



**MARIA LUÍSA DUARTE**  
PROFESSORA ASSOCIADA  
DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

# **INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO**

Sumários desenvolvidos das aulas de  
Introdução ao Estudo do Direito, leccionadas  
ao 1º Ano, Turma B, no ano lectivo de  
2002/2003

Reimpressão 2010

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.



Associação  
Académica  
da Faculdade  
de Direito de Lisboa

**LISBOA  
2003**

## **NOTA PRÉVIA**

Chamada pela primeira vez à responsabilidade de reger a disciplina de Introdução ao Estudo do Direito no ano lectivo de 2002/2003, preocupei-me em fornecer aos Alunos em tempo útil um texto que os pudesse orientar no estudo de matérias que, sendo muito complexas e difíceis de delimitar no universo das questões juridicamente relevantes numa acepção propedêutica, suscitam na doutrina múltiplas e, algumas vezes, desencontradas abordagens – uma espécie de bússola de primeira viagem no mundo labiríntico e infinito do Direito. O resultado modesto de quatro meses de trabalho intenso são estes Sumários.

Lisboa, 27 de Fevereiro de 2003  
M.L.D.

## **PLANO**

### **PARTE I**

#### **O CONCEITO DE DIREITO**

- Cap. 1.** Ideia Geral do Direito
- Cap. 2.** O Direito e outras realidades normativas
- Cap. 3.** A identidade do Direito
- Cap. 4.** O conhecimento científico do Direito

### **PARTE II**

#### **TEORIA DA NORMA JURÍDICA**

- Cap. 5.** O conceito de norma jurídica
- Cap. 6.** Tutela da norma jurídica

### **PARTE III**

#### **TEORIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO**

- Cap. 7.** Noção e características fundamentais do ordenamento jurídico
- Cap. 8.** Os ramos do Direito
- Cap. 9.** A criação do Direito
- Cap. 10.** A interpretação e a aplicação do Direito

## BIBLIOGRAFIA GERAL

### A. PORTUGUESA

BIGOTTE CHORÃO, Mário

- *Introdução ao Direito. O conceito de Direito*, Coimbra, 2000, vol. I.

BAPTISTA MACHADO, João

- *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, 6ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 1993.

BRONZE, Fernando J.

- *Lições de Introdução ao Direito*, Coimbra Ed., 2002.

CASTRO MENDES, João

- *Introdução ao Estudo do Direito*, Lisboa, 1994.

DIAS MARQUES, José

- *Introdução ao Estudo do Direito*, 2ª ed., Lisboa, 1994.

FREITAS DO AMARAL, Diogo

- *Sumários de Introdução ao Direito*, Lisboa, Principia, 1997.

GALVÃO TELLES, Inocêncio

- *Introdução ao Estudo do Direito*, Coimbra Ed., vol. I, 11ª ed., 1999; vol. II, 10ª ed., 2000.

OLIVEIRA ASCENSÃO, José de

- *O Direito. Introdução e Teoria geral*, 11ª ed., Coimbra, Almedina, 2001.

OTERO, Paulo

- *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, Lisboa, vol. I, Tomo 1º, 1998; Tomo 2º, 1999.

REBELO DE SOUSA, Marcelo / GALVÃO, Sofia

- *Introdução ao Estudo do Direito*, 5ª ed., Lisboa, Lex, 2000.

SANTOS JUSTO, A.

- *Introdução ao Estudo do Direito*, Coimbra Ed., 2001.

## B. ESTRANGEIRA

BOBBIO, Norbert

- *Teoría General del Derecho*, 4ª reimpressão, Madrid, 1996.

CABRILLAC, Rémy

- *Introduction Générale au Droit*, 4ª ed., Paris, 2001.

CANARIS, Claus-Wilhelm

- *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*, 2ª ed., Lisboa, 1996.

ENGISCH, Karl

- *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 6ª ed., Lisboa, F.C. Gulbenkian, 1988.

HARRIS, P.

- *An introduction to Law*, 6ª ed., Londres, 2002.

HART, Herbert L. A.

- *O conceito de Direito*, Lisboa, F.C. Gulbenkian, 1986.

JORI, Mario / PINTORE, Anna

- *Manuale di Teoria Generale del Diritto*, 2ª ed., Turim, 1995.

KELSEN, Hans

- *Teoria Pura do Direito*, 6ª ed., Coimbra, 1984.
- *Teoria Geral do Direito e do Estado*, S. Paulo, 1998.

LARENZ, Karl

- *Metodologia da Ciência do Direito*, 2ª ed., Lisboa, 1989.

LATORRE, Angel

- *Introdução ao Direito*, 3ª reimpressão, Coimbra, 1997.

MARÍN, R. Hernández

- *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, 2ª ed., Madrid, 2002.

PECES-BARBA, G., e outros

- *Curso de Teoría del Derecho*, Madrid, 1999.

RAWLS, John

- *Uma teoria da Justiça*, 2ª ed., Lisboa, 2001.

RAZ, Joseph

- *The concept of a legal system. An introduction to the theory of legal system*, Oxford, 1973.

REALE, Miguel

- *Lições Preliminares de Direito*, 10ª ed., Coimbra, 1982.

**PARTE I**  
**O CONCEITO DE DIREITO**

## CAPÍTULO 1

### IDEIA GERAL DO DIREITO

#### SUMÁRIO:

1. O paradoxo do conhecimento do Direito. 2. O programa da disciplina  
3. A noção adoptada de Direito. 4. A pluralidade de sentidos da palavra *Direito*. 5. O Direito e a linguagem. 6. Direito e sociedade: o Direito como expressão de uma ordem social. 7. Direito e autoridade social. 8. Direito e organização social. 9. Direito e poder político. 10. Direito e Estado. 11. O Estado de Direito. 12. A natureza tridimensional do Direito.

**1. O paradoxo do conhecimento do Direito:** o Direito enquanto realidade presente no nosso quotidiano (exemplos mais ilustrativos) e o Direito enquanto área específica do conhecimento científico (a Ciência do Direito). A extrema complexidade do Direito como objecto do conhecimento. A impossibilidade humana e científica de conhecer *todo* o Direito. Principais consequências: a relativização do conhecimento científico do Direito e o fenómeno inevitável e crescente da especialização jurídica no que se refere ao ensino do Direito e à organização das diferentes profissões jurídicas.

**2. O programa da disciplina:** justificação de *uma* perspectiva metodológica de introdução ao estudo do Direito. Na preparação propedêutica do jurista, prevalece o desígnio de um ensino formativo e crítico sobre os princípios, conceitos e instrumentos que estruturam o edifício jurídico.

**3. A noção adoptada de Direito:**

*“Conjunto de regras de conduta definidas pela autoridade social em ordem a realizar a justiça, a segurança e o bem-estar e cuja aplicação é, em geral, garantida pela possibilidade de sanção”.*

#### 4. A pluralidade de sentidos da palavra *Direito*

- 4.1. O Direito como conjunto de regras de conduta (sentido objectivo).
- 4.2. O Direito como “direito subjectivo”, sinónimo de poder ou faculdade enquanto expressão de uma posição jurídica individualizada (sentido subjectivo).
- 4.3. O Direito enquanto “Ciência do Direito”, disciplina científica que tem por objecto o fenómeno jurídico (sentido instrumental).
- 4.4. O Direito como sinónimo de Justiça (sentido valorativo ou axiomático).

#### 5. O Direito e a linguagem

- 5.1. A língua como instrumento de conhecimento do Direito, fundamento material da sua vinculatividade – segundo a fórmula lapidar de LOISEL (1536-1617): “*On lie les boeufs par les cornes et les hommes par les paroles*”.
- 5.2. A terminologia jurídica como factor de (in)compreensão do Direito.
  - 5.2.1. O problema da polissemia – exemplos de palavras com um sentido corrente e um significado jurídico não coincidente [v.g. frutos (v. artigo 212º do Código Civil)] e de palavras com vários significados jurídicos (v.g. obrigação).
  - 5.2.2. O problema colocado por uma deficiente ou inadequada redacção legislativa.

- 5.3. A especificidade do discurso jurídico: clareza, concisão e rigor conceptual (sobre exemplos de correcta e incorrecta utilização da Língua Portuguesa na linguagem do Direito, v. A. MARQUES DOS SANTOS, “Algumas considerações sobre o Direito e a Língua ou a ignorância dos juristas não aproveita a ninguém”, in *Scientia Iuridica*, 2001, nº 291, p. 19 e segs.).

#### 6. Direito e sociedade: o Direito como expressão de uma ordem social

- 6.1. Ordem natural, ordem social e ordem jurídica.
- 6.2. A natureza social do Homem: “*Ubi homo, ibi societas*” (onde existe o Homem, existe sociedade).
- 6.3. A filiação social do Direito: “*Ubi societas, ibi jus*” (onde há sociedade, há Direito).
- 6.4. A dimensão jurídica da organização social: “*Ubi jus, ibi societas*” (onde há Direito, há sociedade).
- 6.5. O Direito como expressão própria do Homem – o Direito é criado pelo Homem, para o Homem e em função do Homem socialmente organizado (a exigência da **alteridade**).
- 6.6. A *dignidade da pessoa humana* como fonte de valores fundamentais que, ao mesmo tempo, orientam e limitam a autoridade jurídica, tanto no acto de criação do Direito quanto no acto da sua aplicação.
- 6.7. O Direito como fenómeno exclusivamente humano. O problema do tratamento dos animais e das coisas pelo Direito. A diferença básica entre sujeito de Direito e

objecto do Direito. Em especial, referência ao estatuto jurídico dos animais, cujos direitos correspondem – e como tal devem ser qualificados e garantidos – a deveres de conduta humana.

## 7. Direito e autoridade social

7.1. Os três elementos constitutivos da noção de autoridade social:

- um poder que dirija o grupo social (**elemento político**);
- um conjunto de regras de conduta aplicáveis a todos os membros do grupo (**elemento normativo**);
- um sistema de órgãos de aplicação das regras de conduta aos seus destinatários (**elemento institucional**).

7.2. Como nasce e se justifica o poder na organização social?

7.2.1. Sobre a distinção entre “*estado de natureza*” e “*estado de sociedade*”: a análise e a resposta dos autores clássicos:

a) **Thomas Hobbes** – profundamente marcado “*pelos desordens do tempo*” em que viveu (1588-1679), sustenta que o Estado é um Leviatã, um monstro destinado a combater os outros monstros ainda mais perigosos do que o Estado, concebido este como poder supremo e absoluto. Para HOBBS, o ser humano é, por natureza, egoísta e sedento de poder individual. Entregues a si próprios – na ausência de um poder comum, sem Estado (“*estado de natureza*”) – os homens «*estarão naquela condição a que chamamos guerra; e essa é uma guerra de todos contra todos (“bellum omniium contra omner”)*». Só a existência de um Estado, criado e legitimado em virtude de um “contrato social” (de todos os homens com todos os homens), dotado de um poder político forte e ilimitado, permite a passagem

do “estado de natureza” para o “estado de sociedade”, no qual estarão garantidas a segurança e a paz.

b) **John Locke** (1632-1704) – considerado o fundador do liberalismo político, LOCKE concebe, como HOBBS, a existência de um “*estado de natureza*”, mas dele se distancia ao aceitar que a natureza humana é boa ou má dependendo da vontade dos homens, que nascem livres e iguais. O “*estado de natureza*”, identificado pelo império da lei natural e pela sua aplicação segundo o princípio da justiça privada, constitui uma ameaça à liberdade e à propriedade. Impõe-se, por isso, a passagem ao “*estado de sociedade*”, caracterizado pela existência de um Estado, expressão da vontade contratual de todos os indivíduos. Este pacto social consiste numa delegação de poderes que habilita alguns com o poder de governar a comunidade, mas que, ao mesmo tempo, limita a intervenção da sociedade política à garantia da liberdade individual e da propriedade privada e lhe impõe o respeito estrito da vida privada, económica ou familiar.

c) **Jean-Jacques Rousseau** (1712-1778) – na esteira dos dois pensadores já referidos, e como iluminista que foi, acreditava na existência de um “*estado de natureza*” que idealizava sob a imagem de um paraíso perdido, no qual os homens, naturalmente bons e puros, vivem em estado de liberdade e de felicidade. O desenvolvimento da actividade económica gera, contudo, sentimentos de conflitualidade e comportamentos agressivos como resposta aos problemas de uma sociedade marcada pela desigualdade no que respeita à posse da terra e à propriedade de outros bens materiais. Também em ROUSSEAU, o Estado nasce de um contrato social, celebrado entre todos os homens. Através do contrato social, cada homem aliena a sua

liberdade ao Estado para, justamente, permanecer livre. No novo “*estado de sociedade*”, cada homem participa na formação do poder soberano exercido pelo Estado e, deste modo, obedece a si próprio quando obedece às regras ditadas pelo corpo social. A essência do pensamento contratualista de ROUSSEAU fundamenta a sua convicção segundo a qual “*cada um, unindo-se a todos, não obedece, contudo, senão a si mesmo e permanece tão livre como antes*”.

**7.2.2.** Apreciação crítica destas teorias na perspectiva de nelas encontrar elementos relevantes de compreensão da organização social da sociedade hodierna. A comparação entre a sociedade estadual e a sociedade internacional. O confronto entre o **modelo societário** e o **modelo comunitário** de organização social (Ferdinand TÖNNIES).

## 8. Direito e organização social

**8.1.** O Direito pressupõe uma estrutura social organizada. O Direito é um instrumento fundamental de ordenação social.

**8.2.** A instituição como elemento estruturante da ordem social.

**8.2.1.** Noção de instituição.

a) A teoria de HAURIOU: “(...) *uma ideia de obra ou empreendimento que vive e perdura no meio social*”.

b) A *instituição* é um “*subsistema de normas, agrupadas em torno de uma ideia central*” (v. João de CASTRO MENDES, *Introdução...*, cit., p. 34).

c) A ordem social assenta na existência de instituições (v.g. a família, o regime de propriedade, a religião, o Estado); o

Direito na sua aceção de conjunto de normas de conduta social regula as instituições, mas não pode (não deve) impedir “*a permeabilidade das regras sociais pelas instituições*” (v. J. de OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito...*, p. 29).

**8.2.2.** A teoria institucionalista do Direito (HAURIOU, RENARD, DELOS, SANTI ROMANO, OLIVEIRA ASCENSÃO) sustenta uma concepção favorável à “*pluralidade dos ordenamentos jurídicos*”: o Direito como expressão de uma realidade social dinâmica e plural, com a conseqüente relativização do papel do Estado como criador e aplicador do Direito.

## 9. Direito e poder político

**9.1.** O binómio poder de influência / poder de injunção (v. Marcelo REBELO DE SOUSA / Sofia GALVÃO, *Introdução...*, p. 14):  
**Poder de influência** – “*o poder de condicionar condutas, sem as vincular, recorrendo à recompensa e não à punição*”.  
**Poder de injunção** – “*poder de determinar condutas alheias, servindo-se privilegiadamente da punição ou ameaça de punição*”.

NOTA EXPLICATIVA: embora o poder político seja, por natureza, um poder de injunção ou de imposição, nem por isso deixa de recorrer aos instrumentos típicos do poder de influência (v.g. campanhas informativas e de divulgação do significado das políticas governativas, as quais, no limite, podem constituir manobras de propaganda e de manipulação das opiniões públicas; o aproveitamento do carisma pessoal e político de um governante, podendo resvalar para o perigoso “culto da personalidade”, típico de regimes autocráticos).

**9.2.** O poder político é a resposta – específica e diferente no tempo e no espaço – à necessidade universal de controlar os conflitos de interesses, de dominar as pulsões centrífugas no seio de qualquer sociedade humana. Esta resposta implica: **a)** a definição de objectivos ou fins gerais; **b)** a determinação dos meios idóneos à sua realização; **c)** a possibilidade de utilizar a força (coercibilidade). Nascido da premência de dominar os conflitos, o poder político é, no seu exercício, inevitavelmente conflitual, dependente de um ponto de equilíbrio ideal entre os diferentes interesses que se manifestam na sociedade.

**9.3.** Caracterização da relação entre o Direito e o poder político: o poder político cria o Direito, através da aprovação das regras jurídicas ou da sua incorporação, e é pelo Direito regulado e limitado. Os conceitos de auto-limitação e de hetero-limitação.

## 10. Direito e Estado

**10.1.** O poder político não nasceu com o Estado, tão-pouco se esgota, no estágio actual de evolução da sociedade humana, o seu exercício no seio do Estado.

**10.2.** O Estado constitui, todavia, a forma mais perfeita, no sentido de “sofisticação institucional”, de exercício do poder político. O Estado representa, por outro lado, a referência principal de organização do poder político, repartido por diferentes níveis de decisão: **1)** alguns que estão subordinados ao Estado (entidades políticas infra-estaduais – v.g. regiões autónomas; autarquias locais); **2)** outros que ultrapassam a esfera de decisão estadual, mas limitados por mecanismos de mera coordenação entre os Estados (entidades internacionais – v.g. organizações internacionais

de natureza intergovernamental, como é o caso do Conselho da Europa); **3)** outros, finalmente, que se posicionam acima dos Estados, no sentido em que podem tomar decisões que se impõem à vontade do decisor estadual (entidades supraestaduais – v.g. a União Europeia e as Comunidades Europeias).

### 10.3. A noção de Estado.

**10.3.1.** Enunciado: o Estado corresponde a um “*povo fixado num território, de que é senhor, e que dentro das fronteiras desse território institui, por autoridade própria, órgãos que elaborem leis necessárias à vida colectiva e imponham a respectiva execução*” (v. Marcello CAETANO, *Manual de Ciência Política...*, p. 122).

#### 10.3.2. Os elementos condicionantes da existência do Estado.

a) **O povo** – conjunto de cidadãos ligados ao Estado pelo vínculo jurídico-político da nacionalidade.

NOTA COMPLEMENTAR: não se confunde o **povo**, que é uma noção de base jurídico-política, com o conceito de **população**, de recorte económico-demográfico (conjunto de pessoas físicas, nacionais ou estrangeiras, que residem no território de um determinado Estado), nem com o conceito mais complexo de **nação** (definida por referência a critérios de raiz cultural: é **uma comunidade de destino comum, alimentada por factores poderosos de identidade:** a mesma história, a mesma língua, a mesma religião, o mesmo espaço de referência geográfica, etc.). A relação entre o Estado e a Nação: podem existir Estados que carecem de uma base nacional única ou coesa (v.g. a

Bélgica; a Espanha) e, em contrapartida, existem comunidades nacionais que não são Estados (v.g. o Curdistão; o País Basco, a Palestina). Referência crítica aos sinais crescentes de uma “*explosão de nacionalismos*”, em particular no Continente Europeu no pós-Guerra Fria.

- b) **O território** – espaço jurídico do Estado e condição física da sua existência. O território – limite e fundamento do poder do Estado: o poder do Estado só é pleno no interior das suas fronteiras. Sobre o seu território, o Estado tem o poder e o dever de assegurar a aplicação do Direito. Com fundamento na Constituição e no Direito Internacional Público, o território de um Estado compreende o solo e o subsolo (**território terrestre**), o espaço aéreo (território aéreo) e o mar territorial, definido como o espaço marítimo de 12 milhas adjacente à costa (**território marítimo**).

NOTA COMPLEMENTAR: se o território é condição da existência do Estado, já não deve ser considerado como condição de criação, de vigência ou de aplicação do Direito. Existem ordenamentos jurídicos destituídos de base territorial (v.g. Direito Internacional Público, Direito da União Europeia, Direito Canónico) e, por outro lado, as situações jurídicas de transnacionalidade (v.g. um cidadão francês casou com uma cidadã chinesa no Brasil e pretende agora divorciar-se em Portugal) levam à necessidade do Direito de um Estado reconhecer como aplicável no seu território o Direito de outro(s) Estado(s), em virtude dos chamados factores de conexão (v. infra *Capítulo 10, nº 53*).

- c) **O poder político** – “*faculdade exercida por um povo de, por autoridade própria (não recebida de outro poder), instituir órgãos que exerçam o senhorio de um território e nele criem e imponham normas jurídicas, dispondo dos*

*necessários meios de coacção*” (v. Marcello CAETANO, *Manual de Ciência Política...*, p. 138).

NOTA EXPLICATIVA: a noção de **órgão** – centro institucionalizado de poderes e deveres que participa no processo de formação e manifestação de uma vontade imputável ao Estado. Não se confundem, embora a confusão seja frequente, os conceitos de **órgão** e **titular do órgão** [v.g. Presidente da República (órgão) e o cidadão português, maior de 35 anos, eleito por sufrágio directo e universal pelo povo português, que cumpre um mandato de cinco anos (titular do órgão)].

NOTA COMPLEMENTAR: *Poder político e soberania* – no século XVI, o pensador francês Jean BODIN concebeu a soberania como um atributo do Estado que caracterizou como **supremo** (dita a lei e não é limitado por nenhum poder interno concorrente) e **independente** nas relações com os demais Estados na sociedade internacional. O princípio da indivisibilidade e da plenitude da soberania conheceu um processo de persistente e perfurante erosão ao longo do séc. XX, resultante da conjugação de diversos factores: por um lado, o desenvolvimento do Direito Internacional Público com a aceitação pelos Estados soberanos de certos limites à sua actuação, com se verifica no domínio do Direito da Guerra (proibição do uso da força) e dos Direitos do Homem; e, por outro lado, a criação de organizações internacionais de integração ou supranacionais, dotadas de poderes de decisão e de imposição em áreas tradicionais de soberania política dos Estados – em particular, a União Europeia e as Comunidades Europeias que gozam de competências exclusivas em domínios típicos do núcleo identitário da soberania (v.g. moeda, política comercial).

Em virtude desta evolução, que leva alguns autores a anunciarem, de um modo que temos como prematuro, o fim do Estado soberano, resulta que a soberania já não se pode, contudo, definir como um poder supremo e indivisível. A soberania continua a ser um conceito válido e operativo, que associamos a um atributo fundamental de vontade política: a de resistir a imposições externas e a de aceitar, por via pactícia, modalidades de decisão extraestadual. Em suma, é a seguinte a noção de soberania que propomos: “*poder político de definição primária das formas de organização e de representação da comunidade política e dos meios e procedimentos de atribuição e exercício dos respectivos poderes de autoridade*” (v. Maria Luísa DUARTE, *A teoria dos poderes implícitos e a delimitação de competências entre a União Europeia e os Estados-membros*, Lisboa, Lex, 1997, p. 569).

**10.3.3.** A Constituição Portuguesa e a definição dos elementos condicionantes da existência do Estado: artigo 3º (poder político); artigo 4º (povo); artigos 5º e 6º (território e administração territorial).

## 11. O Estado de Direito

**11.1.** O Direito como limite à actuação dos poderes públicos. Organizado segundo o princípio da separação de poderes, travão essencial ao arbítrio no exercício do poder, o Estado deve garantir o respeito estrito da legalidade, entendida numa dupla acepção: por um lado, a proclamação dos Direitos Fundamentais (**dimensão material**) e, por outro lado, a existência de mecanismos que permitam um controlo jurisdicional em relação à actuação pública e privada em situações de alegada violação de direitos, o que pressupõe o funcionamento eficiente de tribunais independentes e a

aplicação de uma legislação processual adequada (**dimensão processual ou adjectiva** – princípio da tutela judicial efectiva).

**11.2.** Do mesmo modo que limita a actuação dos poderes públicos, o Direito pode fundamentar uma determinada acção do Estado, no sentido de tornar necessária a prossecução de uma política (v.g. política do ambiente) ou a realização de objectivos sociais e económicos (v.g. a protecção social do indivíduo e da família). Análise dos artigos 2º e 9º da Constituição da República Portuguesa: **1)** prevalência do modelo de Estado de Direito material, por oposição ao Estado de Direito formal ou Estado de legalidade, dado que a Constituição define para o Estado um programa de acção baseado no respeito e na promoção de valores fundamentais, como sejam a liberdade, a separação e a interdependência dos poderes, o bem-estar económico e social, a democracia participativa; **2)** prevalência do modelo de *Estado de Direito democrático e social*, baseado na tutela constitucional dos direitos individuais e civis, dos direitos de participação política e dos direitos sociais e económicos por oposição ao modelo do Estado de Direito liberal, centrado na defesa dos direitos individuais e civis e numa visão um tanto limitada dos direitos políticos.

## 12. A natureza tridimensional do Direito

**12.1.** A **dimensão normativa** – o Direito como conjunto de normas de condutas, expressão de um **dever ser** que vincula o destinatário e lhe impõe um comportamento específico, sob pena de sofrer a sanção prevista em caso de violação.

**12.2. A dimensão fáctica** – o Direito é um fenómeno humano e social e, nessa medida, condicionado pela realidade fáctica sobre o qual assenta a organização social e, por seu lado, condicionante dessa mesma realidade.

**12.3. A dimensão valorativa** – A norma jurídica exprime sempre, embora sob diferentes graus de intensidade, os valores fundamentais que alicerçam a existência da própria comunidade social e política. O travejamento axiológico da sociedade constitui o pano de fundo que inspira a criação das normas. Em suma, a norma nasce de uma determinada representação valorativa e funcionará, depois, como critério de valoração dos comportamentos individuais [v.g. a norma constitucional que reconhece o direito à vida (artigo 24º da Constituição); a norma penal que, no pressuposto da proibição de matar, prevê uma pena de prisão para o homicídio (v. artigos 131º e seguintes do Código Penal); a norma que estabelece os deveres dos cônjuges (v. artigo 1672º do Código Civil)] – nos três casos, estamos perante normas de vincado conteúdo valorativo: em relação à norma constitucional e à norma penal, é o respeito pela vida humana que constitui o seu fundamento valorativo; já no que respeita ao artigo do Código Civil, é a família como referência valorativa de qualquer organização social que se procura defender, sob a forma da igualdade entre os cônjuges e do cumprimento de deveres directamente relacionados com a estabilidade e a plenitude da relação conjugal. Em suma: **a chamada “Ideia de Direito”, variável no tempo e no espaço, exprime a representação societária dos valores axiais.**

### **Bibliografia básica:**

DIAS MARQUES, José

- *Introdução ao Estudo do Direito*, 2ª ed., Lisboa, 1994, p. 13 e segs.

FREITAS DO AMARAL, Diogo

- *Sumários de Introdução ao Direito*, Lisboa, 1997, p. 11 e segs.

OLIVEIRA ASCENSÃO, José

- *O Direito. Introdução e Teoria geral*, 11ª ed., Coimbra, Almedina, 2001.

OTERO, Paulo

- *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, Lisboa, 1998, vol. I, 1º Tomo, p. 29 e segs.; 2º Tomo, p. 262 e segs.

REBELO DE SOUSA, Marcelo / GALVÃO, Sofia

- *Introdução ao Estudo do Direito*, 5ª ed., Lisboa, Lex, 2000, p. 9 e segs.

SANTOS JUSTO, A.

- *Introdução ao Estudo do Direito*, Coimbra Ed., 2001, p. 13 e segs.; p. 80 e segs.

### **Bibliografia complementar:**

BOBBIO, Norberto

- *Teoria General del Derecho*, Madrid, Debate, 1993, p. 13 e segs.

CAETANO, Marcello

- *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, 6ª ed., Coimbra, Almedina, 1986, Tomo I.

FREITAS DO AMARAL, Diogo

- *História das Ideias Políticas*, Coimbra, Almedina, 1998, vol. I, p. 351 e segs.
- *Ciência Política*, Lisboa, 1984, vol. II, p. 111-125, p. 150-166.

HOBBS, Thomas

- *Leviatã* (trad. de J. Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva), Lisboa, INCM, 1995.

LOCKE, John

- *The second treatise of government: an essay concerning the true original, extent and end of civil government and a letter concerning toleration*

MIRANDA, Jorge

- *Manual de Direito Constitucional*, 4ª ed., Coimbra Ed., 1998, Tomo III.

ROUSSEAU, J. J.

- *O contrato social*, Lisboa, Publ. Europa-América, 1981.

## CAPÍTULO 2

### O DIREITO E OUTRAS REALIDADES NORMATIVAS

#### SUMÁRIO:

13. Considerações preliminares. 14. Direito e ordem do trato social. 15. Direito e ordem moral. 16. Direito e ordem religiosa.

#### 13. Considerações preliminares

**13.1.** O Direito não esgota o objectivo de regulação da conduta humana: a norma jurídica coexiste com diferentes modalidades de normas de natureza religiosa, moral ou de trato social e, sem se confundir com estas, pode, todavia, com elas se identificar no que respeita ao conteúdo regulador – por exemplo, a violência física é, em princípio, condenada e proibida como comportamento considerado inaceitável, seja do ponto de vista jurídico, moral, religioso ou de relacionamento social.

**13.2.** A distinção entre o Direito e as outras realidades de natureza normativa impõe-se como uma necessidade justificada por razões científicas, relacionadas com a adequada classificação dos comportamentos sociais e dos respectivos enquadramentos normativos; justificada, em particular, por razões políticas. Um dos traços distintivos do Estado democrático, na sua versão mais evoluída de Estado de Direito, é a garantia da clara separação entre o Estado e a Igreja, posta em causa nos Estados com religião oficial (v.g. os chamados “Estados Islâmicos”). O fundamentalismo religioso, em particular o de origem islâmica, alimenta-se intencionalmente da confusão entre poder político e poder

religioso: os chefes religiosos são também dirigentes políticos. A violação do livro sagrado, ou da interpretação que dele fazem os chefes religiosos, conduz à aplicação de castigos físicos equivalentes a uma sanção penal.

Ao longo dos sécs. XVI e XVII – marcados por guerras religiosas sangrentas na Europa, que opuseram católicos e protestantes, e por conflitos entre as diversas correntes do protestantismo – a distinção entre o plano jurídico, o plano moral e o plano religioso tornou-se fundamental como forma de prevenir a ingerência ilegítima do Estado e da Igreja na esfera particular do cidadão e na consciência do indivíduo.

## 14. Direito e ordem do trato social

**14.1. Ordem de trato social:** conjunto de regras de cortesia e de urbanidade, cujo respeito facilita o desenvolvimento civilizado das relações humanas no seio da sociedade. Também identificadas como *usos sociais* correspondem a “*práticas geralmente admitidas numa comunidade ou em algum dos seus sectores*” (v. Angel LATORRE, **Introdução...**, 1997, p. 27).

**14.2. Exemplificação:** **1)** Ceder o lugar a uma pessoa mais velha; **2)** saudar o vizinho quando com ele cruzamos no elevador, nas escadas ou na rua; **3)** agradecer um gesto de cortesia no trânsito como o do condutor que nos permite entrar na fila quando nos apresentamos pela sua esquerda; **4)** adoptarmos um comportamento respeitoso e de reserva quando visitamos um cemitério ou um templo mesmo que para nós esse lugar não tenha um valor sagrado; **5)** não fumar se tal causar incómodo a quem nos rodeia, mesmo que, em tal situação, a norma jurídica não o proíba, como acontece se estivermos em nossa casa ou sentados numa esplanada ao ar livre.

**14.3.** Certas regras de trato social estiveram na origem de normas jurídicas (cfr. exemplo citado por A. SANTOS JUSTO, *Introdução...*, p. 27, nota 10); outras, pelo contrário, traduzem meros deveres de etiqueta, indicativos da relação de pertença ou de afinidade com determinado grupo social (v.g. comunicar formalmente aos amigos e conhecidos acontecimentos pessoais importantes como o casamento ou o nascimento de um filho); outras, ainda, podem sofrer os efeitos de uma certa relativização em virtude da sua colisão com outros princípios ou valores – a este propósito, recordamos aqueles gestos de cortesia cavalheiresca que seriam alegadamente incompatíveis com o princípio da igualdade entre homens e mulheres; na verdade, só uma mulher insegura do lugar que por direito próprio ocupa na sociedade e só um homem ressentido pela perda de privilégios inerentes à tradicional desigualdade podem considerar como anacrónicos ou risíveis comportamentos como o do homem que abre a porta para permitir a passagem da senhora ou, no avião, se oferece para a ajudar a colocar um saco de mão mais pesado no compartimento adequado.

**14.4.** Critérios fundamentais de comparação entre a norma de trato social e a norma jurídica.

**14.4.1.** Critérios de semelhança:

- a) **Vinculatividade** – norma de trato social e norma jurídica são obrigatórias ou vinculativas no plano das relações sociais.
- b) **Exterioridade** – regulam as condutas externas dos indivíduos.
- c) **Objecto** – não existem matérias de exclusiva regulação jurídica ou de exclusiva regulação por códigos de boa educação; sublinhe-se, contudo, que, e diferentemente

das normas jurídicas que, em princípio, carregam uma determinada relevância valorativa, as normas de trato social visam facilitar e elevar a vida em sociedade; não são, pois, necessárias à preservação de valores e princípios relacionados com a conservação e funcionamento da sociedade.

#### 14.4.2. Critérios de diferenciação:

- a) **Estrutura** – a norma jurídica tem uma natureza bilateral que envolve o destinatário obrigado a proceder de certo modo e envolve outra pessoa que tem a faculdade, ou até o dever, de lhe exigir o cumprimento dessa obrigação; ao invés, a norma de trato social é, nesta perspectiva, unilateral: devo ajudar um indivíduo invisual a atravessar a rua ou a realizar qualquer outra tarefa que lhe ofereça maior dificuldade; se o não fizer, posso ser censurada, mas ninguém me pode exigir esse comportamento.
- b) **Sistema sancionatório** – a violação de uma regra de trato social pode ser acompanhada de sanção; trata-se, contudo, de uma sanção difusa, desprovida de carácter institucionalizado, o que não impede a sua eficácia dissuasora, como acontece com as reacções sociais de relativa ou total marginalização do indivíduo “infractor” ou “socialmente incorrecto”; em suma, e ao contrário da norma jurídica, a norma de trato social carece de tutela coerciva ou de coercibilidade material.

### 15. Direito e ordem moral

**15.1. Noção:** “conjunto de preceitos, concepções e regras, altamente obrigatórios para a consciência, pelos quais se rege, antes e para além do direito, algumas vezes até em conflito com ele, a conduta dos homens numa sociedade”

(v. L. CABRAL DE MONCADA, *Filosofia...*, p. 134). A Moral visa ordenar a conduta humana por referência ao valor fundamental do Bem e ao critério finalístico do aperfeiçoamento das qualidades individuais.

**15.2. Categorias.** A expressão *Moral* ou ordem moral encerra vários sentidos possíveis, cuja clarificação nos surge como prévia à tarefa complicada de definir critérios operativos de distinção entre o Direito e a Moral. Podemos assim propor como acepções relevantes de Moral (v. Paulo OTERO, *Lições...*, I vol., 1º Tomo, p. 267 e segs.):

- a *Moral da consciência individual*, nascida justamente de uma representação individual do Bem e do Mal que fundamenta a opção, em cada momento, por uma certa conduta em detrimento de outra conduta possível;
- a *Moral dos sistemas religiosos ou filosóficos*, associada a uma representação de base doutrinária, religiosa ou ética sobre o significado profundo das relações entre o Homem, o Mundo e Deus. Fala-se, por exemplo, na moral de raiz judaico-cristã, diferente da moral islâmica ou da moral budista;
- a *Moral de base corporativa*, representativa das concepções dominantes em determinados grupos humanos relativamente fechados, cuja afinidade resulta do exercício da mesma actividade ou profissão. Neste sentido, os médicos, os advogados, os jornalistas, os professores estão sujeitos a certas regras de comportamento ético que constituem exigências próprias e distintivas do exercício da respectiva profissão: por exemplo, o dever de sigilo na relação entre médico e paciente, entre o advogado e o cliente; o dever de protecção da fonte de informação que vincula o jornalista e que, de resto, pode até entrar em conflito com regras jurídicas atinentes ao

processo de investigação criminal; um dever de respeito, de reserva e de imparcialidade nas relações entre professor e aluno;

- a *Moral Social ou Positiva*, correspondente ao “*complexo das normas vigentes em uma certa sociedade, em dado momento histórico, e que têm o seu fundamento nas ideias e sentimentos dominantes na colectividade (...)*” (v. José DIAS MARQUES, *Introdução...*, p. 41).

NOTA EXPLICATIVA: sem prejuízo da relação de complementaridade e da existência de valores e preceitos morais que são comuns às quatro categorias assinaladas, importa sublinhar que o problema que ora nos ocupa – o da distinção entre o Direito e a Moral – se coloca, com particular ênfase, a propósito da chamada Moral Social ou Positiva.

**15.3. Critérios distintivos:** é antiga e muitíssimo controvertida a questão da distinção entre o Direito e a Moral, constituindo uma questão central na reflexão desenvolvida pelos juristas e pelos filósofos e conhecendo abordagens e respostas muito complexas. Pese embora a dificuldade de traçar uma linha clara de distinção entre o universo normativo do Direito e o universo normativo da Moral, impõe-se como uma evidência a afirmação de PAULUS: “*Nem tudo o que é lícito (jurídico) é honesto (moral)*”; e o inverso também é verdadeiro: nem tudo o que é honesto (moral) é lícito (jurídico). Em suma: estes dois universos não coincidem, embora o Direito concebido como um todo, e não na singularidade deste ou daquele comando, possa ser interpretado como um “*mínimo ético*”. Seguimos como principais critérios de distinção entre o Direito e a Moral:

- a) **Critério da exterioridade** – ao passo que a Moral visa moldar a conduta na perspectiva da motivação dos actos (*dimensão intrasubjectiva*), o Direito atende à manifestação externa ou relacional do acto (*dimensão intersubjectiva*). Este critério deve ser entendido de modo adequado: o cumprimento da regra moral não se esgota na intenção de praticar o Bem, logo o problema não tem uma dimensão estritamente interna; por seu lado, o Direito, em determinadas circunstâncias, confere relevância à motivação do comportamento anti-jurídico (v.g. a culpa, o dolo). É certo, no entanto, que a perspectiva é diferente na Moral e no Direito: a norma moral interpela a pessoa na relação com a sua própria consciência (perspectiva intrasubjectiva); o Direito interpela a pessoa na relação com o outro (perspectiva intersubjectiva) – a figura da *reserva mental* ilustra muito bem esta dimensão basicamente relacional do Direito (v. artigo 244º do Código Civil).
- b) **Critério teleológico** – a Moral almeja a realização plena da pessoa, indicando-lhe o caminho do aperfeiçoamento individual que resultará da prática consciente do Bem; o Direito visa o desenvolvimento da pessoa através da sua adequada integração na sociedade, garantia de uma convivência harmoniosa e condição do progresso e da paz sociais.
- c) **Critério da coercibilidade** – a regra moral, como acontece com a regra de trato social, é assistida de uma coercibilidade psicológica, no sentido em que o indivíduo que se afasta do código de boa conduta moral será censurado ou mesmo afastado do convívio dos seus semelhantes; ainda no campo da coercibilidade psicológica, ergue-se a censura da sua própria consciência, traduzida no remorso e no arrependimento. De tais normas, diz-se “*ligam os homens por fios de seda*”. Já a norma jurídica, e como teremos oportunidade de estudar mais adiante, beneficia da possibilidade da

coercibilidade material, isto é, a susceptibilidade de, se tal for necessário, impor o seu cumprimento pelo recurso aos meios típicos da tutela coerciva. Diz-se sobre as normas jurídicas que “*ligam os homens por grilhetas de ferro*”.

#### 15.4. Direito e Moral: a coabitação necessária.

Sem pôr em causa o fundamento científico da distinção entre a ordem jurídica e a ordem moral, é importante não esquecer a relação de profunda imbricação entre o Direito e a Moral Social ou Positiva e que, de modo recorrente, alimenta questões polémicas do debate cívico: não deverá o Direito reflectir sempre juízos valorativos compatíveis com a Moral socialmente dominante? Serão admissíveis comandos jurídicos contrários à Moral? – v.g. a norma penal que prevê a pena de morte; a norma que permite o casamento, ou figura jurídica equivalente, entre pessoas do mesmo sexo; a norma que confere efeitos civis à mudança de sexo... e tantas outras. Distinguir os dois planos de análise: o da relevância moral destas disposições, susceptível de apreciação crítica e de sugestões de alteração legislativa; por outro lado, o suposto carácter imoral ou injusto do comando jurídico não pode justificar a violação do dever de obediência à lei – v. artigo 8º, nº 2, do Código Civil. Ainda como demonstração da vizinhança normativa entre Direito e Moral, verifica-se que pode ser o Direito a conferir, de modo expresso, relevância jurídica a princípios de conteúdo moral, como acontece com a cláusula geral dos “*bons costumes*” (v. artigos 280º e 334º do Código Civil).

NOTA CONCLUSIVA: O Direito não se confunde com a Moral, mas o fundamento valorativo ou axiomático da norma jurídica pode consubstanciar um determinado juízo moral. **Mais:** o Direito como um todo incorpora uma

concepção moral socialmente prevalecente que, no caso do Estado de Direito democrático, corresponde aos valores morais defendidos pela maioria parlamentar e que podem, em certos casos, não coincidir com a moral dominante na sua base eleitoral.

#### 16. Direito e ordem religiosa

**16.1.** Noção: a ordem religiosa visa ordenar as condutas dos homens em função da sua relação com Deus, tendo como fundamento a fé.

**16.2.** Critérios de distinção:

- a) **Critério da exterioridade** – as normas jurídicas regulam as relações entre os homens e têm por objecto as respectivas condutas; as normas religiosas têm uma natureza intrasubjectiva, traduzem uma relação transcendental entre o homem e a divindade.
- b) **Critério teleológico** – o imperativo da fé pode até ter projecção na vida social, mas é, na sua razão de ser, “*um dever do homem para com o seu Deus, e não para com os outros homens*” (v. J. DIAS MARQUES, *Introdução...*, p. 39).
- c) **Critério da coercibilidade** – como acontece com as normas de trato social e da moral, as normas religiosas carecem de coercibilidade material. A violação dos mandamentos religiosos sujeita o prevaricador ao castigo divino, mas não ao castigo da justiça dos homens, salvo se se verificar uma coincidência de comandos normativos (v.g. o mandamento religioso que proíbe matar coincide com a norma do Código Penal que identifica o homicídio como um comportamento penalmente relevante e objecto da mais severa das sanções penais que, no caso português, se traduz numa pena de privação da liberdade que pode ir

até ao limite máximo de 25 anos – v. artigos 131º e 132º do Código Penal).

### 16.3. A influência da Religião no Direito.

**16.3.1.** A secularização do Estado: referência aos exemplos históricos de projecção directa da Religião no Direito (v.g. na Idade Média, a prática dos ordálios) e aos exemplos actuais (v.g. relevância dos comandos contidos no livro sagrado do Islão como fonte do Direito Muçulmano).

Um dos traços distintivos do Estado de Direito democrático é a clara separação entre a Igreja e o Estado, excluindo, desde logo, a existência de uma religião oficial do Estado e pressupondo o reconhecimento e a garantia da liberdade de religião e de culto [v. artigo 44º, nºs 1 a 5 e artigo 288º, alínea c) da Constituição da República Portuguesa].

**16.3.2.** A clara separação entre a Igreja e o Estado e a consequente laicidade do sistema jurídico estadual não são, todavia, incompatíveis com a recepção ou a incorporação pela norma jurídica de valores que, embora de fonte religiosa, constituem a expressão de uma perspectiva humanista que integra o cerne do pensamento europeu sobre as relações entre o homem e o mundo (v. relevância da chamada Doutrina Social da Igreja no aprofundamento dos objectivos sociais do Estado de Direito; referência ainda ao princípio da subsidiariedade como critério de decisão no domínio da organização social e política: no seio do Estado e no plano das relações do Estado com outros Estados, como acontece no quadro da União Europeia).

NOTA COMPLEMENTAR: as Igrejas são estruturas institucionais complexas, organizadas segundo critérios rígidos de hierarquia, que se regem por normas próprias. Estas regras têm carácter positivo, são aprovadas pela hierarquia religiosa e a sua violação convoca a aplicação de sanções religiosas, como acontece com a excomunhão. Exemplo: o Direito Canónico, definido como o conjunto de regras e princípios jurídicos que regulam a organização e o funcionamento da Igreja Católica e das suas relações com os respectivos membros (v. Paulo OTERO, *Lições...*, I volume, 1º Tomo, p. 264). O Direito Canónico pode ser considerado como expressão de um ordenamento jurídico especial, tendo por objecto as relações entre os membros de um determinado grupo social. Sem prejuízo das soluções acordadas entre os Estados e a Igreja Católica através da elaboração de concordatas, sempre dependentes de um juízo de constitucionalidade, a vigência e aplicação do Direito Canónico não pode pôr em causa princípios fundamentais do ordenamento jurídico do Estado, como sejam a separação entre a Igreja e o Estado, o princípio da igualdade, a liberdade de religião e de culto (v. infra *Capítulo 8, nº 38, nota complementar*).

NOTA CONCLUSIVA: A possibilidade demonstrada de distinguir, com maior ou menor grau de evidência, o Direito de outras realidades normativas socialmente relevantes não põe em causa a existência de portas comunicantes entre o Direito e as várias ordens normativas. O conteúdo impositivo da norma jurídica pode incorporar princípios ou preceitos originariamente concebidos pela ordem moral, pela ordem religiosa ou pela ordem técnica. Nas sociedades modernas, fortemente dependentes dos avanços da técnica e da necessidade de garantir um elevado grau de eficácia económica, as normas técnicas, isto é, *as normas de conduta*

*social que preconizam um determinado comportamento em função da concretização de um certo objectivo*, assumem uma relevância crescente na formação dos conteúdos jurídicos – por exemplo, determinadas técnicas de pesca (*artes de pesca*) são proibidas pelo Direito, porque são nocivas para a conservação dos recursos haliêuticos; o respeito de certas técnicas de construção civil é considerado obrigatório pelas regras jurídicas aplicáveis à edificação – assim as regras técnicas, entendidas como imperativos hipotéticos, dão lugar a regras jurídicas, consideradas, de acordo com a formulação Kantiana, verdadeiros imperativos categóricos (v. Marcelo REBELO DE SOUSA / Sofia GALVÃO, *Introdução...*, p. 229-230; v. *infra Capítulo 3, nº 17.3.*).

### **Bibliografia básica:**

DIAS MARQUES, José

- *Introdução ao Estudo do Direito*, 2ª ed., Lisboa, 1994, p. 33 e segs.

GALVÃO TELLES, Inocêncio

- *Introdução ao Estudo do Direito*, Coimbra Ed., vol. II, 10ª ed., 2000, p. 411 e segs.

LATORRE, Angel

- *Introdução ao Direito*, 3ª reimpressão, Coimbra, 1997, p. 26 e segs.

OLIVEIRA ASCENSÃO, José de

- *O Direito. Introdução e Teoria geral*, 11ª ed., Coimbra, Almedina, 2001, p. 34-36, 94-98.

OTERO, Paulo

- *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, Lisboa, vol. I, Tomo 1º, 1998, p. 242 e segs.

PECES-BARBA, G., e outros

- *Curso de Teoría del Derecho*, Madrid, 1999, p. 61 e segs.

REBELO DE SOUSA, Marcelo / GALVÃO, Sofia

- *Introdução ao Estudo do Direito*, 5ª ed., Lisboa, Lex, 2000, p. 219 e segs.

SANTOS JUSTO, A.

- *Introdução ao Estudo do Direito*, Coimbra Ed., 2001, p. 16 e segs.

### **Bibliografia complementar:**

BIGOTTE CHORÃO, Mário

- *Introdução ao Direito. O conceito do Direito*, Coimbra, Almedina, 2000, vol. I, p. 195 e segs.

CABRAL DE MONCADA, Luís

- *Filosofia do Direito e do Estado*, Coimbra, 1966, vol. II.

HART, Herbert L. A.

- *O conceito de Direito*, Lisboa, F.C. Gulbenkian, 1986, p. 169 e segs.

RADBRUCH, G.

- *Filosofia do Direito*, 6ª ed., Coimbra, 1979, p. 97 e segs.

VECCHIO, Giorgio del

- *Lições de Filosofia do Direito*, 5ª ed., Coimbra, 1979, p. 355 e segs.

## CAPÍTULO 3

### A IDENTIDADE DO DIREITO

#### SUMÁRIO:

17. As características fundamentais do Direito. 18. Os fins do Direito. 19. Fundamento do Direito.

#### 17. As características fundamentais do Direito

NOTA EXPLICATIVA: as características que apresentamos como traços essenciais de identificação do fenómeno jurídico devem ser entendidas na perspectiva do Direito como sistema de normas, o que é diferente da caracterização do Direito como sinónimo de norma jurídica (v. infra *Capítulo 5, nº 28.II*).

**17.1. Necessidade** – o Direito dá resposta a uma necessidade fundamental da organização social, dependente de mecanismos de regulação dos conflitos que garantam níveis aceitáveis de convivência pacífica entre os homens (v. supra *Capítulo 1, nºs 7 e 9*).

**17.2. Alteridade** – também relacionada com a sociabilidade do Direito, a alteridade refere-se ao objecto regulador do Direito: a conduta do ser humano na sua relação com outros seres humanos no quadro de um determinado modelo societário (v. supra *Capítulo 1, nº 6.5.*).

**17.3. Imperatividade** – é uma característica comum a todas as ordens normativas, cujas regras traduzem uma exigência de *dever ser*. O Direito como resposta a uma necessidade

básica de ordenação social, impõe ao homem uma determinada conduta de um modo que é *imperativo e incondicional*. A este propósito, alude-se à distinção formulada por KANT entre **imperativo categórico** [“(…) *aquele que apresentasse uma conduta como objectivamente necessária por si mesma, sem referência a qualquer outro fim*”] e **imperativo hipotético** [“(que põe) *a necessidade prática de uma possível conduta como meio para qualquer outra coisa que se pretende alcançar*”] (cfr. Karl ENGISCH, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 6ª ed, Lisboa, p. 37). Em suma, a obediência ao Direito constitui um fim em si mesmo, independente da conveniência ou da utilidade que dela podemos ou não retirar. Mais: a imperatividade do Direito não depende, sequer, do efectivo conhecimento que o destinatário tenha da norma, uma vez que a eventual ignorância da lei não justifica o seu incumprimento, nem exclui a aplicação da correspondente sanção (v. artigo 6º do Código Civil).

NOTA COMPLEMENTAR: a imperatividade do Direito exclui como escolhas alternativas a conduta de respeitar a norma e a conduta de não acatar a norma; não exclui, naturalmente, a possibilidade de violação da norma, à qual associa a aplicação de sanções adequadas.

**17.4. Coercibilidade** – é a possibilidade do uso da força para obrigar o infractor da norma a acatar o seu comando ou, no caso de tal já não ser possível ou desejável no plano jurídico e/ou material, para sancionar o respectivo incumprimento (v.g., uma multa, uma pena de prisão ou, em sociedades que, infelizmente, ainda a conservam, a pena de morte).

A coercibilidade, enquanto susceptibilidade de aplicação da força, é uma característica do Direito – ou, pelo menos, do

Direito de fonte estadual. Já a coacção, que corresponde ao uso efectivo da força, não deve ser associada necessariamente à ideia de Direito, seja porque, na generalidade dos casos, a norma jurídica é voluntariamente respeitada, seja porque existem inúmeros exemplos de normas jurídicas insusceptíveis de aplicação coactiva (v. infra *Nota Complementar*). Não é a força na sua expressão de coerção física que identifica o Direito, mas é o Direito que legitima a força ao permitir a sua utilização e ao impor limites à sua aplicação (cfr. J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 6ª reimpr., Coimbra, 1993, p. 38). Legitimada pelo Direito, a força serve o Direito na sua vocação de “*dever-ser que é*” (cfr. António CASTANHEIRA NEVES, *Fontes do Direito. Contributo para a revisão do seu problema*, in *Digesta II*, Coimbra Ed., 1995, p. 8). Em síntese, **a força é um instrumento de garantia da vigência e efectividade do Direito**.

**17.5. Estadualidade** – na sua origem histórica e na sua função social, o Direito não nasce com o Estado. A formação e a afirmação do Estado soberano como modelo dominante de organização das sociedades modernas, conduziu a uma situação de “*estadualização*” dominante do Direito: nem sempre criado ou aplicado pelo Estado, o Direito vigente representa, contudo, uma manifestação directa ou indirecta da vontade soberana do Estado – por exemplo, a atendibilidade dos usos fica dependente de expressa aceitação pela lei do seu valor jurídico (v. artigo 3º, nº 1, do Código Civil); a relevância e a autonomia do chamado direito infraestadual (v.g. direito criado por entes autárquicos ou regionais) encontram-se definidas na Constituição, a Lei Fundamental do Estado (v. artigos 6º, 225º e segs. e 235º e segs. da Constituição da República Portuguesa); o Direito Internacional Público, em particular o que resulta da

celebração de convenções internacionais, exprime a vontade dos Estados; o Direito Comunitário ou Direito da União Europeia, qualificado como direito supraestadual, tem por fundamento a vontade soberana dos Estados-membros, traduzida no acto fundamental de criação das Comunidades Europeias e no processo contínuo de participação nos órgãos de decisão política e normativa da União Europeia. Em suma, **o Estado assume a responsabilidade principal, que não é exclusiva, de criação e de aplicação do Direito.**

**17.6. Complexidade** – o Direito como conjunto de normas é complexo e plural, como é, de modo inelutável, complexa e plural a sociedade humana. Quanto maior for a abertura da porta comunicante entre o Direito e a realidade social, maior será a complexidade do Direito, sinónimo de soluções diferentes – por vezes, aparentemente antinómicas –, de soluções adequadas às exigências sempre renovadas de regulação, cuja adequação permanente é condição de uma aplicação efectiva do Direito (cfr. Paulo OTERO, *Lições...*, I vol., 2º Tomo, p. 26 e segs.).

**17.7. Sistemática** – a assinalada complexidade do Direito, directamente relacionada com a pluralidade das fontes de Direito e a desmultiplicação de normas, é compensada pelo princípio estruturador do Direito como um *sistema de normas*, como um *ordenamento jurídico*. Para Norberto BOBBIO, “(...) *só se pode falar de Direito quando exista um sistema de normas que formam um ordenamento e que, portanto, o Direito não é norma, mas antes um conjunto coordenado de normas (...) uma norma jurídica nunca se encontra isolada, mas sim ligada a outras, formando um sistema normativo*” (in *Teoria General del Derecho*, Madrid, 1996, p. 25).

Esta concepção do Direito como um sistema, como um todo harmonioso e coerente, fundamenta e impõe a procura de soluções apropriadas no domínio da formação, da articulação, da interpretação e da integração do ordenamento jurídico, envolvendo neste desígnio tanto a doutrina quanto os responsáveis pela criação e pela aplicação do Direito (v. infra *Parte III, Capítulos 7, 9 e 10*).

NOTA COMPLEMENTAR: (sobre a característica da coercibilidade): de acordo com uma distinção atribuída aos autores romanos existiriam *leges perfectae* e *leges imperfectae*, dependendo da possibilidade ou não de garantir a sua aplicação coactiva (cfr. Paulo OTERO, *Lições...*, I vol., 2º Tomo, p. 66 e segs.).

As manifestações do *ius imperfectum* são normalmente relacionadas com o Direito Internacional Público. A sociedade internacional, constituída por Estados soberanos, carece de uma estrutura institucionalizada forte, pelo que as situações de violação das regras internacionais imputáveis aos Estados não dão lugar à aplicação de adequadas sanções – umas vezes porque a norma violada a não prevê, outras, mais frequentes, faltam ou falham os mecanismos de polícia internacional (v.g. a Organização das Nações Unidas) e de justiça internacional (v.g. o Tribunal Internacional de Justiça, estruturalmente diminuído na sua autoridade pelo princípio da jurisdição facultativa).

Podemos ainda topar com a manifestação do *ius imperfectum* no Direito estadual:

- a) **Direito Público** – problema colocado pelo eterno dilema de “*quem coage o coactor?*”, “*quem guarda os guardas?*” (“*quis custodiam custodit?*”). Exemplos: **1)** as regras constitucionais referentes a actos políticos, como seja o eventual desrespeito pelo Presidente da República do

prazo de 20 dias para promulgar ou vetar os decretos provenientes da Assembleia da República para promulgação como leis (v. artigo 136º, nº 1, da Constituição); **2)** também carece de sanção a eventual violação do princípio da constitucionalidade por decisão proferida pelo Tribunal Constitucional, dada a natureza definitiva e irrecorrível dos seus acórdãos.

b) **Direito Privado** – acontece que, em nome de um princípio fundamental de liberdade individual ou de reserva da vida privada e familiar, o Direito estabelece certos deveres fundamentais nas relações entre, por exemplo, os cônjuges (v. artigo 1672º do Código Civil) ou entre pais e filhos (v. artigos 1878º e 1879º do Código Civil), e aí a intervenção sancionatória só se verifica em casos extremos de violação. Um outro exemplo ilustrativo de normas que não conhecem sequer a possibilidade de aplicação coerciva refere-se às chamadas *obrigações naturais*, definidas como aquelas em que ao devedor não pode ser judicialmente exigido o cumprimento (v. artigo 402º do Código Civil). O cumprimento da *obrigação natural* pelo devedor é, contudo, considerado definitivo, excluindo, assim, o direito do devedor recuperar o que foi voluntariamente prestado (v. artigo 403º do Código Civil); nesta categoria cabem, entre outras, as dívidas de jogo (v. artigo 1245º do Código Civil) e as dívidas prescritas (v. artigo 304º, nº 2, do Código Civil).

Já em relação ao chamado Direito supraestadual ou **Direito da União Europeia**, e diferentemente do que se verifica com o Direito Internacional Público, a coercibilidade é uma característica do respectivo ordenamento jurídico, dotado de órgãos próprios e autónomos de criação e de aplicação do Direito. Esta coercibilidade tendencial das normas comunitárias verifica-se tanto em relação aos particulares como em relação aos Estados-membros. No

que respeita aos Estados-membros, importa, porém, ter em conta as limitações inerentes à prerrogativa da soberania estadual – por exemplo, se um Estado-membro violou as normas comunitárias poderá ser condenado pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias ao pagamento de uma pesada sanção pecuniária (v. artigo 228º do Tratado da Comunidade Europeia), mas no caso de se recusar a cumprir não lhe será exigido judicialmente o pagamento no sentido em que o património do Estado está a salvo de um processo executivo (v. artigos 244º e 256º do Tratado da Comunidade Europeia).

### **Bibliografia básica:**

BAPTISTA MACHADO, João

- *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, 6ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 1993, p. 34 e segs.

OLIVEIRA ASCENSÃO, José de

- *O Direito. Introdução e Teoria geral*, 11ª ed., Coimbra, Almedina, 2001, p. 75 e segs.; 91 e segs.

OTERO, Paulo

- *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, Lisboa, vol. I, Tomo 2º, 1998.

REBELO DE SOUSA, Marcelo / GALVÃO, Sofia

- *Introdução ao Estudo do Direito*, 5ª ed., Lisboa, Lex, 2000, p. 216-219.

SANTOS JUSTO, A.

- *Introdução ao Estudo do Direito*, Coimbra Ed., 2001, p. 30 e segs.

## 18. Os fins do Direito

**18.1.** A ordem jurídica é ontologicamente finalística (“*Qualquer referência axiológica ao direito há-de ver nele um ser vocacionado para a realização da justiça (...). O justo, a Justiça, constituirão a própria mola do direito*” – v. Pedro SOARES MARTÍNEZ, *Filosofia do Direito*, Coimbra, Almedina, 1991, p. 287).

A Ideia de Direito e a representação dos fins. Fins perpétuos de conteúdo – histórica e culturalmente – variável: justiça e segurança. O bem-estar económico e social e a matriz programática do Estado de Direito democrático e social.

### 18.2. A JUSTIÇA.

**18.2.1.** Palavra mágica de múltiplos sentidos: a percepção individual do justo e do injusto; a justiça divina; a justiça como aspiração filosófica; a justiça como virtude social (“*A Justiça é a virtude primeira das instituições sociais, tal como a verdade o é para os sistemas de pensamento. Uma teoria, por mais elegante ou parcimoniosa que seja, deve ser rejeitada ou alterada se não for verdadeira; da mesma forma, as leis e as instituições, não obstante o serem eficazes e bem concebidas, devem ser reformadas ou abolidas se forem injustas*” – v. John RAWLS, *Uma Teoria da Justiça*, 2ª ed., Lisboa, Presença, 2001, p. 27).

#### 18.2.2. Uma noção material de justiça:

1) Atribuir a cada um o que é seu (equivalente à conhecida definição de ULPÍANUS: “*A justiça é a vontade constante e perdurável que dá a cada um o seu direito*”).

2) Justiça sinónimo de igualdade: a igualdade formal exige a universalidade dos comandos jurídicos; a igualdade material corresponde a uma ideia fundamental de justiça social ou distributiva que postula, como ensinava Aristóteles, **o tratamento igual de coisas iguais** (homens e relações entre homens) e **o tratamento desigual de coisas desiguais**.

**18.2.3.** O fundamento axiológico da justiça: a justiça não é um conceito que se possa confundir com os meros conteúdos do direito positivo. O problema do chamado *Direito Injusto*. A procura incessante de critérios relevantes de determinação do tratamento justo e de condenação do tratamento iníquo. Os critérios de expressão universal, enquanto corolários do respeito pela condição humana: a protecção da vida humana e da dignidade do ser humano, o direito de livre desenvolvimento da personalidade, a proibição do arbítrio e da discriminação. Os critérios de expressão variável, enquanto relacionados com um determinado modelo político de desenvolvimento social e económico, tendo a Constituição como fundamento normativo: por exemplo, promover a igualdade real entre as pessoas [v. artigo 9º, alínea d)], promover a igualdade entre homens e mulheres [v. artigo 9º, alínea h)], promover a justiça social e assegurar a igualdade de oportunidades [v. artigo 81º, alínea b)], garantir aos trabalhadores a segurança no emprego (v. artigo 53º), a repartição justa dos rendimentos e da riqueza (v. artigo 103º, nº 1).

#### 18.2.4. Os elementos lógicos da justiça:

**18.2.4.1. A igualdade:** garantida pela generalidade e abstracção da norma jurídica; concretizada no tratamento igual dos iguais e no tratamento desigual dos desiguais.

**18.2.4.2. A proporcionalidade:** directamente relacionada com a ideia da igualdade material está a exigência elementar da proporção, que se desdobra em três critérios de apreciação da natureza proporcional ou excessiva – logo arbitrária – da solução vertida na norma jurídica ou resultante de determinado regime legal: *necessidade, adequação e equilíbrio*.

**18.2.5. Justiça e responsabilidade:** a justiça na sua acepção material, segundo um entendimento axiológico que a prende à condição de ser pessoa, envolve, por um lado, a igualdade e, por outro lado, a responsabilidade, expressão máxima da eticidade humana e fonte de deveres. Conclui CASTANHEIRA NEVES “(...) *que a pessoa, pela simples razão de o ser, se vê investida não só em direitos, mas igualmente em responsabilidade (...) pelo que os deveres são para ela tão originários como os direitos*” (v. “Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do Direito – ou as condições da emergência do Direito como Direito”, in *Estudos em homenagem à Professora Isabel de Magalhães Collaço*, Coimbra, 2002, vol. II, p. 868).

**18.2.6. Justiça e equidade:** verso e reverso de uma vontade de aplicação justa e equilibrada do Direito: A justiça entendida como critério abstracto de resolução dos conflitos, de incidência geral como a norma jurídica que a concretiza. A equidade como critério operativo de aplicação do Direito corresponde à *justiça do*

*caso concreto* e pode, em função das circunstâncias específicas da situação de vida que reclama uma resposta a dar pelo Direito, fundamentar uma solução mais adequada – logo, mais justa – de composição dos interesses em conflito (v. infra *Parte III, Capítulo 9, nº 46*, sobre a equidade como suposta fonte do Direito).

NOTA COMPLEMENTAR: o problema do *Direito Injusto* ou das *leis injustas* – em termos ideais, a Justiça deveria ter um conteúdo universal, materializar um conjunto de valores comuns, inerentes à condição do ser humano. O Direito positivado na norma não poderia afastar-se deste ideário de Justiça, sob pena de ser considerado injusto. Para alguns, o Direito Injusto fundamentaria – ou mesmo imporia – a resistência, o desrespeito voluntário e assumido da lei injusta. O problema fundamental reside aqui na identificação de uma concepção universal de Justiça. Como escreveu SHAKESPEARE a propósito da consciência “(*a justiça*) *tem mais de mil línguas*”. Na verdade, não existe, mesmo no universo mais coeso e homogéneo, de uma única comunidade estadual, uma concepção uniforme de justiça que possa condicionar de forma estrita a política legislativa ou legitimar a desobediência à lei. Se uma determinada norma ou solução legal contraria a consciência social sobre os valores da justiça, deverá ser revogada. Existem, contudo, **princípios de justiça valiosos e incompressíveis**, que relacionamos com a **protecção da vida humana e o respeito da dignidade do ser humano**. Em nossa opinião, uma norma que estabelece a pena de morte ou uma norma que prevê a esterilização compulsiva de mulheres violam este “*mínimo ético*” que fundamenta a própria Ideia de Direito. É legítimo e imperioso resistir à aplicação destas normas que, na sua negação da condição de ser humano, são *anti-Direito*.

### 18.3. A SEGURANÇA.

**18.3.1.** A dimensão intraestadual da segurança: **1)** o Direito deve permitir o desenvolvimento das relações sociais num ambiente de ordem e de tranquilidade (através, por exemplo, da existência de forças policiais que actuam para garantir ou restabelecer a ordem pública e de tribunais que, aplicando o Direito, inculcam nos cidadãos um sentimento de confiança no poder do Estado e na autoridade do Direito); **2)** a segurança está ainda dependente da estabilidade e certeza do Direito (segurança jurídica). A segurança jurídica não está apenas presente na fase da aplicação do Direito. A insegurança e a incerteza devem ser prevenidas na fase da elaboração das leis – citando MONTESQUIEU: “*É essencial que as palavras da lei despertem em todos os homens as mesmas ideias*”, e, para isso, as palavras da lei devem ser: concisas, simples e precisas; **3)** o Estado é o principal garante da segurança, mas o Direito torna possível a *segurança perante o Estado*, isto é, o Direito estabelece regras, acolhe princípios e institui mecanismos que, no seu conjunto, visam proteger a autonomia própria do indivíduo, de modo a salvaguardar a sua esfera de liberdade perante o Estado (v.g. artigo 34º da Constituição Portuguesa sobre a inviolabilidade do domicílio e da correspondência; artigo 37º sobre a liberdade de expressão e de informação) ou perante os outros indivíduos (v.g. artigo 80º, nº 1, do Código Civil, relativo ao direito à reserva sobre a intimidade da vida privada).

**18.3.2.** A dimensão internacional da segurança: o artigo 1º, nº 1, da Carta das Nações Unidas proclama como objectivo principal da actuação da Organização das Nações Unidas:

“*Manter a paz e a segurança internacionais (...)*”. **A garantia da segurança internacional depende do respeito pelos Estados do princípio da proibição do uso da força nas relações internacionais, do princípio da não ingerência nos assuntos internos e do princípio da igualdade soberana de todos os Estados.** A importância atribuída pela Carta ao objectivo da segurança internacional está bem patente no seu Capítulo VII que dota a Organização das Nações Unidas do poder de utilizar a força contra os Estados que ameacem ou violem a segurança e a paz internacionais (v. artigos 39º e seguintes da Carta).

**18.3.3.** A segurança e a justiça: não existe contradição entre a aspiração de justiça e a garantia da segurança. No entanto, a complexidade das situações de vida pode evidenciar problemas de relativa antinomia entre a justiça e a segurança jurídica, cuja resolução compete ao Direito através da invocação dos adequados princípios e institutos jurídicos. Podemos assim dizer que, em nome da segurança jurídica (certeza e estabilidade das relações jurídicas), se sacrifica a justiça quando: **1)** se proclama “*ignorantia iuris non excusat*” (v. artigo 6º do Código Civil); **2)** se aceita o efeito de caso julgado e se dá por definitiva e irrecorrível uma sentença judicial (v. artigo 672º do Código de Processo Civil); **3)** se proíbe o carácter retroactivo da lei (v. artigo 12º, nº 1, do Código Civil e sobre a lei penal, embora prevendo expressamente a aplicação retroactiva da norma penal de conteúdo mais favorável ao arguido, v. o artigo 29º, nºs 1 e 4 da Constituição Portuguesa); **4)** se consente a prescrição, isto é, a extinção de um direito em virtude do seu não exercício por um determinado período de tempo previsto na lei; a prescrição também

opera no domínio do direito penal, determinando a extinção do procedimento penal ou a impossibilidade de o iniciar relativamente a crimes praticados há um certo número de anos (v. artigos 118º e seguintes do Código Penal); **5)** se reconhecem e tutelam direitos adquiridos, ainda que o seu exercício possa colidir com valores fundamentais como o da legalidade e possa contrariar interesses gerais, como, por exemplo, o da protecção da orla costeira no caso, infelizmente tão frequente, de direitos de construção reconhecidos por alvarás emitidos ao abrigo de legislação que já não está em vigor ou mesmo emitidos de forma ilegal e em relação aos quais as autoridades administrativas competentes já não têm o poder de revogar os referidos alvarás (v. artigos 140º e 141º do Código de Procedimento Administrativo).

#### 18.4. O BEM-ESTAR ECONÓMICO E SOCIAL.

Razões da sua autonomização como fim do Direito: em rigor, a criação de condições materiais que proporcionem aos cidadãos a satisfação das suas exigências básicas é ainda um imperativo de justiça e uma garantia de paz social. Ainda assim, optámos pelo seu enquadramento autónomo em virtude de três factores principais: **1)** a preocupação com a satisfação das necessidades colectivas de carácter material e cultural não se cola à ideia de Direito como acontece com a justiça ou a segurança; importa perceber que se trata de um objectivo historicamente associado ao *Estado Social de Direito* ou Estado-de-bem-estar (*Welfare State*) que emerge e se afirma na Europa do segundo pós-guerra; **2)** as correntes de pensamento neo-liberal, no plano da teoria política e no plano da teoria económica, assestam as suas baterias no “assalto” ao modelo do

Estado Social de Direito, atribuindo-lhe a origem de todos os sintomas de doença ou de fragilidade das economias dos nossos tempos. As importantes realizações do Estado Social de Direito (v.g. a universalidade do sistema de segurança social, do sistema de saúde e do sistema de ensino, o reconhecimento e a garantia dos direitos dos trabalhadores, a função redistributiva do sistema fiscal através de uma tributação de incidência progressiva) são totalmente desvalorizadas; como alternativa, os neo-liberais exaltam as virtudes absolutas da iniciativa privada, confiando a esta o papel antes exercido pelo Estado; por nós, só o Estado, através do Direito, com base na mobilização dos recursos comuns para a satisfação de necessidades gerais pode garantir aos cidadãos o acesso a bens e serviços considerados inerentes a uma concepção humanista e solidária de bem-estar; **3)** a Constituição Portuguesa caracteriza o Estado Português como um “*Estado de direito democrático (...) visando a realização da democracia económica, social e cultural*”. Ao enunciar as tarefas fundamentais do Estado, a Constituição explicita o dever de “*Promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efectivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e a modernização das estruturas económicas e sociais*”. O artigo 81º, relativo às incumbências prioritárias do Estado, investe os poderes públicos de responsabilidades específicas de actuação no plano económico e social em ordem a promover o bem-estar e a justiça sociais. Por seu lado, o Título III é dedicado aos Direitos e deveres económicos, sociais e culturais (v. artigos 58º a 79º). Em suma, **urge recolocar o Homem e as suas aspirações legítimas de justiça, segurança e bem-estar no núcleo fundamental e identificador dos fins do Direito.**

### **Bibliografia básica:**

LATORRE, Angel

- *Introdução ao Direito*, 3ª reimpressão, Coimbra, 1997, p. 43 e segs.

OTERO, Paulo

- *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, Lisboa, vol. I, Tomo 1º, 1998; Tomo 2º, 1999, p. 146 e segs.

REBELO DE SOUSA Marcelo / GALVÃO, Sofia

- *Introdução ao Estudo do Direito*, 5ª ed., Lisboa, Lex, 2000, p. 345 e segs.

SANTOS JUSTO, A.

- *Introdução ao Estudo do Direito*, Coimbra Ed., 2001, p. 62 e segs.

### **Bibliografia complementar:**

BARBAS HOMEM, A. Pedro

- *O justo e o injusto*, Lisboa, AAFDL, 2001.

CASTANHEIRA NEVES, A.

- *Justiça e Direito*, in *Digesta I*, Coimbra Ed., 1995.

KELSEN, Hans

- *A justiça e o direito natural*, 2ª ed., Coimbra, 1979.

PALMA CARLOS, A.

- *Um tema eterno: a justiça*, separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. XX, 1966.

RADRUCH, Gustav

- *Filosofia do Direito*, 6ª ed., Coimbra, A. Amado, 1979, p. 159 e segs.

RAWLS, John

- *Uma teoria da justiça*, 2ª ed., Lisboa, Presença, 2001.

## **19. Fundamento do Direito**

**19.1.** As questões: por que é que o Direito obriga? Quais as razões que justificam e fundamentam a obediência ao Direito?

**19.2.** Onde procurar a resposta: a resposta às questões formuladas a propósito do problema suscitado pelo fundamento do Direito deve ser basicamente procurada na Filosofia do Direito, embora a Ciência do Direito também contribua para clarificar ou reforçar determinados pressupostos da reflexão filosófica.

**19.3.** Caracterização sumária das principais correntes doutrinárias.

### **19.3.1. A corrente jusnaturalista.**

**19.3.1.1.** Noção proposta de Direito Natural: *conjunto de regras de natureza necessária e imanente que, em virtude de encontrar na natureza humana a sua fonte de revelação, beneficia (ou deve beneficiar) de uma aceitação universal.*

**19.3.1.2.** O jusnaturalismo transcendente ou de base divina:  
1) A doutrina greco-romana reconheceu a existência de um Direito Natural inerente à condição do ser humano livre e igual criado por Deus; 2) Na Idade Média, a influência determinante foi a da doutrina

cristã e da Igreja Católica e que conduziu a uma identificação do Direito Natural com o conjunto fundamental dos valores cristãos. A autenticidade e a justiça da lei positiva passou a depender da sua correspondência com os direitos e deveres naturais: “*non videtur lex quae iusta non fuerit*” (“**não parece lei a que não for justa**”, sentença SANTO AGOSTINHO); por consequência, se a lei humana se afastar da lei natural “*non erit lex, sed legis corruptio*” (“**não será lei, mas corrupção da lei**”, conclui SÃO TOMÁS DE AQUINO). Para este grande teórico do jusnaturalismo cristão, o Direito Natural fundamenta as seguintes tendências: **a)** a conservação da vida humana (v.g. proibição do homicídio); **b)** a conservação da espécie humana (v.g. o dever de procriação); **c)** a procura da verdade e a vida em sociedade (v.g. o dever do constante aprofundamento dos nossos conhecimentos; o dever de respeito dos súbditos em relação à autoridade, dependente do dever de moderação e de justiça da autoridade em relação aos súbditos).

**19.3.1.3.** O jusnaturalismo racionalista: com o advento do Iluminismo e do Racionalismo, a fonte de revelação da *lex naturalis* passa a ser a razão humana. Autores como GROTIUS, PUFENDORF ou WOLFF concebem um Direito Natural, cujas regras derivam da natureza do homem e são conhecidas ou concretizadas através da razão. **A Razão substitui a Fé na demanda de um fundamento para o Direito.**

A própria noção material de Constituição – proclamada pelo artigo 16º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 –, e que assenta, por um lado, no reconhecimento dos direitos civis e políticos e, por

outro lado, na consagração do princípio da separação de poderes no seio do Estado (poder legislativo, executivo e judicial) – traduz a dimensão societária e relacional do Direito Natural (Liberalismo Político).

### **19.3.2. A corrente juspositivista.**

**19.3.2.1.** As críticas precursoras ao jusnaturalismo: a concepção de um Direito Natural imutável, intemporal e moralmente superior ao Direito criado pelo poder político encontra no pensamento de KANT e na Escola Histórica de SAVIGNY as primeiras e mais consistentes críticas. Do seu lado, KANT abala os alicerces do racionalismo dogmático, porque concebe a realidade como uma construção do espírito aliada aos dados fornecidos pela experiência; no que respeita ao fundamento do Direito criado pelo Estado, KANT justifica a sua autoridade por referência à ideia do contrato social. O Historicismo, cujo principal artífice foi SAVIGNY, acompanha o movimento do Romantismo alemão, dos finais do séc. XVIII e princípios do séc. XIX, e caracteriza-se pela negação da existência de um Direito imutável. O Direito seria, assim, um produto da ordem social; do mesmo modo que esta evolui, também o Direito pode cativar conteúdos muito distintos, manifestação da vontade de um determinado povo num determinado quadro histórico. **O Direito corresponderia a uma produto espontâneo do espírito do povo, juridificado através do costume.**

**19.3.2.2.** O positivismo jurídico: só reconhece a existência do Direito positivo e, por conseguinte, ignora o Direito Natural; tem por irrelevante a metafísica dos valores.

Principais corolários da atitude positivista: **1)** No que respeita ao **conceito de Direito**, a validade da norma é aferida unicamente por critérios de vigência (validade formal) e de efectividade (validade social); **2)** No que se refere às **fontes do Direito**, consagra o primado, senão mesmo o monopólio, da lei escrita; **3)** Sobre o **método jurídico**, o juiz é visto como um instrumento neutro de aplicação da lei ao caso concreto: o juiz é a boca que pronuncia as palavras da lei (concepção rígida do princípio da separação de poderes); **4)** No **plano epistemológico**, a Ciência do Direito foi apartada da Filosofia do Direito, porque aquela deveria ser axiologicamente neutra.

**19.3.2.3.** O positivismo normativista: Hans Kelsen, verdadeiro corifeu da Escola de Viena de Direito Público, criou uma das mais coerentes e omnicomprensivas doutrinas jurídicas do século XX: **a teoria pura do Direito**. Para Kelsen, o que interessa é a norma, analisada e interpretada como um dado autónomo, totalmente desligada de condicionantes históricas, sociais, económicas, políticas ou metafísicas. Kelsen pretende libertar o Direito de todas estas fontes de contaminação e chegar à sua “*purificação*”. O Direito é, então, um sistema de normas. A validade de cada norma não depende do seu conteúdo, da sua filiação valorativa. A validade da norma – a lei, o regulamento, a sentença do juiz – há-de resultar do grau de conformidade com as normas de grau superior. **O Direito constitui um sistema escalonado de normas jurídicas, organizado como se fosse uma pirâmide.** No vértice ou topo da pirâmide encontra-se a norma fundamental – a “*Grundnorm*” –, uma norma que se aceita como hipótese, que se pressupõe como

fundamento de validade da ordem jurídica. No Direito Estadual, a norma fundamental corresponde ao dever de respeitar a Constituição; no Direito Internacional Público, a norma fundamental consiste na aceitação da força vinculativa da norma de fonte convencional (“*pacta sunt servanda*”) ou de fonte consuetudinária (“*consuetudo est servanda*”).

A teoria Kelseniana tem suscitado fortes críticas baseadas em dois principais aspectos: **1)** a dificuldade relativa à definição da *norma fundamental*, cuja relevância fundacional ficaria, afinal, refém do grau de efectividade da Constituição; **2)** a concepção “purificadora” do Direito é contrária à função social do Direito e reduz a validade do Direito a uma avaliação segundo critérios puramente lógico-formais, alheios a valores fundamentais de justiça, igualdade ou liberdade. Uma tal concepção pode revelar-se perigosa: o Direito justifica-se pela sua própria existência de sistema de normas e qualquer Estado pode ser considerado um Estado de Direito.

A justeza destas críticas conduz, com frequência, à injustiça de esquecer o notável contributo de Hans Kelsen para a Ciência do Direito, em particular, a construção de um modelo explicativo e postulante de um sistema de garantia da Constituição.

**19.3.3.** Sobre o fundamento valorativo do Direito: os juristas e os filósofos do Direito continuam a procurar, hoje como sempre, a resposta para a eterna questão de saber por que é que o Direito deve ser respeitado. Pese embora a singularidade inovadora de uma ou outra construção doutrinária, esta procura acaba por evidenciar uma revisitação das duas conhecidas abordagens do problema: o jusnaturalismo e o juspositivismo.

Para enquadrar a nossa posição, importa ter presente as seguintes considerações, enunciadas de modo abreviado:

- a oposição extremada, no plano ontológico e metodológico, entre o jusnaturalismo e o juspositivismo foi ultrapassada. A complexidade do fenómeno jurídico está na base de uma marcada preferência pelas teorias ecléticas, que associam elementos de resposta importados do positivismo e contributos do jusnaturalismo;
- uma “*crise de valores*” atinge as sociedades modernas, sentida, por exemplo, na prevalência da dimensão económica sobre a dimensão social e cultural, no alastramento de fenómenos de decadência social, como a corrupção, e de grave ofensa à dignidade da pessoa humana, como a pedofilia e a pornografia; sentida ainda no incremento de práticas e de atitudes intelectuais de vincada intolerância em relação ao “outro diferente” (racismo, xenofobia). Por outro lado, a Humanidade vive com um sentimento de impotência e de profundo medo a escalada da violência brutal, sob a forma do terrorismo, do genocídio e dos crimes de guerra. A Humanidade confronta-se ainda com o desvario de políticas belicistas e de conquista que, invocando o Direito, minam os mais profundos alicerces da normatividade internacional. Neste contexto, é compreensível e justificado o ressurgimento do jusnaturalismo, que põe em evidência a importância de limites ao Direito importados do mundo dos valores;
- a expressão *Direito Natural* não pode ser entendida como um Direito revelado e imutável, mas antes como um Direito que urge identificar como inerente à dignidade da pessoa humana e como condição de convivência social. Já o *Direito Positivo* compreende o Direito criado e imposto pelos órgãos de poder político – estadual, internacional ou supraestadual;

- o Direito Natural – que não é imutável nem indelével, mas é historicamente universal – cumpre importantes funções na sua relação com o Direito Positivo: **1)** oferece o fundamento e o critério de validade do direito criado e aplicado pela autoridade social; **2)** inspira o criador da norma jurídica; **3)** condiciona ou orienta o aplicador da norma, seja no processo de interpretação seja no processo de integração de lacunas; **4)** em casos limites de inapelável conflito entre a solução positiva e os valores inerentes à condição de ser humano ou impostos pela preservação dos fundamentos das relações sociais, o *Direito Natural* pode legitimar a rebelião perante o anti-Direito (v. supra nº 18.2.6.);
- o problema relativo ao fundamento do Direito não pode, contudo, limitar-se a uma leitura axiológica do fenómeno jurídico. Como vimos, o Direito nasce da conjugação equilibrada e necessária dos três elementos: facto, norma e valor.  
Em suma: **o Direito é Direito e como tal deve ser respeitado porque corresponde a um imperativo ditado pela condição individual e social do ser humano.** Como HEGEL, pensamos que “*o imperativo do direito é este: sê pessoa e respeita os outros como pessoas*”.

### Bibliografia básica:

LATORRE, Angel

- *Introdução ao Direito*, 3ª reimpressão, Coimbra, 1997, p. 151 e segs.

OLIVEIRA ASCENSÃO, José de

- *O Direito. Introdução e Teoria geral*, 11ª ed., Coimbra, Almedina, 2001, p. 167 e segs; 191 e segs.

PECES-BARBA, G., e outros

- *Curso de Teoría del Derecho*, Madrid, 1999, p. 293 e segs.

REBELO DE SOUSA, Marcelo / GALVÃO, Sofia

- *Introdução ao Estudo do Direito*, 5ª ed., Lisboa, Lex, 2000, p. 345 e segs.

SANTOS JUSTO, A.

- *Introdução ao Estudo do Direito*, Coimbra Ed., 2001, p. 92 e segs.

### **Bibliografia complementar:**

ALBUQUERQUE, Ruy de

- “Direito de juristas – Direito de Estado”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2001, vol. XLII, nº 2, p. 751.

AMADO, J. A. García

- *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Madrid, 1996.

BIGOTTE CHORÃO, Mário

- *Introdução ao Direito. O conceito do Direito*, Coimbra, Almedina, 2000, vol. I, p. 137 e segs.

BOBBIO, Norberto

- *Diritto e Potere. Saggi su Kelsen*, Nápoles, 1992.

CASTANHEIRA NEVES, A.

- “Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do Direito – ou as condições de emergência do Direito como Direito”, in *Estudos em Homenagem à Professora Isabel de Magalhães Collaço*, Coimbra, 2002, vol. II, p. 837 e segs.

CUNHA, Paulo Ferreira da

- “Do Direito Natural Positivo. Princípios, valores e Direito Natural nas constituições e nos códigos civis portugueses e espanhóis”, in *Estudos em Homenagem à Professora Isabel de Magalhães Collaço*, Coimbra, 2002, vol. II, p. 874 e segs.

GROTIUS, Hugo

- *Le Droit de la Guerre et de la Paix* (trad. de Pradier-Fodéré), Paris, PUF, 1999.

HART, Herbert L. A.

- *O conceito de Direito*, Lisboa, F.C. Gulbenkian, 1986, p. 201 e segs.

KELSEN, Hans

- *A Justiça e o Direito Natural*, 2ª ed., Coimbra, 1979.

KELSEN, Hans

- *Teoria Pura do Direito*, 6ª ed., Coimbra, 1984.

## CAPÍTULO 4

### O CONHECIMENTO CIENTÍFICO DO DIREITO

#### SUMÁRIO:

**20.** O Direito e o pluralismo metodológico. **21.** A Ciência Jurídica – caracterização. **22.** Outras ciências que estudam o Direito. **23.** As ciências auxiliares do Direito. **24.** A dimensão prática da Ciência Jurídica: as profissões jurídicas.

#### **20. O Direito e o pluralismo metodológico**

**20.1.** O Direito, enquanto objecto do conhecimento, pode ser estudado sob diferentes perspectivas metodológicas e com diferentes objectivos. Recordando os termos em que ficou identificada a *natureza tridimensional do Direito* (v. supra *nº 12*), podemos seguir como adequada a seguinte classificação: **a)** As Ciências do Direito, que estudam o Direito na sua essência; **b)** Outras ciências que estudam o Direito; **c)** As ciências auxiliares do Direito.

**20.2.** As Ciências do Direito – caracterização.

- a) A **Ciência Jurídica** estuda o Direito na sua expressão normativa e visa, através dos instrumentos próprios do método jurídico, chegar à *solução justa* (nas palavras de ULPIANUS, a *ciência do Direito é a ciência do justo e do injusto*).
- b) A **Sociologia do Direito** ocupa-se da análise e da compreensão das *situações de vida* que o Direito regula e que estão (ou deveriam estar) na base de uma apreciação sobre a oportunidade e a necessidade de reformas legislativas

(v.g. um estudo sobre a condição social daqueles que, em Portugal, recorrem aos tribunais para aí resolver os seus litígios; ou um estudo sobre a composição das famílias e a natureza dos laços que ligam os seus membros; ou ainda um estudo sobre o perfil sociológico do trabalhador absentista: homem ou mulher?; idade; formação académica; residente no interior ou no litoral?).

A análise sócio-jurídica assenta sobre uma visão do sistema jurídico que atende à conjugação das condicionantes culturais, religiosas, políticas, demográficas, económicas.

- c) A **Filosofia do Direito** – estuda o Direito segundo uma perspectiva crítica que sustenta uma avaliação sobre a conformidade ou a desconformidade das soluções jurídicas previstas no Direito Positivo com o quadro de valores associado à ideia fundamental de justiça (concepção hegeliana).

## 21. A Ciência Jurídica – caracterização

**21.1.** A polémica histórica sobre a possibilidade de uma verdadeira Ciência Jurídica: a visão unilateral do positivismo epistemológico (século XIX) baseada no paradigma naturalista aplicável às ciências físico-naturais – a Ciência Jurídica não poderia ser uma verdadeira ciência, uma vez que o objecto material do conhecimento (os textos legais) era variável e contingente. Sentenciava KIRCHMANN: *“Enquanto a ciência faz do contingente o seu objecto, ela mesmo se faz contingência: três palavras rectificadoras do legislador e bibliotecas inteiras convertem-se em lixo”* [v. J. H. von KIRCHMANN, *La jurisprudencia no es ciencia*, (trad. castellana de A. Truyol y Serra), Madrid, CEC, 1983].

**21.2.** Sobre o carácter histórico e definitivamente ultrapassado deste *“preconceito epistemológico”*: o método científico não é único, nem se reconduz ao método exigido pela

observação e conhecimento dos fenómenos naturais; a complexidade do fenómeno jurídico requer a conjugação de diferentes perspectivas metodológicas (método sociológico, antropológico, histórico, psicológico, económico, etc.). O método jurídico centrado na interpretação da norma jurídica como forma de descoberta da solução jurídica aplicável ao caso concreto é variável em função da envolvente histórica, da determinante ideológica e cultural ou da condicionante filosófica (v.g. a pré-compreensão sobre a função social do Direito ou a interpretação da Justiça como fim último e subordinante do Direito).

### 21.3. As duas principais componentes da Ciência Jurídica.

**21.3.1. A Dogmática Jurídica:** tem por objecto as normas de um concreto sistema jurídico e, apoiada no método interpretativo, procura compreender os contornos da Ideia de Direito que harmoniza os vários e diferentes conteúdos jurídicos, motivada sempre pelo objectivo de garantir uma aplicação concreta do Direito. Uma análise dogmática do Direito abrange: **1)** a descrição ou mera exegese do texto legal; **2)** a interpretação dos conteúdos jurídicos da norma com vista à sua aplicação prática; **3)** o trabalho de sistematização dos conteúdos jurídicos positivos, no quadro de uma construção dogmática que contribua para alimentar as três propriedades fundamentais do sistema jurídico: coerência, unidade e plenitude; **4)** a formulação de propostas de alteração ou de mero aperfeiçoamento dos textos legais tendo em conta, justamente, a unidade, a coerência e a plenitude do sistema jurídico.

**21.3.2. A Teoria Geral do Direito:** no plano mais elevado do labor jurídico, estuda a estrutura lógico-formal dos sistemas jurídicos. O objectivo que inspira a Teoria Geral do Direito é a elaboração ou a definição de conceitos jurídicos formais que, sendo comuns ou funcionalmente equivalentes nos diferentes sistemas jurídicos, constituem os vocábulos de uma linguagem jurídica tendencialmente universal (v.g. os conceitos de *direito subjectivo*, *norma jurídica*, *acto jurídico*, *personalidade jurídica*, *capacidade jurídica*, *tribunal* ou os princípios fundamentais da *legalidade*, *proporcionalidade*, *subsidiariedade*).

NOTA EXPLICATIVA: A expressão **Dogmática Jurídica** deriva da posição que o jurista adopta perante a norma, aceitando-a como um dogma. Na Idade Média, o conhecimento científico do Direito era um conhecimento de tipo verdadeiramente dogmático, baseado na interpretação fiel dos textos conhecidos do Direito Romano (glosadores e comentaristas). No mundo jurídico actual, a *Dogmática Jurídica* não pode ser entendida de um modo que relegue o jurista a um papel de mero divulgador da verdade inscrita na norma. Ao jurista compete, partindo do conhecimento da norma, interpretá-la e dar-lhe um sentido compatível com as necessidades de ordenação prática das situações de vida.

A Ciência do Direito aparece identificada por certos autores como *Jurisprudência* de harmonia com a designação pela qual era conhecida no Direito Romano (“*iuris prudentia*”). Importa não confundir esta acepção de *Jurisprudência* com um outro sentido, mais restrito de interpretação ou doutrina adoptada pelos tribunais nas suas decisões de aplicação do Direito ao caso concreto (v. infra *Capítulo 9*, n.º 45.2.2.).

## 22. Outras ciências que estudam o Direito

**22.1. Direito Comparado** – estuda o Direito através do método da comparação de sistemas jurídicos (v.g. comparação do direito português e alemão), de ramos do direito (v.g. comparação do direito penal português e castelhano), ou de institutos jurídicos (v.g. comparação do direito aplicável à propriedade privada nos sistemas jurídicos dos quinze Estados-membros da União Europeia).

O propósito do estudo comparado dos direitos não é, apenas, o de conhecer as soluções jurídicas existentes nos vários Estados, mas é, sobretudo, o de contribuir para uma harmonização legislativa, reclamada pelas exigências da globalização do comércio jurídico, e ainda para fundamentar propostas de reforma legislativa com vista a um constante aperfeiçoamento dogmático e técnico das normas jurídicas em vigor.

**22.2. Política Legislativa** – estuda os sistemas jurídicos com o fim de encontrar pontos de arrimo para alterações futuras que possam concretizar o desígnio fundamental da adaptação e do aperfeiçoamento das soluções legislativas [uma análise de *iure condito* (direito constituído ou existente) para justificar uma proposta de *iure condendo* (direito a constituir)].

**22.3. História do Direito** – parte do conhecimento do Direito como um facto histórico e propõe-se reconstituir os ordenamentos jurídicos passados. Como parte integrante da História das sociedades humanas, **a análise histórica do Direito permite conhecer o passado, compreender o presente e antecipar o futuro do Direito.**

**22.4. A análise económica do Direito** – estuda o sistema jurídico através dos instrumentos e técnicas próprios da metodologia das ciências económicas, como sejam as teorias dos jogos aplicáveis às decisões jurídicas, os cálculos sobre custos/benefícios relativos a uma determinada solução jurídica, a aplicação de critérios de optimização e de eficiência na apreciação das decisões legislativas; por exemplo, saber se o Legislador deve ou não regular uma certa actividade, deve ou não impor determinadas condições aos operadores económicos – são questões que podem ser analisadas na perspectiva do princípio da subsidiariedade e do princípio da proporcionalidade, cuja adequada compreensão envolve juízos de natureza económica sobre eficiência e níveis economicamente suportáveis de ingerência pública no campo da iniciativa económica privada.

## **23. As principais ciências auxiliares do Direito**

**23.1. Ciência Política** – estuda as manifestações, as formas e as regularidades dos factos políticos, em si mesmo ou através do comportamento dos indivíduos, na perspectiva de deles extrair uma compreensão racional e sistematizada (v. Marcello CAETANO, *Manual de Ciência Política e de Direito Constitucional*, 6ª ed., Coimbra, Almedina, Tomo I, 1986, p. 12-13).

**23.2. Economia** – a ciência social que tem por tema central o estudo das decisões individuais e colectivas, incluindo as decisões públicas, tomadas em ambiente de escassez, procura determinar as razões que estão na base das decisões económicas e que tendem a proporcionar um certo equilíbrio no funcionamento do mercado (v. Fernando ARAÚJO, *Introdução à Economia*, Coimbra, Almedina, 2002, p. 18).

**23.3. Ciência da Administração** – estuda a Administração Pública como elemento da vida colectiva de um determinado Estado, procurando conhecer a actuação da administração para construir uma explicação racional dos fenómenos administrativos e contribuir para o aperfeiçoamento da organização e funcionamento da Administração (v. Diogo FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 1994, p. 186).

**23.4. Teoria das Relações Internacionais** – estuda os comportamentos dos Estados, das organizações internacionais e de outros actores da vida internacional, de modo a definir um conjunto coerente e sistemático de proposições que permitam explicar esta actuação nas relações internacionais e, em particular, prever a sua evolução futura (v. Ph. BRAILLARD, *Teoria das Relações Internacionais*, Lisboa, Gulbenkian, 1990, p. 15).

**23.5. Medicina Legal** – sob uma fórmula concisa, BÜCHNER caracterizou-a como “*a ciência do médico aplicada com a finalidade da ciência do direito*”. A Medicina Legal, que integra áreas tão distintas como a Psiquiatria Forense e a Toxicologia, corresponde ao conjunto dos conhecimentos físicos e médicos que permitem esclarecer os magistrados na solução de questões relativas à administração da justiça (por exemplo, determinar a hora e a causa da morte num caso de homicídio ou estabelecer a paternidade com o recurso aos exames de ADN) e orientar o Legislador na elaboração do quadro legislativo mais adequado (por exemplo, os estudos científicos no domínio da clonagem) (v. Hélio GOMES, *Medicina Legal*, 2ª ed., Rio de Janeiro, 1949, vol. I, p. 11 e segs.; Keith SIMPSON, *Forensic Medicine*, 9ª ed., Londres, 1988).

## 24. A dimensão prática da Ciência Jurídica: as profissões jurídicas

**24.1.** Considerações preliminares: a assinalada interdisciplinariedade do Direito, associada ao princípio do pluralismo metodológico na compreensão do fenómeno jurídico, estão na base de um ensino do Direito cada vez mais orientado para uma formação abrangente e completa do jurista, o que pressupõe de modo necessário uma preparação segura no domínio específico da Teoria do Direito, mas também uma adequada preparação nos domínios que confinam com o Direito e que, de uma forma ou de outra, o condicionam: a Política, a Economia, a Sociologia, a Psicologia e, mais recentemente, o domínio instrumental da Informática. Esta formação pluridisciplinar tem o mérito de preparar o licenciado em Direito para o exercício das profissões jurídicas, em que o Direito constitui o instrumento fundamental da respectiva actividade produtiva, e também para o exercício de outras profissões que poderão requerer uma preparação jurídica (por exemplo, a diplomacia ou a carreira militar). Por outro lado, a notável *juridificação da vida social*, que resulta tanto de uma produção legislativa interna abundante – e até excessiva – como de uma produção normativa das Comunidades Europeias igualmente expansiva, leva a que o Direito esteja (quase) sempre presente no quotidiano das mais diversas profissões: por exemplo, um agricultor deverá conhecer as normas aplicáveis ao sector e, mormente, as que lhe permitem aceder aos subsídios comunitários; um engenheiro civil não pode elaborar os seus projectos com desconhecimento das normas sobre edificação e urbanismo; um jornalista poderá desenvolver a sua actividade com maior desenvoltura e rigor se conhecer o Direito aplicável nas áreas que cobre ou que investiga, seja a política interna, seja a política internacional, seja mesmo o desporto.

## 24.2. Caracterização sumária das mais representativas profissões jurídicas:

**24.2.1. Advogado** – a profissão de advogado é a mais conhecida das profissões jurídicas; aquela que de um modo imediato surge ligada ao curso de Direito e à formação do jurista. Determina o artigo 6º da Lei nº 3/99, de 13 de Janeiro, que aprova a Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais: “*Os advogados participam na administração da justiça, competindo-lhes de forma exclusiva e com as excepções previstas na lei, exercer o patrocínio das partes*”. Na sua qualidade de profissional liberal, o advogado representa uma das partes no processo em tribunal; compete-lhe defender de modo eficaz os interesses do seu cliente, mas sempre dentro dos limites da legalidade e do respeito estrito das regras deontológicas próprias da profissão. A actividade do advogado não se esgota, contudo, no exercício da profissão junto dos tribunais (advocacia forense). As grandes sociedades de advogados, organizadas como verdadeiras empresas, desenvolvem boa parte da sua actividade no domínio do apoio jurídico ao cliente (intermediação em negociações; preparação de contratos; constituição de sociedades, etc.); é, igualmente, relevante a função social desta modalidade de advocacia, na medida em que um apoio jurídico competente pode prevenir situações futuras de litígio a resolver pelos tribunais, cuja intervenção deve ser, na medida do possível, subsidiária.

**24.2.2. Magistrado** – o magistrado judicial exerce a função de juiz e, nesta qualidade, é titular de um órgão de soberania (v. artigo 202º, nº 1, da Constituição da República Portuguesa). A função de julgador impõe ao juiz o cumprimento estrito de deveres de independência e

imparcialidade e uma actuação baseada numa inquestionável competência técnica e enquadrada por uma perfeita integridade moral.

A magistratura abre ainda uma segunda porta de dedicação à causa da justiça: trata-se da função de magistrado do Ministério Público. A Lei Fundamental define no seu artigo 219º, nº 1: “*Ao Ministério Público compete representar o Estado e defender os interesses que a lei determinar, bem como, (...) participar na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, exercera acção penal orientada pelo princípio da legalidade e defender a legalidade democrática*”. O magistrado do Ministério Público desempenha um papel central na condução da acção penal, o que inclui a função de acusação no processo penal, representa o Estado nos tribunais nas causas em que este é parte, defende os interesses de determinadas pessoas (incapazes, ausentes) e, por fim, deve defender a legalidade democrática, intervindo, nomeadamente no contencioso administrativo e no processo de fiscalização da constitucionalidade. Ao contrário do magistrado judicial, o magistrado do Ministério Público, por vezes catalogado de *magistrado administrativo*, está, nos termos do artigo 219º, nº 4, “*hierarquicamente subordinado*”, dependente das decisões da Procuradoria-Geral da República.

**24.2.3. Notário** – a lei atribui ao notário a função de conferir *fé pública* aos documentos (por exemplo, um contrato de compra e venda de um imóvel, um testamento) que exprimem a vontade dos particulares. A intervenção do notário – que é, no direito vigente, um funcionário do Estado – é uma garantia de autenticidade do documento.

**24.2.4. Conservador** – responsável pelo regular funcionamento das conservatórias de registo civil, de registo comercial ou de registo predial, desempenha uma função burocrática relacionada com os actos de registo exigidos ou facultados pela lei e com a emissão dos correspondentes meios de prova (por exemplo, uma certidão de nascimento).

NOTA COMPLEMENTAR: outras saídas profissionais existem para o recém-licenciado em Direito; no campo específico das actividades jurídicas, podemos referir o ingresso na carreira administrativa para exercer a função de jurista na administração pública central, autónoma, regional ou local. A função de consultor jurídico pode ainda ser exercida junto de empresas ou em regime de profissão livre (jurisconsulto). Por fim, e para aqueles que se afeiçoem ao dever de estudar e de investigar e revelem qualidades especiais para o efeito, a licenciatura em Direito pode ser o primeiro passo no caminho longo e exigente de continuar a preparar gerações de juristas (carreira académica).

### **Bibliografia básica:**

BAPTISTA MACHADO, João

- *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, 6ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 1993, p. 359 e segs.

GALVÃO TELLES, Inocêncio

- *Introdução ao Estudo do Direito*, Coimbra Ed., vol. I, 11ª ed., 1999; vol. II, 10ª ed., 2000, p. 352 e segs.

LATORRE, Angel

- *Introdução ao Direito*, 3ª reimpressão, Coimbra, 1997, p. 123 e segs.

OLIVEIRA ASCENSÃO, José de

- *O Direito. Introdução e Teoria geral*, 11ª ed., Coimbra, Almedina, 2001, p. 11, p. 99 e segs., p. 217 e segs.

PECES-BARBA, G., e outros

- *Curso de Teoría del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 123 e segs.

REBELO DE SOUSA, Marcelo / GALVÃO, Sofia

- *Introdução ao Estudo do Direito*, 5ª ed., Lisboa, Lex, 2000, p. 321 e segs.

SANTOS JUSTO, A.

- *Introdução ao Estudo do Direito*, Coimbra Ed., 2001, p. 285 e segs.

### **Bibliografia complementar:**

CALSAMIGLIA, A.

- *Introducción a la Ciencia Jurídica*, Barcelona, Ariel, 1986.

KIRCHMANN, J. H. von

- *La jurisprudencia no es ciencia* (trad. castellana de A. Truyol y Serra), Madrid, CEC, 1983.

**PARTE II**  
**TEORIA DA NORMA JURÍDICA**

## CAPÍTULO 5

### O CONCEITO DE NORMA JURÍDICA

#### SUMÁRIO:

**25.** O estudo da norma jurídica na Teoria Geral do Direito. **26.** Noção de norma jurídica. **27.** Estrutura. **28.** Características fundamentais. **29.** Classificação.

#### **25. O estudo da norma jurídica na Teoria Geral do Direito**

O conhecimento da norma jurídica parte de uma abordagem em dupla perspectiva: **1)** a norma jurídica considerada de modo isolado, como partícula básica do ordenamento jurídico, abstraindo das necessárias conexões entre normas jurídicas como partes de um todo que é o ordenamento jurídico; **2)** a norma jurídica considerada do ponto de vista da sua *estrutura lógico-linguística*, com relativa independência do respectivo conteúdo regulador (cfr. Norberto BOBBIO, *Teoría...*, cit., p. 153).

#### **26. Noção de norma jurídica**

**26.1.** Sentidos possíveis (polissemia): lei, preceito, disposição, regra, prescrição, costume, direttriz, comando.

#### **26.2.** Noção

I. A norma jurídica funciona como “*um critério de qualificação e decisão de casos concretos*”, segundo a conhecida definição de J. de OLIVEIRA ASCENSÃO (in *O Direito...*, cit., p. 486).

II. A norma jurídica apresenta a natureza de uma *proposição prescritiva* (v. Norberto BOBBIO, *Teoria...*, cit., p. 56). Entende-se como *proposição* um conjunto de palavras que têm um significado que pode ser determinado. A função prescritiva – que é própria de toda a expressão normativa, e não apenas dos enunciados jurídicos – caracteriza-se pela definição de ordens ou comandos que visam impor ou regular comportamentos.

**26.3.** *Norma jurídica e norma de conduta*: na generalidade dos casos, a norma jurídica prescreve um determinado comportamento e constitui, por isso, uma norma de conduta. Existem, contudo, certas categorias de normas jurídicas que se afastam deste paradigma do imperativo de conduta. Assim acontece com as *normas de eficácia retroactiva*, as *normas de qualificação*, as *normas que produzem efeitos jurídicos automáticos*, as *normas sobre normas* e as *ditas normas instrumentais*. Cumpre reconhecer que uma norma que projecta no passado uma determinada consequência jurídica não se destina a conformar comportamentos. As normas retroactivas são, contudo, uma solução excepcional, porque, justamente, o Direito visa ordenar comportamentos e se define como um “*conjunto de regras de conduta*” (v. supra *Capítulo 1, nº 3*). Nas áreas de regulação jurídica de maior densidade valorativa, como sejam as relativas à restrição de direitos, liberdades e garantias e à definição de crimes, a Lei Fundamental proíbe de modo expresse as normas de eficácia retroactiva (v. artigos 18º, nº 3 e 29º, nº 1, da Constituição Portuguesa). A existência de *normas de qualificação* – (v.g. artigos 66º e 68º do Código Civil sobre o começo e o termo da personalidade jurídica), de *normas que produzem automaticamente efeitos jurídicos* (v.g. artigo 1051º, nº 1, alínea e) do Código Civil que determina a caducidade do contrato de locação em virtude

da perda da coisa locada), de *normas sobre normas* (v.g. a norma revogatória ou a norma repristinatória) e de normas instrumentais (v.g. normas que definem a estrutura e o modo de funcionamento de órgãos) – não põe em causa a vocação reguladora do Direito como um “*conjunto de regras de conduta*”. As assinaladas categorias de normas têm uma natureza excepcional ou instrumental e, em certos casos, produzem efeitos jurídicos que, ao menos indirectamente, se repercutem na esfera dos comportamentos devidos (v.g. a norma de efeitos repristinatórios ao “ressuscitar” a norma revogada altera o quadro legal aplicável e passa a considerar obrigatório ou proibido, consoante os casos, um determinado comportamento).

**26.4.** *Norma jurídica e princípio jurídico*: têm em comum a definição ou a indicação de critérios operativos de decisão dos casos concretos. O princípio jurídico pode estar previsto numa norma jurídica (v. g. artigo 266º, nº 2, da Constituição Portuguesa, ao explicitar os princípios conformadores da actuação da administração pública) ou resultar da interpretação conjugada de um conjunto mais ou menos alargado de normas jurídicas. O princípio jurídico constitui, como a norma jurídica, um enunciado jurídico, mas este tem um alcance mais geral, mais abrangente e, por isso, desempenha uma função reveladora que supera a da norma jurídica: se, por um lado, permite a identificação de um critério preciso de decisão do caso concreto, por outro lado, fundamenta ou inspira soluções relativas à interpretação e à qualificação das normas jurídicas de acordo com uma perspectiva de coerência e de eficácia do ordenamento jurídico (v.g. o princípio geral da boa fé ou o princípio geral da proporcionalidade). O recurso aos princípios gerais contribui para flexibilizar, logo adequar, o quadro legal aplicável ao constante devir da conflitualidade social.

## 27. Estrutura

A estrutura-tipo da norma jurídica é formada por dois elementos: a previsão e a estatuição.

**27.1.** A previsão: também designada por antecedente, hipótese normativa e pelo vocábulo do latim medieval *factispecies*, corresponde à descrição da situação da vida, ao conteúdo fáctico da norma – “*As árvores ou arbustos nascidos na linha divisória de prédios pertencentes a donos diferentes...*” (v. artigo 1368º do Código Civil).

**27.2.** A estatuição: também conhecida por consequente ou injunção, determina a consequência jurídica associada à verificação da situação descrita na previsão “*(...)presumem-se comuns; qualquer dos consortes tem a faculdade de os arrancar, mas o outro tem direito a haver metade do valor das árvores ou arbustos, ou metade da lenha ou madeira que produzirem, como mais lhe convier*” (v. artigo 1368º do Código Civil).

### NOTAS COMPLEMENTARES:

I. Sobre a natureza intrinsecamente normativa da previsão e da estatuição: embora pertençam ao mundo dos factos as realidades descritas na *factispecies*, importa sublinhar que esta descrição é feita através de termos e de conceitos cujo exacto significado deve ser procurado no mundo do Direito – ainda a propósito do artigo 1368º do Código Civil, o termo “*prédio*” tem um sentido jurídico próprio, diferente daquele que tem na linguagem corrente (v. artigo 204º do Código Civil). De modo ainda mais evidente, a estatuição reporta-se sempre a uma consequência no plano jurídico, que pode ou não ter correspondência no plano fáctico. Em suma, **a relação entre a previsão e a estatuição não é automática, nem causal.**

II. A estrutura dual da norma jurídica pode encontrar-se relativamente ocultada em determinados enunciados jurídicos, seja porque a ordem previsão-estatuição foi invertida (v. artigo 1381º, do Código Civil), seja porque a previsão surge de modo pressuposto (v. artigo 1671º, nº 1, do Código Civil), seja ainda porque a consequência jurídica não se esgota no enunciado da norma em causa e deve, por isso, ser procurada noutras normas que com aquela se relacionam (v. artigos 1672º e 1779º, do Código Civil).

## 28. Características fundamentais

**28.1. Hipoteticidade:** a norma jurídica é hipotética no sentido em que a produção dos efeitos jurídicos previstos na injunção depende necessariamente da verificação da situação descrita na hipótese ou previsão. A norma jurídica não deixa de ser hipotética nos casos em que o efeito jurídico “*deriva directamente da lei*” (*ope legis*). Nestes casos, o efeito produz-se com independência da vontade – v.g. artigo 280º do Código Civil ao determinar a nulidade do negócio jurídico ou o artigo 133º, nº 2, do Código de Procedimento Administrativo, no que se refere às causas de nulidade do acto administrativo. Note-se que a vontade como elemento condicionante da produção de efeitos jurídicos previstos na norma pode interferir com a verificação dos pressupostos fácticos da hipótese normativa e/ou a aplicação da respectiva consequência jurídica (v.g. artigos 452º e 1318º do Código Civil). O lugar reservado pela norma à vontade dos respectivos destinatários está directamente relacionado com o problema fundamental do equilíbrio adequado entre comandos jurídicos impositivos e autonomia da vontade (v.g. artigo 398º, nº 1, do Código Civil).

**28.2. Generalidade:** a norma jurídica é geral se a prescrição tiver como destinatários uma categoria de pessoas, não individualmente determinadas ou determináveis. O comando é geral mesmo que se aplique a uma só pessoa (v. artigo 127º da Constituição da República que só se aplica ao Presidente da República), contanto que a aplicação dependa de qualidades objectivas e não subjectivas (generalidade sucessiva). O comando é individual no caso de se aplicar a uma *pluralidade* de pessoas determinadas (v.g. uma decisão ministerial que nomeie os novos gestores dos centros hospitalares).

**28.3. Abstracção:** é abstracta a norma que estabelece a obrigatoriedade de um comportamento ou qualquer outra consequência jurídica em virtude da verificação de uma situação típica ou potencial; é concreto o comando que visa regular uma situação determinada e conhecida (v.g. a sentença proferida por um juiz e que impõe a uma das partes no processo o pagamento de uma multa ou lhe reconhece um direito).

#### NOTAS COMPLEMENTARES:

I. A questão da generalidade e da abstracção como características essenciais da norma jurídica tem despertado na doutrina acesa polémica. Alguns Autores defendem que a generalidade e a abstracção são inerentes à própria noção de norma jurídica (v., entre outros, Inocêncio GALVÃO TELLES, *Introdução...*, cit., vol. 2, p. 419-420); outros preferem ver na generalidade e na abstracção características meramente tendenciais (v. Marcelo REBELO DE SOUSA / Sofia GALVÃO, *Introdução...*, cit., p. 235); outros ainda distinguem a generalidade da abstracção e consideram como essencial apenas a generalidade (v. J. de OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito...*, cit., p. 497 e 500).

À margem da polémica doutrinária, cumpre assinalar que é o próprio Legislador que define a lei por referência ao critério da generalidade (v. artigo 1º, nº 2, do Código Civil), determina o elenco dos actos sujeitos a publicação no Diário da República em função da sua natureza de “*actos de conteúdo genérico*” (v. artigo 2º, nº 1, da Lei nº 74/98, de 11 de Novembro) ou impõe o “*carácter geral e abstracto*” das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias (v. artigo 18º, nº 3, da Constituição).

II. Outras características têm sido identificadas como próprias da norma jurídica: a bilateralidade ou alteridade, a imperatividade e a coercibilidade. Parece mais correcto reconhecer que estamos perante atributos do Direito considerado na globalidade coerente de uma ordem jurídica (v. supra *Capítulo 3, nº 17*). Com efeito, existem normas jurídicas que, não pressupondo uma relação entre duas ou mais pessoas (v.g. regras que atribuem direitos ou impõem deveres) não podem ser catalogadas como *bilaterais ou intersubjectivas*; outras existem que, não exprimindo um comando dirigido ao seu destinatário (v.g. as normas de eficácia retroactiva), não são susceptíveis de uma qualificação como *imperativas*; finalmente, e como vimos, a norma jurídica pode traduzir uma manifestação de *ius imperfectum* e carecer de *coercibilidade*.

III. Precisão terminológica: a expressão **regra jurídica** tem um sentido que abrange qualquer comando jurídico, de alcance geral e abstracto ou de alcance individual e concreto. A expressão **norma jurídica** deve ser reservada para os comandos jurídicos de alcance geral e abstracto.

## 29. Classificação

**29.1.** Critérios de classificação: são múltiplas as possibilidades de classificação das normas jurídicas, agrupadas e caracterizadas segundo diferentes critérios de tipificação. As categorias ou classes de normas jurídicas que, de seguida, apresentamos resultam, em nossa opinião, da consideração dos critérios mais importantes e devem permitir, por isso, um conhecimento mais aproximado das variadas formas e conteúdos de evidenciação da norma jurídica.

**29.2.** No que se refere à **relação entre normas**, distingue-se entre:

**29.2.1. Normas principais** – o seu significado ou conteúdo regulador é determinado de modo directo por via da interpretação do Direito objectivo.

e

**29.2.2. Normas derivadas** – estas são normas deduzidas ou determinadas pelo recurso a conhecidos princípios de revelação de comandos pressupostos (teoria dos poderes implícitos; argumentos lógicos como “*quem pode o mais, pode o menos*” ou “*o que não é proibido, é permitido*” – v. infra *Capítulo 10, n° 49.5.6.*).

entre

**29.2.3. Normas inovadoras** – que alteram ou modificam o quadro jurídico que lhes preexistia.

e

**29.2.4. Normas interpretativas** – ao invés, carecem estas normas de eficácia inovadora, uma vez que se propõem interpretar, clarificar o sentido de outras normas já existentes no ordenamento jurídico.

entre

**29.2.5. Normas primárias ou normas-quadro** – estabelecem um regime geral, de definição dos grandes princípios orientadores aplicáveis à disciplina jurídica de um determinado sector ou instituto.

e

**29.2.6. Normas secundárias ou de execução** – tendo como fundamento as normas primárias, desenvolvem e concretizam o regime legal de enquadramento, garantindo, deste modo, a sua aplicação prática.

entre

**29.2.7. Normas autónomas** – encerram um significado pleno, um sentido útil que se pode apurar através da interpretação da norma em causa que é, do ponto de vista do seu desiderato regulador, auto-suficiente.

e

**29.2.8. Normas não autónomas** – a determinação do sentido útil de uma norma não autónoma depende da articulação – conexão, confronto ou comparação – com outra(s) norma(s). No universo das normas não autónomas, ressaltam as chamadas **normas remissivas** ou normas de regulamentação indirecta. Como técnica legislativa, a remissão pode ser:

- a) **Expressa** – assim acontece com as regras de devolução: **1)** no Direito Internacional Privado, pela indicação do direito aplicável a uma situação jurídica plurilocalizada (v. infra *Capítulo 8, n° 41.2.3. e Capítulo 10, n° 53.2.1.*); **2)** no direito transitório formal, com a remissão para uma das leis ou regimes temporalmente aplicáveis (lei nova ou lei

antiga – v. infra *Capítulo 10, nº 52.2.1.*); **3)** no direito material, quando se manda aplicar um certo regime legal para regular – no todo ou com carácter subsidiário – determinado instituto jurídico (remissão intrasistemática);

b) **Implícita** – enquanto a remissão expressa funciona no campo da estatuição ou consequência jurídica, a remissão implícita interfere com a previsão ou hipótese normativa, através do recurso às ficções jurídicas (I) e presunções jurídicas (II):

I. **Ficções jurídicas** – O Legislador decide que um certo facto é ou deve ser considerado *como se fosse* igual ao facto descrito noutra lei ou relativo a outro instituto legal, valorizando um paralelismo fáctico ou jurídico atendível. É muito prolixa a “inventiva ficcional” do Legislador; apenas alguns exemplos: artigos 275, nº 2, do Código Civil; artigo 307º, nº 2, do Código de Processo Civil; artigo 108º, nº 1, do Código de Procedimento Administrativo.

II. **Presunções jurídicas** – são as consequências ou ilações que o Legislador ou o Juiz se permitem extrair de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido (v. artigo 349º, do Código Civil). As presunções estabelecem uma relação entre o facto provado e o facto não provado, com o objectivo de aliviar o titular do ónus de demonstrar os factos – ou alguns dos factos – de cuja verificação depende a aplicação da norma (v. artigo 351º, nº 1, do Código Civil). As presunções podem ser absolutas ou inilidíveis (*presumptiones iuris et de iure*) ou relativas (*presumptiones iuris tantum*): as primeiras não consentem prova em contrário (v. artigos 243º, nº 3 e 1260º, nº 3, do Código Civil); as segundas podem ser ilididas ou afastadas mediante prova em contrário (v. artigos 1826º, nº 1 e

1828º, do Código Civil; artigo 109º, nº 1, Código de Procedimento Administrativo). Por força do artigo 350º, nº 2, do Código Civil, entende-se que as presunções absolutas são excepcionais; só se deve ter por excluída a possibilidade de ilidir as presunções no caso de a norma o determinar de modo claro e inequívoco. Em caso de dúvida, a presunção terá uma relevância *iuris tantum*. Note-se que, do ponto de vista da sua função ou eficácia jurídica, são análogas as ficções jurídicas e as presunções absolutas: ao impedir a prova em contrário, o legislador *fictiona* como real um facto ou uma situação face ao Direito, desinteressando-se da verdadeira correspondência com o plano dos factos (verdade jurídica *versus* verdade material).

**29.3. Quanto ao critério da relação com a vontade dos destinatários**, cumpre considerar, por um lado:

**29.3.1. Normas preceptivas** – impõem um certo comportamento [v.g. “*O contrato deve ser pontualmente cumprido (...)*” (v. artigo 406º, nº 1, do Código Civil)].

e

**29.3.2. Normas proibitivas** – estas, pelo contrário, impedem ou excluem do campo da licitude uma determinada conduta [v.g. “*Os terrenos aptos para culturas não podem fraccionar-se em parcelas de área inferior a determinada superfície mínima (...)*” (v. artigo 1376º, nº 1, do Código Civil). Nas normas penais, a proibição surge sob uma formulação indirecta, uma vez que a conduta se deve considerar proibida porque a sua prática dá lugar à aplicação de uma pena: “*Quem matar outra pessoa é punido com pena de prisão de 8 a 16 anos*” (v. artigo 131º do Código Penal)].

e

**29.3.3. Normas permissivas** – consentem aos seus destinatários uma determinada conduta [v.g. artigo 1356º, do Código Civil que permite ao proprietário o direito de tapagem do seu prédio]; e representam uma modalidade de normas dispositivas (v. infra n.º 29.3.5)).

e, por outro lado:

**29.3.4. Normas injuntivas** – que podem ser proibitivas ou perceptivas, definem uma consequência jurídica imperativa, pelo que a sua aplicação não depende da vontade dos destinatários.

e

**29.3.5. Normas dispositivas** – ao invés, as regras dispositivas confiam aos destinatários a decisão sobre a sua aplicação e podem ser:

a) **Normas interpretativas** – delimitam ou clarificam o sentido de termos ou expressões utilizadas em instrumentos jurídicos negociados pelos particulares (v.g. artigos 2225º e 2226º, do Código Civil, ao interpretar as expressões “*generalidade de pessoas*” e “*parentes do testador ou de terceiro*” em ordem a determinar o alcance da vontade do autor do testamento). Importa não confundir esta categoria de regras interpretativas com as normas interpretativas das fontes de direito (normas sobre normas) que são, por natureza, injuntivas (v. supra n.º 30.2.4.).

e

b) **Normas supletivas ou integrativas** – visam preencher as lacunas ou as omissões detectadas na declaração negocial. Se as partes não quiseram ou não puderam definir um regime próprio e completo para o negócio, a lei prevê um

modelo supletivo de regulação (v.g. artigo 878º, do Código Civil, ao convencionar que as despesas do contrato e outras despesas acessórias ficam a cargo do comprador).

**29.4.** No que respeita ao critério relativo ao **âmbito material de aplicação**, sói distinguir-se entre:

**29.4.1. Normas gerais comuns** – definem o direito-regra para o sector das relações que visam regular.

e

**29.4.2. Normas especiais** – aprovam uma disciplina diferente da prevista no direito-regra, aplicável a um âmbito determinado de situações (v.g. o quadro legal aplicável aos direitos de autor e à propriedade intelectual resultam de legislação especial relativamente ao direito-regra previsto no Código Civil – v. artigo 1303º, n.º 1).

e

**29.4.3. Normas excepcionais** – contêm uma disciplina jurídica que é claramente distinta ou oposta em relação à que foi estabelecida na regra comum ou especial (v.g. artigo 310º, do Código Civil). Enquanto que a norma especial *adapta ou adequa* um determinado modelo geral de regulação às particularidades da situação, já a norma excepcional *regula em sentido contrário*. Esta distinção – podendo suscitar algumas dificuldades no plano da apreciação casuística – é fundamental: as normas excepcionais, na sua expressão de *ius singulare*, não admitem aplicação analógica (v. infra *Capítulo 10, n.º 50.2.2.IV*).

**29.5.** No que toca ao critério relacionado com o **âmbito espacial de aplicação**, impõe-se a seguinte tripartição:

**29.5.1. Normas universais** – quando se aplicam a todo o território colocado sob jurisdição da autoridade criadora da norma: pode ser o território nacional no caso do direito estadual; pode ser o território de todos os Estados-membros no caso de normas aprovadas pelos órgãos competentes da União Europeia; pode ser o território universal no caso de certas regras previstas na Carta das Nações Unidas, aplicáveis e vinculativas mesmo para os Estados que não são membros da Organização das Nações Unidas (v. artigo 2º, nº 6, da Carta no que se refere aos princípios fundamentais do direito de segurança colectiva, *maxime* a proibição do uso da força nas relações internacionais).

**29.5.2. Normas regionais** – são aplicáveis a uma parte determinada do território nacional, definida como região em virtude de um modelo constitucionalmente vigente de organização territorial. Em Portugal, os arquipélagos dos Açores e da Madeira gozam do estatuto de *regiões autónomas*, dotadas de autonomia político-administrativa (v. artigos 56º, 225º e segs., da Constituição Portuguesa). Embora prevista na Lei Fundamental (v. artigo 236º, nº 1, e 255º e segs.), a região administrativa nunca foi criada. As normas de âmbito regional, de aplicação circunscrita ao território insular dos Açores e da Madeira, podem ser aprovadas pelos órgãos regionais competentes ou pelos órgãos da República, desde que respeitado o princípio da autonomia regional previsto na Constituição.

**29.5.3. Normas locais** – aprovadas pelos órgãos competentes das autarquias de carácter infraregional (municípios e freguesias), podem tomar a forma de *posturas municipais* susceptíveis de regular matérias como a organização

do cemitério local ou o regime de recolha de resíduos sólidos. Sobre aquele que invocar o direito local recai o ónus de provar a sua existência e conteúdo (v. artigo 348º, nº 1, do Código Civil).

**29.6.** Com base no critério que se prende com a **relação entre a norma e o intérprete**, é possível estabelecer uma distinção entre normas determinadas e normas indeterminadas, cuja dicotomia deve ser entendida em termos puramente relativos:

**29.6.1. Normas determinadas** – o seu enunciado, na parte relativa à previsão e/ou na parte relativa à estatuição, indica um sentido claro e preciso. É certo que todos os comandos jurídicos e, em particular, os de alcance geral e abstracto requerem um esforço de interpretação, um exercício de adequação ao caso concreto. As normas determinadas apresentam, contudo, um espaço de significação relativamente estreito ou rígido, uma “orla de imprecisão” menos larga.

e

**29.6.2. Normas indeterminadas** – por várias razões, nomeadamente a necessidade de garantir uma adaptação permanente do regime jurídico às exigências específicas das situações de vida, o Legislador recorre com assinalável frequência à técnica das normas indeterminadas, *normas elásticas* ou normas de textura aberta. Em certos casos, a norma limita-se a acolher um princípio geral (v.g. artigos 3º a 12º do Código de Procedimento Administrativo, que consagram os princípios conformadores de actuação da Administração Pública); noutros casos, a desejada flexibilidade semântica da norma manifesta-se sob a forma dos chamados *conceitos jurídicos indeterminados*

(v.g. os conceitos de dolo, culpa, fraude, abuso de direito, boa fé, bons costumes, erro, facto notório). O sentido destes conceitos é vago e amplo. A sua delimitação é possível, mas o intérprete da norma beneficia de uma maior liberdade no processo técnico de determinação do seu significado em função do caso concreto que convocou a aplicação da norma jurídica.

**29.7.** Por fim, e por referência ao critério da **aplicabilidade das normas jurídicas**, podemos considerar as diferenças entre:

**29.7.1. Normas programáticas** – definem objectivos sob a forma de obrigações de resultado, cuja realização não pode ser imediata e depende, para além da aprovação de normas de concretização, da conjugação favorável de factores de ordem económica, social e política que caracterizam a realidade constitucional. A norma programática tem uma dimensão prospectiva, traça um *programa de acção* que deve orientar o poder político. A Constituição Portuguesa, no domínio dos direitos económicos, sociais e culturais, apresenta vários exemplos de enunciados programáticos (v.g. artigo 65º, nº 1, sobre o direito à habitação ou o artigo 66º sobre o direito ao ambiente).

e

**29.7.2. Normas preceptivas** – definem regras ou traçam objectivos que são passíveis de aplicação imediata e geram uma expectativa fundada nos seus destinatários relativamente a uma actuação dos poderes públicos que seja eficaz e consequente no presente.

entre

**29.7.3. Normas exequíveis** – são normas completas e auto-suficientes, na medida em que a sua aplicação prática e imediata não depende da aprovação de outras normas, embora não sejam incompatíveis com normas de execução que especificam as condições em que se produzirão os respectivos efeitos jurídicos.

e

**29.7.4. Normas não exequíveis por si mesmas** – podendo ter natureza preceptiva ou programática, estas normas caracterizam-se pela necessidade de complementação por outras normas, das quais depende efectivamente a sua aplicação (v.g. artigos 38º, nº 3; 40º, nº 3, da Constituição).

### **Bibliografia básica:**

DIAS MARQUES, José

- *Introdução ao Estudo do Direito*, 2ª ed., Lisboa, 1994, p. 55 e segs.

FREITAS DO AMARAL, Diogo

- *Sumários de Introdução ao Estudo do Direito*, Lisboa, 1997, p. 65 e segs.

GALVÃO TELLES, Inocêncio

- *Introdução ao Estudo do Direito*, Coimbra Ed., vol. 2, 2000, p. 418 e segs.

OLIVEIRA ASCENSÃO, José de

- *O Direito. Introdução e Teoria geral*, 11ª ed., Coimbra, Almedina, 2001, p. 485 e segs.

OLIVEIRA ASCENSÃO, José de

- “Norma jurídica”, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Lisboa, 1994, vol. VI, p. 140-157

REBELO DE SOUSA, Marcelo / GALVÃO, Sofia

- *Introdução ao Estudo do Direito*, 5ª ed., Lisboa, Lex, 2000. p. 231 e segs.

SANTOS JUSTO, A.

- *Introdução ao Estudo do Direito*, Coimbra Ed., 2001, p. 137 e segs.

### **Bibliografia complementar:**

ATIENZA, Manuel / MANERO, J. Ruiz

- *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996.

BAPTISTA MACHADO, João

- *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, 6ª reimpr., Coimbra, Almedina, 1993, p. 79 e segs.

BOBBIO, Norberto

- *Teoría General del Derecho*, 4ª reimpressão, Madrid, 1996, p. 53-150.

ENGISCH, Karl

- *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 6ª ed., Lisboa, F.C. Gulbenkian, 1988, p. 13 e segs.

HART, Herbert L. A.

- *O conceito de Direito*, Lisboa, F.C. Gulbenkian, 1986, p. 89 e segs.

LARENZ, Karl

- *Metodologia da Ciência do Direito*, 2ª ed., Lisboa, FCG, 1989, p. 297 e segs.

MARÍN, R. Hernández

- *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, 2ª ed., Madrid, M. Pons, 2002, p. 65 e segs.

PECES-BARBA, G., e outros

- *Curso de Teoría del Derecho*, Madrid, 1999, p. 148 e segs.

## CAPÍTULO 6

### TUTELA DA NORMA JURÍDICA

#### SUMÁRIO:

30. Coercibilidade e sanção. 31. Tutela estadual e meios jurídicos de coerção. 32. Formas de tutela jurídica.

#### 30. Coercibilidade e sanção

A violação da norma jurídica, que é na sua essência imperativa e obrigatória, constitui um desafio à autoridade do Direito. Se a coercibilidade não é um atributo necessário da norma (v. *supra Capítulo 5, n° 28*), já deve ser considerada uma característica do Direito, como resposta à exigência elementar da efectividade ou eficácia dos comandos jurídicos (v. *supra Capítulo 3, n° 17 e nota complementar*). Como foi sublinhado por Julien FREUND: “*O Direito não exclui a força, mas a violência*”. Para certos Autores, a norma jurídica define-se como aquela “*cujas execução está garantida por uma sanção externa e institucionalizada*” (cfr. Norberto BOBBIO, *Teoría...*, cit., p. 159). É importante perceber que o Direito prevê o recurso à força como meio de garantir a adequação jurídica dos comportamentos, seja pela via da imposição do comportamento devido seja pela via da aplicação da sanção de carácter retributivo. Existe uma relação necessária e lógica entre a dimensão ordenadora do Direito e a dimensão sancionatória do Direito; **é o enquadramento jurídico da sanção que fundamenta a sua legitimidade no plano político e no plano social, que separa o uso da força pelo Direito do uso da violência pelo Poder ou pelos poderes.**

### 31. Tutela estadual e meios jurídicos de coerção

Um dos traços mais característicos do processo histórico de institucionalização do Poder foi o abandono de modelos ou formas de justiça privada. No quadro de uma evolução gradual, mas inexorável, o Estado “neutralizou” os poderes concorrentes e organizou-se de modo a exercer o monopólio da força. Na segunda metade do século XX, inicia-se um processo que envolve fortes limitações à soberania dos Estados, que passam a partilhar com outras entidades o seu antigo monopólio da tutela pública do Direito. Foi o que aconteceu com a Carta das Nações Unidas ao vedar aos Estados o uso da força nas relações internacionais e, em especial, ao reservar para a própria organização o recurso à força como meio subsidiário de manutenção da paz e da segurança internacionais (v. Capítulo VII da Carta das Nações Unidas). Foi ainda o que se verificou com a criação das Comunidades Europeias e o aprofundamento do modelo de integração política inspirado pelo projecto da União Europeia: embora os Estados-membros conservem os meios típicos de exercício da força (v.g. sanções penais; execução judicial das decisões dos órgãos comunitários ou das sentenças proferidas pelos tribunais comunitários que imponham uma obrigação pecuniária), importa reconhecer no Direito Comunitário uma fonte de tutela pública que, mercê do princípio do primado, e caso se verifique uma incompatibilidade, prevalece sobre as formas de tutela pública estadual. **Mais:** o Direito Comunitário prevê a inflicção de sanções tanto aos particulares (v.g. artigo 83º, nº 2, alínea b), do Tratado da Comunidade Europeia) quanto aos próprios Estados-membros (v.g. artigos 228º e 309º do Tratado da Comunidade Europeia). Assim, e no quadro do Direito Comunitário, o Estado não apenas abdicou do seu tradicional estatuto de titular exclusivo do poder sancionatório em relação aos sujeitos de Direito submetidos à sua jurisdição, como aceitou a condição de destinatário de medidas

sancionatórias decididas e aplicadas por órgãos supraestaduais (v.g. Comissão das Comunidades Europeias; Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias). Tendo em conta a actual situação de forte limitação da soberania estadual, decorrente do Direito Internacional Público e do Direito da União Europeia, devemos reconhecer que o Estado perdeu o monopólio do uso da força e, por consequência, a expressão *tutela pública* deve ser preferida em detrimento da expressão *tutela estadual*.

### 32. Formas de tutela jurídica

#### 32.1. Tutela negativa e tutela positiva.

**32.1.1. Tutela negativa** – é a reacção típica do Direito a uma situação de violação da norma jurídica ao aplicar ao infractor uma consequência negativa e desfavorável para a sua pessoa (v.g. pena de prisão) ou para o seu património (v.g. penhora de bens).

**32.1.2. Tutela positiva** – o objectivo fundamental de garantir o respeito do Direito também pode ser prosseguido através de medidas que visam compensar ou premiar aqueles que voluntariamente adequam o seu comportamento ao disposto na norma jurídica – são as chamadas “*sanções premiaias*” (v.g. o direito a mais dias de férias como prémio de assiduidade). Constituindo verdadeiras medidas de incentivo ao cumprimento voluntário, poderiam contribuir de modo mais determinante para, por um lado, elevar o grau de efectividade do Direito – em particular, nas áreas em que se registam elevados índices de fuga e de fraude à lei, como é o caso do Direito Fiscal – e, por outro lado, diminuir as situações de litigiosidade e, com isso, aliviar a pressão exercida sobre o aparelho estadual de carácter sancionatório, administrativo e judicial.

## 32.2. Tutela pública e tutela privada.

**32.2.1. Tutela pública ou heterotutela** – em princípio, as medidas sancionatórias são definidas e aplicadas pelo Estado ou por entidades jurídicas que, não tendo natureza estadual, constituem formas de associação de Estados (v.g. as Comunidades Europeias) e exercem, por atribuição do Estado, poderes de autoridade pública.

**32.2.2. Tutela privada ou autotutela** – a título excepcional (v. artigo 1º do Código de Processo Civil), o Direito fundamenta e regula formas de autotutela, isto é, reacções dos particulares como meio de defesa dos seus direitos no quadro das relações com outros particulares ou no âmbito das relações com as autoridades públicas.

a) **Legítima defesa** – a sua invocação visa justificar o acto destinado a afastar qualquer agressão ilegal, actual ou iminente, contra a pessoa ou o património do agente ou contra a pessoa ou o património de terceiro (v. artigos 337º, nº 1, do Código Civil e 32º do Código Penal). A legítima defesa pressupõe ainda: 1) a natureza subsidiária da reacção de defesa do agente, impedido ou impossibilitado de recorrer aos meios públicos de tutela; 2) a natureza proporcional dos meios de defesa empregues pelo agente, no sentido em que a conduta de legítima defesa não deve provocar um prejuízo superior ao que procura evitar – haverá, certamente, excesso na decisão de matar a tiro o ladrão para impedir que este fuja com a nossa carteira.

b) **Estado de necessidade** – corresponde à situação em que o acto de destruir ou de danificar coisa pertencente a outrem é justificado pela necessidade imperiosa de remover ou afastar o perigo actual ou iminente de ocorrência de um

dano manifestamente superior para a pessoa e/ou património do agente ou para a pessoa e/ou património de terceiro (v. artigo 339º do Código Civil e artigo 34º do Código Penal). O estado de necessidade pode justificar, por exemplo, a introdução em casa alheia como refúgio numa noite de tempestade ou o derrube de árvores para travar o avanço de um incêndio. Exige-se, contudo, que o agente não seja responsável pela produção do perigo e que haja uma relação de proporcionalidade entre a coisa danificada e o bem jurídico protegido. Em todo o caso, os prejuízos provocados pela actuação em estado de necessidade devem ser ressarcidos.

c) **Acção directa** – fundamenta o recurso à força com o fim de evitar a inutilização prática do direito (v. artigo 336º do Código Civil). A acção directa pode traduzir-se na apropriação, destruição ou deterioração de uma coisa (por exemplo, derrubar uma cerca e entrar no quintal do vizinho para recuperar a máquina de cortar relva que aquele retirou da nossa propriedade sem autorização), bem como na eliminação da resistência irregularmente oposta ao exercício de um direito (por exemplo, empurrar e afastar o indivíduo que nos impede de entrar na nossa propriedade). Sujeita a limitações equivalentes às da legítima defesa e do estado de necessidade, a acção directa pressupõe a impossibilidade de recorrer em tempo útil aos meios coercivos normais e o dever de não exceder o que for necessário para evitar o prejuízo.

d) **Direito de resistência** – previsto no artigo 21º da Constituição, o direito de resistência é um corolário do princípio da legítima defesa aplicado nas relações entre os particulares e os poderes públicos ou nas relações entre os particulares, no quadro específico de relações de poder (por exemplo, o direito do trabalhador resistir a uma ordem ilegítima da

entidade patronal para abandonar o seu posto de trabalho). O dever de obediência ao Direito cessa no que respeita a ordens ou comandos arbitrários, porque ofendem “*direitos, liberdades e garantias*”; por outro lado, o cidadão pode ainda resistir, mesmo repelir pela força, uma agressão ilícita. Note-se, contudo, que o direito de resistência tem um carácter estritamente subsidiário, no sentido em que só é legítimo opor-se a uma comando jurídico ou a uma qualquer conduta pública se não for possível recorrer em tempo útil aos meios normais de tutela pública. O Estado de Direito faculta, em princípio, aos cidadãos o acesso a garantias administrativas e contenciosas adequadas à tutela dos seus direitos. Neste contexto, o direito de resistência é não apenas subsidiário como excepcional.

NOTA COMPLEMENTAR: Muito próximo do direito de resistência está o *direito à desobediência civil*, definido como “*o acto público, não violento, consciente e político, contrário à lei, praticado com o propósito de provocar uma alteração político-legislativa ou reagir contra uma grave injustiça*” (cfr. J.J. GOMES CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, 3ª ed., Coimbra Ed., 1993, p. 167) – constituirá desobediência civil a decisão individual ou colectiva de não pagar portagens. O problema reside na questão difícil de apurar se estamos ou não perante *Direito injusto* (v. supra *Capítulo 3, nº 18.2., nota complementar*), cujo grau de iniquidade ou imoralidade justifique uma violação do princípio da obediência ao Direito, vertido expressamente no artigo 8º, nº 2, do Código Civil. Pelo menos no que respeita ao direito de resistência, o juiz está obrigado a interpretar este preceito do Código Civil em conformidade com o artigo 21º da Constituição, de modo a garantir-lhe um sentido útil e um alcance compatível com a sua natureza de direito

fundamental. Em caso de conflito entre o artigo 8º, nº 2, do Código Civil e o artigo 21º da Constituição, prevalece a norma constitucional.

- e) **Direito de retenção** – faculdade reconhecida ao credor de reter uma coisa que deveria entregar ao devedor para obrigar este a cumprir o que lhe é exigido por força da lei ou do contrato (v. artigo 754º do Código Civil e a descrição de casos especiais constante do artigo 755º).

### 32.3. Tutela preventiva e tutela repressiva.

- 32.3.1. Tutela preventiva** – funciona com o objectivo de dissuadir práticas futuras de inobservância das normas jurídicas. A actividade dos particulares é objecto de controlo, fiscalização e limitação em ordem a excluir ou a minimizar os riscos de práticas ilícitas ou perigosas – é esta a função típica das polícias no exercício das suas diversas competências (v.g. polícia sanitária, polícia marítima, polícia aduaneira, polícia de trânsito). Por outro lado, os poderes públicos dispõem de uma panóplia considerável de meios jurídicos de actuação preventiva, tais como: **1)** as medidas de segurança (por exemplo, a expulsão de um cidadão estrangeiro por razões de ordem pública ou de segurança nacional – v. artigo 99º do Decreto-Lei nº 244/98, de 8 de Agosto); **2)** as medidas de inabilitação (por exemplo, a proibição do uso de cheques a quem tiver incorrido na prática da emissão de cheques sem cobertura – v. artigo 1º do Decreto-Lei nº 454/91, de 28 de Dezembro, segundo redacção introduzida pelo Decreto-Lei nº 316/97, de 19 de Novembro); **3)** e os procedimentos cautelares (por exemplo, o requerimento pelo credor para a apreensão judicial de bens pertencentes ao devedor no caso de

justificado receio de perder a garantia patrimonial dos seu crédito – v. artigo 406º do Código de Processo Civil).

**32.3.2. Tutela repressiva** – só pode ser accionada depois de verificada a infracção e coincide com a tutela negativa no desiderato de infligir ao responsável pela violação uma consequência jurídica desfavorável no plano pessoal e/ou no plano patrimonial. A tutela repressiva e negativa pode recorrer a modalidades funcionalmente distintas de sanções:

a) **Sanções reconstitutivas** – visam repor a situação que existiria se não tivesse ocorrido a violação da norma jurídica (v. artigo 562º do Código Civil); traduzem a regra no domínio do Direito das Obrigações (por exemplo, o direito à execução específica das prestações devidas – v. artigos 827º e seguintes do Código Civil).

b) **Sanções indemnizatórias ou compensatórias** – no caso de não ser materialmente possível a reconstituição da situação actual hipotética ou no caso de o Direito a não exigir, assiste ao lesado o direito à indemnização dos prejuízos sofridos, de natureza patrimonial e não patrimonial (v. artigos 564º e 496º do Código Civil).

c) **Sanções punitivas** – aplicáveis nos domínios específicos do Direito Penal (v.g. a pena de prisão) e do Direito Administrativo (v.g. a pena de coima ou a pena de suspensão e de demissão do funcionário), podem surgir também no Direito Civil, como acontece com as chamadas *cláusulas penais* [previstas nos contratos, definem o montante a pagar pela parte que não respeita os deveres contratuais – v. artigo 810º do Código Civil] e com a exclusão da lista de

herdeiros por motivo de indignidade (v. artigo 2034º do Código Civil)].

d) **Sanções compulsórias** – visam obrigar o infractor a adoptar a conduta que ilicitamente omitiu. A sua previsão é rara porque, à luz de uma concepção moderna sobre a função do Direito na sociedade, se considera que o recurso à força deve ter um carácter excepcional. Assim, por exemplo, há muito que o Direito repudia a prisão do devedor como meio de o forçar a pagar a dívida, salvo em casos muito excepcionais (v. artigos 2003º a 2020º do Código Civil e artigo 250º, nº 3, do Código Penal). Exemplo típico de sanção compulsória é a prevista no artigo 829º-A do Código Civil e ainda o direito de retenção (v. *supra* 32.2.2., *alínea e*).

e) **Sanções atípicas** – também integramos no vasto campo das consequências jurídicas de carácter sancionatório as situações que fundamentam um desvalor do acto jurídico contrário ao Direito e que inibem, total ou parcialmente, a produção de efeitos jurídicos:

I. **Inexistência jurídica** – corresponde aos casos mais graves de ilicitude, determinando que para o Direito não existe sequer uma aparência de acto, nenhum efeito jurídico pode ser atendido (v.g. o casamento contraído por pessoas do mesmo sexo – v. artigo 1628º, alínea e), do Código Civil).

II. **Invalidade** – aplica-se ao acto juridicamente existente que, mercê da sua força ou do seu conteúdo, é contrário ao Direito, é ilícito, o que justifica a inibição de efeitos jurídicos. O regime da invalidade pode ser de:

**Nulidade** – entendemos por justificada a distinção entre o regime de nulidade previsto para os negócios jurídicos regulados pelo Direito Privado e o regime de nulidade aplicável aos actos de autoridade pública. A nulidade no Direito Privado verifica-se quando a violação da norma jurídica envolve uma ofensa de um interesse público, como acontece com a ordem pública ou os bons costumes (v. artigo 280º do Código Civil). A nulidade do negócio jurídico não tem prazo para a sua invocação pelos interessados e pode ser declarada por iniciativa do próprio tribunal (v. artigo 286º do Código Civil). No que respeita ao regime de nulidade do Direito Público, concretamente do Direito Administrativo, importa salientar que esta é uma forma excepcional de invalidade consistindo a regra no desvalor da anulabilidade (v. artigo 135º do Código de Procedimento Administrativo). São nulos os actos administrativos a que falte qualquer dos elementos essenciais (por exemplo, os actos ofensivos do conteúdo essencial de um direito fundamental) ou para os quais a lei preveja expressamente esta forma de invalidade (v. artigo 133º do Código de Procedimento Administrativo). O acto nulo não produz efeitos jurídicos desde a sua origem, independentemente da declaração de nulidade; a nulidade pode ser invocada a todo o tempo, por qualquer interessado e ainda declarada *ex officio* por qualquer tribunal (v. artigo 134º do Código de Procedimento Administrativo). Anote-se que no domínio próprio do controlo da constitucionalidade das normas jurídicas, o artigo 282º da Constituição Portuguesa é interpretado no sentido de qualificar como nulos os actos normativos inconstitucionais, que não sejam inexistentes ou irregulares (v. Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra Ed., 2001, Tomo VI, p. 95).

**Anulabilidade** – está prevista no Direito Privado para as situações menos graves de violação de um interesse particular (v.g. artigo 247º do Código Civil); a anulabilidade tem prazo para ser arguida e só a podem invocar as pessoas em cujo interesse a lei a estabelece (v. artigos 287º e 288º do Código Civil). No campo do Direito Administrativo, a anulabilidade é a regra. O acto anulável produz efeitos até à sua revogação ou à decisão judicial de anulação. A impugnação judicial só pode ser feita dentro do prazo legalmente previsto (v. artigo 136º do Código de Procedimento Administrativo).

III. **Ineficácia** – por razões atinentes à mera irregularidade que afecta o acto de autonomia privada ou o acto de autoridade, a lei impede o acto de produzir – em parte ou na sua totalidade – os efeitos típicos (por exemplo, se alguém celebra um negócio em nome de outra pessoa sem que esta lhe tenha conferido poderes de representação, o negócio é *ineficaz* em relação ao suposto representado – v. artigo 268º, nº 1, do Código Civil; outro exemplo, este relacionado com os actos de autoridade, a falta de publicidade ou de publicação do acto, quando esta é legalmente exigida, acarreta a sua ineficácia – v. artigo 119º, nº 2, da Constituição Portuguesa e artigo 130º, nº 2, do Código de Procedimento Administrativo).

#### NOTA COMPLEMENTAR:

#### I. **Sobre as formas típicas de tutela pública dos direitos no Estado de Direito:**

O Estado garante a aplicação do Direito (objectivo) e ao fazê-lo protege os particulares como titulares de direitos subjectivos, seja no quadro das relações entre particulares

seja no quadro das relações entre os particulares e os poderes públicos. O Estado de Direito coloca à disposição dos particulares os meios adequados de defesa dos seus direitos e interesses em caso de violação ou ameaça de lesão:

a) **Tutela administrativa ou garantias graciosas dos administrados:** **1) o direito de petição** (v. artigo 52º, nºs 1 e 2, da Constituição); **2) o direito de queixa ao Provedor de Justiça** (v. artigo 23º da Constituição); **3) o direito de denúncia** (v. artigo 242º, nº 1, al. b) do Código de Processo Penal); **4) o direito dos interessados à informação** sobre os processos administrativos que lhes dizem respeito (v. artigo 268º, nº 1, da Constituição); **5) o direito de acesso aos documentos** (v. artigo 268º, nº 2, da Constituição); **6) o direito de audiência prévia dos interessados** (v. artigo 267º, nº 5, da Constituição e artigos 100º e seguintes do Código de Procedimento Administrativo); **7) o direito de reclamação administrativa** (pedido de reapreciação do acto administrativo dirigido ao seu autor – v. artigos 158º, nº 2, alínea a) e 159º do Código de Procedimento Administrativo); **8) o direito de recurso administrativo** (pedido dirigido ao superior hierárquico do autor do acto para que o modifique ou revogue – v. artigos 158º, nº 2, alínea b) e 159º do Código de Procedimento Administrativo).

b) **Tutela judiciária ou contenciosa** – princípio fundamental do Estado de Direito, expressamente reconhecido pelo artigo 20º, nº 1, da Constituição, é o da relação necessária entre a titularidade de um direito subjectivo (v.g. o direito de propriedade) e o acesso aos tribunais para garantir a sua defesa (v.g. o recurso aos tribunais em ordem a garantir o direito de propriedade de um imóvel ilegalmente ocupado por terceiros ou em caso de expropriação por utilidade pública, concretizada de modo abusivo e ilegal). De acordo com a

Constituição, os tribunais “*são os órgãos se soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo*”; com este propósito, “*incumbe aos tribunais assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados*” (v. artigo 202º, nºs 1 e 2, da Constituição). No exercício da função judicial, os tribunais actuam na observância estrita dos princípios da passividade, da imparcialidade e da independência. O âmbito da sua jurisdição e os meios específicos da sua actuação com vista à administração da justiça são definidos pelo chamado *direito processual*, normalmente objecto de codificação (v.g. Código de Processo Civil; Código de Processo Penal; Código de Processo nos Tribunais Administrativos; Código de Processo Aduaneiro).

II. Sobre o aparelho judicial em Portugal, concretamente a organização dos tribunais, remetemos o seu estudo para: A. SANTOS JUSTO, *Introdução...*, cit., p. 167 e segs.; Diogo FREITAS DO AMARAL, *Sumários...*, cit., p. 54 e segs.

### **Bibliografia básica:**

DIAS MARQUES, José

- *Introdução ao Estudo do Direito*, 2ª ed., Lisboa, 1994, p. 62 e segs.

FREITAS DO AMARAL, Diogo

- *Sumários de Introdução ao Direito*, Lisboa, Principia, 1997, p. 54 e segs.

GALVÃO TELLES, Inocência

- *Introdução ao Estudo do Direito*, Coimbra Ed., vol. II, 10ª ed., 2000, p. 295 e segs.

OLIVEIRA ASCENSÃO, José de

- *O Direito. Introdução e Teoria geral*, 11ª ed., Coimbra, Almedina, 2001, p. 56 e segs.

REBELO DE SOUSA, Marcelo / GALVÃO, Sofia

- *Introdução ao Estudo do Direito*, 5ª ed., Lisboa, Lex, 2000, p. 274 e segs.

SANTOS JUSTO, A.

- *Introdução ao Estudo do Direito*, Coimbra Ed., 2001, p. 154 e segs.

### **Bibliografia complementar:**

BAPTISTA MACHADO, João

- *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, 6ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 1993, p. 125 e segs.

BIGOTTE CHORÃO, Mário

- *Introdução ao Direito. O conceito do Direito*, Coimbra, Almedina, 2000, vol. I, p. 118 e segs.

BOBBIO, Norberto

- *Teoría General del Derecho*, 4ª reimpressão, Madrid, 1996, p. 159 e segs.

CASTRO MENDES, João – *Introdução ao Estudo do Direito*, Lisboa, 1994, p. 61 e segs.

PECES-BARBA, G., e outros

- *Curso de Teoría del Derecho*, Madrid, 1999, p. 93 e segs.

**PARTE III**  
**TEORIA DO ORDENAMENTO**  
**JURÍDICO**

CAPÍTULO 7  
NOÇÃO E CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTAIS  
DO ORDENAMENTO JURÍDICO

**SUMÁRIO:**

**33.** Noção de ordenamento jurídico. **34.** Características fundamentais do ordenamento jurídico. **35.** Sistemática e codificação. **36.** Pluralidade de ordenamentos jurídicos e critérios de articulação.

**33. Noção de ordenamento jurídico**

**33.1.** Sistema jurídico e ordem jurídica – na expressão ordenamento jurídico sobressaem dois elementos: **1)** o **elemento sistemático**, que se refere às relações de interdependência lógica e formal entre as normas jurídicas que integram o ordenamento jurídico; **2)** o **elemento ordenador**, considerado à luz da função reguladora das relações sociais. Na verdade, estes dois elementos não são cindíveis, pelo que, e embora a expressão ordenamento jurídico nos pareça mais adequada, usaremos como sinónimos os termos: ordem jurídica, sistema jurídico e ordenamento jurídico (v.g. o ordenamento jurídico português; a ordem jurídica comunitária; o sistema jurídico internacional). Note-se que um e outro destes elementos são concordantes com a noção Kantiana de sistema como “*unidade, sob uma ideia, de conhecimentos diversos (...)*” (cfr. António MENEZES CORDEIRO, “Os dilemas...”, cit., p. LXIV).

**33.2.** Norma jurídica e ordenamento jurídico – atribui-se a Hans KELSEN o mérito de ter edificado uma teoria geral do Direito a partir da análise autónoma dos problemas relativos

à norma jurídica – a que chamou *Estática Jurídica* – e dos problemas suscitados pelo funcionamento da ordem jurídica – reconduzidos à expressão de *Dinâmica Jurídica* (cfr. Hans KELSEN, *Teoria Geral...*, cit.). A função ordenadora da norma jurídica requer o seu enquadramento sistemático e, por outro lado, o sistema jurídico forma um “puzzle”, composto pelos milhares de peças que são as normas jurídicas. Resulta, assim, que norma jurídica e ordenamento jurídico são realidades indissociáveis na teoria geral do Direito. Não obstante, o seu estudo em separado, e segundo uma cronologia lógica que nos leva primeiro à norma jurídica e nos encaminha depois para o ordenamento jurídico, permite uma análise mais completa e mais rigorosa das várias questões relevantes.

### 33.3. Os três sentidos de sistema jurídico:

- 1) **Sistema dedutivo** – entende-se que um determinado ordenamento jurídico tem natureza sistemática se todas as normas jurídicas que o integram puderem ser consideradas como o resultado de um processo de dedução com base em determinados princípios gerais.
- 2) **Sistema indutivo** – a natureza sistémica do ordenamento é procurada no percurso metodológico inverso, o do raciocínio indutivo que parte do conteúdo das normas particulares para chegar à identificação de conceitos e de princípios cada vez mais gerais.
- 3) **Sistema de exigência lógica** – nesta terceira acepção, o ordenamento jurídico na sua dimensão de sistema exclui a possibilidade de incompatibilidades ou antinomias entre as normas jurídicas que o integram.

Em rigor, o ordenamento jurídico estrutura-se e funciona de harmonia com estes três sentidos: existem princípios gerais de Direito que condicionam a produção normativa, de tal modo que as normas jurídicas, seja no que respeita ao controlo da sua validade seja no que respeita à sua interpretação, são a expressão propositiva dos princípios gerais (v.g. o princípio da boa fé; o princípio da igualdade de tratamento). Por outro lado, o estudo e a classificação das normas jurídicas permite ascender do particular ao geral, levando sempre mais longe o esforço de definição de conceitos e de critérios abstractos, instrumentos igualmente fundamentais para uma compreensão unificadora do Direito (v.g. o estudo das normas específicas que regulam a organização e as competências das autarquias locais como fundamento de uma teoria geral dos limites ao poder autárquico). Finalmente, o terceiro sentido pressupõe o método dedutivo e o método indutivo, tanto na determinação das verdadeiras antinomias entre normas jurídicas quanto na procura de critérios operativos de resolução dessas incompatibilidades materiais.

## 34. Características fundamentais do ordenamento jurídico

- 34.1. **Hierarquia** – é um critério fundamental de estruturação das relações existentes entre as múltiplas normas jurídicas em que se decompõe o sistema jurídico. Segundo a definição proposta por J. DIAS MARQUES, a hierarquia é “*a relação existente entre todos os comandos de um mesmo sistema jurídico, por via da qual os de escalão superior não só delimitam as possibilidades de produção jurídica dos de escalão inferior como também prevalecem sobre eles no caso de entre uns e outros se dar alguma contradição*” (v. *Introdução...*, cit., p. 206).

Ficamos a dever a Hans KELSEN a concepção do ordenamento jurídico como uma estrutura escalonada no topo da qual se alojou a Constituição (v. *A Teoria Pura do Direito...*, cit., p. 267 e segs.). De harmonia com a versão Kelseniana, o sistema jurídico corresponde a “**um sistema de normas articuladas por uma cadeia de validade a partir de uma norma fundamental hipotética**” (a definição é de Raz, citado por Miguel GALVÃO TELES, “A revolução...”, cit., p. 580). **A norma hierarquicamente superior** [a Constituição em relação a todas as normas e comandos jurídicos, a lei em relação às normas de execução (v.g. um regulamento) e aos actos de aplicação concreta (v.g. actos administrativos, decisões dos tribunais)] **tem uma dupla função: por um lado, fundamenta a validade do comando jurídico hierarquicamente inferior, na medida em que autoriza a sua produção (relação de habilitação); por outro lado, exige que o comando jurídico subordinado seja com ela concordante ou compatível (relação de correspondência lógica).**

A função legitimadora e fundadora da Constituição no seio do sistema jurídico ultrapassa, contudo, a visão formal da construção de KELSEN. A “*centralidade da Constituição*” (a expressão é de Paulo OTERO, *Lições...*, cit., p. 340) pressupõe a aceitação da sua natureza de norma fundamental hipotética, verdadeira fonte de validade no plano lógico-formal de todos os comandos jurídicos; pressupõe ainda, enquanto fonte primária de revelação da Ideia de Direito, um conjunto de valores e princípios de ordenação social que constituem a verdadeira matriz axiológica do ordenamento jurídico. A prevalência destes valores é garantida pela exigência da correspondência material entre a norma constitucional e a norma infraconstitucional, traduzida, do ponto de vista do controlo jurisdicional, no princípio da constitucionalidade.

A estabilidade e a continuidade são propriedades inerentes à própria ideia de sistema. Importa não confundir estabilidade com imutabilidade. Qualquer sistema, e em particular o sistema jurídico, reclama de modo permanente um exercício de renovação e de adaptação, que se faz nos limites consentidos ou propostos pela Ideia de Direito que se deduz da Constituição vigente. Pode acontecer que a aceleração da dinâmica social se torne incompatível com a ordem constitucional vigente e conduza à aprovação de normas jurídicas que representam, em virtude do processo de decisão e/ou do seu conteúdo, autênticas rupturas de legalidade, como é o caso paradigmático de uma revolução. A refundação das fontes originárias, *maxime* através da aprovação de uma nova Constituição – na qual mora uma nova Ideia de Direito –, é na sua origem “*a-sistemática*” (usamos a expressão de Miguel GALVÃO TELES, “A revolução...”, cit., p. 593) e acaba por – se a revolução triunfar – lançar os alicerces de uma nova ordem jurídica. Um acto jurídico, normativo ou não normativo, que infrinja o princípio da hierarquia deve ser considerado inconstitucional ou ilegal, dependendo da natureza constitucional ou infraconstitucional do comando subordinante violado, com o conseqüente desvalor jurídico associado à inconstitucionalidade e à ilegalidade [(v. supra *Capítulo 6, nº 32.3.2., alínea e*)].

**34.2. Descentralização** – um dos traços marcantes da organização jurídico-política do Estado é a existência de vários níveis de decisão normativa para além do Estado, segundo um modelo constitucionalmente definido de descentralização (v. artigo 6º da Constituição Portuguesa).

O modelo de descentralização pode aplicar-se à: **1)** produção legislativa; **2)** produção normativa infralegislativa; **3)** produção jurídica não normativa. O ordenamento jurídico

português patenteia a característica da descentralização em relação a estas várias manifestações de criação e aplicação do Direito:

- 1) O poder legislativo é exercido sob a forma de leis pela Assembleia da República e sob a forma de decretos-leis pelo Governo da República (v. artigos 164º, 165º e 198º da Constituição). As regiões autónomas dos Açores e da Madeira, dotadas de autonomia político-administrativa, dispõem de uma competência legislativa específica e limitada que reveste a forma de decretos legislativos regionais (v. artigos 112º e 227º da Constituição).
- 2) No que respeita à função normativa secundária, relativa à adopção de normas de execução sob a forma de regulamentos, tal competência foi repartida pelo Governo da República (v. artigo 199º, alínea c), da Constituição), pelas regiões autónomas (v. artigo 227º, nº 1, alínea d), da Constituição), pelas autarquias locais (v. artigo 241º da Constituição) e pelas entidades públicas que integram a chamada administração autónoma, como é o caso das universidades públicas e das ordens profissionais (v.g. Ordem dos Advogados).
- 3) A produção jurídica não normativa, que corresponde aos comandos jurídicos de carácter individual e concreto, caracteriza-se pela sua forte dispersão. No que toca aos actos da função jurisdicional, a regra é, naturalmente, a do exercício concentrado, confiado apenas aos tribunais (v. artigo 202º, nº 1, da Constituição). Já no que toca aos actos administrativos (actos de gestão pública unilateral praticados pela Administração Pública – v. artigo 120º do Código de Procedimento Administrativo), qualquer órgão administrativo ou entidade dotada de poderes públicos o pode adotar, nos termos definidos pela lei. Ainda mais

“atomizada” se apresenta a produção jurídica de âmbito privado, sob a forma de contratos ou de actos jurídicos unilaterais. Qualquer particular – pessoa física ou colectiva – pode participar no comércio jurídico, celebrando um contrato ou exprimindo uma determinada vontade à qual o Direito associa certos efeitos jurídicos. Por outro lado, as próprias entidades públicas podem movimentar-se no sistema jurídico a coberto do Direito Privado, recorrendo aos meios típicos da autonomia privada – o que, de resto, corresponde a uma tendência que se acentuou (excessivamente) nos últimos anos, em particular nas áreas tradicionais de prestação de serviços de interesse geral (v.g. saúde, educação, transportes, energia, telecomunicações).

Sem prejuízo do pendor mais ou menos descentralizado de um determinado sistema jurídico estadual, o fundamento de validade de qualquer acto jurídico, normativo ou não normativo, de carácter público ou de carácter privado, tem como referência basilar o Direito aprovado ou consentido pelo Estado. Em suma, com graus diversos de vinculação, o enquadramento definido pelo Estado através da sua Constituição e das suas leis funciona tanto para delimitar a produção de regulamentos administrativos como para enquadrar a celebração de contratos privados.

- 34.3. Unidade** – esta característica pode ser entendida à luz de três sentidos possíveis, que são complementares: **1)** O sistema jurídico é unitário, na medida em que todos os comandos jurídicos exprimem uma Ideia de Direito comum, concretizam princípios e valores conciliáveis (*unidade valorativa*); **2)** O sistema jurídico é unitário, porque o seu fundamento repousa na existência de uma norma fundamental e pressuposta (*unidade fundacional*); **3)** O sistema jurídico é unitário, porquanto assenta no

princípio da exclusão das antinomias ou contradições (unidade lógico-formal).

Os três sentidos convergem na exigência de **coerência do sistema jurídico**. A exclusão das contradições internas não é apenas uma condição inerente à própria noção de sistema jurídico (*coerência lógico-formal*). Na verdade, a exclusão de normas ou comandos jurídicos incompatíveis obedece também ao princípio fundamental da igualdade, tendo sempre como objectivo a aplicação justa do Direito ao caso concreto (*coerência axiomática*).

A (aparente) contradição entre normas jurídicas deve, num primeiro momento, ser resolvida pela via da conciliação de sentidos, seja através da interpretação conforme, seja através da interpretação restritiva, seja mesmo através da interpretação abrogante (v. infra *Capítulo 10, n.ºs 49.5.3. e 49.5.5.*). Se esta tentativa não for bem sucedida, dado o carácter radicalmente inconciliável e contrário das soluções jurídicas acolhidas, resta reconhecer a existência de um conflito internormativo. Como o sistema jurídico não tolera as antinomias, o conflito que opõe duas ou mais normas jurídicas deve ser resolvido, com o recurso a um dos seguintes critérios:

- 1) **Critério hierárquico** (“*lex superior derogat inferior*”): prevalece a norma jurídica superior sobre a norma jurídica inferior (por exemplo, a norma constante de um regulamento cede perante uma norma constante de um decreto-lei).
- 2) **Critério cronológico** (“*lex posterior derogat priori*”): a norma mais recente prevalece sobre a norma anterior, que deve ser revogada (v. artigo 7º, nº 2, do Código Civil).
- 3) **Critério da especialidade** (“*lex specialis derogat generali*”) – se não for possível invocar os critérios hierárquico e

cronológico, impõe-se aplicar o critério assente na distinção entre norma definidora de um regime geral e norma definidora de um regime especial (v. supra *Capítulo 5, n.º 29.4.*). Neste caso, a norma especial prevalece sobre a norma geral. A mesma razão explica que, em caso de conflito entre o critério cronológico e o critério da especialidade, se determine *que a norma geral posterior não revoga a norma especial anterior* (v. artigo 7º, nº 3, do Código Civil).

- 4) **Critério da competência** – em função de um princípio de repartição horizontal de competência normativa pelos vários níveis de decisão político-legislativa, são definidas áreas de competência reservada ou específica que, em caso de conflito, fundamentam a prevalência da norma “*materialmente competente*” (prevalência material) [(v.g. repartição de competências em matéria legislativa entre os órgãos de soberania – Assembleia da República e Governo – e os órgãos legislativos regionais; por força da Constituição Portuguesa, as assembleias legislativas regionais dos Açores e da Madeira podem legislar “*em matérias de interesse específico para as regiões que não estejam reservadas à competência própria dos órgãos de soberania*” – v. artigo 227º, nº 1, alínea a)].

NOTA COMPLEMENTAR: existem situações marginais de conflito internormativo que evidenciam a insuficiência ou ineficácia dos critérios referidos – por exemplo, uma contradição entre normas contemporâneas, do mesmo nível hierárquico, de carácter geral e sobre matérias de competência comum ou partilhada. A doutrina procura encontrar outros critérios operativos, nomeadamente o da prevalência da norma mais favorável (*lex favorabilis*) (cfr. Norberto BOBBIO, *Teoría...*, cit., p. 208-209).

**34.4. Plenitude**—o ordenamento jurídico deve conter critérios de solução para todos os **litígios juridicamente relevantes**. O Direito não tem (ou não deve ter) uma *vocação totalitária*, no sentido de regular todos os aspectos da vida em sociedade. De uma perspectiva política, evidenciada pela Constituição, existirão domínios da vida social que não requerem uma regulação jurídica, considerando-se suficiente a disciplina resultante de outras formas de ordenação, como a moral ou a do trato social.

Em relação às situações que reclamam a intervenção reguladora do Direito, exige-se que o sistema jurídico permita uma resposta adequada a todos os casos concretos, seja pela existência de normas específicas seja pelo recurso aos princípios gerais. Corolário do princípio da plenitude do ordenamento jurídico é a obrigação que impende sobre o juiz de decidir mesmo numa situação hipotética de ausência de norma (v. artigo 8º, nº 1, do Código Civil). A plenitude não é incompatível com a existência de lacunas no sistema jurídico, mas impõe a sua integração de harmonia com critérios de base legal e doutrinária (v. *infra Capítulo 10, nº 50*).

A plenitude não é incompatível com a natureza incompleta e “aberta” de qualquer sistema jurídico. A “abertura” do sistema jurídico significa, por um lado, a possibilidade de descobrir sentidos na norma jurídica com base na reconfiguração de conceitos e princípios próprios do sistema jurídico ou com base em conceitos e princípios “importados” de outros sistemas jurídicos; significa, por outro lado, a necessidade de assegurar uma adaptação permanente das soluções jurídicas positivadas em virtude da alteração das circunstâncias sociais, económicas, culturais ou políticas existentes à data da sua enunciação.

## 35. Sistemática e codificação

**35.1.** Noção de código – o termo código designa em sentido técnico a organização sistemática das normas aplicáveis a uma determinada área de regulação jurídica, autonomizada ou não como ramo do Direito (v. *infra Capítulo 8, nº 37*). A palavra código tem a sua origem etimológica no termo latino *codex* que designava no Direito Romano uma colecção ou compilação de leis. O sentido moderno de código, que se afirma a partir do chamado movimento codificador dos finais do século XVIII, distanciou-se desta acepção originária de recolha de normas ou de leis. No *código* reúnem-se normas materialmente conexas que, no seu conjunto, definem, com carácter exaustivo, uma disciplina sintética e unificadora. Já na *compilação* ou *colectânea*, reproduzem-se leis, costumes ou jurisprudência segundo um critério cronológico e/ou material, mas da qual está ausente a perspectiva unificadora e sistematizadora. A *consolidação* é uma outra realidade que não se confunde com o *código*, e que permite a reprodução e publicação de um texto normativo segundo a versão que resulta das sucessivas alterações de que foi objecto. No âmbito do Direito Comunitário, a sujeição de regulamentos e directivas a constantes modificações coloca problemas sérios de identificação do regime jurídico em vigor, cuja resposta tem sido procurada na publicação da *versão consolidada* dos textos.

Mais próximo da noção de código é o *estatuto*, que identifica um conjunto de normas materialmente homogéneo ao qual falta a abrangência reguladora e a estabilidade próprias do código (v.g. Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais).

Merecem a designação de *leis extravagantes* ou *leis avulsas* aquelas que introduzem alterações às normas codificadas (v.g. em relação ao Código Civil, são avulsas o Regime do

Arrendamento Urbano, a Lei do Arrendamento Rural ou a Lei sobre a Propriedade Horizontal).

### 35.2. A codificação – vantagens e desvantagens.

**35.2.1.** Enquadramento histórico da razão de ser desta discussão: a célebre polémica travada entre os professores da Universidade de Heidelberg: THIBAUT, que publicou em 1814 um livro intitulado *Da necessidade de um Direito Civil para a Alemanha* no qual defendia a codificação das leis civis vigentes nos vários Estados alemães, e SAVIGNY que lhe respondeu no mesmo ano com a publicação de um livro sobre *A vocação do nosso tempo para a legislação e a jurisprudência*, criticando a necessidade da codificação e até, em certa medida, das leis. SAVIGNY proclamava as virtudes de um Direito espontâneo (costume, jurisprudência) como expressão da “*consciência jurídica do povo*”, em permanente processo de adaptação às exigências da vida social.

O movimento codificador foi filosófica e politicamente associado aos ideais do jusracionalismo e ao triunfo da Revolução Francesa. O Código Civil francês, publicado por Napoleão BONAPARTE em 1804, e ainda em vigor (!), constitui o expoente máximo de uma visão racionalista e prática sobre a necessidade de “*leis sintéticas científicas e sistemáticas*”. O seu estilo é preciso, elegante e a sua leitura é atractiva mesmo para um público não especializado. Em carta de 1840, STENDHAL confessava a BALZAC que todas as manhãs lia duas ou três páginas do Código Civil que o ajudava a ser o “*mais natural possível*” no seu estilo literário.

### 35.2.2. A discussão na actualidade.

#### A. Vantagens da codificação

1. Facilita o conhecimento do Direito aplicável, constituindo o código um precioso instrumento da prática jurídica.
2. O trabalho de codificação pressupõe uma reflexão rigorosa e fundamentada sobre as soluções jurídicas preconizadas numa perspectiva de sistematicidade: as normas jurídicas são pensadas à luz de princípios fundamentais que lhe emprestam a necessária coerência interna que se torna fundamental no processo de integração de lacunas.
3. Abre o caminho à unificação do Direito: no plano intraestadual, ao ultrapassar a coexistência um tanto confusa de vários regimes legais; e mesmo no plano interestadual, ao promover a reflexão científica sobre as soluções consagradas nos direitos de outros Estados, a qual, de um modo geral, acaba por apontar a conveniência de modelos convergentes de regulação jurídica.

#### B. Desvantagens da codificação

1. A rigidez do sistema: a publicação de um código, que culmina um processo de vários anos de elaboração científica, gera uma convicção de trabalho completo e perfeito, em regra hostil à necessidade permanente de adaptação das leis.
2. A abordagem predominantemente exegética: a existência de um código, que tudo regula e prevê, pode remeter o intérprete para um papel menor de exegeta, com graves inconvenientes no plano da adequação dos critérios legais às especificidades dos litígios concretos.

3. A função unificadora do código, que foi inventariada como vantagem, pode constituir, todavia, uma desvantagem se o código for utilizado como um mero instrumento de unificação política, impondo soluções uniformes para realidades que, no plano cultural, económico e social, são muito distintas. Sob esta perspectiva crítica, avaliamos as tentativas, no quadro da União Europeia, para uniformizar e codificar os direitos dos Estados-membros com sacrifício das valiosas idiossincrasias que os caracterizam.

NOTA COMPLEMENTAR: sobre a codificação em Portugal, no passado e no presente, remetemos para A. SANTOS JUSTO, *Introdução...*, cit., p. 265 e segs.

### **36. Pluralidade de ordenamentos jurídicos e critérios fundamentais de articulação**

#### **36.1. Considerações gerais.**

**O Estado e o pluralismo jurídico interno** – as formas de organização do Estado podem envolver a existência de ordenamentos jurídicos autónomos, cuja relevância depende exclusivamente do reconhecimento estadual, previsto na respectiva Constituição – são os chamados ordenamentos infraestaduais, de que temos, entre nós, como exemplo, o sistema de normas de base regional.

**O Estado e o pluralismo jurídico externo** – o ordenamento jurídico do Estado soberano conserva, apesar de todas as vicissitudes, o papel central de quadro de referência no universo jurídico. Este universo jurídico não se esgota, contudo, na existência de uma pluralidade de ordenamentos jurídicos estaduais. A dinâmica das relações interestaduais e a necessidade de assegurar a existência de uma sociedade

internacional juridicamente enquadrada estão na base de um Direito extraestadal, de fonte internacional ou de fonte comunitária. A relevância ou eficácia das normas internacionais e das normas comunitárias no ordenamento jurídico estadual depende, contudo, de uma cláusula geral ou específica, expressa ou implícita, de recepção ou de reconhecimento (cfr. artigo 8º, nº 1 e 2, da Constituição Portuguesa no que toca ao Direito Internacional Público; e artigos 8º, nº 3 e 7º, nº 6, no que se refere ao Direito da União Europeia).

#### **36.2. Critérios fundamentais de articulação.**

Admitida a relevância ou eficácia jurídica interna de uma norma internacional ou de uma norma comunitária, temos de lidar com a possibilidade do conflito entre normas jurídicas pertencentes a ordenamentos jurídicos diferentes. Um exemplo hipotético: a lei portuguesa permite a manipulação industrial de certos produtos químicos em condições de (in)segurança que violam, de modo claro, normas internacionais sobre protecção dos trabalhadores no local de trabalho. Outro exemplo hipotético: a lei portuguesa prevê uma licença de maternidade com a duração de três meses; uma directiva comunitária leva mais longe a protecção da maternidade, fixando esse prazo em quatro meses. *Quid iuris?*

A resposta a estas questões deve ser encontrada na Constituição. O artigo 8º, nº 2, postula um princípio de prevalência supralegal da norma internacional de fonte pactícia. Por seu lado, o artigo 8º, nº 3, conjugado com o artigo 7º, nº 6, fundamentam um critério de prevalência material da norma comunitária sobre a norma interna contrária. A relação existente entre, por um lado, o

ordenamento jurídico estadual e o ordenamento jurídico internacional e, por outro lado, entre o ordenamento jurídico estadual e o ordenamento jurídico comunitário não é de natureza hierárquica. Uma norma comunitária não revoga uma norma interna, mas inibe a sua eficácia na medida exacta em que a segunda norma viola o conteúdo regulador da primeira norma. O fundamento está no critério da competência (v. supra n.º 34.3, 4)) que representa a manifestação legítima de uma prerrogativa soberana de auto-limitação da eficácia das normas jurídicas internas.

### **Bibliografia básica:**

BAPTISTA MACHADO, João

- *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, 6ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 1993, p. 99 e segs.

CASTRO MENDES, João de

- *Introdução ao Estudo do Direito*, Lisboa, 1994, p. 33 e segs.

DIAS MARQUES, José

- *Introdução ao Estudo do Direito*, 2ª ed., Lisboa, 1994, p. 185 e segs.

OLIVEIRA ASCENSÃO, José

- *O Direito. Introdução e Teoria geral*, 11ª ed., Coimbra, Almedina, 2001, p. 531 e segs.

OTERO, Paulo

- *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, Lisboa, vol. I, Tomo 2º, 1999, p. 306 e segs.

SANTOS JUSTO, A.

- *Introdução ao Estudo do Direito*, Coimbra Ed., 2001, p. 221 e segs.

BOBBIO, Norberto

- *Teoría General del Derecho*, 4ª reimpressão, Madrid, 1996, p. 151 e segs.

### **Bibliografia complementar:**

AMADO, J. A. García

- *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Madrid, 1996.

CANARIS, Claus-Wilhelm

- *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*, 2ª ed., Lisboa, FCG, 1996.

CASTANHEIRA NEVES, A.

- “A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido (diálogo com Kelsen)”, in *Digesta*, Coimbra, 1995, vol. 2º, p. 109.

GALVÃO TELES, Miguel

- “A Revolução Portuguesa e a teoria das fontes de Direito”, in Mário Baptista Coelho (org.), *Portugal – o sistema político e constitucional 1974-1987*, Lisboa, 1989, p. 561 e segs.

HART, Herbert L. A.

- *O conceito de Direito*, Lisboa, F.C. Gulbenkian, 1986, p. 111 e segs.

KELSEN, Hans

- *Teoria Geral do Direito e do Estado*, 3ª ed., São Paulo, 1998.

KELSEN, Hans

- *Teoria Pura do Direito*, 5ª ed., Coimbra, 1979, p. 267 e segs.

LARENZ, Karl

- *Metodologia da Ciência do Direito*, 2ª ed., Lisboa, FCG, 1989, p. 531 e segs.

MENEZES CORDEIRO, A.

- “Os dilemas da ciência do Direito no final do século XX. Introdução à edição portuguesa” da obra de Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*, 2ª ed., Lisboa, FCG, 1996, p. IX-CXIV.

PECES-BARBA, G., e outros

- *Curso de Teoría del Derecho*, Madrid, 1999, p. 185 e segs.

SANZ, M. Ruiz

- *Sistemas jurídicos e conflictos normativos*, Madrid, Marcial Pons, 2002.

THIBAUT / SAVIGNY

- *La codificación* (Introd. e selecção de J. Stein; trad. de Díaz García), Madrid, Aguilar, 1970.

## CAPÍTULO 8 OS RAMOS DO DIREITO

### SUMÁRIO:

**37.** Considerações gerais. **38.** A distinção entre Direito Internacional e Direito Interno. **39.** A divisão entre Direito Público e Direito Privado. **40.** Ramos principais do Direito Público. **41.** Ramos principais do Direito Privado. **42.** Tendências marcantes da evolução recente da regulamentação jurídica.

### **37. Considerações gerais**

**37.1.** Sobre a importância (e os riscos) da classificação e caracterização dos ramos do Direito.

Noção de “*ramos do Direito*”: correspondem ao conjunto de normas que, em torno de princípios comuns e de certas técnicas jurídicas de regulamentação, disciplinam uma área juridificável da vida social.

Vantagens da “ramificação”:

- 1) Facilita a localização das matérias e o enquadramento dos diferentes institutos jurídicos
- 2) Como qualquer classificação, a arrumação das normas por ramos do Direito tem um fundamento científico e obriga, por isso, a uma análise rigorosa; tem ainda uma função prática que beneficia todos aqueles que, entrando no labiríntico mundo das normas, correm o risco de nele se perder.

Desvantagens da “ramificação”:

- 1) A simplificação acaba por constituir um possível inconveniente, tendo em conta a notável complexidade do Direito, fruto, em larga medida, da produção incessante de leis (o “*mare magnum*” das leis e normas, segundo a expressão de J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução...*, cit., p. 63).
- 2) A classificação pressupõe critérios de distinção que, aplicados à assinalada complexidade normativa, e subordinados ao objectivo de tudo incluir na respectiva classificação, podem conduzir a resultados incongruentes, como seja a confusão entre ordenamento jurídico e ramo do Direito.

### 37.2. Ordenamento jurídico *versus* ramo do Direito.

A classificação do mundo das normas por ramos do Direito não pode ignorar o fenómeno da pluralidade dos ordenamentos jurídicos, da existência de outros ordenamentos jurídicos para além do ordenamento jurídico estadual. *A perspectiva estadocêntrica* está na origem do equívoco de classificar o Direito Internacional Público ou o Direito Comunitário como ramos do Direito quando, o que é correcto, é considerá-los como a expressão normativa da ordem jurídica internacional e da ordem jurídica da União Europeia, respectivamente. Note-se que a crescente complexidade de uma e outra destas ordens jurídicas, em particular a ordem jurídica da União Europeia, justifica um esforço de simplificação através da distinção entre, por um lado, um direito geral ou comum e, por outro lado, um direito especial, susceptível de uma classificação por ramos do Direito (v.g. o Direito Internacional Público do Ambiente; o Direito Comunitário do Trabalho). Critérios fundamentais de autonomização de um ordenamento jurídico: sistema

próprio de fontes; mecanismos institucionalizados, de natureza judicial e não judicial, de interpretação e de aplicação do Direito.

### 38. A distinção entre Direito Internacional e Direito Interno

**Direito Internacional** (ou extraestadual) – conjunto de normas e princípios que fundamentam e regulam o sistema de relações que se desenvolvem no seio da comunidade internacional, constituída pelos Estados e por outras entidades dotadas de personalidade jurídica internacional (v.g. organizações internacionais).

**Direito Interno** (ou intraestadual) – conjunto de normas e princípios que fundamentam e regulam o sistema de relações que se desenvolvem no seio do Estado.

**Direito Comunitário ou Direito da União Europeia** – de âmbito extraestadual, por alguns apodado de supraestadual, pode definir-se como o conjunto de normas e princípios que fundamentam e regulam a existência jurídica das Comunidades Europeias.

Esta distinção, baseada na coexistência de três ordenamentos jurídicos diferentes, não pode justificar de modo automático opções de classificações por ramos do Direito. Com efeito, a identificação de ramos do Direito não depende desta distinção, apenas a pressupõe no sentido em que vamos limitar o nosso exercício de “ramificação” ao Direito Interno. No âmbito próprio do Direito Internacional Público e do Direito Comunitário, e dependendo do grau de desenvolvimento da respectiva regulamentação material, poderíamos proceder a um exercício análogo de classificação por ramos do Direito.

NOTA COMPLEMENTAR: atípico é o enquadramento sistemático do **Direito Canónico**, pois não é nem Direito Internacional nem Direito Interno, como singular é a sua natureza jurídica. O Direito Canónico ou Direito Pontifício é o conjunto de normas jurídicas estabelecidas pelos órgãos competentes da Igreja Católica e que visa regular a organização e o funcionamento da própria Igreja e disciplinar as suas relações com os respectivos membros. Como qualquer Direito regulador das relações entre os membros de um particular grupo social, o Direito Canónico retira o seu fundamento da necessidade de disciplinar as relações entre os membros de um grupo social fortemente estruturado e hierarquizado como é a sociedade eclesial (v. Paulo OTERO, *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, Lisboa, 1998, I vol., 1º Tomo, p. 265). Questão diversa desta é a da relevância ou eficácia do Direito Canónico no ordenamento jurídico estadual, dependente das regras ou critérios que neste vigoram em matéria de reconhecimento de normas extrasistémicas ou estranhas ao sistema – coloca-se, a este propósito, o problema delicado das relações entre o Estado e a Igreja. O Legislador estadual pode conferir relevância às disposições do Direito Canónico, como acontece entre nós com o casamento oficiado pela Igreja Católica (v. artigos 1587º, 1588º e 1589º do Código Civil), mas também pode afastar-se das soluções vertidas na lei canónica, como se verifica ao admitir o divórcio entre pessoas unidas pelo vínculo indissolúvel do matrimónio católico (v. artigos 1588º e 1788º do Código Civil). A expressão **Direito Eclesiástico** é reservada para designar o direito do Estado sobre matéria religiosa – por exemplo, a regulamentação por via legislativa da liberdade religiosa e do estatuto das confissões religiosas (v. artigo 41º da Constituição).

### 39. A divisão entre Direito Público e Direito Privado

**39.1.** Relevância histórica – esta distinção remonta ao tempo dos Romanos; atribuída a um texto de Ulpianus, com o seguinte sentido: *duas são as formas do estudo jurídico; o Direito Público é o que respeita ao Estado, o Direito Privado o que respeita à utilidade dos particulares.*

**39.2.** Critérios típicos de distinção.

a) **O critério do interesse** – as normas de Direito Público seriam um instrumento de protecção do interesse colectivo ou geral, enquanto as normas de Direito Privado serviriam para tutelar os interesses individuais ou particulares. O critério é falível e impreciso: existem situações de vida reguladas pelo Direito Privado, e cujas regras visam proteger o interesse colectivo [(v.g. artigos 188º, nº 1, e 190º, nº 1, alínea b) do Código Civil que, a propósito das fundações, se referem expressamente ao “*interesse social*”) e o interesse público (v.g. as normas do Código Civil que disciplinam o casamento, a filiação, o instituto da adopção).

b) **O critério do sujeito da relação jurídica** – de acordo com este critério, seria Direito Privado o que regula as relações em que intervêm os particulares e Direito Público o que regula as relações que envolvem o Estado ou outros entes públicos. Este critério é ainda insuficiente, dado que não serviria para qualificar as situações cada vez mais frequentes em que o Estado actua no plano jurídico como o faria um particular, despido de prerrogativas de poder público (v.g. um contrato de arrendamento ou de compra e venda celebrado pelo Estado ao abrigo do Direito Privado; ou o regime de responsabilidade extracontratual do Estado e outras pessoas colectivas públicas em virtude do exercício

de actividades de *gestão privada* – v. artigo 501º do Código Civil); tão-pouco seria adequado em relação às situações jurídicas que envolvem particulares investidos de poderes de autoridade, na qualidade, por exemplo, de entidades concessionárias, e às quais se aplicam normas de Direito Público; por outro lado, existem entidades privadas que, tendo em conta a especificidade das suas missões, são consideradas pelo Legislador como de “*utilidade pública*” (v.g. Decreto-Lei nº 460/77, de 7 de Novembro, que aprovou o Estatuto das Colectividades de Utilidade Pública) ou de “*solidariedade social*” (v. Decreto-Lei nº 119/83, de 25 de Fevereiro, relativo ao Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social) e que são, pelo menos em parte, reguladas pelo Direito Público.

- c) **O critério da posição do sujeito na relação jurídica** – integra no Direito Público as normas reguladoras de relações jurídicas em que o Estado ou qualquer ente jurídico – público ou privado – intervenham na qualidade específica de entes públicos, isto é, investidos de poderes de autoridade pública (“*jus imperii*”, “*publica potestas*”), bem como todas as normas relativas à organização e funcionamento dos entes públicos. Já são de Direito Privado as normas que se aplicam às relações jurídicas entre particulares ou entre particulares e entes públicos destituídos de poderes de autoridade. Em princípio, o Direito Público regula as relações verticais assentes na desigualdade entre os sujeitos, seja porque um exerce poderes de autoridade e o outro não (relação Estado/particular), seja porque ambos são entes públicos, mas existem relações de subordinação entre eles (relação Estado / autarquia local). O Direito Privado aplica-se ao universo das relações horizontais, de igualdade ou paridade entre os sujeitos jurídicos, públicos ou privados

Este é o critério que se mostra mais adequado a uma distinção entre Direito Público e Direito Privado. A sua aceitação não implica, contudo, a rejeição dos dois critérios anteriores que são, na verdade, complementares. A actuação no mundo jurídico ao abrigo de poderes de autoridade é a consequência directa da presença relevante de um interesse público – como, de modo claro, é sublinhado por Marcelo REBELO DE SOUSA: “*É o interesse que traça as fronteiras. Autoridade e competência caracterizam a prossecução essencial ou predominante de interesses públicos. Igualdade e liberdade marcam a prossecução essencial ou predominante de interesses privados*” (In *Introdução...*, cit., p. 315). Concretizemos: se o Estado pretende renovar a sua frota automóvel de serviço poderá encetar negociações com uma empresa especializada como faria um particular; nesta situação não se impõe um interesse público que justifique o exercício de poderes de autoridade, como seria, por exemplo, o recurso à figura da expropriação por utilidade pública (v. artigo 62º, nº 2 da Constituição) e, conseqüentemente, a subordinação da respectiva operação jurídica de transmissão da propriedade ao Direito Público. Sublinhe-se, contudo, que a aquisição dos automóveis no quadro do Direito Privado não prejudica a obrigação sempre presente de defender o interesse público relativo a uma boa e transparente gestão dos dinheiros públicos.

## 40. Ramos principais do Direito Público

**40.1. Direito Constitucional** – é o conjunto de normas (e princípios) que regula a estrutura do Estado, designa as suas funções e define as atribuições e os limites dos supremos órgãos do poder político (v. Marcello CAETANO, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, 6ª ed., Coimbra, 1986, Tomo I, p. 41). O Direito Constitucional

tem por objecto tanto o Estado enquanto comunidade (*Estado-Comunidade ou Estado-Colectividade*) como o Estado enquanto manifestação típica de exercício do poder político (*Estado-Poder*). O instrumento fundamental de evidenciação das normas de Direito Constitucional é a *Constituição*, que podemos definir como o *estatuto jurídico do político*, documento escrito no qual se proclamam as liberdades e os direitos dos cidadãos e se fixam os limites do poder político (v. J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4ª ed., Coimbra, 2000, p. 52). Avaliada nos devidos termos a função estruturadora e legitimadora da Constituição no ordenamento jurídico estadual, o Direito Constitucional corresponde ao tronco da árvore jurídica – “*o tronco donde arrancam os ramos da grande árvore que corresponde (à) ordem jurídica (do Estado)*” (v. Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, 5ª ed., Coimbra, 1996, Tomo I, p. 16). O Direito Constitucional incorpora normas e princípios que têm uma relevância conformadora transversal, com projecção em todos os ramos do Direito – Público e Privado –, uma vez que materializam no plano da regulação fundamental a Ideia de Direito que inspira a Constituição.

**40.2. Direito Administrativo** – formado pelas normas e princípios que regulam a organização e o funcionamento da Administração Pública, bem como as relações por ela estabelecidas com outros sujeitos de direito no exercício da actividade administrativa de gestão pública (v. Diogo FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, 2ª ed., Coimbra, 1994, vol. I, p. 130; Marcelo REBELO DE SOUSA, *Lições de Direito Administrativo*, Lisboa, 1999, p. 57). O Direito Administrativo integra as normas e princípios de regulação da actividade administrativa, que têm como destinatários tanto os órgãos da Administração

Pública quanto os próprios administrados, enquanto titulares de direitos e interesses susceptíveis de tutela jurídica, administrativa ou contenciosa (v. supra *Capítulo 6, nota complementar*).

**40.3. Direito Financeiro** – conjunto de normas e princípios que disciplina a actividade financeira do Estado e outros entes públicos, traduzida na afectação de bens económicos (captação de receitas) com vista à satisfação das necessidades colectivas (realização de despesas). Abarca o Direito Fiscal, mas desenvolve-se por outros domínios fundamentais do fenómeno financeiro público, como sejam a disciplina orçamental, a gestão do património público e o regime das despesas públicas (v. A. L. SOUSA FRANCO, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, 2ª ed., Coimbra, 1988, p. 4-5).

**40.4. Direito Fiscal ou Tributário** – conjunto de normas e de princípios que regula a definição e a aplicação dos impostos ou tributos, definidos como *prestações unilaterais, resultantes de uma intromissão juridicamente regulada da Administração na esfera patrimonial e privada do cidadão* (v. J. L. SALDANHA SANCHES, *Manual de Direito Fiscal*, 2ª ed., Coimbra, 2002, p. 10-11).

**40.5. Direito Penal** – define os crimes, que são factos penalmente relevantes, e estabelece as penas ou medidas de segurança correspondentes. Enquanto a generalidade dos ramos do Direito é definida e delimitada em função da natureza das relações sociais que visa regular, o Direito Penal ou Criminal tem como referência esses dois pólos fundamentais que são o **crime** e a **pena** (v. Manuel CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal Português*, 2ª ed., Ed. Verbo, Parte Geral, I, 1982, p. 9). O Direito Penal é sinónimo de um “*sistema de normas jurídicas que atribuem aos agentes um certo*

*comportamento como pressuposto uma pena ou uma medida de segurança criminais como consequência”* (v. Germano MARQUES DA SILVA, *Direito Penal* Português, Parte Geral, 2ª ed., Lisboa, Verbo, 2001, vol. I, p. 14). As opções normativas no domínio do Direito Penal têm subjacente uma avaliação de base axiomática, cujo desiderato é a protecção dos bens jurídicos fundamentais da sociedade (a vida, a integridade física e moral, a ordem pública, a propriedade, a liberdade, etc.). A tutela eficaz destes valores fundamentais condiciona a opção normativa no que respeita à criminalização de um comportamento e no que respeita, também, à medida da pena a aplicar a quem o praticou.

**40.6. Direito Processual** – conjunto de normas que regulam a actuação dos tribunais na solução dos casos que lhe são submetidos, isto é, o **processo** (não confundir com **procedimento**, que designa a sucessão ordenada de actos e formalidades tendentes à formulação e manifestação da vontade dos órgãos públicos – v.g. procedimento administrativo, procedimento tributário, procedimento legislativo, procedimento comunitário). O Direito Processual é considerado *Direito adjectivo*, atendendo à sua natureza instrumental em relação ao *Direito substantivo*: a norma de *Direito substantivo* consagra um direito ou impõe um dever; o *Direito adjectivo* torna possível, em caso de litígio, e por força da intervenção do poder judicial, a efectivação da norma substantiva. A nossa Constituição consagra este “direito ao direito” (v. Miguel TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o novo processo civil*, Lisboa, 1997, p. 34), sob a forma de uma garantia de acesso aos tribunais para defesa dos respectivos direitos e interesses legalmente protegidos (v. artigo 20º, nº 1). Como corolário deste princípio, a todo o direito há-de corresponder um

meio processual adequado ao seu reconhecimento judicial (v. artigo 2º, nº 2, do Código de Processo Civil).

A natureza instrumental do Direito Processual em relação ao Direito Material conduziu à necessidade de distinguir – no plano científico e legislativo – vários sub-ramos: os mais importantes são o Direito Processual Civil e o Direito Processual Penal; outros também atingiram a autonomização: o Direito Processual do Trabalho, o Direito Processual Fiscal, o Direito Processual Administrativo.

## 41. Ramos principais do Direito Privado

**41.1. Direito Civil ou Direito Privado Comum** – regula as relações entre particulares, tendo por base três abordagens fundamentais: a pessoa, a família e o património. A divisão que prevaleceu na sistemática do Código Civil de 1966, profundamente reformado em 1977, segue, contudo, a classificação germânica do direito civil que distingue:

a) **Direito das Obrigações** – regula as situações pelas quais uma pessoa está vinculada a realizar em benefício de outra uma prestação (v. artigo 397º, do Código Civil). Abrange um vasto rol de matérias: contratos, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil, modalidades de obrigações, garantias das obrigações, formas de extinção das obrigações (cfr. Inocêncio GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, 3ª ed., Coimbra, 1980; Luís MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Coimbra, 2002, vol. I e II).

b) **Direitos Reais ou Direito das Coisas** – regula a atribuição das coisas, definindo o modo como o sujeito fica titular de um direito (v.g. direito de propriedade sobre um terreno rústico) que é oponível a terceiros e lhe proporciona a fruição da coisa (cfr. J. de OLIVEIRA ASCENSÃO,

*Direito Civil/Reais*, 5ª ed., Coimbra, 1993; A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, Coimbra, 2000, Tomo II). Para além do direito de propriedade, são ainda direitos reais, entre outros, o usufruto, a posse, o direito de superfície. Por seu lado o direito de propriedade pode ser exercido sob diferentes modalidades adaptadas às exigências das sociedades modernas e urbanas, como é o caso paradigmático da propriedade horizontal (v. artigos 1414º e segs. do Código Civil).

c) **Direito da Família** – regula as relações resultantes do casamento, filiação e adopção (v. Francisco PEREIRA COELHO/ Guilherme de OLIVEIRA, *Direito da Família*, 2ª ed., Coimbra, 2001, vol. I). No seio da família, as pessoas podem estar ligadas pelo vínculo conjugal, pelo parentesco, pela afinidade ou pela adopção. Estas relações, embora pessoais na sua génese, podem ter relevância patrimonial (v.g. o regime de bens associado ao casamento ou os deveres de alimentos).

d) **Direito das Sucessões** – o último livro do Código Civil regula a transmissão de direitos e obrigações por causa da morte do seu titular (“*mortis causa*”) que são passíveis de transmissão jurídica (v. J. de OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Sucessões*, 5ª ed. revista, Coimbra, 2000). A sucessão é deferida por lei (v. sucessão legitimária e legítima), por testamento (sucessão testamentária) ou por contrato, sendo esta, em princípio, proibida (v. artigo 2028º do Código Civil).

## 41.2. Direito Privado Especial.

**41.2.1. Direito Comercial** – conjunto de normas que regula de modo específico as relações entre os particulares relativas ao exercício da actividade comercial, definida como a actividade de intermediação lucrativa ou especulativa entre produtor e consumidor. Começou por ser o direito dos comerciantes e evoluiu no sentido da sua objectivação, passando a regular os actos de comércio. O seu núcleo fundamental é formado pelo Direito da Empresa, em especial o Direito das Sociedades. A dinâmica da actividade comercial está na origem de uma crescente especialização do Direito Comercial, estudado em sub-ramos: Direito Marítimo, Direito dos Seguros, Direito Bancário, Direito da Propriedade Industrial, Direito dos Transportes, Direito do Consumo (v. A. MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Comercial*, Coimbra, 2001, vol. I e II).

**41.2.2. Direito do Trabalho** – congrega as normas e princípios que regulam as situações laborais no quadro de relações jurídicas contratuais de trabalho livre, remunerado e subordinado. Na origem da sua autonomização relativamente ao Direito Civil Comum está a necessidade de o Estado de intervir na relação jurídico-laboral no sentido de proteger o trabalhador e de lhe assegurar um acervo mínimo de direitos (v. artigo 59º da Constituição Portuguesa). O Direito do Trabalho evidencia hoje uma função reguladora alargada que, sem prejuízo da sua coerência e autonomia dogmática, tem por objecto aspectos tão diversos como o contrato de trabalho, a negociação e a contratação colectiva, a organização sindical, o direito à greve, a protecção da saúde e segurança do trabalhador no local de trabalho, a

organização dos tempos de trabalho (cfr. Pedro ROMANO MARTÍNEZ, *Direito do Trabalho*, Coimbra, 2002; Maria do Rosário PALMA RAMALHO, *Da autonomia científica do Direito do Trabalho*, Coimbra, 2000).

**41.2.3. Direito Internacional Privado** – conjunto de normas e de princípios jurídicos que regulam as relações privadas internacionais, isto é, aquelas que – por oposição às relações puramente internas – têm conexões relevantes com mais de um ordenamento jurídico (cfr. A. MARQUES DOS SANTOS, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, 2º suplemento, Lisboa, 2001, p. 264). As situações plurilocalizadas que envolvem uma conexão relevante (domicílio, nacionalidade, lugar da prática do acto) com vários ordenamentos jurídicos suscitam o problema de determinação da lei aplicável – se Nicole, cidadã francesa, se casa com Juan, cidadão argentino, em Portugal, é necessário apurar qual a lei que regula este casamento: a lei pessoal da mulher, a lei pessoal do marido ou a lei do lugar de celebração do casamento? A resposta tem de ser procurada nas chamadas *normas de conflitos* (v. artigos 25º a 65º do Código Civil). Como se compreende, o fenómeno da globalização da economia e a intensificação das relações pessoais e patrimoniais no mundo como “aldeia global” potenciaram a ocorrência destas situações de plurilocalização espacial, resolvidas por recurso às normas de conflito ou às normas materiais de regulamentação uniforme (v.g. Direito do Comércio Internacional).

## **42. Tendências marcantes da evolução recente da regulamentação jurídica**

**42.1.** A crescente especialização da regulamentação jurídica – a complexidade das relações económicas e sociais, associada a uma opção política fundamental sobre a necessidade de garantir um adequado enquadramento jurídico ao desenvolvimento de tais relações, são aspectos de um mesmo problema cuja resposta tem sido a da autonomização de áreas de regulamentação em novos ramos ou sub-ramos do Direito. Esta tendência afirma-se com notável expressão no campo do Direito Administrativo, ramo do Direito Público no qual rebentaram novas ramificações – apenas a título de exemplo, o Direito da Segurança Social, o Direito da Educação, o Direito Administrativo Militar, o Direito da Saúde. Mas também no campo do Direito Privado, a especialização tem um efeito multiplicador sobre os ramos da árvore jurídica, com particular incidência no Direito Civil e no Direito Comercial: por exemplo, o Direito de Autor, o Direito do Comércio Electrónico, o Direito do Arrendamento, o Direito dos Seguros.

**42.2.** A convergência entre Direito Público e Direito Privado – sem pôr em causa a clássica e – estruturante – distinção entre Direito Público e Direito Privado, verifica-se, todavia, uma tendência para esbater os contornos das tradicionais fronteiras. Causas: por um lado, a referida complexidade das relações sociais a reclamar modelos diferentes de enquadramento jurídico e, por outro lado, a necessidade de encontrar para o Estado e para os entes públicos em geral formas mais flexíveis de actuação jurídica na vida económica. A influência é recíproca e é uma via com dois sentidos: ramos típicos do Direito Privado que incorporam princípios de Direito Público, como é o caso do Direito do

Trabalho (*fenómeno de juspublicização*) e, por outra banda, ramos típicos do Direito Público que transportam a marca de princípios ou institutos jurídicos do Direito Privado, como acontece no domínio do Direito Administrativo em matéria de contratos administrativos (*fenómeno da jusprivatização*).

Por fim, importa chamar a atenção para um outro aspecto relevante desta evolução, que se prende com um fenómeno de verdadeira convergência entre Direito Público e Direito Privado e que nos ajuda a perceber a especificidade de certos ramos ou sub-ramos do Direito que, em rigor, não cabem nos limites formais desta dicotomia. São exemplos mais ilustrativos o Direito do Ambiente e o Direito do Urbanismo – a sua autonomia define-se em função do objecto, mas o respectivo conteúdo regulador conjuga normas e técnicas de Direito Público (por exemplo, a definição de planos de ordenamento do território ou de áreas de reserva agrícola ou ecológica) com normas e institutos de Direito Privado (por exemplo, o regime de propriedade, os direitos e deveres dos proprietários tal como estão previstos no Código Civil e legislação avulsa).

### **Bibliografia básica:**

CASTRO MENDES, João

- *Introdução ao Estudo do Direito*, Lisboa, 1994, p. 175 e segs.

DIAS MARQUES, José

- *Introdução ao Estudo do Direito*, 2ª ed., Lisboa, 1994, p. 227 e segs.

FREITAS DO AMARAL, Diogo

- *Sumários de Introdução ao Direito*, Lisboa, Principia, 1997, p. 27-29.

GALVÃO TELLES, Inocêncio

- *Introdução ao Estudo do Direito*, Coimbra Ed., vol. I, 11ª ed., 1999, p. 113 e segs.

OLIVEIRA ASCENSÃO, José

- *O Direito. Introdução e Teoria geral*, 11ª ed., Coimbra, Almedina, 2001, p. 329 e segs.

SANTOS JUSTO, A.

- *Introdução ao Estudo do Direito*, Coimbra Ed., 2001, p. 226 e segs.

### **Bibliografia complementar:**

BAPTISTA MACHADO, João

- *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, 6ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 1993, p. 63 e segs.

LATORRE, Angel

- *Introdução ao Direito*, 3ª reimpressão, Coimbra, 1997, p. 207 e segs.

RADBRUCH, G.

- *Filosofia do Direito*, 6ª ed., Coimbra, 1975, p. 251 e segs.

## CAPÍTULO 9

### A CRIAÇÃO DO DIREITO

#### SUMÁRIO:

**43.** Criação do Direito e fontes do Direito. **44.** Unidade das fontes do Direito versus pluralidade das fontes do Direito. **45.** As fontes estaduais – em concreto, as fontes do Direito no ordenamento jurídico português. **46.** Figuras afins: equidade e doutrina. **47.** As fontes extraestaduais: o Direito Internacional Público e o Direito da União Europeia. **48.** O problema da hierarquia das fontes.

#### **43. Criação do Direito e fontes do Direito**

##### **43.1. Considerações gerais.**

O Direito – como qualquer outra expressão da dinâmica social – *nasce, evolui e morre* (v. I. GALVÃO TELLES, *Introdução...*, cit., vol. I, p. 49). As questões que trataremos neste capítulo respeitam ao nascimento ou criação do Direito.

A doutrina tradicional estudava a criação do Direito apenas na óptica da formação de regras jurídicas de natureza geral e abstracta. Por outro lado, estabelecia uma distinção rígida entre criação do Direito e aplicação do Direito. Importa, a este propósito, recordar que o Direito não se esgota na existência de comandos normativos e, por consequência, o problema da criação do Direito tem atinência com todos os modos de formação ou revelação de regras jurídicas, de carácter geral ou individual.

No que respeita à tradicional dicotomia entre criação do Direito e aplicação do Direito – e embora ela nos pareça útil do ponto de vista pedagógico e pragmática na óptica

exigente da sistematização das matérias —, devemos conceder que se trata de uma distinção que é excessivamente formal, dependente de uma leitura positivista e legalista do Direito. De uma maneira geral, o sistema jurídico funciona de um modo que faz do acto de criação um acto de aplicação e, numa dinâmica permanente, do acto de aplicação um acto de criação. Concretizemos: o parlamento cria Direito ao aprovar uma lei e, ao mesmo tempo, aplica a Constituição. Neste sentido, teorizou Hans KELSEN: “*Todo o acto jurídico é simultaneamente aplicação de uma norma superior e produção, regulada por esta norma, de uma norma inferior*” (in *Teoria Pura do Direito*, 4ª ed., Coimbra, 1979, p. 325).

Do ponto de vista da teoria das funções do Estado, a referida distinção é fiel a uma separação estrita entre a função legislativa e a função judicial que não se ajusta ao papel actual do Juiz, definido no quadro da aplicação da norma, mas exercido com uma responsabilidade que pode envolver a (re)criação do Direito. Esta forma de ver o problema não pode, contudo, escamotear a existência de diferentes patamares de decisão criadora, que é mais livre e inovadora no espaço ocupado pelo decisor constituinte e pelo decisor legislativo e cada vez mais limitada e condicionada à medida que, avançando no processo de aplicação do Direito, penetramos no espaço relativo aos níveis inferiores da “*pirâmide normativa*”: actos administrativos, actos jurisdicionais, actos dos particulares.

#### 43.2. Fontes do Direito: vários sentidos.

A expressão *fontes do Direito* é uma metáfora, pelo recurso à imagem poética da nascente de onde brota o Direito e também pela ambiguidade de sentidos que inspira:

- a) **Sentido filosófico ou metafísico:** fonte é sinónimo de fundamento da obrigatoriedade da norma jurídica, porta aberta à discussão sobre a natureza da causa legitimadora (a ideia de Justiça, o Direito Natural, a vontade popular, a vontade do Estado).
- b) **Sentido sociológico** – identifica os vários factores, de ordem económica, cultural, política, que estão na origem de uma determinada norma ou regulamentação jurídica (*circunstancialismo social*).
- c) **Sentido histórico** – todo o Direito é histórico, no duplo sentido em que juridifica as exigências de regulação de uma sociedade historicamente identificada e, por outro lado, incorpora soluções que têm a sua fonte no passado ...
- d) **Sentido orgânico** – para referir os órgãos do Estado ou de estruturas politicamente organizadas competentes para a criação de normas jurídicas.
- e) **Sentido instrumental** – a fonte designa os textos ou diplomas que contêm os preceitos jurídicos.
- f) **Sentido técnico-jurídico ou formal** – a fonte corresponde aos *modos de formação e de revelação das normas jurídicas*.

#### 43.3. Fontes do Direito: noção adoptada.

A dogmática jurídica tradicional associa a noção de fonte do Direito ao seu sentido formal e limita o elenco das fontes aos modos de formação e de revelação das normas jurídicas, dele excluindo outras formas de criação do Direito, mormente os actos jurídicos de âmbito individual. À luz da necessidade de reconsiderar o fundamento de

uma concepção estritamente normativista da gênese do Direito, propomos uma noção material de fontes do Direito, sinónimo de modos de criação ou constituição do Direito, expressão de um querer legitimado de regulação social.

#### **44. Unidade das fontes do Direito versus pluralidade das fontes do Direito**

A noção material de fontes do Direito – que defendemos – tem consequências a dois níveis: **1)** no plano estadual, é incompatível com uma concepção que privilegie de modo apriorístico a lei em detrimento de outras fontes, como o costume ou a jurisprudência; **2)** no plano extraestadual, resultante da necessária inserção internacional do Estado, a noção material de fontes do Direito obriga-nos a atender a todos os preceitos jurídicos – normativos e não normativos – que, adoptados no quadro das instâncias internacionais, são aplicáveis no ordenamento jurídico estadual.

**44.1. O pretensão monopólio da lei** – cada ordenamento jurídico tem o seu próprio sistema de fontes, sendo este, aliás, um dos traços que confere maior identidade ao respectivo ordenamento jurídico. Nos ordenamentos jurídicos estaduais do continente europeu, de tradição romano-germânica, a fonte principal – senão mesmo exclusiva – é a lei. A eventual relevância de outras fontes, como o costume, dependeria do reconhecimento por parte do Legislador. De modo bem diferente, no sistema jurídico britânico – e em todos aqueles que nele se inspiraram, como é o caso do sistema norte-americano –, é marcante, a par da importância crescente do *statutory law* (Direito de base legislativa), a função reveladora da jurisprudência que, a propósito dos litígios concretos que aprecia, define uma doutrina aplicável obrigatoriamente a casos futuros (regra do precedente). Apesar da designação de sistemas de *Common Law* e da

invocação do costume, são, na sua essência, sistemas de base jurisdicional.

O sistema jurídico português integra a família continental, de base legislativa. O artigo 1º do Código Civil, sob a epígrafe fontes imediatas, indica a lei e as normas corporativas. O artigo 3º alude aos usos e o artigo 4º caracteriza a relevância jurídica da equidade. Nem uma referência ao costume ou aos princípios gerais de Direito. Qual o valor jurídico destas disposições liminares do Código Civil? São possíveis duas respostas: **1)** a enumeração é exaustiva e vinculativa, pelo que exclui outras formas de produção e constituição do Direito para além das previstas nos artigos 1º a 4º do Código Civil que, na verdade, se reconduzem à lei como fonte única ou subordinante; **2)** a enumeração não é nem taxativa, nem vinculativa, porque o Legislador não pode decretar o monopólio da própria lei e, com isso, excluir a força reveladora de fontes como o costume ou os princípios gerais de Direito. É importante ressaltar que a questão nuclear da teoria das fontes, que ora tratamos, está directa e necessariamente ligada com a concepção sobre o Direito. Uma vez que nos identificamos com uma concepção do Direito que não o limita à expressão ordenadora da comunidade estadual, nem reduz o Direito à sua estrita dimensão positiva, defendemos que o sistema de fontes é, por natureza, *aberto e plural*. É *aberto*, porque o Estado, mesmo na sua qualidade de ente soberano, faz parte da comunidade internacional ou está comprometido com experiências de integração regional e, por isso, as fontes do Direito Internacional Público e as fontes do Direito da União Europeia constituem modos relevantes de formação e de revelação de normas jurídicas aplicáveis no ordenamento jurídico estadual. É *plural*, porque a organização social que o Direito tem como objecto de regulação é, por natureza, complexa e dinâmica, características que são incompatíveis na prática com um

sistema de base exclusivamente legal. Veremos, quando falarmos do costume, que, por vezes, a verdade dos factos se sobrepõe à verdade positiva da lei, ultrapassada por regras contrárias que são, contudo, naquele momento histórico, a expressão de uma certa “*consciência jurídica social*”.

**44.2. O pretensão monopólio do costume** – Já vimos que a teoria das fontes tem uma relação directa com a concepção sobre o Direito. Em contrapartida, a relevância concreta de uma fonte do Direito não pode ser equacionada no plano puramente teórico, com independência do sistema jurídico cuja normatividade importa caracterizar do ponto de vista dos seus modos de revelação. Afirmar que o *costume é a fonte privilegiada do direito* (v. J. de OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito...*, cit., p. 253) terá um significado preciso como expressão de uma legítima concepção sobre o Direito, mas, em virtude da sua assumida natureza de posição de princípio, não atende às especificidades de um sistema jurídico concreto, como é o sistema jurídico português. Por várias razões, em particular a filiação na tradição das famílias de direito continental e a configuração actual do sistema, com fundamento na Constituição, não parece que no sistema português o costume possa ocupar um lugar proeminente e muito menos de necessária função subordinante em relação à lei.

A evolução dos sistemas jurídicos demonstra que o **aprofundamento e a sofisticação dos mecanismos de produção e de aplicação institucionalizada do Direito privilegiam as fontes voluntárias, como a lei e a jurisprudência, com o conseqüente declínio ou confinamento das fontes não voluntárias, como o costume**. Este resultado verifica-se mesmo nos sistemas de *Common Law*, nos quais o costume tem uma expressão

cada vez menor quando comparada com a expansão do direito legislativo e de base jurisprudencial. Esta conclusão resulta, igualmente, corroborada pela comparação entre o Direito Internacional Público e o Direito da União Europeia: o primeiro enquadra e disciplina a existência de uma comunidade internacional que padece de uma insuficiente institucionalização (v.g. atomização do poder relativo ao uso da força nas relações internacionais; inexistência de uma verdadeira justiça internacional, atendendo à sua natureza facultativa em relação aos Estados) e nele o costume assume particular relevo como fonte da normatividade internacional; já o Direito da União Europeia ostenta características de superior institucionalização (v.g. a existência de órgãos competentes que aprovam normas vinculativas para os Estados; o funcionamento de uma sistema de verdadeira justiça comunitária, que é obrigatória e igual para todos os Estados-membros e é competente para controlar o respeito da lei comunitária) e neste o costume é uma fonte de importância secundária, de invocação meramente episódica.

#### **45. As fontes estaduais – em concreto, as fontes do Direito no ordenamento jurídico português**

##### **45.1. Considerações preliminares.**

São conhecidas várias classificações de fontes do Direito. Com base no Código Civil (v. artigos 1º a 4º), distinguem-se **fontes imediatas** (*leis e normas corporativas*) e **fontes mediatas**, no sentido em que a sua função reveladora resulta do reconhecimento pela lei (*usos e equidade*). Um outro critério, permite dividir **fontes formais** – factos normativos aos quais o sistema jurídico associa a propriedade de criar ou constituir Direito – e **fontes materiais** – factores que

influenciam o processo de produção normativa. A lei e o costume são fontes formais, mas já a jurisprudência é apontada como fonte material. Por fim, podemos diferenciar **fontes voluntárias**, que pressupõem um acto qualificado de decisão normativa e as **fontes não voluntárias**, que não exprimem essa vontade ou desígnio criador. A apresentação que faremos baseia-se nesta última classificação.

## 45.2. Fontes voluntárias.

### 45.2.1. A lei.

**45.2.1.1. Noção de lei** – são múltiplas as acepções de lei identificadas pela doutrina jurídica. Assinalam-se apenas as mais importantes:

- a) Lei como sinónimo de norma jurídica ou de Direito objectivo.
- b) Lei como fonte unilateral e voluntária do Direito, oposta ao costume, é um acto do poder político do Estado.
- c) Lei no sentido de acto da função normativa – lei ordinária material, o que pode abranger também os actos regulamentares.
- d) Lei no sentido de acto da função legislativa – lei ordinária formal contraposta à lei constitucional.
- e) Lei como acto legislativo do órgão parlamentar.

O artigo 1º, nº 2, do Código Civil consagra uma noção de lei que a caracteriza como acto da função normativa: “*Consideram-se leis todas as disposições genéricas*

*provindas de órgãos estaduais competentes*”. Esclarecemos que interpretamos de modo lato a referência a órgãos estaduais no sentido de abranger qualquer órgão público – estadual, regional ou local – dotado, com fundamento directo ou indirecto na Constituição, de poderes de regulamentação normativa (interpretação do artigo 1º, nº 2, do Código Civil em conformidade com a Constituição).

### 45.2.1.2. A lei constitucional.

Como acto típico da função política do Estado, a lei pode ser **constitucional** ou **ordinária**. A Constituição – no caso concreto da República Portuguesa, a Constituição de 1976, revista em 1982, 1989, 1992, 1997 e 2001 – define os princípios e regras fundamentais de funcionamento do Estado, incluindo as respeitantes à revisão da própria Constituição e à elaboração das leis ordinárias, de nível infraconstitucional.

### 45.2.1.3. A lei ordinária.

**I. Lei em sentido material / lei em sentido formal** – é uma contraposição clássica, mas que divide profundamente a doutrina no que respeita à noção material de lei. Para simplificar, podemos divisar duas grandes correntes: **1)** Aqueles que sustentam a relevância de um critério material de caracterização da lei, como acto normativo da função política do Estado. Elementos de identificação material da lei são o seu carácter inovador, a ponderação prospectiva do interesse geral, a densidade política dos seus comandos. Nesta acepção, os regulamentos são actos normativos, mas não são leis em sentido material (v., entre outros, Jorge MIRANDA, *Manual...*, cit., p. 138 e segs.; idem, “Lei”, p. 357 e segs.; Marcelo REBELO DE SOUSA, *Introdução...*, cit., p. 53, p. 182-183; J.

de CASTRO MENDES, *Introdução...*, p. 84 e segs.; J. DIAS MARQUES, *Introdução...*, cit., p. 89 e segs.); 2) Aqueloutros que vêm na lei em sentido material um acto normativo (generalidade e abstracção), considerando que a Constituição não inculca um critério consistente de caracterização material da função legislativa. Para estes Autores, os actos regulamentares também integram a noção de lei em sentido material (v., entre outros, I. GALVÃO TELLES, *Introdução...*, cit., vol. 1, p. 58; J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução...*, cit., p. 91; J. de OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito...*, cit., p. 271; J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, cit., p. 700). A lei em sentido formal obedece a requisitos de forma, procedimento e competência definidos expressamente na Constituição. No Direito Português, são leis em sentido formal os actos legislativos tipificados no artigo 112º, nº 1, da Constituição: as leis, aprovadas pela Assembleia da República; os decretos-leis, aprovados pelo Governo; os decretos legislativos regionais, aprovados pelas assembleias legislativas regionais. A Constituição emprega o termo em, pelo menos, cinco diferentes sentidos, não parecendo, com efeito, possível dela deduzir uma noção material de lei ou a exigência de coincidência entre lei formal e lei material, salvo em relação ao caso específico das leis restritivas de direitos liberdades e garantias, que devem revestir carácter geral e abstracto (v. artigo 18º, nº 3):

- 1) Lei como sinónimo de Direito objectivo (v. artigo 13º, nº 1).
- 2) Lei como sinónimo de acto normativo (v. artigo 203º).
- 3) Lei como sinónimo de acto normativo com valor e força de lei (v. artigo 112º, nº 1).

4) Lei como sinónimo de leis gerais da República (v. artigo 112º, nºs 4 e 5).

5) Lei como sinónimo de acto legislativo da Assembleia da República, o órgão legislativo com competência exclusiva e reservada para regular certas matérias (v. artigos 134º, alínea b), 161º, 164º, 165º, 115º, nºs 1 e 2).

**Razão de ordem:** na exposição que se segue, vamos limitar o estudo da lei como fonte do Direito à sua dimensão de acto constitucionalmente tipificado da função legislativa. Não podemos, todavia, ignorar outras formas relevantes de criação do Direito através de actos normativos do Estado e restantes entidades públicas – os chamados regulamentos administrativos, que são actos unilaterais, de natureza geral e abstracta, necessariamente subordinados à Constituição e à lei formal. Para além dos regulamentos administrativos aprovados pelas regiões autónomas (v.g. decretos regulamentares regionais), pelas autarquias locais (v.g. postura municipal), por um instituto público, por uma associação pública, como é a Ordem dos Advogados, temos, com particular expressão reveladora do Direito vigente, os regulamentos aprovados pelo Governo, como um todo (decreto regulamentar e Resolução do Conselho de Ministros) ou através dos seus membros, os Ministros e Secretários de Estado (portaria, despacho normativo). Pese embora a sua importância – quantitativa e qualitativa – no quadro das fontes estaduais do Direito, remetemos o estudo destes actos normativos para a disciplina de Direito Administrativo.

## II. Pressupostos do acto legislativo.

- A existência de órgãos da função política em condições de legislar – Assembleia da República, Governo da República e assembleias legislativas regionais dos arquipélagos dos Açores e da Madeira.
- A atribuição aos órgãos da competência para adoptar actos legislativos, de acordo com o mandato constitucional [v. artigos 161º, alínea c), 164º, 165º, 198º e 227º, alíneas a) b) c)].

## III. Elementos do acto legislativo.

- **Vontade:** o acto legislativo é um acto intencional, voluntário, que há-de exprimir um desígnio de acção política livremente determinado em função da representação do interesse geral.
- **Forma do acto:** cada acto legislativo anda associado a uma forma especificada pela Constituição – lei, decreto-lei, decreto legislativo regional –, à qual corresponde, por seu lado, um determinado procedimento legislativo.
- **Conteúdo do acto:** o acto legislativo pode regular aspectos muito diferentes da vida social ou pode versar sobre outros actos legislativos. Deste ponto de vista, o acto legislativo pode ter natureza meramente formal, carecendo de generalidade e/ou de abstracção (v.g. as chamadas *leis-medida* por oposição às *leis-norma*). Em determinadas circunstâncias, a importância da matéria a regular pela lei justifica um procedimento mais solene, por exemplo a exigência de aprovação pelo órgão parlamentar por maioria agravada – são as chamadas *leis reforçadas* (v. artigo 168º, nº 6, da Constituição) e as ditas *leis orgânicas* (v. artigos 166º, nº 2 e 168º, nº 5, da Constituição).

- **Finalidade do acto:** como acto da função política, a lei deve prosseguir os fins do Estado, de harmonia com o disposto na Constituição. O Legislador encontra na Constituição a enunciação expressa ou implícita dos fins que pode – e deve – realizar, recorrendo para tal aos meios – jurídicos e políticos – que a Lei Fundamental lhe consente, sob pena de incorrer na prática de actos inconstitucionais por excesso de poder (por exemplo, a previsão da pena de expulsão para os cidadãos portugueses condenados por crime de pedofilia – v. artigo 33º, nº 1, da Constituição) ou desvio de poder (por exemplo, a aprovação de uma lei que permitisse a expropriação por utilidade pública como meio de promoção do equilíbrio das contas públicas – v. artigo 62º da Constituição).

### 45.2.1.4. O ciclo de vida das leis.

**Razão de ordem:** o nascimento do acto legislativo verifica-se no quadro do chamado procedimento legislativo, que se desenvolve em diversas fases: iniciativa, apreciação, deliberação, promulgação. Trata-se, contudo, de matéria da disciplina de Direito Constitucional e, por isso, para esta remetemos. Vamos, então, acompanhar a lei desde o momento em que, já existindo do ponto de vista jurídico, depois de promulgada e referendada (v. artigos 137º e 140º, nº 2, da Constituição), ainda não produz efeitos jurídicos.

- I. **Publicação** – um dos pressupostos da obrigatoriedade da lei é a possibilidade de ser conhecida pelos seus destinatários (v. artigo 5º, nº 1, do Código Civil). Nos termos do artigo 119º, alínea c), da Constituição, os actos legislativos são publicados no jornal oficial. A falta de publicidade inibe a produção de efeitos jurídicos e, por consequência, a lei é juridicamente ineficaz (v. artigo 119º, nº 2, da Constituição). A Lei nº 74/98,

de 11 de Novembro regula os aspectos relativos à *publicação, identificação e formulário dos diplomas*. O jornal oficial em Portugal tem a designação de *Diário da República*. Está dividido em três séries: na 1ª série, parte A, são publicados os actos normativos mais importantes (v.g. lei constitucional e leis em sentido formal); na 1ª série, parte B, publicam-se outros actos normativos, como sejam os decretos regulamentares e as portarias; para a 2ª série, ficam os actos da Administração Pública, alguns de conteúdo normativo; a 3ª série garante a publicidade a actos não normativos, como avisos de abertura de concursos públicos e actos societários. Existem ainda desde 1977, jornais oficiais nos Açores (*Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores*) e na Madeira (*Jornal Oficial da Região Autónoma da Madeira*) que publicam, entre outros actos, os actos legislativos da respectiva região autónoma. Desde a adesão de Portugal às Comunidades Europeias em 1 de Janeiro de 1986, o Jornal Oficial das Comunidades Europeias tem em território português uma divulgação equivalente à do Diário da República e nele se publicam as leis comunitárias (v. infra n.º 47.4.).

II. **Vigência** – Entre a publicação (e a data da lei é a do dia da sua publicação) e a entrada em vigor da lei decorre um período de tempo designado como *vacatio legis*. O artigo 5º, n.º 2, do Código Civil prevê que a própria lei determine este período ou se o não fizer, aplicar-se-á o regime definido por legislação especial (v. Lei n.º 74/98, de 11 de Novembro).

O regime subsidiário de *vacatio legis* é o seguinte: cinco dias no território do Continente, quinze dias nas regiões autónomas dos Açores e da Madeira e trinta dias no estrangeiro, contados após a publicação da lei no Diário da República – em rigor, a contagem inicia-se no dia imediato ao da data da publicação ou da efectiva distribuição da folha oficial, se esta tiver sido posterior.

No caso de se verificarem erros materiais derivados da divergência entre o texto original e o texto impresso, são admissíveis as rectificações, cuja publicação deve ser realizada até 60 dias após a publicação do texto rectificado.

Esgotado o período de *vacatio legis*, a lei inicia a sua vigência, produz os seus efeitos e torna-se exigível o seu cumprimento:

- pelos destinatários comuns (v. artigo 6º do Código Civil);
- pelos juizes que têm a obrigação de julgar no quadro de um dever funcional de obediência à lei (v. artigo 8º, n.ºs 1 e 2, do Código Civil).

III. **Vigência e desvalores do acto legislativo** – como acto jurídico, a lei pode ser afectada na sua existência e na sua vigência pelas consequências negativas associadas a anomalias mais ou menos graves que ocorreram no procedimento legislativo. Cumpre aqui recordar o quadro típico dos desvalores do acto jurídico [v. supra *Capítulo 6, n.º 32.3.2., alínea e*] e aplicá-los à situação específica de um decreto-lei do Governo, através dos seguintes exemplos:

- Inexistência jurídica: o decreto-lei não foi promulgado pelo Presidente da República (v. artigo 137º da Constituição).
- Invalidez (ou nulidade atípica das leis inconstitucionais – v. artigos 280º, 281º e 282º, da Constituição): o decreto-lei versa sobre matéria da competência reservada da Assembleia da República ou viola o princípio fundamental da igualdade.
- Ineficácia: o decreto-lei não foi publicado, não se esgotou ainda a *vacatio legis* ou a sua eficácia estava dependente de uma condição que não se verificou, por exemplo a aprovação de um outro acto normativo de execução.

#### IV. Cessação da vigência das leis.

A. **Caducidade** (v. artigo 7º, nº 1, do Código Civil) – a lei deixa de vigorar em virtude da verificação superveniente de um facto por ela previsto (v.g. o decurso do prazo nas leis de vigência temporária) ou porque deixaram de existir os pressupostos que ditaram a sua aprovação (v.g. uma lei reguladora das condições de comercialização do azeite produzido na chamada zona da Reforma Agrária no Alentejo).

B. **Revogação** (v. artigo 7º, nºs 2, 3 e 4, do Código Civil) – a lei cessa a sua vigência por força de uma lei posterior (lei revogatória). Aspectos fundamentais do regime de revogação:

a) A revogação pode ser expressa, se resultar do enunciado expresso da lei revogatória, ou tácita, se o efeito revogatório se puder deduzir por via interpretativa, mormente porque existe uma “*incompatibilidade entre as novas disposições e as regras precedentes*” (v. artigo 7º, nº 2).

b) A revogação pode ser total (*abrogação*) ou parcial, caso em que se fala de *derrogação*.

c) Revogação global (a nova lei regula toda a matéria da lei anterior) e revogação individualizada (a nova lei revoga expressamente ou regula apenas uma parte das regras contidas na lei antiga).

d) Revogação e relações particulares entre leis – em princípio, qualquer lei pode revogar outra lei segundo a seguinte regra: lei nova revoga lei antiga. Duas excepções limitam este princípio: **1)** a existência de um desnível de natureza hierárquica, de tal modo que lei inferior não pode revogar lei superior (v.g. um decreto-lei de desenvolvimento não pode revogar, nem derrogar, a respectiva lei de bases – v. artigo 112º, nº 2, da Constituição); **2)** lei geral não revoga lei especial, salvo se for inequívoca a intenção revogatória do autor da lei geral nova (v. artigo 7º, nº 3, do Código Civil).

e) Revogação e repristinação – a cessação de vigência da lei revogatória não implica o renascimento da lei que por ela fora revogada (v. artigo 7º, nº 4, do Código Civil). O preceito do Código Civil é claro na exclusão do efeito repristinatório, mas não impede o Legislador de aprovar uma lei repristinatória. No domínio específico do controlo jurisdicional da constitucionalidade das normas, a Constituição Portuguesa explicitou como regra a natureza repristinatória da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral, em consonância com a sua eficácia retroactiva (v. artigo 282º, nº 1).

#### 45.2.2. Jurisprudência.

**45.2.2.1.** Noção – “*conjunto das decisões em que se exprime a orientação seguida pelos tribunais ao julgar os casos concretos que lhe são submetidos*” (v. João BAPTISTA MACHADO, *Introdução...*, cit., p. 162).

**45.2.2.2.** Relevância, em concreto no ordenamento português – é muito controvertida a questão do papel do Juiz no processo complexo de criação/interpretação da norma jurídica. A tradicional oposição entre, por um lado, os sistemas de direito continental e, por outro lado, os sistemas de direito anglo-americano ajuda a entender a diferente avaliação da jurisprudência como fonte do Direito. Nos Direitos de tradição romano-germânica – como é o nosso –, fiéis ao dogma da separação de poderes e à estrita limitação da competência do Juiz como mero aplicador da lei (“*Dans le gouvernement républicain, il est de la nature de la constitution que les juges suivent la lettre de la loi*”, sentenciava MONTESQUIEU, in *L’esprit des lois*, Livro VI, Capítulo III), a jurisprudência não

é, regra geral, considerada na sua vertente criadora. Pelo contrário, o sistema anglo-americano faz da jurisprudência a verdadeira chave do processo criador e evolutivo da normatividade vigente, através da regra do precedente – a doutrina definida na sentença torna-se vinculativa para os casos futuros materialmente idênticos.

Cumpre, no entanto, ressaltar que mesmo os sistemas de tradição legalista têm conhecido – e bem – uma evolução de sentido favorável ao reconhecimento da função criadora da jurisprudência (referência à *Escola de Direito Livre*, à *Jurisprudência dos interesses* e ao *activismo judicial*). Nas sociedades modernas, marcadas por uma acentuada erosão da autoridade ética do poder político, o Juiz emerge com acrescida responsabilidade na missão de “*administrar a justiça em nome do povo*” (v. artigo 202º, nº 1, da Constituição). Passando da fase de “obediência cega à lei” para a fase contemporânea de “obediência pensante”, o Juiz aplica e (re)cria a norma jurídica, como intérprete da consciência jurídica social. Segundo as palavras de A. CASTANHEIRA NEVES, o Juiz assume “*a responsabilidade ética de projecção comunitária*” (in “Entre o “Legislador”...”, cit., p. 43).

No ordenamento jurídico português, importa considerar como fontes jurisprudenciais do Direito os acórdãos do Tribunal Constitucional que revistam força obrigatória geral – proferidos nos termos dos artigos 281º, nºs 1 e 3 e 282º (processo de fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade) e publicados, como qualquer acto normativo, no Diário da República [v. artigo 119º, nº 1, alínea g)].

Até 1996, o instituto processual dos *assentos configurou* uma modalidade típica de criação pretoriana do Direito. Dispunha o artigo 2º do Código Civil, entretanto revogado pelo Decreto-Lei nº 329-A/95, de 12 de Dezembro: “*Nos casos declarados na lei, podem os tribunais fixar, por meio de assentos, doutrina com força obrigatória geral*”. No seu Acórdão de 7 de Dezembro de 1993, o Tribunal Constitucional considerou os assentos – cuja origem remonta ao reinado de D. Manuel I – contrários à Constituição, na medida em que violariam o princípio da tipicidade dos actos normativos vertido no artigo 112º, nº 6 (v. Acórdão nº 810/93, Proc. nº 474/88, publicado in D.R., II série, de 2 de Março de 1994 – sobre este acórdão, pode ver-se o comentário crítico de A. CASTANHEIRA NEVES, *O problema da constitucionalidade dos assentos*, Coimbra, 1994). O Juiz constitucional declarou a inconstitucionalidade dos assentos com força obrigatória geral no Acórdão nº 743/96, de 28 de Maio (publicado in D.R., I série-A, de 18 de Julho de 1996). Os assentos foram substituídos pelo instituto do *julgamento ampliado de revista* (v. artigos 732º-A e 732º-B, do Código de Processo Civil) que prevê, mediante decisão do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, a realização de um julgamento sobre o recurso com a intervenção do plenário das secções cíveis, de modo a assegurar a uniformidade da jurisprudência, que é, sublinhe-se, um objectivo fundamental da actividade jurisdicional (v. artigo 8º, nº 3, *in fine*, do Código Civil).

#### 45.2.3. Actos normativos dos particulares.

Uma breve referência merece a actividade jurídica dos particulares – pessoas físicas ou colectivas – no quadro das fontes do Direito. A conformação jurídica das relações sociais e económicas transforma os particulares em centros de produção normativa – não no mesmo plano

da produção legislativa, mas no sentido de complemento e de concretização do Direito de fonte constitucional ou legislativa. Entendemos, com efeito, que as fontes estaduais e públicas do Direito não esgotam a função criadora da sociedade, mas constituem o enquadramento básico para a afirmação legítima da normatividade infraestadual e privada. Alguns exemplos mais relevantes no nosso ordenamento jurídico:

- **convenção colectiva de trabalho:** convénio celebrado entre os sindicatos e as associações patronais com o objectivo de definir regras jurídicas aplicáveis às condições de prestação do trabalho numa determinada profissão ou empresa;
- **normas corporativas:** aprovadas por entidades de base institucional (v.g. fundações) ou corporativa (v.g. sindicatos, ordens profissionais), sob a forma de estatutos, regulamentos e regras internas, aplicáveis aos respectivos membros e associados. Importa, a este propósito, recordar o artigo 1º, nº 3, do Código Civil e dele fazer uma interpretação actualista, atendendo ao facto do sistema corporativo ter sido abolido na sequência da Revolução de 25 de Abril de 1974;
- **contratos e outros negócios jurídicos:** expressão do princípio fundamental da autonomia privada, tomam a forma de contratos-normativos, contratos-tipo, contratos de adesão, regulamentos de empresa; através deles os particulares estipulam direitos e obrigações cuja imperatividade nas relações intersubjectivas é equivalente à da regra jurídica de fonte legal, podendo mesmo prever mecanismos sancionatórios (v.g. cláusula penal – artigos 810º a 812º, do Código Civil).

#### 45.3. Fontes não voluntárias.

##### 45.3.1. O costume.

###### 45.3.1.1. Considerações preliminares.

O positivismo jurídico marcou de forma indelével a evolução do Direito nas sociedades modernas: seja no que se refere às fontes do Direito – conferindo à lei, como expressão escrita da vontade jurígena do poder político, o papel principal, senão mesmo exclusivo – seja no que se refere à publicização das formas de tutela. Outro factor que influenciou de modo determinante o sentido desta evolução foi a necessidade do Direito dar resposta a exigências de regulamentação de uma sociedade cada vez mais massificada e complexa. Note-se que a complexidade das sociedades hodiernas, patente na sua estrutura institucional e na constante mutação da natureza das relações sociais, reclama uma resposta do Direito que deve ser, ao mesmo tempo, rápida, tecnicamente adequada e coerente no plano sistemático. Esta dimensão ordenadora do Direito seria dificilmente compatível com um sistema de fontes de base consuetudinária no qual o costume assumisse uma função primordial de revelação constituinte do Direito.

O Legislador não pode banir o costume ou limitar a sua relevância como fonte do Direito. De uma perspectiva teórica, o costume é uma fonte não voluntária, imediata e autónoma que se situa no mesmo plano da lei. Acontece que o costume foi vítima do seu próprio criador: a realidade social que, em determinado contexto histórico e político,

rasgou o espaço normativo para abrir caminho às regras costumeiras, acabou por tomar um sentido que evidencia o anacronismo do costume ou, pelo menos, a sua relativa debilidade para medir forças com o poder regulador da lei. Por razões que são também sociológicas e políticas, o costume subsiste com uma relativa importância no âmbito regional e local, contribuindo, de resto, para cumprir um desiderato do Estado democrático que é o do respeito das diferenças, sobre as quais se sedimenta a identidade cultural de um povo.

NOTA COMPLEMENTAR: a doutrina diverge profundamente no que respeita ao fundamento de obrigatoriedade do costume. De um lado, estão aqueles que reconduzem a vinculatividade das normas costumeiras à vontade do Estado, traduzida de forma expressa (cláusulas de reconhecimento do costume) ou tácita (se não for rejeitado, é admitido) – neste sentido se pronuncia, por exemplo, I. GALVÃO TELLES, *Introdução...*, cit., vol. 1, p. 92; F. PIRES DE LIMA / J. ANTUNES VARELA, *Noções fundamentais de Direito Civil*, 6ª ed., Coimbra, 1973, p. 90; Afonso QUEIRÓ, “Costume”, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Lisboa, 1990, vol. III, p. 279). Com uma posição de princípio radicalmente oposta estão aqueles Autores que vislumbram no costume uma manifestação espontânea e verdadeira do *espírito do povo* (*Volksgeist*). De acordo com a visão romântica difundida no século XIX na Alemanha por SAVIGNY (Escola Histórica do Direito), o Direito era, a par da poesia, da literatura, da música, um fenómeno cultural, sendo o costume a fonte jurídica privilegiada. De uma forma ainda extrema, o jurista austríaco Eugen EHRLICH construiu, no princípio do século XX, a teoria de que o verdadeiro Direito era o “Direito vivo”, ou seja,

o conjunto de normas que efectivamente são respeitadas e aplicadas como obrigatórias pelos grupos sociais e que poderiam não coincidir com o Direito criado pelo Estado – entre nós, esta visão, seja nos seus pressupostos filosóficos seja nas suas consequências, é perfilhada por J. de OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito...*, cit., p. 253 e segs.

Entre uma e outra destas concepções doutrinárias, encontramos a generalidade da doutrina portuguesa que, com fundamento em argumentos um tanto diversos, converge no reconhecimento da obrigatoriedade autónoma, mas residual, do costume – v., entre outros, J. de CASTRO MENDES, *Introdução...*, cit., p. 116; J. DIAS MARQUES, *Introdução...*, cit., p. 88 e segs.; J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução...*, cit., p. 161; A. CASTANHEIRA NEVES, “Fontes de Direito (Contributo para a revisão do seu problema)”, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 1982, vol. 58, p. 232 e segs.; A. SANTOS JUSTO, *Introdução...*, cit., p. 210 e segs.; Marcelo REBELO DE SOUSA / Sofia GALVÃO, *Introdução...*, cit., p. 152; A. MENEZES CORDEIRO, “Costume”..., cit., p. 1347; A. VIEIRA CURA, “O costume...”, cit., p. 270.

#### 45.3.1.2. Noção.

O costume define-se como uma **prática social reiterada, à qual anda associado o sentimento ou a convicção da obrigatoriedade da norma que lhe corresponde.**

São dois os elementos estruturantes de uma norma costumeira ou consuetudinária:

- o elemento material ou objectivo (*corpus*), traduzido no comportamento constante e uniforme, que se prolonga por um determinado período de tempo, que podemos designar por uso;

- o elemento psicológico ou subjectivo (“animus”), concretizado no sentimento generalizado de que uma tal conduta é juridicamente exigível (“*opinio iuris vel necessitatis*”) – respeito este costume porque *devo* (imperativo categórico) e não porque simplesmente quero ou dele retiro alguma vantagem.

#### 45.3.1.3. A relação costume / lei.

- a) Costume *secundum legem*: verifica-se uma coincidência de conteúdo regulador entre norma costumeira e norma legal.
- b) Costume *practer legem*: a norma consuetudinária não colide com a norma de origem legal, mas extravasa o âmbito regulador da lei (costume integrativo).
- c) Costume *contra legem*: existe contradição ou oposição entre a norma revelada pelo costume e a norma criada pela lei.

#### 45.3.1.4. O costume no Direito Português actual.

O Código Civil não se refere ao costume na sede própria, que seria o Capítulo I consagrado às fontes do Direito. Apenas os usos – que, como vimos, não têm natureza obrigatória – são referidos no artigo 3º, com a explicitação de uma dupla condição: os usos não podem ser contrários aos princípios da boa fé e apenas são juridicamente atendíveis quando a lei o determine; finalmente, as normas corporativas prevalecem sobre os usos.

Em matéria de integração das lacunas da lei (v. infra Capítulo 10, nº 50), o Código Civil olvidou a eventual

relevância integrativa do costume (v. artigo 10º). E no que toca às causas de cessação de vigência da lei, o costume *contra legem* também foi ignorado. Tal não implica, insista-se, a irrelevância do costume como *fons iuris*, mormente na sua modalidade de *costume derogativo* que, por via do desuso (prática reiterada de não aplicação de uma lei), mina a efectividade da lei e pode assim conduzir à sua caducidade. Importa ainda chamar a atenção para o artigo 348º do Código Civil que torna possível a aplicação pelos tribunais portugueses de costumes, desde que deduzida prova sobre a sua existência e conteúdo. O costume é referido expressamente pelo artigo 1400º do Código Civil que regula a divisão de águas. Parece-nos que estamos perante uma cláusula de reconhecimento expresso do costume em sentido próprio; trata-se, com efeito, de uma norma cuja generalidade não pode ser contestada pelo facto de se tratar de uma prática estabelecida entre pessoas concretamente determinadas – esta prática vincula aquelas pessoas em função de uma qualidade objectiva, a de co-utente da água, que pode ser transmitida através da venda dos terrenos (generalidade sucessiva) – em sentido contrário, v. J. de OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito...*, cit., p. 261, nota 322.

No domínio específico do Direito Público: **1)** no Direito Constitucional, reconhece-se a relevância interpretativa e integrativa do costume e mesmo, a contragosto, o costume derogativo que, constituindo uma violação da Constituição, pode sobre ela prevalecer (v. Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, 4ª ed., Coimbra, 2000, Tomo II, p. 125); **2)** e também no Direito Administrativo (v. Marcelo REBELO DE SOUSA, *Lições de Direito*

*Administrativo*, Lisboa, 1999, vol. I, p. 60); **3**) e com particular expressão, no Direito Internacional Público, cuja normatividade de fonte consuetudinária faz “*parte integrante do direito português*” (v. artigo 8º, nº 1, da Constituição).

#### 45.3.2. Princípios gerais de Direito.

O Direito também se revela sob a forma de princípios gerais (v. supra *Capítulo 5, nº 26.4.*), cuja função conformadora e limitadora deve ser salientada. Não é uniforme a textura valorativa destes princípios: existem *princípios gerais de vocação universal* que, em função dos valores que visam garantir, transcendem a criação legislativa do Direito e vinculam mesmo o Legislador constituinte, como se verifica com a generalidade dos direitos proclamados pela Declaração Universal dos Direitos do Homem (v.g. o direito à vida e todos os direitos relacionados com o respeito e a protecção da dignidade da pessoa humana) e existem princípios gerais de vocação estadual que, podendo beneficiar de reconhecimento e aplicação no direito da generalidade dos Estados, se propõem enquadrar as normas vigentes no respectivo ordenamento jurídico. A sua relevância intrasistemática é particularmente sentida nos domínios da interpretação das normas jurídicas e da integração de lacunas, incarnando o que se pode designar com propriedade o “*espírito do sistema*” (v. artigo 10º, nº 3, do Código Civil) e constituindo o principal instrumento de garantia da “*unidade do sistema jurídico*” (v. artigo 9º, nº 1, do Código Civil).

No que respeita à sua origem, problema que se prende com a relação entre princípio fundamental e norma jurídica, podemos assentar que os princípios gerais de Direito se

transformam e se consolidam no ordenamento jurídico segundo dois métodos diferentes: **1**) por indução ou abstracção, tendo por base as normas jurídicas positivas do Direito vigente (v.g. princípio da autonomia local; princípio da audiência prévia dos interessados); **2**) por representação de valores suprapositivos, cuja função em relação ao Legislador é tripla: limitam, ao vedar determinadas soluções legais (v.g. princípio da igualdade; princípio da confiança legítima dos administrados); habilitam, ao postular o dever de legislar em determinadas áreas, prosseguindo determinados fins (v.g. princípio da igualdade na sua dimensão de discriminação positiva); e enquadram, na medida exacta em que a interpretação das normas legais e a integração das lacunas da lei devem estar subordinadas ao sentido destes princípios gerais (v.g. princípio da boa fé; princípio da subsidiariedade; princípio da proporcionalidade).

## 46. Figuras afins: equidade e doutrina

### 46.1. Considerações preliminares.

Mesmo partindo da distinção entre fontes formais e fontes materiais (v. supra *nº 45.1.*), não se afigura adequada a qualificação da equidade e da doutrina como fontes (materiais ou mediatas) do Direito. A equidade não revela, nem cria Direito – **constitui um critério de aplicação correctiva do Direito vigente**. Por seu lado, a doutrina representa no nosso ordenamento jurídico um instrumento relativamente importante no processo de aplicação das normas e pode constituir um factor determinante de alteração no sistema jurídico – como o serão outras ciências (v.g. a Sociologia e a Economia Política) ou o dinamismo das chamadas forças vivas da sociedade (v.g. o papel dos sindicatos,

associações patronais, organizações não governamentais) – mas não chega para a elevar à condição de verdadeira fonte do Direito.

**46.2. Equidade** – O Código Civil tipifica o valor da equidade no Capítulo dedicado às fontes do Direito (v. artigo 4º), seguindo uma orientação sistemática que não é rigorosa do ponto de vista conceptual. O recurso à equidade pelos tribunais depende do preenchimento de uma das seguintes condições:

- previsão na lei (v.g. artigos 339º, nº 2, 437º, nº 1, 489º, nº 1, 992º, nº 3, 1407º, nº 2, do Código Civil);
- acordo das partes no quadro de relações jurídicas de natureza disponível;
- cláusula compromissória que o preveja.

Mas, o que é a equidade? A sua relevância no Direito é muito antiga, emergindo no Direito Romano como uma solução para evitar os malefícios da conhecida máxima “*summum ius, summa iniuria*” (“muito direito, muita injustiça” – uma aplicação estrita e rígida da norma abre a porta à injustiça). Já antes ARISTÓTELES via a equidade como a *justiça do caso concreto*. De uma perspectiva funcional, a equidade consubstancia um juízo de valor que se apresenta como sinónimo de “*imparcialidade, lealdade, benevolência, solicitude pessoal para lá do que é imposto pelo direito estrito, ou como o que é imposto pelo sentido de justiça (...)*” (v. Fernando ARAÚJO, *Os sentidos...*, cit., p. 900).

Em rigor, a procura de uma solução equitativa como resultado da aplicação do Direito vigente deve ser entendido como um critério orientador da actuação do Juiz e, nesta acepção, é um princípio fundamental derivado da própria

ideia de Justiça. A referência do artigo 4º do Código Civil à equidade ultrapassa o assinalado truísmo para atribuir à equidade funções específicas de: **1)** critério de integração de lacunas do sistema jurídico; **2)** critério de aplicação correctiva da lei; **3)** critério de substituição da lei.

**46.3. Doutrina** – conjunto das opiniões ou pareceres dos juristas em que estes apresentam e desenvolvem, em bases científicas e doutrinárias, as suas concepções sobre a interpretação e a integração do Direito, sob a forma de obras académicas (tratados, manuais, monografias), anotações de jurisprudência ou peças de opinião jurídica sobre questões concretas (pareceres).

No Direito Romano, a *iurisprudentia* foi a fonte mais importante, com as opiniões de um rol restrito de juristas a gozarem do privilégio da autoridade. No caso de lacuna ou de dúvida de interpretação da lei, o juiz era obrigado a resolver o caso de harmonia com a opinião desses reputados juristas e, mais tarde, tendo como referência a chamada *opinião comum dos doutores*. Entre nós, a relevância vinculativa da doutrina perdurou até à Lei da Boa Razão (1769).

Nas sociedades modernas, de matriz democrática, seria inconcebível atribuir à autoridade científica dos juristas – por maior que seja a sua ciência e por mais equilibrado que seja o seu sentido de justiça – uma função de revelação de normas jurídicas ou de vinculação do decisor judicial. Não deve, contudo, ser desvalorizado o papel efectivo da doutrina na influência que pode exercer junto do Legislador e do Juiz. Refira-se, a este propósito, a presença um tanto excessiva e escusada da doutrina na fundamentação das sentenças, sob a forma de profusas citações dos autores mais representativos, mesmo ao nível dos tribunais supremos.

## 47. As fontes extraestaduais: o Direito Internacional Público e o Direito da União Europeia

### 47.1. Considerações preliminares.

Na ordem jurídica portuguesa aplicam-se e produzem efeitos jurídicos normas criadas ou reveladas por fontes de Direito Internacional Público e de Direito da União Europeia. Cada ordenamento jurídico tem as suas próprias fontes, cuja eficácia jurídica é própria e autonomamente definida. Duas notas principais se impõem a propósito da relação entre fontes de diferentes ordens jurídicas: em primeiro lugar, a fonte pode ser comum do ponto de vista conceptual – por exemplo, o costume ou os princípios gerais de Direito –, mas a sua exacta configuração, no plano da gestação da norma jurídica e no plano da importância reguladora das normas criadas, pode ser substancialmente diferente, porque dependente de características inerentes à existência e ao funcionamento do respectivo ordenamento jurídico; em segundo lugar, a autonomia recíproca dos ordenamentos jurídicos não é – nem podia ser – incompatível com a aplicação interna de normas ou princípios jurídicos exteriormente criados ou revelados. A vigência no ordenamento jurídico estadual destas normas jurídicas fica, contudo, dependente de cláusulas constitucionais de reconhecimento ou de recepção das normas constituídas segundo os processos de revelação e de criação regulados pelo Direito Internacional Público e pelo Direito Comunitário.

A Constituição Portuguesa pode ser considerada como um dos textos constitucionais mais “abertos” à vigência e eficácia interna de normas e princípios de origem extraestadual:

- *Direito Internacional Geral ou Comum*: cláusula de recepção automática (v. artigo 8º, nº 1, corroborado pelas referências aos princípios de Direito Internacional dos artigos 7º, nº 1, 16º, nº 2 e 29º, nº 2);
- *Direito Internacional Convencional*: cláusula de recepção plena condicionada (v. artigos 8º, nº 2 e 277º, nº 2);
- *Direito da União Europeia* (e Direito resultante de actos aprovados pelos órgãos competentes de outras organizações internacionais de que Portugal seja parte): cláusula de recepção automática e directa (v. artigo 8º, nº 3, conjugado com a disposição do artigo 7º, nº 6).

A caracterização que se segue das fontes do Direito Internacional Público e do Direito da União Europeia é meramente introdutória, limitando-se à sua apresentação sumária. Fica reservado o seu estudo desenvolvido para as disciplinas de Direito Internacional Público I e Direito Comunitário I.

### 47.2. Fontes do Direito Internacional Público.

#### 47.2.1. A enumeração constante do artigo 38º do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça

- **47.2.1.1.** Convenção ou tratado – acordo de vontades concluído sob forma escrita entre sujeitos de Direito Internacional (v.g. Estado, Organizações Internacionais), regido pelo Direito Internacional e do qual resultam direitos e obrigações para as partes contratantes. Outras expressões utilizadas: protocolo, estatuto, carta, pacto, acta geral ou final, compromisso. Procedimento internacional de celebração – referência ao Direito dos Tratados (remissão para as chamadas Convenções de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969 e de 1986).

Procedimento interno de vinculação internacional – aprovação e ratificação de convenções internacionais pela República Portuguesa [v. artigos 8º, nº 2, 161º, alínea i), 197º, nº 1, alíneas b) e c), 115º, nºs 3 e 5, 134º, alínea b), 135º, alínea b), 140º, 278º, nº 1, 279º e 119º, nº 1, alínea b) da Constituição].

**47.2.1.2.** Costume internacional – manifestação de uma “*prática geral aceite como direito*” [v. artigo 38º, nº 1, alínea b), do Estatuto].

Relevância do costume no sistema internacional de fontes.

Elementos do costume: elemento material e elemento psicológico (especificidade no domínio da normatividade internacional).

Costume universal, costume regional e costume local: noção e relevância.

**47.2.1.3.** Princípios gerais de Direito – princípios “*reconhecidos pelas nações civilizadas*” [v. artigo 38º, nº 1, alínea c) do Estatuto].

Anacronismo da expressão “*nações civilizadas*”.

Princípios gerais de direito e “*jus cogens*”.

Exemplificação.

**47.2.1.4.** Jurisprudência e doutrina.

São meios auxiliares para a determinação das regras de direito (ou fontes materiais).

Justiça internacional e soberania dos Estados.

**47.2.1.5.** Equidade – critério de decisão do litígio concreto, dependente de acordo prévio das partes.

**47.2.2.** Outras fontes: o acto jurídico internacional de natureza unilateral.

**47.2.2.1.** Noção: acto de vontade manifestada pelos órgãos competentes dos Estados ou das Organizações Internacionais dos quais resultam efeitos jurídicos que são internacionalmente relevantes.

**47.2.2.2.** Actos jurídicos unilaterais autónomos ou principais: promessa, protesto, reconhecimento, renúncia, notificação.

**47.2.2.3.** Actos jurídicos unilaterais não autónomos: os actos de vontade das Organizações Internacionais, adoptados com base no respectivo tratado fundacional (v.g. Resolução do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas).

**47.3.** Relação entre Direito Internacional Público e Direito Interno.

Modelos teóricos: dualismo e monismo

A Constituição Portuguesa e a relevância interna do Direito Internacional Público: monismo, mediante recepção, com primado suprallegal, mas infraconstitucional, das normas internacionais; com primado supraconstitucional no caso das normas internacionais de *jus cogens*.

NOTA BIBLIOGRÁFICA: Sobre as fontes do Direito Internacional Público e a sua relação com o Direito Português, v., na doutrina portuguesa, André GONÇALVES PEREIRA / Fausto de QUADROS, *Manual de Direito Internacional Público*, 3ª ed., Coimbra, 1993, p. 106 e segs.; Jorge MIRANDA, *Curso de Direito Internacional Público*, Lisboa, 2002, p. 39 e segs.

#### 47.4. Fontes do Direito da União Europeia.

**47.4.1.** Direito originário ou primário – formado pelos tratados institutivos das duas Comunidades Europeias [Comunidade Europeia (CE) e Comunidade Europeia da Energia Atómica (CEEa)] e da União Europeia (UE), bem como pelos sucessivos tratados de revisão e de adesão de novos Estados-membros. São tratados internacionais celebrados pelos Estados-membros – actualmente, quinze Estados (Bélgica, Dinamarca, Alemanha, Grécia, Espanha, França, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Países Baixos, Áustria, Portugal, Finlândia, Suécia e Reino Unido) – que regulam os aspectos fundamentais relacionados com a existência e o funcionamento da União Europeia. Como Direito Internacional de fonte convencional vigoram no ordenamento jurídico português nos termos definidos pela cláusula de recepção do artigo 8º, nº 2, da Constituição.

**47.4.2.** Direito derivado ou secundário – esta expressão designa o conjunto de actos unilaterais adoptados pelos órgãos próprios das Comunidades Europeias e da União Europeia, que podem ser:

**A.** Actos típicos – previstos e caracterizados no artigo 249º do Tratado da Comunidade Europeia:

a) **Regulamento** – verdadeiro acto normativo das Comunidades Europeias, é geral e obrigatório; tem como destinatários tanto os Estados-membros quanto os particulares e é directamente aplicável no território de todos os Estados-membros.

b) **Directiva** – tem os Estados-membros como destinatários formais, embora possa constituir fonte de direitos para os particulares; é o instrumento por excelência de harmonização

das legislações dos Estados-membros em ordem a garantir o funcionamento do mercado interno; vincula os Estados-membros quanto ao resultado a alcançar, mas consente ao decisor nacional a escolha quanto à forma e aos meios; ao contrário do regulamento, a directiva não é directamente aplicável, pelo que a sua aplicação interna depende de um acto de transposição para o Direito Português – lei ou decreto-lei, nos termos do artigo 112º, nº 2, da Constituição.

c) **Decisão** – acto obrigatório, de âmbito individual e concreto, pode ter como destinatário qualquer Estado-membro, qualquer outro ente público ou ente privado (pessoa física ou colectiva).

d) **Recomendações e pareceres** – carecem de valor obrigatório, mas têm relevância jurídica, mormente no plano interpretativo; as recomendações são formuladas por iniciativa própria do órgão autor e os pareceres são emitidos a pedido de outro órgão.

**B.** Actos atípicos – previstos nos Tratados ou resultantes da prática institucional, trata-se de um conjunto muito vasto e heterogéneo de actos, cujo verdadeiro alcance jurídico depende do seu conteúdo e não da sua designação (v.g. moções, cartas, comunicações, orientações, programas de acção, linhas orientadoras, acordos interinstitucionais, posições comuns).

#### 47.4.3. Outras fontes.

**47.4.3.1. Direito Internacional Público** – as regras internacionais de fonte geral ou comum (costume e princípios gerais de Direito) também obrigam as Comunidades Europeias e, por consequência, os Estados-membros que as integram; por outro lado, as Comunidades Europeias podem celebrar tratados internacionais e os seus

efeitos vinculam os Estados-membros, pelo que são também aplicáveis na ordem jurídica portuguesa (v. artigo 300º do Tratado da Comunidade Europeia).

**47.4.3.2. Jurisprudência** – decisões dos dois tribunais comunitários (Tribunal de Justiça e Tribunal de Primeira Instância), cuja relevância é equivalente à da jurisprudência nos sistemas de matriz anglo-americana; para além do efeito de precedente, a jurisprudência comunitária ultrapassa a função de singela interpretação das normas existentes para se arrogar, com assumido voluntarismo, função de decisão de acordo com uma “*certa ideia da Europa*”. Assinale-se, ainda, a importância da jurisprudência na identificação de princípios gerais de Direito comunitariamente relevantes, de origem internacional ou de origem estadual.

**47.5. Direito da União Europeia e Direito Interno: critérios fundamentais de articulação.**

**47.5.1. Primado:** resulta da jurisprudência comunitária, com base na interpretação que é feita da especificidade do Direito da União Europeia, que as normas e princípios comunitários prevalecem sobre o Direito Interno. Na hipótese de um conflito que oponha a norma comunitária à norma nacional, a solução tem de ser encontrada no regime jurídico comunitário, mesmo que tal implique a exclusão de uma norma interna de nível constitucional. Fundamento e limites do primado supraconstitucional (breve referência aos aspectos teóricos do problema e aos artigos 8º, nº 3 e 7º, nº 6, da Constituição).

**47.5.2. Aplicabilidade directa:** a norma comunitária directamente aplicável (v.g. normas contidas em regulamentos comunitários) produz efeitos na ordem interna dos Estados-membros sem necessidade de qualquer acto de recepção, transposição ou intermediação – a partir do momento em que vigora na ordem jurídica comunitária (v. artigo 254º do Tratado da Comunidade Europeia) passa a vigorar na ordem jurídica portuguesa. Fundamento constitucional: artigo 8º, nº 3.

**47.5.3. Efeito directo:** concebido pela jurisprudência comunitária como atributo possível das normas dos tratados institutivos e das directivas, o efeito directo define-se como a susceptibilidade de invocação pelo particular da norma comunitária no âmbito de um litígio em que é parte, junto dos tribunais nacionais. Em virtude do reconhecimento do efeito directo às normas claras, precisas e incondicionais nos seus termos, o particular transforma-se em verdadeiro destinatário da norma comunitária, como titular de direitos (efeito directo vertical) ou como pólo de sujeição a deveres (efeito directo horizontal). Note-se que da conjugação do princípio do primado com a aplicabilidade directa e o efeito directo, resulta a possibilidade de um particular fazer valer perante um tribunal português, numa relação de litígio que o opõe aos poderes públicos ou a outro particular, um direito previsto nos tratados institutivos, num regulamento ou numa directiva. Para respeitar as exigências do primado, da aplicabilidade directa ou do efeito directo, o tribunal português deverá aplicar a norma comunitária em vez da norma portuguesa contrária que regula a mesma matéria (inaplicabilidade). Com uma ressalva: se o direito invocado resultar de norma constante de uma directiva comunitária, o particular não pode impor o seu

reconhecimento judicial no quadro de uma relação de litígio que o opõe a outros particulares, uma vez que o Juiz comunitário mantém o entendimento de que as directivas não constituem fonte directa de obrigações para os particulares.

Fundamento constitucional (indirecto): artigo 8º, nº 3.

NOTA BIBLIOGRÁFICA: Sobre as fontes do Direito Comunitário e o problema da sua relação com o Direito Português, v., na doutrina portuguesa, João MOTA DE CAMPOS, *Manual de Direito Comunitário*, 2ª ed., Lisboa, 2001, p. 283 e segs.; Maria Luísa DUARTE, “O Tratado da União Europeia e a garantia da Constituição (notas de uma reflexão crítica)”, in *Estudos em Memória do Professor João de Castro Mendes*, Lisboa, 1995, p. 667 e segs.

## 48. O problema da hierarquia das fontes

### 48.1. Considerações preliminares.

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas que se situam no mesmo plano (v. supra *Capítulo 7, nº 34.1.*); ao contrário, e como ensina KELSEN, a ordem jurídica é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas, relativamente posicionadas segundo o modelo de supra e infraordenação (v. *Teoria Pura do Direito*, 4ª ed., 1979, p. 308).

A hierarquia é uma verdadeira “condição existencial” da ordem jurídica: estamos perante um pressuposto de *hierarquia de normas* e não perante um princípio de hierarquia de fontes, que se revela um equívoco. Não é possível estabelecer um critério de prevalência hierárquica entre, por exemplo, a lei e o costume, ou o costume e os

princípios gerais de Direito. Mas já é possível – e imperioso – determinar as relações recíprocas de supra e infraordenação entre normas, com apelo ao critério da base jurídica: a norma constitucional é hierarquicamente superior à norma legal ordinária porque regula a sua produção e constitui o seu fundamento jurídico; e o mesmo raciocínio se aplica, do topo à base, da pirâmide normativa. Perguntar-se-á: e no caso do costume *contra legem*, pode sobrepor-se à própria lei? Pode, mas esta possibilidade não depende de uma relação de hierarquia entre costume e lei – que não existe –, mas depende, em primeiro lugar, de uma apreensão favorável à relevância autónoma do costume e, em segundo lugar, da aceitação de um critério elementar de efectividade que atenda à autoridade espontânea de um comportamento social para afastar o comando legal. Num outro plano de análise, a relevância dos princípios gerais de Direito não se reconduz ao critério da base jurídica, nem pode reclamar um enquadramento abstracto. Na verdade, a posição ocupada pelos princípios gerais de Direito na estrutura escalonada da ordem jurídica depende da sua matriz valorativa – existem princípios, como o relativo ao respeito dos Direitos do Homem, que estão no topo da pirâmide normativa, constituindo mesmo um limite ao poder constituinte; existem outros princípios cuja interpretação e aplicação se faz no quadro definido pela Constituição e concretizada pela lei (por exemplo, o princípio do contraditório no Direito Processual ou o princípio da transparência no procedimento administrativo).

Não é de natureza hierárquica a relação entre uma lei aprovada pelos órgãos de soberania (lei ou decreto-lei) e um decreto legislativo regional: a Constituição define a competência legislativa das regiões autónomas em função da matéria [v. artigo 227º, nº 1, alíneas a), b) e c)] e determina que os decretos legislativos regionais devem

respeitar “*os princípios fundamentais das leis gerais da República*” (v. artigo 112º, nº 4), no quadro de uma relação de subordinação funcional.

As questões até aqui abordadas respeitam apenas a uma parte do problema: a hierarquia entre normas do sistema jurídico. Acontece, como vimos, que o sistema jurídico estadual funciona como um “sistema aberto” à vigência e à eficácia de normas de Direito Internacional Público e – no caso português – também de Direito da União Europeia. Cumpre, então, perguntar: qual a relação entre uma norma constante de um tratado internacional e uma norma prevista numa lei da Assembleia da República? Qual a relação entre uma norma contida num regulamento comunitário e a norma vertida num decreto-lei do Governo? Estas questões suscitam problemas de análise muito complexa. Encurtando razões – que deverão ser escrutinadas no estudo aprofundado das matérias do Direito Constitucional, do Direito Internacional Público e do Direito da União Europeia –, defendemos os seguintes princípios: **1) Relação Direito Internacional Público / Direito Português** – as normas internacionais de natureza cogente, logo insusceptível de derrogação (*jus cogens*) prevalecem sobre qualquer norma interna, mesmo de grau constitucional; no que toca às outras normas internacionais, em especial as de fonte pactícia, defendemos, com fundamento na própria Constituição, que, em caso de conflito, prevalecem sobre as normas internas de valor legal, mas não podem violar a Constituição (v. artigos 8º, nº 2, 227º, nº 2 e 281º, nº 1); **2) Relação Direito da União Europeia / Direito Português** – o primado, tanto do Direito originário quanto do Direito derivado, tem sido enunciado pela jurisprudência comunitária desde a década de sessenta como uma condição absoluta e incondicional de prevalência da norma comunitária

sobre a norma interna, de estalão constitucional ou infraconstitucional, justificado como uma exigência inerente à especificidade de um direito de integração (leia-se, limitação) das soberanias dos Estados-membros. Sem prejuízo da justeza destas razões, importa realçar dois aspectos fundamentais: em primeiro lugar, não existe qualquer relação de natureza hierárquica entre o Direito da União Europeia e o Direito Interno; com efeito, a norma comunitária prevalece, em caso de conflito, sobre a norma estadual, não porque seja superior, mas porque disciplina uma matéria cuja regulação os Estados-membros decidiram confiar aos órgãos da União Europeia (critério da prevalência material); em segundo lugar, o fundamento do primado da norma comunitária e as suas consequências no plano do desvalor da norma interna contrária estão previstos, de modo expresso ou implícito, na própria Constituição, através das chamadas “cláusulas de limitação da soberania” e segundo um princípio contratualista ou de auto-limitação das prerrogativas de soberania (v. artigo 7º, nº 6, da Constituição). Finalmente, a Constituição não deve prever o princípio do primado supraconstitucional, sob pena de contradição com a própria ideia de norma fundamental. Mesmo que, por consideração de exigências específicas do Direito da União Europeia, se admita a prevalência da norma comunitária sobre a norma constitucional, é importante assinalar a existência de um núcleo duro de princípios e valores na Constituição que não podem ser postos em causa ou derogados pelo decisor comunitário, pela singela e definitiva razão que também não podem ser violados pelo decisor nacional – assim acontece, por exemplo, com os Direitos Fundamentais, o princípio democrático de organização política do Estado ou a independência dos tribunais.

#### 48.2. A hierarquia no ordenamento jurídico português.

Recordando a caracterização que foi feita das formas de criação e de revelação de normas jurídicas existentes na ordem jurídica portuguesa, e tendo presente os critérios fundamentais que acabamos de enunciar, podemos construir, sob forma esquemática, a seguinte estrutura escalonada, cujo fundamento jurídico é – e só pode ser – a Constituição:

- Constituição formal, que condiciona as leis de revisão constitucional;
- (Direito Internacional Público/Direito da União Europeia);
- Lei em sentido formal;
- Acórdãos do Tribunal Constitucional, que declaram a inconstitucionalidade com força obrigatória geral;
- Actos da Administração Pública, de natureza normativa (regulamentos)
- Actos da Administração Pública, individuais e concretos;
- Actos contratuais ou unilaterais dos particulares.

#### **Bibliografia básica:**

CASTRO MENDES, João

- *Introdução ao Estudo do Direito*, Lisboa, 1994, p. 77 e segs.

DIAS MARQUES, José

- *Introdução ao Estudo do Direito*, 2ª ed., Lisboa, 1994, p. 81 e segs.

GALVÃO TELLES, Inocêncio

- *Introdução ao Estudo do Direito*, Coimbra Ed., vol. I, 11ª ed., 1999, p. 49 e segs.

OLIVEIRA ASCENSÃO, José

- *O Direito. Introdução e Teoria geral*, 11ª ed., Coimbra, Almedina, 2001, p. 243 e segs.

REBELO DE SOUSA, Marcelo / GALVÃO, Sofia

- *Introdução ao Estudo do Direito*, 5ª ed., Lisboa, Lex, 2000, p. 149 e segs.

SANTOS JUSTO, A.

- *Introdução ao Estudo do Direito*, Coimbra Ed., 2001, p. 181 e segs.

#### **Bibliografia complementar:**

ARAÚJO, Fernando

- “Os sentidos de *aequitas* em Marco Túlio Cícero”, in *Estudos em homenagem ao Professor Inocêncio Galvão Telles*, Coimbra, 2002, vol. I, p. 875.

BALAGUER, F.

- *Fuentes del Derecho*, Madrid, 1991, vol. I.

BAPTISTA MACHADO, João

- *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, 6ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 1993, p. 153 e segs.

BRONZE, Fernando J.

- *Lições de Introdução ao Direito*, Coimbra Ed., 2002, p. 625 e segs.

BULYGIN, E.

- “Sentencia judicial y creación del Derecho”, in C. E. Alchourrón, e outro (coord.), *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, 1991, p. 350.

CASTANHEIRA NEVES, A.

- *Fontes do Direito. Contributo para a revisão do seu problema*, Coimbra, 1985.
- “Entre o “Legislador”, a “Sociedade” e o “Juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”. Os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito”, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 1998, vol. 74, p. 1-44.
- “Fontes do Direito”, in *Polis*, 1984, vol. II, p. 151-1578.

DUARTE, David, e outros

- *Legística. Perspectivas sobre a concepção e redacção dos actos normativos*, Coimbra, 2002.

GOMES CANOTILHO, J. J.

- *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4ª ed., Coimbra, 2000.

GROSSI, P. F.

- *Considerazioni introduttive per uno studio sulla fonti*, 4ª ed., Roma, 1999.

GUASTINI, R.

- *Le fonti del Diritto e l'interpretazione*, Milão, 1993.

HERNADEZ MARÍN, R.

- *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 87 e segs.

LATORRE, Angel

- *Introdução ao Direito*, 3ª reimpressão, Coimbra, 1997, p. 67 e segs.

MENEZES CORDEIRO, A.

- “Costume”, in *Polis*, 1983, vol. 1, p. 1347.

MIRANDA, Jorge

- *Manual de Direito Constitucional*, 2ª ed., Coimbra, 2000, Tomo V.
- “Lei”, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Lisboa, 1993, vol. V, p. 353.

PECES-BARBA, G., e outros

- *Curso de Teoría del Derecho*, Madrid, 1999, p. 203 e segs.

PÉREZ-LUÑO

- *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, Sevilha, 1993.

REALE, Miguel

- *Fontes e modelos de Direito*, S. Paulo, 1994.

REBELO DE SOUSA, Marcelo

- *O valor jurídico do acto inconstitucional*, Lisboa, 1988.

VIEIRA CURA, A. A.

- “O costume como fonte de Direito em Portugal”, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 1998, vol. 74, p. 241-272.

## CAPÍTULO 10

### A INTERPRETAÇÃO E A APLICAÇÃO DO DIREITO

#### SUMÁRIO:

**49.** A interpretação do Direito. **50.** Lacunas e integração. **51.** Interpretação, integração e aplicação: relação cronológica ou metodológica? **52.** Aplicação da norma no tempo. **53.** Aplicação da norma no espaço.

#### **49. A interpretação do Direito**

##### **49.1. Noção.**

A interpretação tem por objecto a determinação do sentido e alcance da norma jurídica ou – dito de um modo que é mais abrangente – **a interpretação visa a exacta demarcação do espaço de significação da norma na perspectiva de nela identificar um critério operativo de qualificação e de decisão de casos concretos.**

A interpretação pode ser entendida numa acepção mais restrita de determinação do sentido das normas jurídicas ou, numa perspectiva mais ampla, que abraça também o processo de resolução dos casos omissos, comumente designado por *integração de lacunas*.

A descoberta do sentido da norma requer **sempre** um exercício de interpretação. É, pois, um paradoxo afirmar a desnecessidade da interpretação de um texto claro – como faziam os juristas medievais e foi proclamado no proémio da Lei da Boa Razão de 18 de Agosto de 1769 através da regra “*in claris non fit interpretatio*”: o apuramento do sentido claro e inequívoco é já o resultado da interpretação.

A técnica de interpretação é designada por **hermenêutica**. Importa frisar que a hermenêutica jurídica “*não é tanto uma ciência que possa ensinar-se, como uma arte que deve aprender-se (...)*” (WINDSCHEID, citado por Manuel de ANDRADE, *Ensaio...*, cit., p. 19, nota 1). O acto de interpretação jurídica é o resultado de um processo intelectual que associa, por um lado, competências técnicas e científicas transmitidas através da aprendizagem e consolidadas pela prática (técnica jurídica) e, por outro lado, faculdades pessoais que correspondem à intuição própria do jurista enquanto indivíduo para compreender o fenómeno jurídico (intuição jurídica, designada por alguns pela expressão mais sugestiva de *faro jurídico*) – estes dois aspectos tornam a interpretação um exercício razoavelmente subjectivo e inesperado nos seus resultados.

#### 49.2. Sujeitos da interpretação.

**49.2.1. Auto-interpretação:** realizada pelo órgão que elaborou a norma interpretada, que pode ser autêntica se a norma interpretativa revestir forma equivalente ou mais solene do que a norma interpretada (v.g. um decreto-lei do Governo que interpreta um decreto-lei anterior) ou oficial não-autêntica (v.g. a interpretação de um acto legislativo por nota oficiosa ou por despacho). Considera-se ainda interpretação autêntica a que provem de órgão diferente, mas com uma força igual ou superior à da norma interpretada (hetero-interpretação). O artigo 13º, nº 1, do Código Civil fixa os efeitos da interpretação autêntica: *a lei interpretativa integra-se na lei interpretada*.

**49.2.2. Hetero-interpretação:** realizada por órgão ou entidade diferente daquele que adoptou a norma interpretada, pode ser pública, se levada a cabo pelos órgãos político-

-legislativos, pelos tribunais ou pela Administração Pública, ou privada, quando feita por um particular, cidadão comum (v. artigo 6º, do Código Civil) ou jurista qualificado, correspondendo neste caso à *interpretação doutrinal* em sentido próprio.

#### 49.3. Objectivos da interpretação.

**49.3.1. Corrente subjectivista** – a norma deveria ser interpretada com o fim de captar a vontade ou intenção do Legislador vertida no texto da norma (*mens ou voluntas legislatoris*).

Principais críticas:

- não se deve confundir a vontade do legislador com a vontade do redactor da lei, contingente e historicamente datada;
- a vontade do Legislador tem a relevância político-institucional do Estado que a enquadra: não é subjectiva, é objectiva.

**49.3.2. Corrente objectivista** – emerge na segunda metade do século XIX, defendida por destacados autores da ciência jurídica alemã (RADBRUCK, KOHLER), esta nova teoria visa apartar a interpretação da vontade (subjectiva) do Legislador e procura o sentido que corresponde à norma como realidade que se autonomizou do seu criador e ganhou, por isso, um significado próprio.

Principais críticas:

- a objectivação do sentido jurídico pode levar o intérprete, e concretamente o Juiz, a adoptar soluções que põem em causa o poder constituído e a separação de poderes;

- no limite, o subjectivismo do Legislador seria substituído, sob pretexto do objectivismo, pelo subjectivismo do Juiz.

**49.3.3. Corrente historicista** – a interpretação visa reconstruir o sentido da norma no momento da sua feitura, por referência à vontade do Legislador (corrente subjectivista-historicista) ou ao seu sentido objectivado (corrente objectivista-historicista).

Principais críticas:

- não atende à inelutável variação histórica das circunstâncias económicas, sociais e políticas que influenciaram a criação da norma jurídica;
- limita ou prejudica totalmente a vocação duradoura da norma jurídica.

**49.3.4. Corrente actualista** – a interpretação deve determinar o sentido e alcance da norma jurídica no momento em que a sua invocação é pertinente para solucionar um caso concreto.

**49.3.5. Posição actual dominante:**

- preferência por construções ecléticas que permitam incorporar, na medida do possível, os aspectos positivos das correntes tradicionais;
- a interpretação deve ser tendencialmente objectivista e assumidamente actualista;
- o artigo 9º, nº 1, do Código Civil reflecte esta concepção quando refere o “*pensamento legislativo*”, mas não o pensamento ou a vontade do Legislador (i); quando menciona “*as circunstâncias em que a lei foi elaborada*” e “*as condições específicas do tempo em que é aplicado*”

(note-se que o actualismo não é incompatível com a devida consideração dos aspectos históricos que marcaram o nascimento da lei, que constituem a *occasio legis*).

Em suma: **a interpretação visa reconstruir o pensamento legislativo objectivado na norma jurídica como fonte actual de critérios relevantes de decisão de casos concretos.**

**49.4. Elementos da interpretação.**

**49.4.1. Considerações preliminares.**

A linguagem jurídica coloca problemas específicos e complexos de descodificação:

- *problemas sintácticos*, relativos à conexão relativa das palavras no contexto do enunciado jurídico;
- *problemas lógicos*, que respeitam à existência de possíveis antinomias ou contradições no seio de uma mesma norma jurídica ou entre normas jurídicas de um mesmo sistema jurídico;
- *problemas semânticos*, que impõem ao intérprete o dever de identificar o significado das palavras e das expressões no contexto da mensagem normativa.

A interpretação jurídica não se esgota num exercício frio de técnica e argumentação. Existe uma necessária dimensão valorativa no acto de interpretar a norma jurídica: no plano subjectivo, porque o intérprete não é política ou valorativamente neutro e parte, na verdade, de uma certa concepção sobre o Direito e as relações sociais (precompreensão); no plano objectivo, porque um sistema jurídico concretiza, na sua coerência global, uma determinada escala de valores e de

princípios que devem ser atendidos no acto de interpretação, com particular ênfase nos casos de solução jurídica controversa.

Os chamados elementos da interpretação são, afinal, as ferramentas que o intérprete utiliza no processo hermenêutico, cujas dificuldades e particularidades foram sumariamente apresentadas.

**49.4.2. Elemento literal ou gramatical** – o primeiro dos factores hermenêuticos é, naturalmente, a letra da lei. A interpretação centrada no elemento literal é designada por exegese. A primeira tarefa do intérprete é ler a norma e compreender o sentido (morfológico e sintáctico) das suas palavras. A **interpretação literal é necessária** (“*Não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso*” – artigo 9º, nº 2, do Código Civil), **mas não é suficiente** (“*A interpretação não deve cingir-se à letra da lei (...)*” – artigo 9º, nº 1, do Código Civil). A letra da lei goza, contudo, da presunção de que o “*legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados*” (v. artigo 9º, nº 3, do Código Civil).

Em suma: a letra da lei é o ponto de partida e condiciona, sem esgotar, o resultado da interpretação que envolve o recurso aos elementos extraliterais.

#### **49.4.3. Elementos extraliterais ou lógicos.**

**49.4.3.1. Elemento histórico** – valoriza os factores relacionados com a génese da norma: **1)** as circunstâncias sociais, económicas ou políticas (“*occasio legis*”); **2)** os

precedentes normativos (normas nacionais ou estrangeiras que influenciaram o processo de formação da norma interpretada); e **3)** os trabalhos preparatórios (conjunto de anteprojectos, projectos, actases propostas que ajudem a perceber as vicissitudes do processo de decisão normativa).

Não se trata de determinar a vontade histórica do redactor da lei – esta é apenas um factor a considerar. Importante é conhecer os antecedentes históricos para melhor conduzir a averiguação hermenêutica do sentido actual da norma jurídica. O artigo 9º, nº 1, do Código Civil confere relevância ao elemento histórico ao impor que a interpretação deve “*reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo (...)*” e, especialmente, ao invocar “*as circunstâncias em que a lei foi elaborada (...)*”.

**49.4.3.2. Elemento sistemático** – a interpretação da norma jurídica deve tomá-la como parte de um todo, atendendo, nos devidos termos, ao seu enquadramento sistemático (relações de subordinação, conexão e analogia). O artigo 9º, nº 1, do Código Civil explicita esta exigência quando ordena ao intérprete que tenha “*sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico*”.

**49.4.3.3. Elemento teleológico ou racional** – a interpretação deve atender ao fim ou objectivo que a norma pretende realizar: a chamada “*ratio legis*” ou “*ratio juris*”. A norma deve ser entendida pelo intérprete como o meio idóneo para prosseguir o objectivo que constitui a *ratio legis* – assim o pressupõe o artigo 9º, nº 3, do Código Civil quando determina que “*o intérprete presumirá que o legislador*

*consagrou as soluções mais acertadas*”. Em caso de dúvida sobre o desiderato que subjaz à criação e vigência de um certo comando jurídico, deve o intérprete assumir que a *ratio legis* corresponde “à razão ou fim que razoavelmente deve atribuir-se à lei. E assim, bem vistas as coisas, inquirir da *ratio legis* redundante em investigar qual seja a melhor solução – mais justa e mais útil – dentre as que a lei pode comportar” (v. Manuel de ANDRADE, *Ensaio...*, cit., p. 17, nota 1).

#### 49.5. Resultados da interpretação.

A distinção entre, por um lado, o elemento literal e, por outro lado, os elementos extraliterais permite dois resultados possíveis da interpretação: o sentido literal e o sentido real. O encontro ou desencontro relativo entre a letra da lei e o “espírito” da lei fundamenta uma apresentação tradicional de modalidades de interpretação avaliada em função do resultado, ou seja, da maior ou menor correspondência entre o sentido literal e o sentido real:

**49.5.1. Interpretação declarativa** – atribui à norma o sentido que resulta directamente da letra, pelo que o sentido literal coincide com o sentido real. O recurso aos elementos extraliterais torna-se necessário para decidir, no caso de uma expressão literal encerrar vários sentidos, qual deles deve ser o que corresponde ao pensamento legislativo. Seria o caso, por exemplo, do termo “*todos*” no artigo 20º da Constituição, cujo sentido literal pode ser *todos os cidadãos*, *todos os indivíduos* ou *todas as pessoas* (físicas e colectivas). Em função do elemento teleológico e sistemático, o sentido real é o mais amplo (*interpretação declarativa*

*lata*). Já no artigo 18º, nº 2, da Constituição, a palavra “**lei**” deve ser entendida, à luz do artigo 165º, nº 1, alínea b), no sentido de lei da Assembleia da República ou decreto-lei do Governo, mediante autorização legislativa (*interpretação declarativa estrita*).

**49.5.2. Interpretação extensiva** – é este o resultado da interpretação quando o espírito da lei, apurado com base no elemento teleológico, sistemático e histórico, postula um sentido que é mais amplo do que aquele que resultaria da singela consideração da letra da lei. Nesta situação, o Legislador disse menos do que aquilo que queria dizer. A aceitação da interpretação extensiva põe em causa o conhecido provérbio jurídico: **onde a lei quis, disse, onde não quis, calou** (*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*). Devemos, com efeito, admitir que o Legislador desejou um determinado resultado e a expressão linguística foi “*imperfeitamente expressa*” (v. artigo 9º, nº 2, *in fine*, do Código Civil). O artigo 11º do Código Civil refere a interpretação extensiva para a considerar aplicável às normas excepcionais e assim a distinguir da integração de lacunas por analogia. Ao invés, no âmbito do Direito da União Europeia, a doutrina perfilhada pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias é bem diferente ao defender, em jurisprudência constante, que as normas restritivas das liberdades comunitárias, em virtude do seu carácter excepcional, não devem ser objecto de interpretação extensiva.

**49.5.3. Interpretação restritiva** – designa a situação inversa, que leva o intérprete a fixar à norma um sentido que fica aquém do espaço de significação consentido pela letra, porque se conclui que o Legislador disse mais do

que na realidade queria (ou podia razoavelmente) dizer. A interpretação restritiva expõe a falibilidade do brocardo forense: **onde a lei não distingue, também nós não devemos distinguir** (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*). Na verdade, o respeito pelo sentido real da lei pode obrigar o intérprete a distinguir situações tratadas indistintamente pela norma.

**49.5.4. Interpretação correctiva** – justifica-se naquelas situações em que o intérprete conclui que por razões de justiça, inoportunidade ou prudência deve afastar ou corrigir o sentido real. Por força do artigo 8º, nº 2, do Código Civil, que vincula o intérprete judicial e o intérprete comum, a interpretação correctiva está, em princípio, vedada, salvo nos casos excepcionais de violação de regras incompressíveis de justiça e humanidade.

**49.5.5. Interpretação abrogante** – aporta na conclusão segundo a qual a norma interpretada carece de conteúdo ou sentido válido, porque, por exemplo, este é indecifrável ou conduz a uma aplicação objectivamente inviável. Este resultado é de verificação excepcional, porque sobre o intérprete impende o dever de, na medida do possível, salvar a norma, buscar para a norma um sentido útil, presumir que o Legislador consagrou as soluções mais acertadas (v. artigo 9º, nº 3, do Código Civil).

A eventual incongruência valorativa, a contradição entre normas que reflectem valores opostos não deve legitimar a interpretação abrogante; antes impõe ao intérprete, em virtude dos princípios da hierarquia e da unidade do sistema jurídico, o dever de interpretação da norma de nível inferior conforme à norma de nível superior (v.g. interpretação das leis conforme à Constituição).

**49.5.6. Interpretação enunciativa ou implicativa** – o intérprete utiliza a norma, definido o seu sentido real, como enunciado ou princípio de implicação (derivação lógica) de outras regras. Este método transforma a norma substantiva numa fonte de outras normas substantivas, numa relação lógica entre antecedente ou pressuposto e consequente ou corolário.

Podemos tipificar os seguintes principais instrumentos da interpretação enunciativa:

- 1) Argumento *a maiori ad minus* – a lei que permite o mais permite o menos;
- 2) Argumento *a minori ad maius* – a lei que proíbe o menos proíbe o mais;
- 3) Argumento *a contrario sensu* – quando a norma limita ou tipifica os casos a que se deve considerar aplicável, entende-se que para os outros casos a solução é a contrária. Este argumento só é válido uma vez verificado o pressuposto de que a norma interpretada estabelece um regime de carácter excepcional – neste caso, a norma excepcional não consente aplicação analógica (v. artigo 11º do Código Civil) e fundamenta o raciocínio *a contrario sensu*. Um indício da natureza excepcional do preceito é a enumeração exaustiva dos casos regulados, prejudicado no caso de uma tipificação introduzida pelo advérbio “*designadamente*” ou “*nomeadamente*” (v. artigo 228º da Constituição);
- 4) A lei que quer os fins, legitima o recurso aos meios idóneos à sua consecução, ainda que os meios não estejam expressamente previstos (teoria dos poderes implícitos);
- 5) A lei que proíbe os meios, exclui o fim a que eles lógica e necessariamente visavam dar realização.

## 50. Lacunas e integração

### 50.1. Lacunas.

**50.1.1.** Noção de lacuna jurídica ou lacuna do Direito: **ausência de norma jurídica entre as diversas fontes do Direito para enquadrar uma situação da vida que deva ser regulada pelo Direito.**

**50.1.2.** Lacunas intencionais / lacunas não intencionais – o Direito não tem uma vocação totalitária, no sentido em que não pode – nem deve – prever e regular todas as situações socialmente relevantes. A ausência de regulamentação jurídica pode traduzir uma opção consciente do Legislador em relação a situações extrajurídicas, cuja eventual regulação é assegurada por outras ordens normativas (v. supra *Capítulo 2*). Existem, contudo, lacunas não intencionais que correspondem a um vazio jurídico a propósito de uma situação que reclama uma disciplina jurídica – é desta categoria de lacunas que se ocupa a Ciência do Direito ao procurar critérios de integração; é em relação a esta categoria de lacunas que se afirma o dever de preencher o vazio jurídico e de aplicar a norma oculta ou aparentemente ausente: proibição de denegação de justiça (v. artigo 8º, nº 1, do Código Civil), cuja violação faz incorrer o Juiz em responsabilidade penal (v. artigo 369º do Código Penal) e civil (v. artigos 1083º, nº 1, alínea d) e nº 2, 1093º do Código de Processo Civil).

**50.1.3.** Lacunas normativas / lacunas de regulação – no primeiro grupo, encontramos as lacunas resultantes do carácter incompleto de uma lei (por exemplo, na lei aplicável ao arrendamento rural a ausência de uma

norma que defina a forma legal dos contratos); no segundo grupo, a lacuna reporta-se à omissão de um regime aplicável a um determinado instituto ou área da vida social (por exemplo, a ausência de legislação que defina os deveres dos donos de animais domésticos).

**50.1.4.** Lacunas patentes / lacunas ocultas – identifica-se uma lacuna patente ou manifesta na ausência de norma ou de um regime legal para regular uma determinada situação; ocorrem, todavia, situações em que a norma existe, mas na sequência da sua interpretação (restritiva ou abrogante), conclui-se que o seu sentido não se coaduna com a solução legal exigível ou apropriada para o caso concreto – são as lacunas ocultas ou latentes.

### 50.2. Integração.

**50.2.1.** Noção de integração: **processo lógico-jurídico através do qual se procura a solução normativa que preencha o vazio jurídico aberto pela identificação de uma lacuna.**

**50.2.2.** Processos de integração intrasistemática.

#### A. A analogia

I. Noção: **A analogia é a aplicação de uma regra jurídica, que a lei estabelece para certo factio, a outro factio não regulado (caso omissio), mas que partilha com o primeiro semelhanças juridicamente atendíveis** (v. artigo 10º, nº 1 e 2, do Código Civil).

II. Fundamento: invoca-se o princípio segundo o qual **“onde há a mesma razão deve haver a mesma disposição”** (*ubi eadem*

*ratio, ibi eadem iuris disposito*”) e que traduz uma exigência fundamental de coerência normativa – regular casos semelhantes, ditos análogos, de modo semelhante, mesmo que o Legislador se tenha “esquecido” de positivar esta identidade de regulamentação.

### III. Procedimentos de integração analógica:

a) **Analógia legis** (analogia da lei) – a procura de uma solução jurídica aplicável ao caso omissis parte da consideração de uma norma existente que regula um caso análogo (v. artigo 10º, nº 1, do Código Civil), que se define com aquele em que procedam as mesmas razões justificativas que identificam o caso omissis (v. artigo 10º, nº 2, do Código Civil).

Exemplo: considera-se justificada a aplicação do artigo 1671º do Código Civil, que prevê especificamente a igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, à situação análoga dos companheiros da união de facto.

b) **Analógia iuris** (analogia do Direito) – a procura de uma solução jurídica aplicável ao caso omissis parte da consideração de princípios jurídicos gerais ou comuns, porque não foi possível identificar no ordenamento jurídico uma norma aplicável ao(s) caso(s) análogo(s).

Exemplo: na ausência de regulação jurídica sobre os limites ao exercício de um determinado direito e não existindo – ou não sendo possível a aplicação – das regras definidoras das condições de exercício de direitos análogos, recorre-se ao princípio geral da proibição do abuso de direito que vem a ser a expressão de um outro princípio jurídico de latitude verdadeiramente transversal no Direito, o princípio da boa fé.

IV. Limites – está vedado o recurso à integração analógica nas seguintes situações:

a) Normas excepcionais (artigo 11º do Código Civil).

b) Normas penais positivas (artigo 29º, nºs 1, 3 e 4, da Constituição; artigo 1º, nº 3, do Código Penal).

c) Direito Fiscal (v. artigo 103º, nºs 2 e 3, da Constituição).

d) Normas de definição completa (“*numerus clausus*”) (v.g. artigo 1306º, nº 1, do Código Civil).

e) Normas restritivas de direitos, liberdades e garantias (v. artigo 18º, nº 2, da Constituição).

### B. A criação de uma norma “*ad hoc*”

I. Fundamento: artigo 10º, nº 3, do Código Civil.

II. Natureza: não sendo possível a integração por analogia, e tendo em conta o dever de julgar previsto no artigo 8º, nº 1, do Código Civil, a solução deve resultar da “*norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema*” – trata-se, pois, de uma norma de decisão individual com um enquadramento objectivo, que é a referência ao “*espírito do sistema*”, garantia da coerência sistemática e do respeito do princípio da separação de poderes entre o Legislativo e o Judicial.

O sistema como fonte inspiradora do intérprete deve ser entendido na acepção do bloco normativo que dá corpo ao ordenamento e que abrange **todas as normas e princípios**, de origem estadual e extraestadual.

III. Eficácia: a norma *ad hoc* esgota-se na resolução do caso omissis concreto, persistindo para o futuro a lacuna que só pode ser suprida pela intervenção reguladora do Legislador.

### 50.2.3. Processos de integração extrasistemática.

A. **Normativos** – verificada a lacuna, o Juiz comunicaria ao Legislador que aprovaria, então, a regulamentação em falta. O sistema, que conheceu uma restrita aplicação no passado, apresenta sérias desvantagens que justificam a sua exclusão na actualidade e concretamente no sistema jurídico português. A regulamentação legal não deve ser refém dos circunstancialismos do caso concreto, nem pode acudir, com a presteza necessária, a todos os casos omissos.

B. **Discrecionários** – a lei pode reconhecer às autoridades administrativas a competência para decidir os casos concretos com base em razões de conveniência ou oportunidade. Ao abrigo dos poderes discrecionários, as autoridades administrativas tomam as decisões que considerem mais adequadas à tutela do interesse público. Na verdade, não existe nesta situação uma lacuna, porque, justamente, o Legislador a preveniu ao permitir à Administração uma margem de livre decisão sobre os casos concretos.

C. **Equitativos** – de harmonia com um entendimento tradicional, a equidade (v. supra *Capítulo 9, nº 46.2.*) teria uma função integradora ao conduzir o Juiz a resolver o caso concreto omissis à luz de critérios equitativos. Do ponto de vista metodológico, a equidade opera como critério de atenuação do rigor da norma ou de exclusão da norma; pressupondo a existência da norma, não é um processo de integração de lacunas. Do ponto de vista do Direito português, o artigo 10º, nº 3, do Código Civil descarta a eventual função integradora

da equidade quando condiciona o intérprete ao respeito do “*espírito do sistema*”, incompatível com a criação virtual de uma norma *ad hoc* resultante de considerações puramente casuísticas.

## 51. Interpretação, integração e aplicação: relação cronológica ou metodológica?

51.1. A concepção tradicional sobre a relação entre a interpretação e a integração.

51.1.1. Distinção no plano cronológico: a interpretação é prévia à integração, porque só a interpretação permite a identificação de lacunas no Direito.

51.1.2. Distinção no plano lógico: a interpretação pressupõe a existência da norma jurídica, ainda que o seu sentido real seja incompleto ou insuficiente e deva, por isso, ser expandido na sua eficácia ordenadora, por via da interpretação extensiva ou da interpretação enunciativa.

51.2. A nova concepção metodológica sobre a relação entre a interpretação e a integração.

51.2.1. Principais argumentos que sustentam a oposição à dicotomia clássica entre interpretação e integração:

- a lei, como norma jurídica positivada, não deve ser confundida com o Direito; crítica dos pressupostos fundamentais do positivismo jurídico, *maxime* a hipervalorização da lei como manifestação suprema e incontestada da vontade jurídica de uma comunidade politicamente organizada. O Direito é uma realidade normativa cuja vigência e efectividade social depende

da sua adequação aos valores e princípios jurídicos que estruturam a existência do respectivo ordenamento jurídico e que traduzem uma consciência ética inerente à condição de pessoa humana;

- de uma perspectiva dinâmica do Direito, será difícil – senão mesmo impossível – distinguir entre interpretação e integração, dois procedimentos metodológicos que constituem “*distintos graus do mesmo processo de pensamento*” (v. Karl LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito ...*, p. 443), ambos orientados para a “*concreta realização do direito*” (v. A. CASTANHEIRA NEVES, “Integração jurídica...”, cit., p. 373), ambos instrumentos de uma função de desenvolvimento judicial do Direito;
- a analogia, processo fundamental de integração de lacunas, também é chamada ao processo de descoberta do sentido da norma, desvendável pela relação de similitude e dissimilitude com normas e institutos jurídicos conhecidos – afirma-se mesmo que o “*faro para a analogia*” é o verdadeiro “*faro jurídico*” (v. J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução...*, cit., p. 331). A analogia é ainda um processo adequado de fundamentação da decisão sobre o caso concreto no quadro da aplicação da norma jurídica ao levar o Juiz a procurar referências válidas de identidade jurídica em casos anteriormente decididos.

**51.2.2. Principais correntes que defendem a unidade metodológica na aplicação do Direito.**

**51.2.2.1. Escola de Direito Livre** – promovida pelo jurista francês François GENY, defende o reconhecimento ao Juiz de poderes muito amplos, confiando ao “livre

arbitrio do julgador” a tarefa de aplicar a norma jurídica à luz das circunstâncias concretas, dos interesses em jogo, em última análise, da própria consciência.

CRÍTICA: excessiva valorização do papel do Juiz; casuismo e, pior, subjectivismo no processo de concretização do Direito.

**51.2.2.2. Jurisprudência dos interesses** – por oposição à *jurisprudência dos conceitos* – esta baseada na convicção metodológica de que todas as soluções podem ser reveladas pelo sistema através de operações lógicas que encadeiam sucessivos raciocínios de indução e dedução –, a jurisprudência dos interesses, cuja origem se atribui a JHERING, depois desenvolvida por HECK, e entre nós difundida por Manuel de ANDRADE, valoriza a função dos interesses na procura e fundamentação de uma solução jurídica justa e equilibrada.

CRÍTICA: desvaloriza o contributo da construção científica do Direito ao repudiar os instrumentos e os conceitos da Dogmática Jurídica (v. supra *Capítulo 4, nº 2*); envereda por uma vincada orientação materialista que parece apenas cuidar dos interesses; como alternativa afirma-se a *jurisprudência dos valores*, que procura nos valores a referência mais importante para conduzir o processo de concreta aplicação da norma jurídica.

**51.2.2.3. A concreta realização do Direito** – sem cair nos excessos do casuismo e do judicialismo, os seus defensores rejeitam a existência de uma distinção metodológica entre interpretação e integração, dado que ambas concorrem para o resultado final que é

o “*desenvolvimento do direito*” que combina a dimensão sistemática ou normativa e a dimensão problemática. Parte-se da norma jurídica para considerar as exigências regulativas do caso decidendo, entendido como caso análogo ao pressuposto pelo enunciado normativo, e conclui-se pela aplicação ou pela inaplicação da norma ao caso concreto (Karl LARENZ, Karl ENGISCH, J. BAPTISTA MACHADO, A. CASTANHEIRA NEVES).

### 51.3. Sobre a aplicação da norma jurídica.

**51.3.1. A subsunção** – a aplicação do Direito supõe sempre a relação entre um enunciado normativo e uma situação de facto. A questão metodológica que se coloca é a seguinte: parte-se da norma para o caso concreto ou, inversamente, da situação de facto para a norma? A resposta tradicional é a do esquema normativista-substantivo: a norma jurídica é a premissa maior e os factos são a premissa menor e ao aplicador compete a conclusão sobre o enquadramento da premissa menor pela premissa maior. Designamos como *subsunção* a análise dos factos na perspectiva da sua regulação jurídica: em primeiro lugar, conhecem-se os factos; em segundo lugar, procede-se à sua qualificação (ou seja, determinar a categoria jurídica que corresponde àquela situação da vida: se alguém se compromete a cuidar dos espaços verdes de um condomínio, importa qualificar este compromisso – é um contrato de trabalho ou um contrato de prestação de serviços?) e, de seguida, subsumem-se os factos à norma; em terceiro lugar, concretiza-se o sentido exacto da norma, interpretando a sua estatuição com o recurso aos instrumentos típicos da hermenêutica jurídica, mas confrontando os resultados obtidos com as exigências regulativas do caso decidendo.

**51.3.2. Aplicação e avaliação jurídica** – é complexo o processo de aplicação do Direito; só nos casos excepcionais de normas de conteúdo determinado, a aplicação se esgota na operação lógico-formal de subsunção dos factos. Na generalidade das situações, a aplicação requer um raciocínio que transporta o Juiz para o mundo dos *conceitos jurídicos indeterminados*. Ao Juiz compete proceder à densificação ou concretização destes conceitos jurídicos indeterminados, cuja elasticidade semântica proporciona uma margem de livre apreciação que se exerce, basicamente, no campo das escolhas valorativas – corresponde ao “*espaço criativo do aplicador*” (v. Marcelo REBELO DE SOUSA / Sofia GALVÃO, *Introdução...*, cit., p. 112).

## 52. Aplicação da norma no tempo

### 52.1. Apresentação do problema.

Como produto da vontade humana, o Direito é “*composto de mudança*”; é, por natureza, mutável. Não existem normas de vigência perpétua, ainda que seja essa a vontade do Legislador no momento da sua criação (sobre a “mutabilidade intencional” como característica do Direito, v. Paulo OTERO, *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, Lisboa, 1999, I vol., 2º Tomo, p. 209 e segs.).

A extinção ou cessação de vigência de uma norma pode resultar da caducidade ou da sua revogação (v. supra Capítulo 9, nº 45.2.1.4.III.). A revogação da lei antiga pela lei nova e a entrada em vigor de um novo regime jurídico suscitam questões complexas de continuidade da disciplina normativa: a lei muda, mas a realidade social que visa regular mantém a sua dinâmica normal. O princípio geral *lei posterior revoga lei anterior* não resolve todos os problemas. Vejamos alguns exemplos ilustrativos:

- A pratica um facto que, na altura, era considerado crime. Antes do julgamento, uma lei nova descriminaliza a conduta. Qual a lei aplicável? Deverá A ser julgado?
- A e B celebram casamento ao abrigo do regime de comunhão de bens adquiridos; dois anos depois, e já estando em processo de divórcio, uma lei nova vem determinar que o regime-regra passa a ser o da separação de bens? Qual o regime aplicável à separação de bens deste casal desavindo?
- A, cidadão português, envolveu-se em França, numa rede de tráfico de droga e foi preso em 1996. Nesse mesmo ano, evadiu-se e regressou a Portugal. O artigo 33º, nº 1, da Constituição proibía a extradição de cidadãos portugueses do território nacional, mas a revisão constitucional de 1997 alterou esta regra e passou a admitir de forma condicionada a extradição de cidadãos portugueses. As autoridades francesas pediram em 1998 a extradição de A. Qual a regra constitucional aplicável à situação de A?

## 52.2. As soluções.

**52.2.1. O Direito transitório ou intertemporal** – a própria lei nova pode regular as condições da sua relação temporal com a lei antiga, através das chamadas *disposições transitórias ou intertemporais*.

As disposições transitórias podem ter carácter formal – quando indicam qual das normas, a nova ou a antiga, se aplicam a determinadas situações – ou carácter material – quando definem uma disciplina própria de vigência transitória entre a lei antiga e a lei nova.

No que respeita à articulação entre lei antiga e lei nova, o Direito transitório pode consagrar uma de duas soluções possíveis: a aplicação ao passado da lei nova

(retroactividade) ou a aplicação da lei antiga para regular situações jurídicas nascidas em momento anterior à entrada em vigor da lei nova, mas que ainda subsistem à data do começo de vigência da lei nova.

## 52.2.2. O critério-regra: o princípio da não retroactividade da lei.

**52.2.2.1. Fundamento histórico** – embora sejam assinaladas no Direito Romano manifestações de princípio de que as leis devem regular factos futuros, seria o triunfo do constitucionalismo moderno nos finais do século XVIII que deu a esse princípio consagração expressa (a Constituição francesa de 1792 estipulava que “*nenhuma lei, criminal ou civil, pode ter efeito retroactivo*”) e a relevância de um critério geral de resolução de conflitos temporais indeterminados.

**52.2.2.2. Fundamento filosófico** – ao Direito cabe uma dupla função, só aparentemente antagónicas: **1) a função estabilizadora**, que garanta a continuidade da vida social sem hiatos ou saltos bruscos; **2) a função dinamizadora**, que garante pela mudança a adaptação do Direito ao acelerado devir social (cfr. J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução...*, cit., p. 223). A irretroactividade da lei é uma exigência (relativa) da estabilidade do Direito e, por outro lado, é um pressuposto da própria ideia de norma jurídica que, como norma de conduta, não pode regular condutas passadas.

### 52.2.2.3. Fundamento no Direito Positivo Português.

#### A. Constituição

- Artigo 29º, nºs 1, 3 e 4: proibição de lei penal de aplicação retroactiva, salvo se a lei nova tiver conteúdo mais favorável ao arguido (retroactividade *in mitius*).
- Artigo 18º, nº 3: não podem ter efeito retroactivo as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias.
- Artigo 282º, nº 3: entende-se que a referência constitucional à intangibilidade dos *casos julgados* decididos com base em lei declarada inconstitucional com força obrigatória geral deve ser interpretada no sentido de vedar a aplicação retroactiva de qualquer lei em relação aos *casos julgados*, isto é, as decisões judiciais que transitaram em julgado e são, por isso, insusceptíveis de recurso judicial ordinário (v. artigo 677º do Código de Processo Civil).

#### B. Código Civil

- Artigo 12º, nº 1: em princípio, a lei só dispõe para o futuro (e para o presente, uma vez que a lei nova é de aplicação imediata), mas admite-se a eficácia retroactiva da lei nova (v. *infra*).

### 52.2.2.4. Graus de retroactividade.

- I. Retroactividade extrema: aplicação da lei nova ao passado sem qualquer limitação, nem sequer a do caso julgado – proibida pelo Direito Português, salvo a retroactividade *in mitius* no Direito Penal (v. artigo 2º, nº 2, do Código Penal).

- II. Retroactividade quase extrema: aplicação da lei nova ao passado com respeito do caso julgado (v. artigo 2º, nº 4, do Código Penal).

- III. Retroactividade agravada: a lei nova é aplicada ao passado, mas deve respeitar “*os efeitos já produzidos pelo cumprimento das obrigações, por sentença passada em julgado, por transacção, ainda não homologada, ou por actos de natureza análoga*” (v. artigo 13º, nº 1, do Código Civil) – regime aplicável à lei interpretativa (v. *infra*).

- IV. Retroactividade ordinária: a lei aplica-se ao passado, mas respeita todos os efeitos já produzidos pelos factos que visa regular – é o regime previsto no artigo 12º, nº 1, do Código Civil.

### 52.2.2.5. Conceito operativo de retroactividade.

- I. **Doutrina dos direitos adquiridos:** é considerada retroactiva a lei nova que viola ou atinge direitos já constituídos ou consolidados na esfera jurídica do titular; baseada na distinção problemática entre direito e expectativa, esta teoria foi abandonada para dar lugar à seguinte.

- II. **Doutrina do facto passado:** é considerada retroactiva a lei nova que se aplica a factos anteriores ao começo da sua vigência – doutrina que inspira a solução prevista no artigo 12º do Código Civil.

O artigo 12º, nº 2, distingue duas situações:

- no que toca às condições de validade substancial (v.g. um contrato celebrado entre menores de idade – v. artigo 125º do Código Civil) ou formal (v.g. um contrato de compra e venda

do imóvel que não foi celebrado por escritura pública): em caso de dúvida, a lei aplicável é a lei em vigor à data da ocorrência do facto, isto é, a lei antiga (ultractividade ou “sobrevigência” da lei antiga);

- no que respeita ao conteúdo de certas relações jurídicas, que subsistam à data da entrada em vigor da lei nova, aplica-se esta lei “*abstraindo dos factos que lhes deram origem*” (v.g. uma lei reguladora da obrigação de indemnizar não pode abstrair dos factos que deram origem à responsabilidade e, assim, só se aplica aos factos novos; ao invés, uma lei que estabeleça novas obrigações para os inquilinos e proprietários pode abstrair dos factos que estiveram na origem desta relação jurídica e aplicar-se-á, portanto, a todos os contratos de arrendamento actuais e futuros).

### 52.2.3. Critérios especiais.

**52.2.3.1.** No Direito Penal: aplicação da lei mais favorável ao agente, ainda que afecte decisão passada em julgado (retroactividade *in mitius*).

**52.2.3.2.** No Direito Processual: aplica-se imediatamente a lei nova, passando, pois, a regular a tramitação dos processos pendentes.

### 52.3. Situações específicas.

#### 52.3.1. A lei interpretativa (artigo 13º do Código Civil).

I. Noção – entende-se por lei interpretativa aquela que constitui *interpretação autêntica* (v. supra nº 49.2.1.).

II. Requisitos – a lei interpretativa deve preencher de forma cumulativa os seguintes requisitos:

- a lei interpretativa deve ser posterior à lei interpretada;
- a lei interpretativa deve ostentar, de modo expresso ou tácito, a finalidade interpretativa (e não inovadora) relativamente a uma lei em vigor;
- a lei interpretativa não pode ser hierarquicamente inferior à lei interpretada.

III. Regime – a lei interpretativa é retroactiva, porque se integra na lei interpretada, isto é, dela passa a fazer parte. A lei interpretada produz efeitos de acordo com o sentido e alcance que resulta da lei interpretativa. À retroactividade da lei interpretativa estão, todavia, excluídos, por razões de certeza jurídica, os seguintes efeitos:

- relativos ao cumprimento de uma obrigação;
- relativos a uma sentença transitada em julgado;
- relativos a uma transacção (acordo extrajudicial ou judicial entre as partes);
- relativos a actos de natureza análoga (v.g. a compensação, nos termos previstos pelo artigo 847º do Código Civil).

**52.3.2. A lei confirmativa** – consideram-se nesta categoria as leis que alteram o regime definido por leis anteriores no sentido de aligeirar a sua exigência ou facilitar o exercício dos direitos reconhecidos aos sujeitos jurídicos (v.g. dispensar a realização de provas específicas de

acesso ao ensino superior). A solução prevista no Direito Positivo é o princípio geral que consta do artigo 12º do Código Civil. Entre nós, J. BAPTISTA MACHADO defendeu um regime de retroactividade *in mitius*, o que justificaria a aplicação da lei nova, de natureza confirmativa, se for mais favorável aos interesses dos particulares e desde que daí não resultem prejuízos para terceiros (cfr. *Introdução...*, cit., p. 251).

**52.3.3. A lei sobre os prazos** – o artigo 297º do Código Civil estabelece critérios próprios aplicáveis à sucessão entre lei antiga e lei nova em matéria de prazos. Note-se que o decurso de um prazo tem um efeito constitutivo, suspensivo, modificativo ou extintivo de um direito e urge, assim, apurar com precisão qual o prazo legal aplicável:

- se a lei nova estipula um prazo mais curto, passa a regular os prazos ainda em curso, mas o tempo só se conta a partir do começo de vigência da lei nova; aplicar-se-á, contudo, a lei antiga no caso de faltar menos tempo para completar o prazo do que aquele que se exige na lei nova (v.g. o artigo 310º, alínea b), do Código Civil fixa em 5 anos o prazo de prescrição das rendas devidas pelo locatário; se a lei nova encurtar o prazo para 4 anos e, no caso concreto, já tiverem passado 3 anos à data de entrada em vigor da lei nova, aplicar-se-á a lei antiga, ao abrigo da qual faltam 2 anos – e não 4 anos – para atingir a prescrição);
- se, pelo contrário, a lei nova fixar um prazo mais longo, aplicar-se-á aos prazos em curso de contagem, mas computar-se-á neles o tempo entretanto decorrido (v.g. o artigo 1569º, nº 1, alínea b), do Código Civil prevê a extinção da servidão predial pelo seu não uso durante

20 anos; se uma lei nova alargar este prazo para 25 anos e se à data da sua entrada em vigor já tiverem passado 15 anos, o prazo de extinção passa a ser de 25 anos, mas contam-se os 15 anos decorridos).

NOTA COMPLEMENTAR: para além dos problemas sumariamente identificados de sucessão das leis no tempo (*a temporalidade no Direito*), existem outros problemas de *temporalidade do Direito* que convocam uma reflexão sobre o fundamento temporal de sucessivas pretensões de vinculatividade jurídica, necessariamente centrada no conflito clássico entre legalidade e efectividade. Estes problemas têm inspirado na doutrina portuguesa um vivo debate sobre o significado jurídico dos limites materiais de revisão constitucional (cfr., por todos, Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, 4ª ed., Coimbra Ed., Tomo II, p. 192 e segs.). Para uma reflexão sobre a temporalidade por referência ao Direito, com particular incidência no Direito Constitucional e conduzida na perspectiva do filósofo do Direito, v. Miguel GALVÃO TELES, “Temporalidade jurídica e Constituição”, in *20 anos da Constituição de 1976, Studia Iuridica*, nº 46, p. 25 e segs.

## 53. Aplicação da norma no espaço

### 53.1. Apresentação do problema.

O território é um dos elementos constitutivos do Estado (v. supra *Capítulo 1, nº 10.3.2.*) e delimita a eficácia espacial da lei estadual. Em princípio, a lei estadual só produz efeitos dentro das fronteiras do Estado (princípio da territorialidade). A questão está em saber se não existirão situações que, por força do carácter transfronteiriço e

transnacional das relações económicas e sociais, justificarão a aplicação interna de normas e regimes jurídicos definidos por centros de decisão exteriores ao poder político estadual: normas de Direito Internacional Público, normas de Direito da União Europeia ou, e é esta a situação que ora nos ocupa, normas provenientes de outros ordenamentos estaduais (Direito estrangeiro).

Repete-se o que já foi dito: o Direito estadual não é exclusivo, mas é **autónomo ou referencial** no sentido em que a eficácia e aplicação interna de normas de Direito estrangeiro depende da sua aceitação, através de mecanismos de:

- **recepção formal:** o Direito estrangeiro é recebido como direito próprio de um determinado Estado, valendo com o sentido que tem no ordenamento de origem;
- **recepção material:** o Direito estrangeiro é acolhido no seu conteúdo, com abstracção da forma e relevância que beneficiava no ordenamento de origem; a sua aplicação e interpretação far-se-á de harmonia com os princípios vigentes no ordenamento anfitrião.  
As chamadas situações plurilocalizadas apresentam conexões relevantes com vários ordenamentos estaduais, pelo que, potencialmente, todos são aplicáveis. Vejamos alguns exemplos clássicos:
- **A**, cidadã angolana, celebra casamento em Portugal com **B**, cidadão moçambicano, e fixam residência no Brasil. Qual a lei aplicável à regulação do vínculo matrimonial: a lei portuguesa, a lei angolana, a lei moçambicana ou a lei brasileira?

- **A**, cidadão português, casado com uma cidadã brasileira, celebra em França um contrato de compra e venda de um imóvel situado em Cabo Verde. Qual a lei mais indicada para regular este contrato?

## 53.2. As soluções.

**53.2.1. O Direito Internacional Privado** – os exemplos apresentados ilustram situações jurídicas que estão em contacto com vários ordenamentos estaduais, daí resultando um *conflito de leis no espaço*. Estes conflitos são solucionados através das chamadas *normas de conflitos* ou normas de Direito Internacional Privado (v. supra *Capítulo 8, nº 41.2.3.*). O princípio da territorialidade dá lugar a um princípio de aplicação da lei mais adequada, no sentido em que, apresentando a conexão mais relevante, possibilitará uma regulação jurídica mais justa da situação plurilocalizada. No ordenamento jurídico português, e no que toca ao Direito Civil, essas normas estão previstas nos artigos 15º a 65º do Código Civil. Por força do artigo 23º, nº 1, do Código Civil, a lei portuguesa opera uma *recepção formal* do Direito estrangeiro.

**53.2.2. A ordem pública internacional** – por razões que se prendem com a necessária coerência valorativa ou axiomática de um ordenamento jurídico, o mecanismo de recepção da lei estrangeira fica condicionado pela exigência imperativa da ordem pública – conforme dispõe o artigo 22º do Código Civil, “*não serão aplicáveis os preceitos da lei estrangeira indicados pela norma de conflitos, quando essa aplicação envolve ofensa de princípios fundamentais da ordem pública internacional do Estado português*”. Dois exemplos:

1) no caso das relações conjugais, a lei portuguesa remete para as leis de nacionalidade, da residência habitual ou a do país com a qual a vida familiar estiver mais estreitamente conexas – se a lei aplicável for a lei de um país que permita a poligamia, pensamos que colide com valores fundamentais da ordem jurídica portuguesa e não pode, pois, ser aplicada; 2) no caso das relações de família, a capacidade para contrair casamento é definida, em relação a cada nubente, pela respectiva lei pessoal – se a lei pessoal aplicável reconhecer o casamento entre pessoas do mesmo sexo, entendemos que esta modalidade de casamento colide também com a ordem pública internacional do Estado Português.

### **Bibliografia básica:**

BAPTISTA MACHADO, João

- *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, 6ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 1993, p. 173 e segs.

CASTRO MENDES, João

- *Introdução ao Estudo do Direito*, Lisboa, 1994, p. 215 e segs.

DIAS MARQUES, José

- *Introdução ao Estudo do Direito*, 2ª ed., Lisboa, 1994, p. 133 e segs.

FREITAS DO AMARAL, Diogo

- *Sumários de Introdução ao Direito*, Lisboa, Principia, 1997, p. 72 e segs.

GALVÃO TELLES, Inocêncio

- *Introdução ao Estudo do Direito*, Coimbra Ed., vol. I, 11ª ed., 1999, p. 165 e segs.

OLIVEIRA ASCENSÃO, José de

- *O Direito. Introdução e Teoria geral*, 11ª ed., Coimbra, Almedina, 2001, p. 375 e segs.

SANTOS JUSTO, A.

- *Introdução ao Estudo do Direito*, Coimbra Ed., 2001, p. 313 e segs.

### **Bibliografia complementar:**

ALBUQUERQUE, Ruy de

- “Direito de Juristas – Direito de Estado”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XLII, nº 2, 2001, p. 751.

AMSELEK, Paul (dir.)

- *Interprétation et droit*, Bruxelas, 1995.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de

- *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*, 4ª ed., Coimbra, 1987.

AZNARTE, M. Teresa Díaz

- *Teoría general de la sucesión de normas en el tiempo. Una reflexión crítica sobre los principios ordenadores de la eficacia temporal de las leyes*, Valencia, 2002.

BETTI, Emilio

- *Teoria generale della interpretazione*, Milão, 1990, vol. II, p. 301 e segs.

BOBBIO, Norberto

- *Teoría General del Derecho*, 4ª reimpressão, Madrid, 1996, p. 221 e segs.

BRONZE, Fernando J.

- *Lições de Introdução ao Direito*, Coimbra Ed., 2002, p. 688 e segs.

CANARIS, Claus-Wilhelm

- *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*, 2ª ed., Lisboa, 1996, p. 207 e segs.

CASTANHEIRA NEVES, A.

- *Metodologia jurídica. Problemas fundamentais*, Coimbra, 1993, p. 83 e segs.
- “Interpretação jurídica”, in *Digesta*, Coimbra Ed., 1999, vol. 2º, p. 337 e segs.
- *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*, Coimbra Ed., 2003.

ENGISCH, Karl

- *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 6ª ed., Lisboa, F.C. Gulbenkian, 1988, p. 61 e segs.

FROSINI, V. / RICCOBONO, F. (eds.)

- *L'ermeneutica giuridica di Emilio Betti*, Milão, 1994.

GALVÃO TELES, Miguel

- “Temporalidade jurídica e Constituição”, in *20 da Constituição de 1976, Studia Iuridica*, vol. 46, p. 25 e segs.

HECK, Philip

- *Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses*, Coimbra, 1947.

KELSEN, Hans

- *Teoria Pura do Direito*, 6ª ed., Coimbra, 1984, p. 338 e segs.

LAMEGO, José

- *Hermenêutica e jurisprudência*, Lisboa, 1990.

LARENZ, Karl

- *Metodologia da Ciência do Direito*, 2ª ed., Lisboa, 1989, p. 375 e segs.

LATORRE, Angel

- *Introdução ao Direito*, 5ª reimpressão, Coimbra, 2002, p. 96 e segs.

MARÍN, R. Hernández

- *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, 2ª ed., Madrid, 2002, p. 301 e segs.

PECES-BARBA, G. / FERNANDEZ, F. / ASÍS, Rafael de

- *Curso de Teoría del Derecho*, Madrid, 1999, p. 229 e segs.

SALGUERO, Manuel S.

- *Argumentación jurídica por analogía*, Madrid, 2002.

WROBLEWSKI, J.

- *Sentido y hecho en el Derecho*, San Sebastián, 1990.

ZACCARIA, G.

- *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Milão, 1990.

## ÍNDICE

Nota prévia .....	5
Plano .....	7
Bibliografia geral .....	9

## PARTE I

### O conceito de Direito

#### Capítulo 1. Ideia geral do Direito

1. O paradoxo do conhecimento do Direito .....	15
2. O programa da disciplina .....	15
3. A noção adoptada de Direito .....	15
4. A pluralidade de sentidos da palavra Direito .....	16
5. O Direito e a linguagem .....	16
6. Direito e sociedade: o Direito como expressão de uma ordem social .....	17
7. Direito e autoridade social .....	18
8. Direito e organização social .....	20
9. Direito e poder político .....	21
10. Direito e Estado .....	22
11. O Estado de Direito .....	26
12. A natureza tridimensional do Direito .....	27

#### Capítulo 2. O Direito e outras realidades normativas

13. Considerações preliminares .....	31
14. Direito e ordem do trato social .....	32
15. Direito e ordem moral .....	34
16. Direito e ordem religiosa .....	39

### Capítulo 3. **A identidade do Direito**

17. As características fundamentais do Direito .....	45
18. Os fins do Direito .....	52
19. Fundamento do Direito .....	61

### Capítulo 4. **O conhecimento científico do Direito**

20. O Direito e o pluralismo metodológico .....	71
21. A Ciência Jurídica – caracterização .....	72
22. Outras ciências que estudam o Direito .....	75
23. As ciências auxiliares do Direito .....	76
24. A dimensão prática da Ciência Jurídica: as profissões jurídicas .....	78

## PARTE II

### **Teoria da norma jurídica**

#### Capítulo 5. **O conceito de norma jurídica**

25. O estudo da norma jurídica na Teoria Geral do Direito ....	87
26. Noção de norma jurídica .....	87
27. Estrutura .....	90
28. Características fundamentais .....	91
29. Classificação .....	94

#### Capítulo 6. **Tutela da norma jurídica**

30. Coercibilidade e sanção .....	107
31. Tutela estadual e meios jurídicos de coerção .....	108
32. Formas de tutela jurídica .....	109

## PARTE III

### **Teoria do ordenamento jurídico**

#### Capítulo 7. **Noção e características fundamentais do ordenamento jurídico**

33. Noção de ordenamento jurídico .....	125
34. Características fundamentais do ordenamento jurídico ....	127
35. Sistemática e codificação .....	135
36. Pluralidade de ordenamentos jurídicos e critérios de articulação .....	138

#### Capítulo 8. **Os ramos do Direito**

37. Considerações gerais .....	143
38. A distinção entre Direito Internacional e Direito Interno ....	145
39. A divisão entre Direito Público e Direito Privado .....	147
40. Ramos principais do Direito Público .....	149
41. Ramos principais do Direito Privado .....	153
42. Tendências marcantes da evolução recente da regulamentação jurídica .....	157

#### Capítulo 9. **A criação do Direito**

43. Criação do Direito e fontes do Direito .....	161
44. Unidade das fontes do Direito <i>versus</i> pluralidade das fontes do Direito .....	164
45. As fontes estaduais – em concreto, as fontes do Direito no ordenamento jurídico português .....	167
46. Figuras afins: equidade e doutrina .....	187
47. As fontes extraestaduais: o Direito Internacional Público e o Direito da União Europeia .....	190
48. O problema da hierarquia das fontes .....	198

## Capítulo 10. A interpretação e a aplicação do Direito

49. A interpretação do Direito .....	207
50. Lacunas e integração .....	218
51. Interpretação, integração e aplicação: relação cronológica ou metodológica? .....	223
52. Aplicação da norma no tempo .....	227
53. Aplicação da norma no espaço .....	235
Índice .....	243