusões desse discurso. Há, porém, uma outra maneira de mostrar que as conclusões jurídicas não são verificáveis, e que atenta nos diferentes *tipos de argumentos* que usamos para chegar a uma conclusão jurídica. Tome-se o exemplo da interpretação da lei que diz que «é obrigatório o uso de trela nos cães trazidos à rua». Temos o problema de saber se, tendo em conta essa lei, é lícito alguém trazer o seu cão à rua preso por um cordel. Para ajuizarmos da licitude deste comportamento (o que é um problema jurídico), temos de usar dois tipos de argumentos: argumentos empíricos (ou lógicos e empíricos) e argumentos normativos (ou valorativos).

Para fundamentar a licitude/ilicitude de sair com o cão preso no cordel, temos:

***Argumentos empíricos*:**

(1) Os «membros do Governo» reuniram-se e disseram que «aprovavam» esse projecto de decreto-lei; (2) as mesmas pessoas assinaram o respectivo papel; (3) o Dr. Jorge Sampaio assinou também esse papel, depois de escrever «publique-se»; (4) o Eng. António Guterres assinou outra vez o papel, depois de escrever «referendado em 30 de Fevereiro»; (5) no decreto-lei diz-se «é obrigatório o uso de trela»; (6) no dicionário de Cândido de Figueiredo (de 1949) está escrito «trela é uma fita de couro com que se prende o cão de caça»; (7) outro dicionário, publicado em 1992, diz que trela é «fita ou cabo com que se prende o cão»; (8) quando os membros do Governo assinaram o papel, a maioria estava a pensar – como eles próprios reconhecem – no perigo que cães soltos representam para a segurança das pessoas que seguem pela rua; (9) um dos ministros pensou – como já disse – que aquela medida seria muito útil para a indústria portuguesa do couro; (10)

os cordéis não são feitos de couro; (11) a maioria das lojas vende uma trela de couro a um preço 7 vezes mais caro do que vende um pedaço de cordel do mesmo comprimento e espessura; (11) conhecem-se 63 casos de cães que fugiram ao dono e morderam outras pessoas apesar de estarem presos com uma trela de couro; (12) conhecem-se 14 casos de cães que fugiram ao dono e morderam outras pessoas apesar de estarem presos com um cordel; (13) cerca de 93% das pessoas que trazem os cães presos usam uma trela de couro; (14) cerca de 5% das pessoas que trazem os cães presos usam um cordel; (15) uma trela de couro, em média, resiste sem se partir durante 3 anos; (16) um cordel resiste sem se partir, em média, 2 anos e meio; (17) quando um cordel está quase a partir-se, isso vê-se; (18) sempre se usaram os materiais mais variados na confecção de trelas. Etc., etc., etc.…

***Argumentos normativos*:**

(1) Os decretos-leis do Governo *valem* em Portugal como fontes do direito; (2) a interpretação da lei *não se deve* limitar ao seu «sentido literal»; (3) de qualquer modo, *deve* ter-se em conta o sentido corrente das palavras usadas pela lei; (4) a interpretação da lei *não deve* procurar uma vontade real do legislador que não tenha ficado expressa, especialmente quando não se conhece a vontade de todos os intervenientes no processo legislativo; (5) o Estado *deve* promover a indústria portuguesa; (6) o Estado *não pode* impor consumos inúteis aos cidadãos; (7) a lei que impõe o uso de trela *tem a finalidade*[8] de impedir que os cães mordam ou assustem as pessoas; (8) uma pequena diferença de resistência entre o couro e o cordel *não deve* obrigar as pessoas a uma despesa incomensuravelmente maior. Etc., etc., etc.…

[8] Em rigor, o argumento teleológico ou de finalidade não é estritamente normativo; inclui aspectos empíricos.

Ora a diferença entre os argumentos empíricos e os argumentos normativos – e ambos são absolutamente necessários – é óbvia. Os argumentos empíricos reportam-se a *factos*, a coisas que efectivamente acontecem no mundo, no tempo e no espaço, factos que *são (ou não) o caso*. Os fenómenos têm uma existência histórica. Por isso, e como o próprio nome indica, os dados empíricos podem ser observados, são palpáveis, apreendem-se pelos sentidos, ainda que, às vezes, só mediatamente. Todo o juízo empírico pode ser verificado (ou, pelo menos, desmentido) através de uma comparação com o real. Pelo contrário, os argumentos normativos reportam-se a *normas*, *finalidades* ou *valores*, e estes não têm uma existência real, histórica, espácio-temporal. Não podem ser vistos, não têm massa nem ocupam espaço, não interferem, por si, com os corpos ou com as forças físicas. Não são «objectivos» (embora a palavra «objectivo» deixe grandes dúvidas quanto ao seu alcance). Nessa medida, para saber se certo juízo valorativo é correcto ou não, nunca podemos compará-lo com nada que exista no mundo. O juízo normativo não é verificável.

Ora *todo o raciocínio jurídico* assenta *simultaneamente* em juízos empíricos *e* em juízos normativos *(hoc sensu*, = valorativos*)*. Se a parte empírica é verificável, a parte normativa nunca o é. Por isso, os resultados da ciência do direito não são verificáveis.

Uma pequena nota para ilustrar que todo o juízo jurídico implica não só juízos empíricos, mas também juízos normativos, que não podem ser reconduzidos aos primeiros. Foi HUME, em 1740, quem primeiro mais claramente exprimiu esta ideia: disse HUME que o dever ser (*ought*) não pode ser extraído do ser (*is*). *No «ought» from an «is»*. Por outras palavras, os puros factos não produzem direito (ou moral). Isto é fácil de perceber: por muitas informações que recolhamos sobre aquilo que acontece ou deixa de acontecer no mundo, só ficamos a saber isso mesmo, ou seja, aquilo que é (*what is*). Aquilo que deve ser (*what ought to be*) tem uma natureza radicalmente diferente. São necessários argumentos relativos ao dever ser – *i.e.*, às normas – para «transformar» o ser

em dever ser. Usando um exemplo de KELSEN, de 1960[9], o simples facto de mais de metade dos senhores que costumam sentar-se no hemiciclo de São Bento levantarem a mão quando um outro pergunta «Votos a favor?» não chega para dizermos que foi aprovada uma nova *lei* (válida em Portugal). É preciso termos em conta *uma norma* que diz que é essa uma das formas de se aprovarem leis. E se o mesmo não funciona com as pessoas que se sentam no Anfiteatro 1 da FDUL, em resposta a outra que esteja a falar à sua frente, é porque não há uma *norma* que dê esse *valor* ao seu comportamento[10]. Do simples *facto* de uma pessoa matar outra, também não chegamos à conclusão de que ela *deve* ser presa. É necessário que uma *norma* o diga.

Em suma: porque todo o juízo jurídico implica não só juízos empíricos, mas também juízos normativos, e tendo em conta que estes não são juízos sobre o real, os resultados da ciência do direito não são verificáveis[11].

O condicionamento valorativo do pensamento jurídico

Até aqui, identificámos três características fundamentais da ciência do direito: a intenção regulativa, a falta de «transcendência teórica» e a não verificabilidade. Todas elas estão, como se percebe, intimamente relacionadas. Deve juntar-se ainda uma

[9] Na *Teoria pura do direito*, traduzida para português por BAPTISTA MACHADO.

[10] Ou, talvez melhor, porque *há normas* (implícitas) que lhe recusam tal valor.

[11] É preciso notar que aquilo que dissemos sobre a verificabilidade dos juízos empíricos é extremamente discutido na filosofia da ciência. É famosa, p. ex., a construção de POPPER, que sustenta que os dados da ciência não são confirmáveis, mas apenas «falsificáveis», e há muitas outras construções. Mas não é discutida a diferença, quanto a estes aspectos, entre o empírico e o normativo. Tenha-se ainda em conta que nem toda a ciência é empírica: a matemática é estritamente conceptual, e ninguém duvida da sua cientificidade.

outra, muito simples, mas com grande importância. O pensamento jurídico é *valorativamente condicionado*. Por outras palavras, a ciência do direito implica sempre a invocação de valores. Isto quer também dizer que o jurista, ao defender certa solução jurídica, *toma posição* quanto ao problema. O jurista *não é neutro* relativamente à solução, está nela implicado. O jurista *tem é de ser imparcial*, o que é completamente diferente. Sabe-se, porém, que a aceitação dos valores depende muito dos pressupostos culturais de quem os defende. O sofista PROTÁGORAS – que era um exagerado… – disse até, a este respeito, que «o homem é a medida de todas as coisas». Não há dúvida é de que o direito – e a ciência do direito, que é quem descobre o direito – é *cultura*. Não é *só* cultura[12], mas é, sem dúvida, cultura.

Como exemplo para esta questão, tome-se o problema *jurídico* da constitucionalidade de uma certa lei que despenalize o aborto a pedido da mãe, à face, p. ex., dos arts. 1.º e 24.º/1 CRP. Os conceitos de «vida» e de «dignidade da pessoa» humana, que aparecem naqueles preceitos, são conceitos valorativos. Algumas pessoas *associam estes valores* à individualidade do código genético, outras à «racionalidade», à «capacidade de sofrimento», à «semelhança com Deus», à consciência, à possibilidade de sobrevivência autónoma, ao alojamento do embrião no útero materno, à figura humana, à pertença à espécie *homo sapiens*,

[12] Em primeiro lugar, o direito é *pensamento*, ou seja, é racional e busca fundamentos. Além disto, poderá talvez discutir-se se o direito e a ética não terão *também* uma base biológica. A discussão sobre os «*fundamentos biológicos* da ética» é hoje significativa. Note-se, porém, que a palavra «fundamento», aqui, provavelmente não foi bem utilizada. O que se procura são as *explicações* biológicas de alguns juízos éticos, tal como se podem procurar as explicações ou as raízes históricas ou culturais da ética (e do direito). A explicação é um discurso sobre as causas ou condições de certo juízo. A fundamentação é um discurso sobre a bondade, a correcção, a validade do mesmo.

outras ainda à «qualidade da vida», etc., etc.. Claro que cada pessoa que defende estes valores pode e deve usar fundamentos para isso. Estas posições são racionais. Mas são também valorativas e, por isso mesmo, trazem com elas um grande lastro cultural. Ora *é impossível* resolver o problema jurídico de saber se aquela lei sobre a interrupção da gravidez a pedido da mãe deve ser ou não julgada inconstitucional sem utilizar esses valores para interpretar a Constituição[13]. Nenhum médico nos pode dizer quando ou em que medida começa a vida de um ser humano; a medicina ensina-nos apenas que, em certo momento, há duas células que se unem, que algum tempo depois surge uma outra, que depois se divide e, mais tarde, cria diferenciações, etc., etc.. Não nos diz quando ou como é que *devemos* reconhecer o *valor* vida humana. Esse é um problema jurídico (e moral), que utiliza todos os dados da ciência médica ou de outras, mas *nunca* se basta com eles. Podem os dados científicos ser decisivos para uma questão, mas só se houver consenso no plano dos valores (ou normas) que os transportam para o plano jurídico. Não basta o conhecimento empírico para encontrar uma solução no plano normativo: *no «ought» from an «is»*.

---

[13] Além, obviamente, de outras normas: não só as que dão valor à Constituição e a cada um dos trechos que a compõem, mas também muitas outras que podem ser chamadas à colação a propósito do tema do aborto. Dá-se apenas *um* exemplo, destinado a clarificar a natureza valorativamente implicada do discurso jurídico. Sublinhe-se que as questões relativas à interrupção da gravidez apelam a juízos valorativos que ultrapassam em muito a discussão do conceito (também valorativo) de vida humana. Sobre a questão da interrupção da gravidez, podem ver-se os acórdãos do TC n.ºs 25/84, publicado no vol. II dos Ac. TC, p. 7 e ss., 85/85, publicado no vol. V, p. 245 e ss., e 288/98, publicado no *Diário da República* de 17 de Abril de 1998, com os respectivos votos de vencido. A propósito de várias questões fundamentais da «bioética», veja-se o importante estudo de Fernando Araújo, *A procriação assistida e o problema da santidade da vida*, Almedina, Coimbra, 1999, que chama bastante a atenção para a «falácia naturalista», *i.e.*, a confusão entre os problemas biológicos ou médicos e os problemas jurídicos ou éticos.

É assim para *todos* os problemas jurídicos, mesmo quando os valores em causa são apenas aqueles mais consensuais, como o princípio da autoridade, a segurança jurídica ou o valor democrático. E, em rigor, os valores ou princípios relevantes *nunca* são apenas estes. Não se pode decidir com base na lei sem pressupor *o valor* da autoridade legislativa. Mas esse é apenas um dos aspectos valorativos da aplicação da lei (ou outra fonte). Desde logo, mas não só, porque toda a formulação legal sofre da indeterminação própria da linguagem humana, e tal indeterminação supera-se valorativamente. A interpretação da lei é uma compreensão valorativa, caso contrário, a lei, em última análise, seria ininteligível.

Neste aspecto, a diferença entre a «ciência do direito» e as ciências propriamente ditas é também muito clara. P. ex., é óbvio que um jurista ateu, de formação estritamente materialista (em sentido filosófico) e avesso ao «antropocentrismo» *não pode racionalmente* interpretar a CRP, para efeitos das discussões do aborto, como um jurista católico romano. Não pode fazê-lo porque os valores utilizáveis por um e por outro não são os mesmos. E *têm de* ser utilizados *alguns* valores para descobrir o que é a «vida humana», em termos jurídicos ou éticos. Pelo contrário, tanto um sociólogo com uma formação quanto com outra pode ajuizar que não há punição efectiva do crime de aborto em Portugal, que o aborto é mais comum em gravidezes de mulheres solteiras e adolescentes, que a maioria das pessoas não censura publicamente as mulheres que recorrem ao aborto, que são frequentes as entradas nas urgências devido a complicações em casos de abortos clandestinos, que *o valor dado* ao aborto é completamente diferente a Norte e a Sul do Mondego, etc.. Note-se a diferença entre a expressão normativa «o *valor*/desvalor *do* aborto» e a expressão sociológica «o *valor*/desvalor *dado ao* aborto». O «valor dado» é um facto social, é *a opinião que as pessoas têm*. O «valor» é uma qualidade normativa. O primeiro interessa aos sociólogos; o segundo aos juristas.

Os juristas não se envergonham da natureza valorativa do seu discurso. Nem por isso ele deixa de ser racional, fundamentado e *discutível*. Só é indiscutível o que não é racional. As discussões jurídicas, para mais, vão produzindo amplíssimos consensos; as zonas de divergência insuperável revelam-se cada vez mais delimitadas. O discurso jurídico não é arbitrário. Mas é muito diferente do discurso das ciências.

ÍNDICE

1. Nota preliminar 5
2. Exercícios das aulas práticas 7
3. Testes de avaliação contínua 43

***a*)** Teste de 8-2-1999 45
***b*)** Correcção do teste de 8-2-1999 46
***c*)** Teste de 12-4-1999 61
***d*)** Teste de 13-5-1999 63
***e*)** Teste de 11-2-2000 65
***f*)** Correcção do teste de 11-2-2000 67
***g*)** Teste de 14-4-2000 89
***h*)** Correcção do teste de 14-4-2000 90
***i*)** Teste de 12-5-2000 95
***j*)** Teste de 20-12-2000 97
***k*)** Correcção do teste de 20-12-2000 98
***l*)** Teste de 9-2-2001 109
***m*)** Teste de 13-3-2001 111
***n*)** Teste de 6-4-2001 113
***o*)** Correcção do teste de 6-4-2001 115
***p*)** Teste de 18-5-2001 119

4. Exames 121
5. Erros formais mais frequentes e respectiva correcção ... 139
6. Textos de apoio 155

***a*)** Enumeração de algumas correntes da metodologia jurídica 157
***b*)** Colecção de definições de direito 161
***c*)** Sobre algumas características do pensamento jurídico 169