

DISCLAIMER

Estes apontamentos não dispensam o estudo dos manuais recomendados pelo Professor Regente e Assistente.

INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO

PROF. TEIXEIRA DE SOUSA

Faculdade de Direito de Lisboa

INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO

1. O DIREITO

- O direito não pretende regular todos os aspectos da vida social: “espaço livre de direito”. A vida é mais variada e diversificada.
- O direito não é uma realidade imutável e constante, mas sim uma realidade social e cultural multifacetada.

Perspectivas da Análise do Direito

História do Direito: estudo da formação e evolução do direito.

Sociologia do Direito: estudo do fenómeno jurídico na sociedade.

Etnologia Jurídica: estudo do direito enquanto manifestação cultural do homem.

Política do Direito: estudo da evolução e aperfeiçoamento do direito vigente.

Filosofia do Direito: estudo da génese e do fundamento do direito.

Orientações da Filosofia do Direito

1 - Positivismo / Normativismo

2 - Antipositivismo / Antinormativismo

1 - Positivismo / Normativismo: ordem jurídica enquanto direito, conjunto de regras em vigor. Tudo o que não é empiricamente mostrado, não é ciência.

- Exponente máximo do positivismo jurídico: Teoria Pura do Direito – modelo teórico de explicação da ordem jurídica que prescindem de toda a fundamentação metafísica [jusnaturalismo]. Toda a ordem jurídica esgota-se no direito positivo, reconduzindo todo o direito ao conjunto de normas jurídicas em vigor numa sociedade [direito positivo].

- Modelo representativo da Teoria Pura do Direito: Teoria da Pirâmide – o sistema jurídico é um conjunto de regras jurídicas hierarquizadas. O fundamento da validade do direito resulta de uma norma [lei fundamental] hierarquicamente superior às outras.

Conclusão:

- O fundamento do direito é o próprio direito.

- Representa a obediência ao direito pela obediência, independentemente do seu conteúdo ou conformidade com a Justiça.

2 - Antipositivismo / Antinormativismo: direito é definido em função de critérios extrajurídicos e suprapositivos [valores, vontade das partes...]. A legitimação do direito depende da sua conformidade com esses critérios.

- Jusnaturalismo: corrente do direito natural que assenta numa matriz metafísica que não pode ser provada.

Definições de Direito

CELSUS: “a arte de encontrar o bom e o justo resultado”.

S.TOMÁS DE AQUINO: “a arte de conhecer o que é justo”.

HEGEL: “aquilo que faz com que um ser seja um ser da livre vontade”.

Ubi ius ibi societas: onde há direito, há sociedade.

Ubi societas ibi ius: onde há sociedade, há direito.

- Direito nasce do instinto de sobrevivência: perpetuação da espécie.

Funções do Direito

- 1 - Ordenador de relações sociais
- 2 - Função política [impede a anarquia e o arbítrio]
- 3 - Função social [permite, obriga e proíbe]
- 4 - Função pacificadora [impõe sanções]

Ciência do Direito e Teoria do Direito

Ciência do Direito: ciência que estuda o direito utilizando o método jurídico.

- Objecto: o direito positivo, enquanto conjunto de regras que vigoram numa sociedade
- Objectivo: solução de casos concretos, determinando o sentido das normas
- Trabalho de sistematização, harmonização e interpretação do material normativo
- Ordem orientada para a prática jurídica: procura novos conteúdos a aplicar
- Função crítica e de aperfeiçoamento [incoerências e lacunas]

Teoria do Direito: análise do direito positivo / vigente enquanto sistema [fontes do direito, regras jurídicas...].

- Sistematização normativa
- Harmonização do sistema em termos conceptuais
- Reflexão sobre o direito vigente e as suas estruturas formais

Direito Objectivo e Direito Subjectivo

Direito enquanto fenómeno social e palavra ambígua:

- 1 - Direito objectivo [law]
- 2 - Direito subjectivo [right]

1 - Direito Objectivo: conjunto de regras que vigoram numa determinada ordem jurídica [direito positivo]. É seccionado em áreas / ramos do direito, conjuntos normativos que regulam problemas idênticos e constituem normas orientadas pelos mesmos princípios jurídicos.

2 - Direito Subjectivo: posição de vantagem de um sujeito [titular]. SAVIGNY definiu o direito subjectivo enquanto um “poder de vontade”. Faculdade voluntária e livre de impor e defender os interesses do próprio sujeito através de meios concedidos pela ordem jurídica.

Tipos:

- Direitos da pessoa [direitos, liberdades e garantias e direitos de personalidade]
- Direitos relativos a situações jurídicas [direitos à constituição, modificação ou extinção de situações jurídicas - vg direito potestativo*]
- Direitos relativos a bens:
 - . Direitos de monopólio: direitos absolutos, titular usa e dispõe do bem, devendo ser respeitado por todos [ex: direito de propriedade material ou industrial - bens materiais ou imateriais]
 - . Direitos de crédito: claim-rights, direitos à realização de uma prestação por um terceiro

Conteúdo:

- Direitos patrimoniais [susceptíveis de avaliação económica - vg direito de propriedade]
- Direitos não patrimoniais [vg direitos de personalidade]

Efeitos:

- Direitos subjectivos stricto sensu [direitos a exigir uma prestação a outrem - vg direito de crédito, correlativos de um dever]

- [*] Direitos potestativos [direitos à constituição, modificação ou extinção de uma situação jurídica, sem possibilidade de resistência da outra parte, originando-se uma sujeição, e não um dever - vg direito à dissolução do casamento por divórcio, constituição de servidão legal de passagem]

Ramos do Direito: Direito Público e Direito Privado

Critérios de divisão:

- | | | |
|---------------------------------------|---|--------------------------|
| 1. critério do interesse | } | critérios insustentáveis |
| 2. critério da qualidade dos sujeitos | | |
| 3. critério da posição dos sujeitos | } | critério adoptado |

1. critério do interesse

Direito público: satisfação de interesses públicos

Direito privado: satisfação de interesses privados

Crítica:

- não há nenhuma linha radical de fractura entre o interesse público e o interesse privado

2. critério da qualidade dos sujeitos

Direito público: relações em que intervém o Estado ou uma entidade pública

Direito privado: relações em que intervêm particulares

Crítica:

- Estado pode utilizar as mesmas armas do que os particulares

3. critério da posição dos sujeitos

Direito público: regula as actividades do Estado, dotado de ius imperii

Direito privado: regula as relações entre sujeitos em posição de paridade

Critério adoptado:

- divisão não significa contradição: são ramos indispensáveis e complementares entre si

2. ORDEM NORMATIVA

- Ubi ius ibi societas: onde há direito, há sociedade. Direito é um fenómeno social. ARISTÓTELES: homem é um animal político. Sociabilidade é inata ao homem. Viver é necessariamente conviver.

- Direito: realidade humana, social e cultural.

Ordem: comportamento harmonioso dos membros de uma sociedade

Ordem técnica: orienta condutas humanas e pretende alcançar um determinado resultado.

- Carece de componente normativa e de coercibilidade

- Caracteriza-se por um falso imperativo: cabe ao homem alcançar o resultado ou não

- Normatividade aparente

- Ordem orientada pela contingência

- É a ordem do homo faber, o homem transformador de matérias-primas da natureza

Ordem natural: ordem técnica, fatal, de necessidade. Carácter casual.

- Leis naturais são invioláveis e inalteráveis, expressão de fenómenos naturais
- Encadeamento de condições essenciais à verificação de curtos fenómenos [relação de causa / efeito]
- Não é uma ordem de tradição porque a experiência de cada animal morre com ele

Ordem social: não é uma ordem da necessidade, mas da liberdade. Carácter contingente.

- Ordena condutas humanas
- Não é imposta ao homem – este pode rebelar-se contra ela
- Não é uma ordem determinista, mas aplica sanções a quem a desrespeita
- É uma ordem que é [existe, é verificável – componente fáctica]
- Exprime-se por comandos comportamentais de dever ser [componente normativa]
- Ordem da cultura e tradição [enriquecimento cultural através das gerações]

Conclusão:

- Ambas a ordem social e a ordem natural são factos, realidades, embora não exista identificação entre uma e outra

O Ser e o Dever Ser

Distinção entre o ser e o dever ser remonta a HUME e KANT.

Ser: domínio da razão teórica [razão que orienta o pensamento]

- É descrito: afirma um facto / fenómeno / realidade
- Pode ser verdadeiro ou falso
- Composto por elementos meramente factuais, destituídos de qualquer índole normativa [de dever ser]

Dever ser: domínio da razão prática [razão que orienta a acção]

- É prescrito: impõe uma ordem, ainda que susceptível de violação
- O homem pode adequar ou não a sua conduta à ordem normativa, sem que essa rebelião ponha em causa a vigência da regra
- Pode ser válido ou inválido, em função da competência de quem o define
- Resulta da vontade e da liberdade

Conclusão:

- Do ser não se pode deduzir um dever ser
- O dever ser não pretende moldar todo o ser
- Ideologia conservadora: imposição do ser ao dever ser
- Ideologia utópica: imposição do dever ser ao ser

Ordens Normativas da Ordem Social

Ordens que traduzem aspectos diferentes de dever ser, inerente à vida em sociedade.

O direito é uma ordem da sociedade, e não “a” ordem:

1. Ordem religiosa
2. Ordem moral
3. Ordem do trato social
4. Ordem jurídica

1. **Ordem religiosa:** assenta num sentido de transcendência.

- Ordem intra-individual
 - Ordem imperativa
 - É a ordem que regula a relação entre o crente e Deus
 - É juridicamente relevante quando ordena relações entre o crente e terceiros
- [ordem inter-individual]
- Ordem meramente instrumental: destina-se a tornar possível a ordem transcendente
 - Sanção: espiritual

2. **Ordem moral:** orienta a conduta humana para a realização do Bem.

- Ordem intra-individual, com repercussões sobre a ordem social [dimensão intersubjectiva]
- Ordem imperativa
- Bem: ideia inata ao homem, abstracta e subjectiva
- Visa o aperfeiçoamento da pessoa e a transformação da ordem social
- Moral social ou positiva: o conjunto de regras que vigoram numa sociedade e são aceites como tal [vg decência do comportamento, bons costumes...]
- Quanto mais massificada é uma sociedade, menos relevante é a moral social ou positiva
- Sanção: social [de carácter psíquico], remorso

3. **Ordem do trato social [Sitte]:** a subcategoria mais pobre das ordens normativas.

- Ordem intersubjectiva e extrajurídica
- Carece de imperatividade e de coercibilidade organizada
- Resulta dos usos e convencionalismos sociais [vg regras de cortesia ou de civilidade, indumentária...]
- Destina-se a dulcificar as relações sociais, tornando-as mais fluidas
- Ordem normativa porque tem o mesmo sentido de um “ser devido”, mas é caracteristicamente inorganizada
- Sanção: reprovação social, segregação

4. **Ordem Jurídica:** ordem normativa cujo objectivo principal é a Justiça.

- Ordem intersubjectiva
- Ordem imperativa [KANT: imperativo categórico], embora nem todas as regras sejam imperativas [vg regras permissivas]
- Ordem necessária: evita a anarquia e o caos e combate o despotismo, estabelecendo o Estado de Direito
- Ordem subsidiária: nem todas as relações sociais devem ser reguladas pelo direito [princípio do “mínimo jurídico”, limitado à protecção dos bens jurídicos - Rechtsgut]
- Ordem coactiva e coerciva

Ordem Jurídica e Ordem Moral

Atribuição de relevância jurídica à moral:

- Incorporação das regras morais no direito [vg direito penal: a proibição de matar]
- Concessão de relevância jurídica a valores morais [vg boa fé, dolo] ou ético-sociais [bons costumes]
- Concessão de relevância jurídica a deveres morais sem os transformar em deveres jurídicos [vg obrigações naturais - impossibilidade de exigir o seu cumprimento através dos tribunais, **art. 402º**]

MAS não há uma coincidência necessária entre a ordem jurídica e a ordem moral: existe uma diferença de perspectivas.

- O direito preocupa-se com a convivência em sociedade
- A moral pretende orientar as consciências para a realização do Bem

Conclusão:

- O direito não deve contrariar a moral, impondo o que é imoral ou proibindo o que é moral
- O direito não tem de receber toda a moral: princípio da necessidade e da universalização

Duas vias:

- O direito pode permitir o que é moral e o que é imoral e o indivíduo pode optar pelo seu comportamento
- O direito pode considerar indiferente o que é moral, não tomando qualquer posição

Controvérsia da separação entre o direito e a moral:

- reprodução medicamente assistida [*in vitro*]
- interrupção voluntária da gravidez
- biotecnologia: o genoma humano e as células estaminais
- suicídio e eutanásia activa
- “regra Robin Hood” [T. SOUSA]: tirar aos ricos para dar aos pobres

Crítérios de distinção entre o direito e a moral:

- | | | |
|---|---|------------------------|
| 1. Teoria do mínimo ético | } | critérios inaceitáveis |
| 2. Teoria da coercibilidade | | |
| 3. Critério do destinatário | | |
| 4. Critério da origem | | |
| 5. Critério da exterioridade / interioridade | } | critério proposto |

1. **Teoria do mínimo ético:** garante a protecção dos valores morais fundamentais.

- Todas as regras jurídicas têm um conteúdo moral, embora o inverso não seja verificável
- Direito e moral são círculos concêntricos

Crítica:

- A imensa maioria dos preceitos jurídicos é moralmente neutra / indiferente
- A pretensa coincidência da regra jurídica e da regra moral só é verificável num sector muito restrito [vg no domínio penal]

2. **Teoria da coercibilidade:** o direito caracteriza-se pela susceptibilidade de aplicação de uma sanção.

- A regra moral é incoercível, porque ninguém pode impor que o homem seja melhor

Crítica:

- Há sectores da ordem jurídica que não são dotados de coercibilidade

3. **Critério do destinatário:** a pessoa na sua relação com os outros [direito] vs. a pessoa isolada [moral].

Crítica:

- Nenhuma pessoa vive isolada
- A solidariedade é uma virtude moral

4. **Critério da origem:** origem heterónima [direito] vs. origem autónoma [moral].

- Critério utilizado por KANT: a autonomia da vontade

Crítica:

- A ordem moral não é , em parte, criação do sujeito
- O sujeito pode criar o direito através da denominada autonomia negocial ou contratual [**art. 405º**]

5. **Critério da exterioridade / interioridade [critério proposto].**

- Distinção rígida entre o lado interno [moral] e o lado externo [direito] das condutas humanas
- O direito não invade o foro íntimo de cada um, sendo irrelevantes as más intenções não traduzidas em acto nem as motivações que conduzem o sujeito a obedecer a regra [KANT, legalidade]
- A moral preocupa-se somente com a intenção do sujeito e não com a concretização desta em actos [KANT, moralidade]

Crítica:

- No seu radicalismo, o critério da exterioridade é incorrecto
- O estado anímico do sujeito nem sempre é irrelevante para o direito [conduta dolosa ou negligente, dolo voluntário, eventual ou necessário..., vg **art. 253º e 483º**]
- O lado interno é relevante para a medição das penas
- O direito também valora negativamente a declaração emitida sob coacção física ou moral [**art. 255º**]
- Também a actuação exterior é moralmente relevante [“de boas intenções está o Inferno cheio”]

Apologia:

- A mera intenção, não traduzida em actos, carece de relevância jurídica
- Para a moral a intenção é sempre relevante e pode mesmo ser suficiente
- Já a falta de intenção é sempre relevante, mesmo que a conduta esteja de acordo com a moral

3. A REGRA JURÍDICA

Normativismo: a ordem jurídica é o conjunto de regras jurídicas

vs.

Não normativismo ou institucionalismo [O. ASCENSÃO]: a ordem jurídica é mais englobante do que um mero conjunto de regras jurídicas. O direito é um complexo e uma unidade global de regras jurídicas:

Noção englobante de ordem jurídica compreende:

- instituições
- órgãos
- fontes do direito
- vida ou actividade jurídica
- situações jurídicas

Conclusão:

- Regras jurídicas não compõem a ordem jurídica, mas são expressão dessa ordem mais vasta
- O espaço da ordem jurídica que não deve ser abrangido por regras jurídicas constitui o “espaço livre de direito” ou a “zona de metajuridicidade”.

Elementos da Regra Jurídica

O. ASCENSÃO: estrutura da regra jurídica

1. Previsão / antecedente [Tatbestand ou factispecies]
2. Estatuição / conseqüente

1. Previsão de um acontecimento ou de um estado de coisas [vg estado marital: os cônjuges]

2. Estatuição ou conseqüências jurídicas caso a previsão não se verifique historicamente. Efeito jurídico associado pela norma à verificação da factispecies.

ex1: previsão + estatuição

“quem matar outrem” [previsão]

“será punido com 8 a 16 anos de prisão” [estatuição]

ex2: estatuição + previsão

“é menor” [estatuição]

“quem não tiver completado 18 anos” [previsão]

ex3: previsão + estatuição + previsão

“os pais e avós” [previsão]

“não podem vender a filhos ou netos” [estatuição]

“se os outros filhos ou netos não consentirem na venda” [previsão]

T. SOUSA: estrutura da regra jurídica [excepto regras classificativas]

1. Previsão
2. Estatuição
3. Operador deôntico [dever ser: proibição, permissão ou imposição]

Pretensas Características da Regra Jurídica

1. **O. ASCENSÃO:** hipoteticidade e generalidade
2. **T. SOUSA:** abstracção e generalidade

1. O. ASCENSÃO:

√ - hipoteticidade: regras exprimem a ordem social, aplicando-se somente quando se produz um facto que corresponda à sua própria previsão [aplicação condicionada]

√ - generalidade: pluralidade indeterminada e indeterminável de destinatários

X - abstracção: os factos e situações previstos pela regra não estão já verificados quando a regra é introduzida no sistema - mas há estados já plenamente realizados e regras retroactivas

X - imperatividade: a norma é um comando incondicional, que pretende em absoluto verificar-se - mas as regras permissivas e os critérios de qualificação e decisão de casos concretos não são dotados de imperatividade

X - bilateralidade: regras relacionam dois ou mais sujeitos, criando relações entre eles - mas nem todas importam a relação entre sujeitos

2. T. SOUSA:

- ao contrário de O. ASCENSÃO, admite a existência de regras individuais e concretas

√ - generalidade: concorda com O. ASCENSÃO

√ - abstracção: o enunciado deontico refere-se a situações categorizadas [vg filiação, casamento], categorias abstractas de situações não circunscritas a casos concretos

Tipos de Regras Jurídicas

O. ASCENSÃO:

1. **autónomas** [T. SOUSA: completas]

- têm por si um sentido completo

2. **não autónomas** [T. SOUSA: incompletas]

- só obtêm um sentido em combinação com outras regras

2.1 **proposições não normativas** [T. SOUSA: auxiliares de sistematização das leis]

- não são regras, segundo O. ASCENSÃO

2.1.1 **classificações legais, art. 203º**

- arrumam a matéria legal

2.1.2 **definições legais, art. 202º-1**

- mera orientação

2.2 **remissivas**

- o antecedente ou o conseqüente não estão directamente determinados - o seu sentido completo só se obtém através do exame de outro preceito

2.2.1 **regras de devolução, art. 1625º**

- não regulam directamente determinada matéria, antes remetem-nas para uma fonte que contém o regime aplicável [vg direito internacional privado]

2.2.2 **ficções legais, art. 275º-2**

- tem de ser combinada com a primeira regra para se obter o regime aplicável, através do tratamento idêntico de duas realidades

diversas - mau processo, porque o que na realidade é diverso, diverso continua

2.2.3 **presunções absolutas, art. 243º**

- presunções absolutas, inilidíveis ou iure et de iure: estatuídas sem possibilidade de prova em contrário, e da situação derivarão fatalmente as mesmas consequências que derivam daquela cuja verificação se presume

2.2.4 **conflitos, art. 46º-1**

Outras Classificações

Regras jurídicas:

1. de mera valoração
2. de conduta
 - . preceptivas: impõem uma conduta
 - . proibitivas: vedam uma conduta [vg normas penais]
 - . permissivas: permitem uma conduta [vg uso, fruição...]

Regras injuntivas: aplicam-se independentemente da declaração de vontade dos sujeitos [vg estado de sítio].

Regras dispositivas, **art. 582º**: só se aplicam se as partes suscitam ou não afastam a sua aplicação. As partes têm a possibilidade de fixar um regime diverso:

- . permissivas: vg regra que permite o casamento - posso não me casar
- . interpretativas
- . supletivas

4. IMPERATIVIDADE, COACÇÃO E COERCIBILIDADE

Imperatividade: prescrição de um dever ser

Coacção: imposição de uma sanção ao infractor

Coercibilidade: susceptibilidade de aplicação coactiva de uma sanção

Imperatividade

Todo o dever ser é dotado de imperatividade. A ordem jurídica é uma ordem normativa e, portanto, uma ordem imperativa.

Todo o imperativo é um comando comportamental que visa em absoluto ser obedecido [pretensão de aplicação incondicional vs. KANT, imperativo hipotético]

- Imperatividade coactiva: imperatividade acompanhada da definição de uma sanção.

- Imperatividade não coactiva: vg obrigações naturais [**arts. 402º-403º e 1245º**]

Coacção

- Coacção física: possibilidade de aplicação de sanções com expressão física.

. nas ordens estaduais: pena de prisão, apreensão de um bem...

. nas ordens supra-estaduais: guerra, sanções económicas...

- Coacção não física: nem todas as sanções implicam o recurso à força, vg exclusão de um membro de um sindicato [sanção de carácter institucional].

Coercibilidade

O. ASCENSÃO: coercibilidade é a susceptibilidade de aplicação coactiva de uma sanção jurídica, com expressão física [pela força]. Não é, todavia, pela coacção que as regras jurídicas pretendem ser aplicadas [T. SOUSA: sanções sem expressão física - coacção não implica coerção].

KANT: o direito está ligado à faculdade de coerção. O. ASCENSÃO defende que a coercibilidade não é, todavia, uma característica da ordem jurídica [existência de regras jurídicas sem sanção].

1. Define-se uma sanção
2. Coage-se o agente a actuar de certa forma [vis coactiva]
3. Em caso de infracção, recorre-se à coerção para aplicar a sanção [vis directiva]
 - regra coerção não orienta comportamentos, apenas actua quando o agente viola a regra [tem por objecto uma norma de comportamento]

Coerção conduz à aplicação de uma regra jurídica:

- quando a sanção a aplicar for uma sanção preventiva ou uma sanção compulsória
- só estas sanções visam que o agente actue segundo o direito
- às demais sanções a coerção visa aplicar uma sanção, e não uma regra

Sanções Jurídicas

Sanção: efeito jurídico desfavorável normativamente previsto para o caso de violação de uma regra, e através do qual se reforça a imperatividade desta. Nem todas as regras são assistidas de sanção [regras não sancionadas].

O. ASCENSÃO: regra sancionatória é subordinada e complementar à regra de comportamento - actua no caso de esta não ter sido observada.

T. SOUSA: toda a regra sancionatória é também uma norma de comportamento - distinguem-se apenas pelos respectivos destinatários directos.

1. Sanções positivas ou premiais: atribuição de uma vantagem a quem cumpre a regra
2. Sanções negativas: imposição de uma desvantagem ao infractor da regra
 - a] - preventivas
 - b] - compulsórias
 - c] - reconstitutivas
 - d] - compensatórias
 - e] - punitivas[várias sanções podem cumular-se em reacção a uma só violação]

1. Sanções positivas ou premiais: não é apenas através do castigo que se promove a observância das regras jurídicas - atribuição de um prémio ou vantagem àquele que se comporta em conformidade com o direito.

- Premeia-se a observância da regra jurídica

- MAS a observância da norma deve ser algo natural e espontâneo, e não algo provocado pela expectativa de obtenção de um prémio

ex:

- . sanção civil: quem achar um tesouro recebe metade do achado [**art. 1324º**]

2. Sanções negativas

a] - Sanções preventivas: visam acautelar o cumprimento futuro da regra, prevenindo a violação futura do direito.

- Receio é justificado pela anterior prática do ilícito no passado

- Previsão de que o direito possa vir a ser violado uma vez mais

ex:

. sanção penal: medidas de segurança [vg interdição do exercício da profissão]

- privação da liberdade a inimputáveis
- liberdade condicional

. sanção civil: pagamento das prestações em falta [vg dívida de prestações, **art. 781º**]

*Nota: prisão preventiva não é uma sanção preventiva porque o tribunal ainda está a apurar se existe crime ou não [pode não haver violação prévia]. Prisão preventiva é decretada com base no argumento de “alarme social”.

b] - Sanções compulsórias: visam obrigar / compelir o infractor a adoptar o comportamento devido, ainda que tardiamente.

- Procura-se atingir um resultado final semelhante ao resultado da devida observância da regra, abstraindo-se do factor tempo

ex:

. sanção civil:

- direito de retenção de coisa alheia [**art. 754º**]
- sanção pecuniária compulsória [**art. 829º - A**]
- [[prisão por dívidas até à realização do pagamento - - abolida]]

c] - Sanções reconstitutivas: visam a reconstituição em espécie [in natura] da situação hipotética que teria existido se não se tivesse verificado a violação da norma jurídica.

- Reposição ou restauração natural

- É a única sanção capaz de repor o equilíbrio

- Representa a vitória da ordem jurídica sobre o caos e a desordem

ex:

. sanção civil:

- execução específica [**arts. 827º-828º**]
- reconstituição natural ou indemnização específica [**arts. 562º e 566º**]
- reintegração ou restituição da posse [**art. 1278º-1**]

d] - Sanções compensatórias: visam a entrega ao lesado de um bem sucedâneo [valorativamente equivalente], mas não idêntico, à lesão sofrida.

- Coloca-se o lesado numa situação meramente equivalente à inicial, quando a reconstituição não é possível, é demasiado onerosa ou não repara integralmente os danos [**art. 566º**]

- Sanções compensatórias são subsidiárias das obrigações reconstitutivas: indemnização é fixada em dinheiro quando a reconstituição natural não é possível

- Há reintegração, e não reconstituição

ex: indemnização em dinheiro

. sanção civil:

- danos não patrimoniais [**art. 496º-1**]
- danos patrimoniais
- falta do próprio bem devido [vg pintura de um retrato já pago]
- lucros cessantes

e] - Sanções punitivas: impõem uma pena / castigo ao infractor ou transgressor do direito.

- Pena: sanção imposta de maneira a representar simultaneamente um sofrimento e uma reprovação para o infractor

- À pena correspondem as violações mais gravosas da ordem jurídica

ex:

. pena civil:

- indignidade sucessória
- inibição do poder paternal
- desrespeito do prazo internupcial
- . pena disciplinar: suspensão ou demissão de funções do transgressor
- . pena contra-ordenacional ou coima: montante pecuniário [vg estacionamento]
- . pena criminal: prisão, coima, prestação de trabalhos comunitários, admoestação [censura oral feita, em audiência, pelo tribunal]

05. TUTELA JURÍDICA

Evolução histórica do Estado de um sistema de justiça privada [autotutela] para um sistema de justiça pública [heterotutela] - **art. 202º CRP**.

Autotutela contribui para uma maior insegurança em sociedade, porque ninguém é bom juiz em causa própria.

art. 1º CPC: “a ninguém é lícito o recurso à força com o fim de realizar ou assegurar o próprio direito, salvo nos casos e dentro dos limites previstos na lei” - proibição de autodefesa.

Admissibilidade da Autotutela

Particulares podem actuar manu militari na defesa dos seus direitos:

1. Estado de necessidade
2. Legítima defesa e direito de resistência
3. Acção directa

Não são, contudo, admissíveis:

- Tutela privada preventiva [salvo em caso de agressão iminente]
- Desforço [o castigo do infractor pela vítima ou por terceiro]

Excepção:

- Tutela da posse [possuidor esbulhado pode restituir-se por sua própria força]

[[Direito de retenção: interessado aplica uma sanção à sua conta e risco - **art. 754º**.

- Começou por constituir um simples meio de coerção que visava o cumprimento de obrigações [direito real de garantia]]]

Meios de Autotutela

- Pressuposto comum: carácter subsidiário [só são concedidos perante a impossibilidade de recurso em tempo útil à autoridade pública - autoridades administrativas, policiais ou judiciais]. Necessidade de verificação cumulativa de todos os requisitos legais.

1. Estado de necessidade, art. 339º

- Reacção sobre a esfera jurídica de outrem contra ameaça de um perigo actual

- Sacrifício de um bem alheio para defesa de um interesse ou bem manifestamente superior

- Exclusão de ilicitude do acto em estado de necessidade: agir altruisticamente

- Pressupostos:
 - . remoção de um perigo [iminência de um dano]
 - . só pode incidir sobre coisa ou direito patrimonial [do agente ou de terceiro]
 - . destruição / danificação de coisa alheia [conduta típica]
 - . proporcionalidade mínima [ponderação de danos]
 - . objectivo: evitar a consumação ou a ampliação de um dano

- Consequência: prejuízo provocado em estado de necessidade deve ser indemnizado pelo agente ou por aqueles que tiraram proveito do acto

Conclusão:

- O estado de necessidade evidencia que a autotutela é mais ampla do que a reacção coerciva contra a violação do direito.

2. Legítima defesa, art. 337º

- Pressupostos:

- . agressão ilegal, injusta ou ilícita e actual [já iniciada, não consumada]
 - . agressão actual [já iniciada, não consumada - não basta ser previsível, justiça privada preventiva]
- . objectivo: obstar a que o mal se consuma
- . pode ser pessoal
 - . pode ser patrimonial - - do próprio ou de terceiro
- . necessidade ou racionalidade dos meios de defesa
- . proporcionalidade mínima [ponderação de danos]

- Admite-se excesso de legítima defesa por medo ou perturbação [cfr. **art. 20º-21º CRP** - direito de resistência]

3. Acção directa, art. 336º

- Meio de autotutela que visa assegurar o próprio direito, e não o direito de outrem

- Admitida em termos cautelosos

- Tipo de autotutela de maior amplitude que os outros meios

- Pressupostos:

- defesa de um direito próprio [a agressão já é finda e consumada - justiça privada repressiva]
- conduta típica: apropriação, destruição ou deterioração de uma coisa
- racionalidade dos meios empregados: proporcionalidade directa [em caso algum pode excedê-la]

- “Para evitar a inutilização prática desse direito” - quando não existe outro meio de impedir a perda do direito.

Erro Acerca dos Pressupostos da Acção Directa ou da Legítima Defesa

art. 338º: suposição errónea - o titular o direito é obrigado a indemnizar o prejuízo causado.

Se o erro for desculpável, a acção directa ou a legítima defesa justificadas por erro acerca dos pressupostos não deixam de ser ilícitas. Todavia, o agente é dispensado da indemnização pelos prejuízos causados.

O **art. 338º** não pode ser aplicado relativamente a erro de acção em estado de necessidade.

06. SISTEMA JURÍDICO E A ESTATALIDADE

Princípios Gerais do Direito

Princípios gerais do direito: princípios ou grandes orientações da ordem positiva que têm a potencialidade de conduzir a novas situações.

- Iluminam e inspiram a ordem jurídica

- Merecem o mesmo respeito e obrigatoriedade da própria lei

Pretensa Estatalidade do Direito

Fenómeno jurídico: a regra é caracterizada pela sua proveniência estatal e pela sua aplicação pelos órgãos estatais [estatalidade do direito].

O. ASCENSÃO: o direito é o que está na sociedade, não o que é produzido pelo Estado. Existe direito em sociedades infra-estaduais e supra-estaduais. A ordem jurídica só é estatal quando pretende significar que o âmbito dessa ordem jurídica é demarcado pelo Estado a que corresponde.

07. FONTES DO DIREITO

Sistemas Actuais de Direito

O estudo de uma ordem jurídica em particular deve ser precedido de considerações sobre outras ordens jurídicas.

Direito Comparado: a comparação de direitos

- para melhor conhecermos o nosso Direito
- pela Política Legislativa

Serve-se do método comparativo, comparando elementos de ordens jurídicas divergentes: semelhanças e diferenças. Não se trata, porém, de um ramo da ordem jurídica, mas sim de uma ciência [comparação de direitos].

Não cabe ao comparatista afirmar o direito que deve ser [de iure condendo], mas sim o direito enquanto realidade histórica [de iure condito].

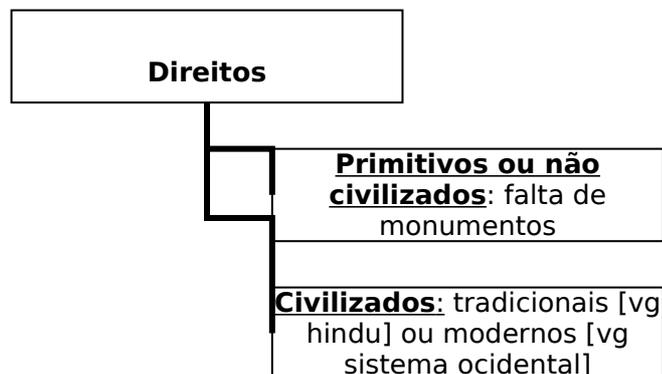
- Macrocomparação: determinação / comparação ente sistemas, na globalidade [grelha comparativa]

- Microcomparação: comparação de institutos jurídicos ou dos conteúdos de ordens jurídicas singulares

- Mesocomparação: comparação entre ramos de direito [grelha comparativa]

- Megacomparação: comparação entre inteiras famílias de direito [grelha comparativa]

Critério de determinação de sistemas jurídicos: as civilizações, elemento de base distintivo das sociedades.



Sistema ocidental: a herança grega + o pensamento romano

- Cristianismo: o respeito pela pessoa humana
- Capitalismo: desenvolvimento técnico [Revolução Industrial]

Dois subsistemas:

1. Sistema romano-germânico
2. Sistema anglo-saxónico

1. Sistema romano-germânico

- Derivação do DR: lei é fonte de direito por excelência

- Jurisprudência é fonte mediata de direito, subordinada à lei
- Institutos semelhantes
- Mesmos ramos de direito: direito privado vs. direito público
- Princípios fundamentais análogos
- Direito continental [statute law]
- Construção de regras gerais e abstractas
- Analogia enquanto principal critério de integração de lacunas
- Tendência para a codificação do direito

[[Código: é uma lei, fonte de direito.

- Contém uma pluralidade de regras
- Três S's: sintético, científico e sistemático
 - Regula unitariamente um ramo do direito, contendo a disciplina fundamental desse ramo]]

2. Sistema anglo-saxónico

- Origina-se em Inglaterra [common law], o direito comum dos povos de Inglaterra
 - Invasão dos anglo-saxões e domínio pelos normandos
 - Jurisprudência é a principal fonte de direito: lei é rígida e tirana [arbitrariedade do poder]
 - Sistema de case law, casuístico [sistema de precedente: critérios de solução de casos são vinculativos] - o precedente [precedent rule] fixado pelos órgãos judiciários superiores é vinculativo para os inferiores: terão de decidir os casos futuros da mesma maneira
 - Fundamentação costumeira do sistema
 - Tendência para a assistemática do direito: regras vão sendo extraídas da jurisprudência à medida que os casos vão surgindo
 - Equidade: a justiça do caso concreto [equity] - resolução de casos análogos da mesma maneira
 - Sistema anglo-saxónico não é susceptível de recepção, apenas de imposição

Modalidades das Fontes de Direito

Fontes de produção interna:

1. Doutrina
 2. Jurisprudência
 3. [[Equidade]]
 4. Costume [usos]
 5. Normas corporativas
 6. Lei
- } produção de regras jurídicas

Fontes de direito:

Sentidos:

- técnico-jurídico: modos de revelação e formação de regras jurídicas
- histórico: origem histórica de um sistema
- orgânico: órgãos competentes para a produção de regras jurídicas
- sociológico ou material: circunstancialismo social que originou a regra
- instrumental: documentos que contêm os preceitos

Fontes juris essendi [fontes da essência]: regras que vigoram numa ordem jurídica independentemente do desaparecimento de todas as fontes juris cognoscendi.

Fontes juris cognoscendi [fontes de conhecimento]: suporte material da regra, veículos de publicitação / revelação da regra - fontes de direito no sentido instrumental.

Sentido técnico-jurídico: modos de revelação e formação de regras jurídicas

- modos de revelação: direito privado [lei e costume] - exteriorização da regra
- modos de formação: direito público - processo que conduz à génese da norma

Formação da lei:

1. proposta
 2. votação
 3. aprovação
 4. promulgação e referendo
 5. publicação / publicitação
- [arts 112º, 119º, 134º, 161º e 168º CRP]

AR: competência política e legislativa, reserva relativa e reserva absoluta

Governo: competência legislativa e administrativa, competência exclusiva, matérias de não reserva [matérias inovadoras]

Regiões Autónomas: legislação em âmbito de interesse regional

Autarquias Locais: pessoas colectivas, poder regulamentar, limite territorial, competências meramente administrativas

Verdadeira fonte de direito é a ordem social: só dela deriva a juridicidade de qualquer regra. Logo, o sentido de uma fonte varia objectivamente consoante a ordem em que se integra.

Conclusão:

- Fonte é uma manifestação ou facto social que tem o sentido de conter uma regra jurídica.

Distinção ambígua:

1. **fontes mediatas**
 - influenciam a produção de regras [doutrina e jurisprudência]
 - só são juridicamente atendíveis quando a lei o permita [usos]
2. **fontes imediatas**
 - são directamente produtoras de regras jurídicas [lei]
 - são intrinsecamente fontes de direito, têm uma valia própria, per se [lei e normas corporativas]

art. 1º: fixação de uma prevalência hierárquica da lei imperativa / injuntiva face às normas corporativas.

1. Doutrina

- Communis opinio doctorum
- O labor dos juristas, no exercício da ciência jurídica
- Trabalho teórico de construção conceptual e de sistematização do material jurídico, fornecendo-se soluções para casos concretos

- Historicamente, a doutrina foi fonte do direito: ius publice respondendi, Bártolo

- Hoje não o é
- MAS a autoridade da doutrina é um facto: a citação de juristas que perfilham a mesma posição enriquece as alegações de cada parte

2. Jurisprudência

- O labor dos tribunais na solução de casos concretos
- Princípio geral: independência da magistratura judicial [**art. 4º-1 estatuto magistrados**]
 - . os tribunais superiores não têm que julgar como os tribunais inferiores
 - . os juízes não têm que julgar como os juízes do mesmo nível hierárquico
 - . os juízes não têm que julgar consoante eles próprios já fizeram
 - * os tribunais inferiores não têm que julgar como os tribunais inferiores *
[exceção: o dever de acatamento pelos tribunais inferiores das decisões proferidas em via de recurso pelos tribunais superiores - mas, suscitando-se novo caso da mesma índole, o juiz pode voltar a julgar de modo diverso]
- No sistema anglo-saxónico, a máxima de decisão [o critério normativo que conduziu o juiz à solução do caso] pode ser juridicamente vinculativa perante outro caso da mesma índole - decisão jurisprudencial é fonte de direito

O. ASCENSÃO, jurisprudência enquanto fonte de direito em Portugal:

- a). costume jurisprudencial
- b). acórdãos do Tribunal Constitucional com força obrigatória geral
- c). assentos [revogados em 1995]

a]. Costume jurisprudencial: funda-se num uso [mera observação de facto da repetição] acompanhado de convicção de obrigatoriedade de essa é a orientação mais adequada.

- A fonte de direito não é propriamente a repetição de julgados, mas sim o costume
- Convicção de obrigatoriedade pressupõe relativa persistência na orientação seguida
- Costume jurisprudencial não se identifica com a jurisprudência constante, porque não só pressupõe um número significativo de decisões naquele sentido como também uma persistência considerável naquela orientação

Jurisprudência constante: repetição de soluções [prática reiterada].

- Presunção ilidível de determinada orientação, podendo ser afastada
- Não se exclui uma viragem jurisprudencial
- Não é fonte de direito na nossa ordem jurídica

b]. Acórdãos do TC com força obrigatória geral: fonte de direito em Portugal.

- A atribuição de força obrigatória geral a uma decisão de um tribunal não lhe retira o carácter jurisprudencial
[**arts. 119º-1 g) e 281º CRP**]

c]. Assentos: verdadeira fonte de direito, até 1995.

- Surgiram dos tradicionais assentos da Casa da Suplicação [o tribunal régio]
- Evoluíram para as decisões do STJ proferidas em sede de recurso para a resolução de contradições de jurisprudência dos tribunais superiores
- Dotados de força obrigatória geral, força essa que conferia às decisões dos acórdãos a equiparação a normas jurídicas, com o mesmo valor vinculativo dentro e fora do processo para o qual a decisão foi proferida
- STJ interpretava leis, preenchia lacunas e era verdadeiro órgão produtor de regras jurídicas
- A inconstitucionalidade deste instituto foi suscitada com base no **art. 112º CRP**, por se conferir, a um acto de natureza externa [que não a lei], o poder de interpretação e de integração de lacunas
- A inconstitucionalidade reside na força obrigatória geral dos mesmos

Jurisprudência uniformizada: surge da necessidade de maior segurança nas decisões.

- Acórdãos de uniformização da jurisprudência do STJ não podem ter força obrigatória geral, não vinculam as instâncias nem vinculam o próprio STJ
- Acórdãos criam orientações comuns, fixando o sentido das fontes de direito aplicáveis
- Não são fonte de direito na nossa ordem jurídica

[[3. Equidade]]

- O CC inclui a equidade entre as fontes de direito [art. 4º]
- Equidade é o critério que cria soluções especificamente enquadradas no caso concreto [“a justiça do caso concreto”, ARISTÓTELES - comparação com a régua lésbica, maleável].
- É modo de revelação de regras jurídicas, pois revela-nos o direito daquele caso, embora não tenha intuito generalizador
- O. ASCENSÃO: não acolhe a qualificação da equidade enquanto fonte de direito no sentido técnico-jurídico porque não é um critério normativo [não é fonte criadora de regras jurídicas gerais e abstractas].

Funções da equidade:

- integração de lacunas
- correcção da lei
- substituição da lei

4. Costume [usos]

- Costume é fonte não intencional [espontânea], privilegiada e auto-justificada do direito, porque exprime directamente a ordem da sociedade
- Já a lei não tem adesão social garantida e é rígida
- Costume = uso + convicção da obrigatoriedade [O. ASCENSÃO] / juridicidade [T. SOUSA]: diferenças quanto à temática do costume permissivo
- estrutura do costume: componente fáctica [ser, o uso] + componente normativa [dever ser, a convicção - animus]
- a convicção é o elemento jurídico do costume
- costume é preceptivo

O. ASCENSÃO: só existe costume quando a prática é acatada pela comunidade [é preciso existir uma convicção de obrigatoriedade], não se tolerando comportamentos divergentes. O costume é sempre preceptivo e nunca permissivo [posição mais restrita].

T. SOUSA: o costume é conforme à lei, permitindo-se a existência de regras permissivas. Basta a convicção da juridicidade / licitude do acto [perspectiva mais ampla].

Conclusão:

- Sustentando-se a posição de T. SOUSA, admite-se que o costume contra legem possa fazer cessar a vigência da lei [na prática, e não legalmente].

Tipos de costume:

- **secundum legem**: coincidem lei e costume
- **praeter legem**: costume vai além da lei, sem a contradizer - tem por objecto matéria que a lei não regula, integra lacunas
- **contra legem**: costume opõe-se à lei - só este tipo é juridicamente relevante [art. 96º CRP]

vs. desuso: o animus com que as pessoas não aplicam uma lei é irrelevante, basta o facto da não aplicação - desuso é o elemento fáctico do costume contra legem, pelo que o mero desuso de uma lei não importa a extinção desta.

Posição da lei perante o costume:

- Lei tem um papel conformador da sociedade
- É atribuída alguma relevância ao costume [**art. 348º**]
- A omissão do costume nas disposições iniciais do CC é intencional: a lei adota uma posição restrita, não admitindo o costume praeter legem ou contra legem [só uma lei pode revogar outra lei]

Conclusão:

- Superioridade da lei, enquanto critério único de avaliação das fontes de direito
- O direito é criado, interpretado e aplicado de harmonia com a própria vida social - os costumes são sempre actuaes
- Quando as autoridades não aplicam leis antigas, nunca revogadas, por estarem convictos de que o verdadeiro direito já não é esse, o costume contra legem actua.
- O **art. 3º-1**, que evidencia a racionalidade dos usos, pode ser aplicado, por maioria de razão, ao costume - os juízes recusam a aplicação do costume quando este é reprovável

[[Uso]]

- Simples prática social reiterada, mera observação de facto
- Há usos juridicamente irrelevantes, por não implicarem uma regra jurídica
- Lei admite relevância aos usos mas limita-os: [**art. 3º-1**]
 - . devem ser racionais [compatíveis com a cláusula geral dos bons costumes]
 - . são fonte mediata, não se impõem por si
- Por interpretação conclui-se que a expressão “usos e costumes” remete somente para os usos: **arts. 239º e 885º** - integração da vontade das partes na celebração de negócios jurídicos.

Conclusão:

- Os usos são fontes de direito, quando a lei para eles remeta [mediatamente]
- Sem remissão legal os usos são meros elementos de facto

5. Normas Corporativas

art. 1º: contrapõe leis e normas corporativas

Normas corporativas: criadas por entidades com algum poder normativo para o âmbito da respectiva circunscrição - as corporações [organismos representativos que vinculam todos os membros da respectiva categoria], vg ordens profissionais.

[Contexto histórico: Constituição de 1933, corporações com representação em grupos parlamentares. Base do Estado corporativo fascio: organização representativa de classe].

Com a extinção da orgânica corporativa, a definição legal não caducou. Segundo a opinião doutrinária, as normas devem-se considerar em vigor, porque esses organismos continuam a existir, embora já não se encontrem na base do Estado.

6. A Lei

Lei: fonte intencional de direito

É a própria lei a pronunciar-se sobre as fontes de direito, evidenciando o positivismo / legalismo da nossa ordem jurídica.

art. 1º define de forma incorrecta o conceito de lei. É inaceitável a equiparação de leis a disposições [normas], na medida em que lei é fonte de normas e estas são conteúdos de leis.

O. ASCENSÃO: “lei é um texto ou fórmula significativo de uma ou mais regras emanado, com observância das formas estabelecidas, de uma autoridade competente para pautar critérios jurídicos de solução de situações concretas”. O acto produzido pelos órgãos competentes introduz, assim, um preceito genérico com o sentido de alterar a ordem jurídica [novidade].

T. SOUSA: “lei é um texto significativo de regras jurídicas”. Em matéria de organização legal, um diploma pode trazer normas que não são inovadoras [vg a criação de um código, revogando aquele que anteriormente vigorava, embora se mantenham algumas normas e institutos].

Leis dividem-se normalmente em artigos, mas estes são independentes entre si: uns podem perder a vigência e outros permanecem.

Lei:

1. material: critério do conteúdo. [= lei comum ou não solene, não se reveste das solenidades próprias da função legislativa]

- Todo o acto normativo: acto que contém critérios gerais para a solução de casos concretos [regras jurídicas]

2. formal: critério da forma. [= lei solene]

- Todo o acto legislativo: acto que reveste das formas destinadas por excelência ao exercício da função legislativa do Estado.

- **art. 112º CRP:** leis [AR], decretos-leis [Governo] e decretos legislativos regionais [Assembleias Legislativas Regionais]

Conclusão:

Leis em sentido material e formal: vg lei AR que aprova um regulamento de exames

Leis em sentido material: vg portaria que aprova um regulamento de exames

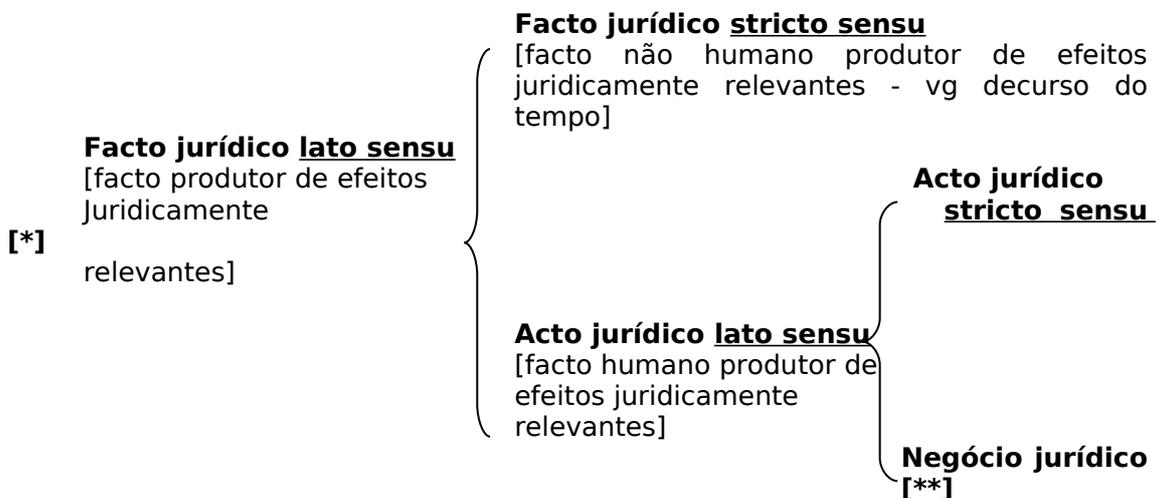
Leis em sentido formal: vg DLR que eleva uma vila à condição de cidade

Hierarquia das Fontes do Direito

1. Direito internacional
2. Leis constitucionais
3. Leis da AR e decretos-leis do Governo
4. Decretos regulamentares e decretos
5. Portarias e despachos
6. Regulamentos locais

08. VICISSITUDES DAS FONTES DE DIREITO

Acto Jurídico



[*] Acto jurídico stricto sensu: vontade intervém na sua realização, mas não na produção dos seus efeitos - vg adopção.

[**] Negócio jurídico: acto humano voluntário na sua realização e na fixação de efeitos - vg contrato.

Desvalores do Acto Jurídico

Ineficácia lato sensu

[a susceptibilidade de um acto jurídico não produzir todos os efeitos jurídicos]

Inexistência jurídica [juridicamente não há nada - acto é totalmente irrelevante, falta a promulgação do PR]
ex: **art. 1628º CC e 137º CRP**

Invalidade [acto, que deveria produzir efeitos, é pela lei considerado inválido]

1. Nulidade [art. 285º]

- decorre da violação de interesses mais graves
- invocável a todo o tempo
- conhecida oficiosamente pelo tribunal
- é desde logo ineficaz / inaplicável
- não produz efeitos

2. Anulabilidade

- arguida pelos interessados
- prazo para invocação
- sanável mediante confirmação ou ratificação
- produz efeitos, mas podem ser destruídos retroactivamente

Ineficácia stricto sensu [acto é válido, embora não produza todos os seus efeitos]
ex: falta de publicação - **art. 1º lei 74/98**

O. ASCENSÃO: desvalores dos actos jurídicos equivalem a sanções jurídicas
T. SOUSA: opinião discutível, porque há casos em que a invalidade não representa uma sanção sobre o actor do acto, mas sim sobre o coactor [**art. 255º-1, 256º**]

Entrada em Vigor da Lei

A lei só produz efeitos após a data da sua publicação [no jornal oficial, DR].

Publicação: acto indispensável para conferir obrigatoriedade à lei, tornando possível o conhecimento desta por todos [ou pelos serviços].

art. 6º: ignorância da lei é juridicamente irrelevante

art. 5º: deve ser objecto de interpretação restritiva - o legislador não quis referir todas as leis, mas só aquelas que devam ser publicadas no DR

- já os regulamentos comunitários caracterizam-se pela aplicabilidade directa nos Estados membros, independentemente de publicação

Vacatio legis: período de tempo que decorre entre a publicação e a entrada em vigor da lei. Durante esse período, a lei antiga mantém a sua vigência.

- prazos gerais ou supletivos de vacatio: 5, 15 e 30 dias após a publicação no DR [**lei 74/98**]

- prazos especiais de vacatio [prazos ad-hoc - sem distinção entre continente / regiões autónomas]: legislador pode ampliar ou reduzir os prazos gerais de vacatio:

. ampliar: devido a dificuldades de apreensão de certas lei ou de adaptação ao novo regime

. reduzir: por razões de urgência

. supressão total da vacatio: necessidade absoluta de entrada em vigor da lei [**art. 5º-2**] - inadiável urgência [vg calamidade pública] ou para evitar a frustração dos fins da lei

ex:

Lei X 1 Janeiro - - IV imediata, 0:00 2 Janeiro [sem contar com a data de publicação]

MAS obrigatoriedade imediata é violenta [**art. 2º-1 lei 74/98**]. **Lei 74/98** pode ser derogada por diploma de nível hierarquicamente equivalente, que determine a vigência imediata.

Conclusão:

- Presunção de coincidência cronológica entre a data dos diplomas e o dia da distribuição do jornal oficial.

- Três alternativas:

. ou a própria lei fixa a entrada em vigor

. ou o legislador determina-o em legislação especial

- por fixação directa [daqui a 30 dias...]

- por fixação indirecta [dia 1 Junho 2006]

} prazos especiais
ad-hoc

. ou essa data não é fixada } prazos gerais e supletivos de vacatio

ex: [sem contar com a data da publicação]

Lei X 06 de 1 Fevereiro

IV:

0:00 6 Fevereiro - - continente [vacatio entre 2 e 5 Fevereiro, LA ainda vigora]

0:00 16 Fevereiro - - regiões autónomas

-- distribuição: 5 Fevereiro

IV:

0:00 10 Fevereiro - - continente

art. 279º não pode ser aplicado conjuntamente com a **lei 74/98** [prazos gerais]. Só intervém em caso de dúvida na contagem de prazos especiais ad-hoc.

ex:

Lei X 30 Janeiro - - 10 meses. IV: 0:00 1 Dezembro [porque não existe 31 Novembro]

Lei X 30 Janeiro - - 1 ano. IV: 0:00 31 Janeiro ano seguinte

Lei X 3 Janeiro - - 3 meses. IV: 0:00 4 Abril

Lei X 30 Janeiro - - 1 mês. IV: 0:00 1 Março

Cessação ou Termo de Vigência da Lei

Causas de cessação de vigência da lei:

1. caducidade
2. revogação

1. **caducidade**: d -se pelo efeito da superveniência de um mero facto, independentemente de nova lei.

- Causas:

- . vigência temporária [a lei estabelece o seu prazo de duração]
- . desaparecimento dos pressupostos materiais normativos de aplicação da lei [a impossibilidade definitiva de aplicação de uma lei implica a sua extinção]

2. **revogação**: d -se pelo efeito da superveniência de uma lei sobre outra, que deixa de vigorar.

- Princípio geral: a lei posterior revoga a lei anterior [critério cronológico]

. se ambas regularem a mesma matéria

. se houver incompatibilidade entre elas [intérprete tem o  nus da verificação]

. se o legislador o declarar expressamente

} revogação tácita ou por incompatibilidade - grau de incerteza superior

} revogação expressa ou por declaração - seguranç a jurídica

T. SOUSA: impedimento   vigência de uma lei não   revogação, porque essa lei não se encontrava já em vigor. Cessação de vigência pressupõe entrada em vigor.

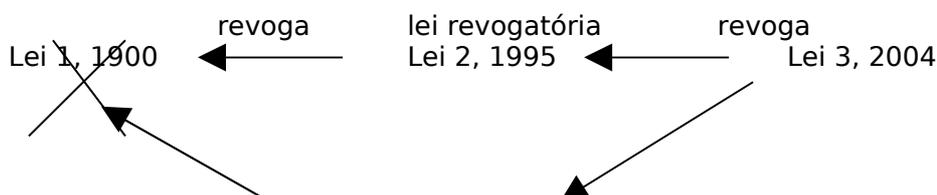
Revogação:

1. total / ab-rogac o: revoga o diploma na sua totalidade.
- compatível com a revogação global
2. parcial / derogaç o: atinge a lei parcialmente.
* classificação meramente doutrinária, com pouca utilidade*

Revogação:

1. global: de um instituto ou ramo do direito.
- legislador substitui todo o material normativo [vg revogação entre códigos]
2. individualizada

Princípio da não reprivatização: **art. 7 -4** - a perda de vigência da lei revogadora não importa o renascimento da lei que esta revogara [reprivatização], na falta de disposição em contrário. Excepção, **art. 282 -1 CRP**.



não repriminação

Lei Geral Posterior não Revoga a Lei Especial

Classificação das regras jurídicas:

O. ASCENSÃO: critério de relacionamento entre regras [classificação tripartida]

1. regras gerais
2. regras especiais
3. regras excepcionais

T. SOUSA: classificação inicialmente bipartida e com duas subespécies

1. regras gerais
2. regras específicas - - especiais
- - excepcionais

Regra geral: define um regime jurídico para a generalidade das situações

Regra especial: adapta o regime ou o princípio criado pela norma geral para um número limitado de situações, sem contrariar esse regime ou princípio

Regra excepcional: destina-se a um número limitado de casos, contrariando a norma geral e criando um princípio antagónico a este. O. ASCENSÃO e T. SOUSA:

- quando substancialmente excepcional [ius singulare], não comportam aplicação analógica.
- quando formalmente excepcional, autoriza a utilização do argumento a contrario.

Conclusão:

- Estas regras jurídicas não são gerais, especiais ou excepcionais por si, mas somente no confronto com outra norma.

- Regra especial e regra excepcional são dotadas de generalidade mas não são regras gerais - - O. ASCENSÃO: generalidade é um conceito gradativo, pelo que o universo de aplicação da lei geral é mais amplo do que nas restantes leis.

ex:

Lei 1- biblioteca é de acesso livre, das 9h às 13h

* geral, por comparação com a lei 2 e a lei 3

Lei 2 - investigadores têm acesso à biblioteca depois das 13h

* especial, por comparação com a lei 1

Lei 3 - acesso vedado aos utentes com atraso da devolução de livros

* excepcional, por comparação com a lei 1

Também os ramos de direito ou os institutos comportam esta classificação.

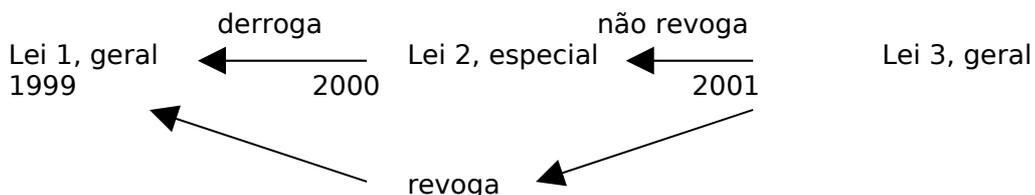
art. 7º-3: lei geral posterior não revoga a lei especial

- excepção ao princípio geral de que a lei posterior revoga a lei anterior

- especialidade e excepcionalidade podem ser sustentadas por critérios:

[especialidade em função de critérios:]

- . materiais
- . pessoais - categorias de pessoas
- . territoriais - nacional ou universal
regional
local



- a lei especial nunca pode revogar a lei geral
- a lei especial posterior derroga a lei geral [revoga-a parcialmente] - retira-lhe parte da previsão, modificando-a, sem a contradizer na totalidade
- a lei nacional não revoga a lei local

09. APLICAÇÃO DA LEI NO TEMPO

Lei: realidade cronológica

Funções do direito:

- função estabilizadora [expectativas]

vs.

- função dinamizadora / modeladora

Repercussão da LN sobre:

1. factos - instantâneos
- continuados / duradouros
2. situações jurídicas - prolongam-se enquanto não se extinguirem os efeitos

Direito Transitório

Direito transitório: a lei fixa, casuisticamente, a solução das hipóteses que se coloquem na fronteira entre uma lei e outra lei. Representa a aplicação de critérios gerais ou de previsões particulares a situações delicadas. Soluciona problemas de sucessão de leis no tempo.

Direito transitório:

1. formal

- o legislador escolhe entre a LA e a LN qual deve regular aquela situação - remissão

2. material

- à situação é criada uma disciplina própria, não coincidente com a LA ou a LN

Conclusão:

- Compete ao legislador a opção por um direito transitório material ou formal.

Direito transitório geral, aplicado supletivamente [na falta de disposições transitórias]: **art. 12º**

Direito transitório especial, prevalece sobre o **art. 12º**:

1. art. 297º

2. direito processual

3. direito penal

4. direito fiscal

1. art.297º: regime especial da sucessão de leis no tempo de normas que estabelecem prazos

2. direito processual: a LN é de aplicação imediata aos processos já pendentes à data do seu IV - a última manifestação de vontade do legislador prevalece [aperfeiçoamento da ordem jurídica]

3. direito penal: art. 2º CP - princípio da aplicação da lei mais favorável ao agente, quer seja LN ou LA: se a LN eliminar a infracção, fica extinta a pena

4. direito fiscal: aplicação imediata do prazo de prescrição mais favorável

Conclusão:

- O princípio de que a LN é de aplicação imediata não é sinónimo de retroactividade, porque a LN só o faz a partir do seu IV. Por retroactividade entende-se a aplicação de uma lei a um facto ou efeitos passados, antes do IV da LN.

MAS o legislador pode atribuir eficácia retroactiva à LN -- instabilidade social e desaparecimento da previsibilidade e expectativas das acções.

Restrições Constitucionais à Retroactividade das Leis

CRP arts 29º-4, 282º-3, 18º-1 e 3

- reserva expressa: lei penal positiva - princípio da legalidade
- reserva implícita: exclusão da retroactividade extrema
 - . respeito pelo caso julgado
 - . tutela das expectativas individuais

Graus de Retroactividade

Teoria dos direitos adquiridos, SAVIGNY: LN é retroactiva se não respeitar os direitos validamente adquiridos no período de vigência da LA.

- . Crítica: direito adquirido é insuficiente como critério fundamental.

Teoria do facto passado: LN é retroactiva se agir sobre factos passados, antes do seu IV. Não retroactividade significa que aos factos passados se aplica a LA, e aos factos novos a LN. Teoria que inspirou o **art.12º**, embora não de forma pura.

- . Crítica: cristalização da LN dentro de factos

Graus de retroactividade: quantos mais efeitos são atingidos, mais retroactiva é a LN. A retroactividade é graduável.

1. extrema
2. quase extrema
3. agravada
4. ordinária

1. retroactividade extrema: não respeita nenhum efeito do facto passado, nem o caso julgado - figura meramente doutrinária no nosso direito [excluída constitucionalmente]

2. retroactividade quase extrema: não respeita as relações que ainda subsistam, nem os seus efeitos - apenas respeita o caso julgado

3. retroactividade agravada: [art. 13º-1] só respeita os efeitos produzidos que tiverem título de especial segurança

4. retroactividade ordinária: [art. 12-1, 1ª p] respeita todos os efeitos já produzidos pelo facto passado - atinge somente os feitos que ainda subsistam à data do seu IV

O Artigo 12º

Direito transitório geral, de aplicação supletiva

nº1:

1ª p

- princípio da não retroactividade
- princípio muito geral: princípio geral de direito e não critério específico do direito civil
- em toda a LN está implícito um “de ora avante”

2ª p

- excepção ao princípio geral: lei retroactiva
- princípio da não retroactividade não tem carácter absoluto
- legislador prefere a aplicação retroactiva à aplicação imediata
- LN, quando retroactiva, atinge os efeitos ainda não completamente encerrados
- caso o legislador nada diga, a eficácia retroactiva é reduzida mediante a presunção de que ficam ressalvados os efeitos já produzidos [retroactividade ordinária]
- princípio do respeito pelo passado

nº2

- concretizações do princípio geral

1ª p

- condições de validade
- substancial [capacidade, legitimidade, menoridade, licenças, pareceres]
- formal [escritura pública]
- efeitos, como expressão de uma valoração / nova concepção - o conteúdo do direito está em parte dominado pelo facto que lhe deu origem [delimitação da responsabilidade civil, casamento católico e civil, divórcio]
- “em caso de dúvida”: quando a lei nada determina
- LN só se aplica aos factos novos: depois do IV da LN
- aplicação pura da teoria do facto passado

2ª p

- conteúdo de relações jurídicas já constituídas, sem valoração [sócios ou accionistas, arrendamento, casamento, filiação, renovação e confirmação de contratos]
- “entender-se-á”: quando a lei nada determina
- LN regula, a partir do seu IV, as relações já constituídas mas subsistentes ou em curso à data do seu IV
- LN atende directamente à situação, independentemente do facto que a originou, sem valoração
- segundo a teoria do facto passado, a LN age retroactivamente: mas introduz uma limitação a essa teoria - LN não é retroactiva porque se aplica às relações jurídicas que subsistam, mas apenas a partir do seu IV, e a todos os factos novos

Conclusão:

- estados pessoais: aplica-se a LN, imediatamente
- estatuto do contrato: aplica-se a lei vigente ao tempo da conclusão do contrato - a LN é revogada mas considera-se incorporada no contrato [sobrevigência da LA, até à extinção do contrato, fenómeno inverso ao da retroactividade] - respeito pelo princípio da autonomia privada
- estatuto real: conteúdo do direito fica submetido à LN, imediatamente
- estatuto sucessório: regulado pela lei vigente ao tempo da abertura da sucessão, quando à forma e validade

Lei Interpretativa, art. 13º

Lei interpretativa: realiza interpretação autêntica - requisitos:

1. tem de ser posterior à lei interpretada
2. tem de consagrar e fixar uma das orientações possíveis da LA, consagrando uma solução que os tribunais poderiam ter adoptado

- solução do direito anterior tem de ser controvertida ou incerta
- nova solução definida tem de se situar dentro dos quadros da controvérsia

3. não pode ser hierarquicamente inferior à lei interpretada

Se não observar todos os requisitos, é uma lei meramente inovadora:

- lei inovadora: aquela que altera de algum modo a ordem jurídica preexistente

Objectivo da lei interpretativa: evitar a instabilidade, a diversidade de tratamento de casos semelhantes.

“integra-se na lei interpretada”: segundo a maioria da interpretação doutrinária, tal expressão significa que a lei interpretativa é retroactiva [excepto BAPTISTA MACHADO] - lei interpretativa retroage ao IV da lei interpretada, não se confundindo com esta.

MAS há a necessidade de garantir a estabilidade das situações já consumadas - ressalvam-se os efeitos já produzidos por título especial de segurança [retroactividade agravada]

Lei interpretativa abrange todos os casos ainda em aberto, salvo as situações já consumadas, cuja eficácia se extinguiu - declara-o de modo categórico.

Lei interpretativa: regra excepcional ao **art. 12º-1, 1ª p.**

Resolução de Hipóteses de Aplicação da Lei no Tempo

1. LN contém regras de direito transitório especial?

SIM: de que tipo?

2. A LN não contém regras de direito transitório especial.

Mas pertence a um ramo do direito onde vigorem princípios específicos?

SIM: qual ramo?

3. A LN não contém regras de direito transitório especial, nem pertence a um ramo do direito onde vigorem princípios específicos.

Mas é uma lei interpretativa ou inovadora?

4. Se a LN for interpretativa, aplica-se o **art. 13º**.

Se for inovadora, aplica-se o **art. 12º**, direito transitório geral.

4. Se o legislador atribuiu eficácia retroactiva à LN - **art. 12º-1, 1ª p.**

5. Se a LN não for retroactiva, aplica-se o princípio geral e o **art. 12º-2, 1ª ou 2ª p.**

10. A DETERMINAÇÃO DAS REGRAS

A fonte não é a regra. A fonte é o modo de revelação da regra.

Interpretação lato sensu

Interpretação lato sensu: determinação, dentro do ordenamento, da regra aplicável ao caso concreto.

1. interpretação stricto sensu: determinação do sentido da lei
2. interpretação enunciativa: determinação de uma regra derivada
3. integração de lacunas: determinação de uma regra análoga

Interpretação stricto sensu

Interpretação stricto sensu: situando a lei na ordem social, procurar à luz desta o seu sentido

- a aplicação da regra é logicamente posterior à determinação da regra
- toda a fonte necessita de ser interpretada [e não somente a lei], para que se revele a regra
- ideia errada de que a lei que é clara não carece de interpretação [brocardo in claris non fit interpretatio]
- interpretação é uma tarefa sempre presente, e deve reconstituir a unidade global da realidade

Força normativa da interpretação:

1. interpretação autêntica
2. interpretação oficial
3. interpretação doutrinal

1. interpretação autêntica: realizada por uma fonte que não é hierarquicamente inferior à fonte interpretada - lei interpretativa a todos vincula, porque provem da vontade do legislador.

2. interpretação oficial: elaborada dentro de uma estrutura administrativa hierarquizada, vinculativa dessa estrutura.

3. interpretação doutrinal: não é vinculativa porque não tem qualquer repercussão sobre as fontes em causa - realizada por qualquer pessoa [jurista, doutrina...] e “pelo julgador” [art. 8º-3].

Elementos da interpretação:

art.9º: princípios aplicáveis, directamente ou por analogia, a todas as categorias de fontes [leis materiais, jurisprudência com força obrigatória geral...]

1. elemento literal
2. elementos lógicos:
 - a] - elemento sistemático
 - b] - elemento histórico
 - c] - elemento teleológico
 - d] - - - ratio legis

O. ASCENSÃO: elemento literal + elementos lógicos + elementos formalmente incluídos na fonte:

- não possuem carácter vinculativo directo, mas auxiliam o intérprete na tarefa interpretativa

- elementos cujo objectivo é o mero esclarecimento

ex:

- . preâmbulos
- . epígrafes

- - mas, em caso de contradição, é o artigo que prevalece

1. elemento literal: o texto, o ponto de partida da interpretação da lei

- as palavras são um veículo indispensável para a comunicação, mas a sua conjugação não é arbitrária - - ambiguidade
- prescindindo-se totalmente do texto, deixa de existir interpretação da lei
- ambiguidade: se letra e espírito não coincidirem, prevalece o espírito sobre a letra.

- MAS o entendimento literal será tendencialmente aquele que virá a ser aceite: letra é o elemento irremovível de toda a interpretação, funcionando também como limite da busca do espírito [art. 9º-2] - “mínimo de correspondência verbal”

[escola da exegese: positivismo, o direito equivale à lei, pelo que a interpretação se deve cingir à letra da lei - - crítica: posição inadmissível - a lei não contem tudo, existência de lacunas].

2. elementos lógicos: o sentido ou o espírito da lei - elementos extra-literais

- querelas doutrinárias:

- . historicistas vs. actualistas



} coincidência tendencial

- . subjectivistas vs. objectivistas

- . historicismo: o sentido da lei, no momento em que foi elaborada

- . actualismo: o sentido da lei, no momento em que é aplicada

Crítica ao historicismo:

- teria de se considerar, no momento presente, caducas muitas das leis que todos entendem em vigor, porque as circunstâncias de hoje eram imprevisíveis na altura da sua formação.

- já o actualismo preconiza o primado da ordem social [art. 9º-1: “as condições específicas do tempo em que [a lei] é aplicada”.

- . subjectivismo: o sentido da lei é aquele que o legislador histórico quis transmitir

- . objectivismo: o sentido da lei é o que dela pode ser objectivamente extraído, mesmo que este sentido não corresponda à intenção do legislador histórico

Crítica ao subjectivismo:

- apagamento do legislador histórico após a elaboração da lei, pelo que a vontade do legislador é com frequência incognoscível [os antecedentes do texto legal não são públicos].

- várias pessoas poderão ter intervindo na elaboração da lei

Consagração no **CC**:

- posição neutra

- expressão “pensamento legislativo” é intencionalmente ambígua - pensamento objectivo ou subjectivo?

- o **CC** não quis tomar partido na querela objectivismo / subjectivismo

O espírito prevalece sobre a letra da lei - reserva: o mínimo de correspondência:

- valoração excede o domínio literal

- lei é fonte intencional de direito: quando o objectivo do legislador é na lei perceptível, o intérprete não o pode ignorar

- o intérprete não pode antepor o seu próprio critério ao do legislador [art. 8º-

2]

Conclusão:

- Estas afirmações são congruentes com uma interpretação objectivista, porque se trata do sentido da lei, e não do legislador histórico.

Elementos lógicos:

a] - elemento sistemático: a “unidade do sistema jurídico [art. 9º-1]

- interpretação resulta da contextualização da regra
- as relações entre as várias disposições podem ser de:
 - . subordinação
 - . conexão
 - . analogia

. subordinação: relacionar o preceito isolado com os princípios gerais do sistema jurídico, permitindo-se apurar a incidência que estes princípios têm para o esclarecimento dessa fonte.

- compatibilidade das leis com regras hierarquicamente superiores [vg princípio da interpretação conforme com a CRP]

. conexão: situar a fonte no sistema em que se integra [contexto]

ex: **art. 1622º-2** - conexão próxima [implica uma conexão entre a norma alvo e as que a circundam]

art. 1302º e 202º - conexão remota

. analogia: busca de semelhanças entre preceitos.

- analogia manifesta-se no plano da interpretação, através dos denominados “lugares paralelos”: as normas respeitantes a institutos ou hipóteses de qualquer modo relacionados com a fonte que se pretende interpretar [institutos análogos previstos em pontos diversos do sistema].

ex: **art. 1002º** - direito de exoneração de sócios [sociedade comercial]

b] - elemento histórico: as “circunstâncias em que a lei foi elaborada” [art. 9º-1]

- . precedentes normativos
 - precedentes históricos
 - precedentes comparativos
- . trabalhos preparatórios
- . occasio legis

. precedentes normativos: normas que, sobre a mesma questão da norma alvo, já vigoraram no passado - função auxiliar da interpretação

- precedentes históricos: normas que vigoraram no passado, mas não actualmente, constituindo objecto da História do Direito

- precedentes comparativos: regras estrangeiras que vigoraram na época da formação da lei e que tiveram influência sobre ela

. trabalhos preparatórios: projectos e anteprojectos elaborados como preparação da norma - objectivo de descobrir o verdadeiro sentido da norma

. occasio legis: circunstancialismo social que justifica a elaboração da norma, aspecto para que preferentemente aponta o **art. 9º-1** - explicação sociológica para a inserção da norma no sistema

c] - elemento teleológico: a justificação social da lei, a sua finalidade

- todo o direito é finalista - fins e objectivos sociais

Conclusão:

- Da conjugação de todos estes elementos resulta o sentido, o espírito ou a razão da lei:

d] - ratio legis: o elemento decisivo para se fazer a interpretação.

- a razão ou o sentido intrínseco da lei [o “pensamento legislativo”, **art. 9º-1**]

- a ratio legis resulta da ponderação dos elementos extra-literais e assenta numa pretensão de máxima racionalidade do legislador

Resultados da interpretação:

1. declarativa
2. extensiva
3. restritiva
4. correctiva
5. ab-rogante

1. interpretação declarativa: o resultado da interpretação da letra e do espírito [*ratio legis*] coincidem.

- classificação adicional: O. ASCENSÃO

- . lata
- . media
- . restrita

- nem sempre é um esquema rigidamente utilizável, mas parte da ambiguidade das palavras.

ex: culpa

- reprovabilidade - interpretação declarativa lata
- [- sentidos intermédios, inumeráveis - interpretação declarativa média]
- negligência ou dolo - interpretação declarativa restrita

Conclusão:

- Esta classificação adicional só é possível perante uma escala de significados de amplitude crescente / graduável.

- Pluralidade de sentidos + amplitude crescente.

2. interpretação extensiva: o sentido ultrapassa o que resultaria estritamente da letra.

- o caso encontra-se previsto no sentido, mas não na letra

3. interpretação restritiva: a lei utilizou uma fórmula demasiado ampla, quando o seu sentido é mais limitado.

ex: casamento - acto indissolúvel [por divórcio]

Conclusão:

- Deve manipular-se intelectualmente a letra para se obter o sentido - restringindo ou ampliando a letra.

4. interpretação correctiva: intérprete conclui que a letra tem um sentido nocivo, contrário a interesses superiores.

- o intérprete afasta, assim a norma inadequada

- é inadmissível na ordem jurídica portuguesa: **art. 8º-2**, prioridade do dado normativo sobre apreciações de razoabilidade [o intérprete não pode substituir as valorações do legislador pelas suas próprias valorações, a fim de garantir a segurança jurídica]

- dura lex, sed lex

- excepção: quando o sentido da fonte é contrário à ordem natural, é esta que deverá prevalecer

5. interpretação ab-rogante: o intérprete verifica que a pretensa norma é um nado-morto, do qual nenhuma regra resulta.

- a regra não alberga nenhum sentido [interpretação ab-rogante lógica]

- existe uma contradição insanável entre duas normas, relativamente aos valores que tutelam [interpretação ab-rogante valorativa]

- só em último recurso deve o intérprete excluir a fonte, admitindo que dela nada de útil resultou [quando a incompatibilidade for muito grave]

ex:

lógica:

- lacunas de colisão: disposições inconciliáveis no seio do mesmo diploma

- lei nova remete para um regime que não existe

valorativa:

- norma geral vs. norma excepcional

Conclusão:

- Não existe interpretação ab-rogante se houver revogação
- Critérios de prevalência:
 - . lei posterior prevalece sobre lei anterior [critério cronológico]
 - . lei especial derroga a lei geral

Resolução de Hipóteses de Interpretação da Lei

1. situação de facto subsume-se à previsão da norma, por recondução intelectual?

SIM: interpretação declarativa

2. tipo de interpretação?

3. elementos utilizados?

4. tipo de interpretação, quanto ao resultado?

Interpretação Enunciativa

A regra está implícita nas fontes, enquanto que, a interpretação stricto sensu, a regra está expressa nas fontes.

Interpretação enunciativa: processo de obtenção de uma regra derivada a partir de uma regra principal, através de argumentos lógicos.

- regras principais: aquelas das quais se pode extrair uma outra, mediante argumentos lógicos.

1. argumento a minori ad maius: a lei que proíbe o menos, proíbe o mais.

2. argumento a maiori ad minus: a lei que permite o mais, permite o menos [art. 1321º].

3. argumento a contrario sensu: demonstração do carácter excepcional do preceito em causa - se, para determinado caso, se estabelece uma disposição excepcional, dela pode-se inferir a regra que funciona para todos os outros casos.

- só deve ser aplicado quando se trata de disposições excepcionais, explicitamente consagradas - possibilidades limitadas de recurso a este argumento

Conclusão:

- A admissibilidade da interpretação enunciativa é contestável - em todos os argumentos encontra-se implícita uma valoração

Integração de Lacunas

Integração de lacunas: pressupõe a interpretação stricto sensu das fontes.

Lacuna: problema juridicamente relevante sem critério normativo de solução.

- incompleição do sistema normativo que contraria o plano deste

- não há lacuna da lei quando a própria lei indica um direito subsidiariamente aplicável

- lacuna de previsão: falha a previsão de um caso que deve ser juridicamente regulado

- lacuna de estatuição: há previsão mas não se estatuíram os efeitos jurídicos correspondentes - discute-se se juridicamente há lacuna

- lacunas ocultas: regras aparentemente genéricas mas que, por interpretação restritiva, se conclui que não foi explicitada uma excepção; ou quando a matéria é prevista, mas por interpretação ab-rogante se conclui pela inanidade dos preceitos

- a lacuna é uma fatalidade:
 - . impossível prever todas as situações vindouras
 - . intenção de não regular desde logo [matérias em evolução]
 - . situações novas, evolução incessante
- lacuna pode ser ultrapassada:
 - por interpretação enunciativa
 - por integração

art. 8º-2: proibição do non liquet - o juiz não pode abster-se de julgar invocando a falta da lei

- a situação lacunar deve ser juridicamente resolvida

Verdadeira lacuna vs. situação extrajurídica [ordem religiosa, moral ou de trato social]

- em ambas há falta de regra específica, mas só a situação lacunar deve ser juridicamente regulado
- tarefa de valoração: encarar o caso de harmonia com uma consequência jurídica que lhe estaria eventualmente associada

Interpretação extensiva vs. lacuna

- pode haver aparentemente lacuna, mas na realidade tudo se resolve por interpretação extensiva
- interpretação extensiva pressupõe uma hipótese não compreendida na letra da lei, mas compreendida no seu espírito [o espírito é que é determinante, logo, há uma regra]: extrai-se a regra, implícita num texto imperfeito
- na lacuna não há regra alguma, na medida em que a hipótese não está compreendida nem na letra, nem no espírito dos preceitos

art. 10º: processos tendencialmente aplicáveis a todos os ramos do direito [disposições iniciais dos códigos -- princípios fundamentais de toda a ordem jurídica]

- processos gerais de integração: processos normativos

Processos de integração:

- 1. extra-sistemáticos:** critérios fora do sistema
 - . normativos
 - . não normativos [equitativos]
 - . soluções discricionárias
- 2. intra-sistemáticos:** solução conforme às disposições vigentes
 - . [[costume]]
 - . analogia

1. processos extra-sistemáticos de integração:

. processo normativo: [**art. 10º**] emissão de uma regra que preveja a situação lacunar, por um órgão com competência legislativa

. processo não normativo [equitativo]: solução conforme às circunstâncias do caso concreto [vg ajuste equitativo, montante equitativo, responsabilidade civil...]

- **art. 4º:** equidade não é um processo normal de integração
- vantagem: permite, no caso concreto, uma maior adequação
- desvantagem: não contribui para a definição da ordem jurídica, sacrifício da certeza jurídica e da preocupação generalizadora

. soluções discricionárias: vg pelo rei.

- a lacuna não é apagada do ordenamento jurídico, pois é a solução do caso concreto

2. processos intra-sistemáticos de integração:

. [[costume]]: costume praeter legem - não pode ser considerado meio de integração de lacunas porque, havendo costume, não existe lacuna.

- há lacuna quando uma situação não é regulada por regra positiva de direito vigente: pode haver omissão da lei [lacuna da lei] e não uma lacuna do sistema jurídico

. analogia: tratamento idêntico de casos equivalentes.

- não basta uma semelhança da descrição exterior da situação, mas sim uma semelhança sob o ponto de vista daquele efeito jurídico, as “razões justificativas da regulamentação” [art. 10º-2] - e não todas as razões, ou seria um caso idêntico e não análogo [o caso omissis tem necessariamente diversidade em relação ao caso previsto - as semelhanças são mais relevantes do que as diferenças]

- só assim se trata de uma verdadeira analogia jurídica, e não meramente lógica: pelo carácter axiológico ou valorativo do juízo analógico.

- T. SOUSA: analogia entre regulação de cargas e descargas em lojas e regulação de cargas e descargas de mudança de residência - núcleo fundamental nos dois casos que exige a mesma estatuição

Conclusão:

- Só através de uma valoração podemos afirmar a existência de analogia.

- Analogia com regra legal, consuetudinária ou jurisprudencial

Proibições do uso da analogia:

1. regras excepcionais
2. regras penais positivas

1. regras excepcionais: art. 11º - a exceção é de âmbito mais restrito que a regra, e contraria a valoração ínsita nesta, para prosseguir finalidades particulares [vg art. 951º]

- da regra excepcional poder-se-ia extrair a regra geral pela utilização do argumento a contrario

- proibição da analogia: a exceção está delimitada para os casos para que foi estabelecida e não tem elasticidade para abranger novas situações [ius singulare]

- O. ASCENSÃO e T. SOUSA distinguem excepcionalidade material ou substancial da excepcionalidade formal, interpretando restritivamente o **art. 11º**: só as regras substancialmente excepcionais [ius singulare romano] não podem ser aplicadas analogicamente [vg regras que contrariam princípios fundamentais].

2. regras penais positivas: regras que definem os crimes e estabelecem as penas e efeitos.

- princípio da legalidade ou tipicidade: defesa das pessoas contra abusos de poder

Tipos de analogia:

- analogia legis: recurso a uma precisa solução normativa que pode ser transposta para o caso omissis.

ex: princípio X - - - inspira lei Y - - - aplicada ao caso A - - - aplicada ao caso B, por analogia

- analogia iuris: serve-se de um princípio normativo, supondo a mediação desse princípio elaborado a partir de várias regras singulares.

ex: princípio X - - - inspira caso A - - - aplica-se ao caso B, por analogia

O. ASCENSÃO, doutrina tradicional: analogia legis e iuris encontram-se contempladas no **art. 10º-1**. A diferença entre ambas é uma diferença de grau.

A analogia iuris preenche o espaço intermédio entre a analogia legis e a “norma que o intérprete criaria”.

Tipicidade legal:

- taxativa: só se admitem os casos previstos na lei [exclui analogia]

- enunciativa: dos casos pode-se extrair um princípio integrador [admite analogia iuris]

- delimitativa: extensão a novos casos semelhantes [admite analogia legis]

Conclusão:

- Doutrina tradicional sustenta a admissibilidade da analogia iuris, embora não se confunda com a aplicação dos princípios gerais do direito, nem com “a norma que o intérprete criaria” [**art. 10º-3**].

- Princípios: grandes orientações formais da ordem jurídica, que fundam e unificam normas e soluções singulares.

BAPTISTA MACHADO: analogia iuris encontra-se contemplada no **art. 10º-3**

T. SOUSA: analogia iuris não é analogia - é um raciocínio indutivo, e não um raciocínio analógico.

art. 10º-3: raciocínio indutivo, dedução da solução dentro do “espírito do sistema”

- previsão do **art. 10º-3** é contraditória, porque parte do pressuposto de que não há analogia [“na falta de caso análogo”: analogia legis] - não há espaço intermédio entre a analogia legis e a “norma que o intérprete criaria” para a analogia iuris

- perante a hipótese de não existir caso análogo [analogia legis], o intérprete deve logo criar a norma dentro do “espírito do sistema” [conforme ao sistema]

“A norma que o intérprete criaria” - - subjectivismo

Por interpretação o **art. 10º-3** não pode significar:

- uma remissão para o arbítrio do intérprete

- um apelo para o sentimento jurídico

- um recurso à equidade, porque se manda resolver segundo a norma que corresponda ao sistema, e não segundo as circunstâncias do caso concreto

Conclusão:

- Intérprete está vinculado às valorações próprias do ordenamento

- O intérprete pode ser qualquer pessoa: abandono do entendimento da lei à opinião pessoal

- A imensa maioria dos casos lacunosos é resolvida espontaneamente, com acordo das partes

- “Espírito do sistema” corresponde aos “juízos de valor legais” [**art. 4º-2 Estatuto dos Magistrados**]

Pretensa Característica do Ordenamento Jurídico: a Plenitude

Positivismo: negação da existência de lacunas, meramente aparentes - a regra está sempre implícita no sistema, por processos lógicos.

- o próprio ordenamento contém potencialmente a previsão de todos os casos

Crítica:

- Lacunas “rebeldes à analogia”, **art. 10º-3**: persistência da lacuna [“na falta de caso análogo”]

Conclusão:

- Não há plenitude hermética

- Os princípios gerais do direito e a norma criada pelo intérprete não estão implícitas no sistema, antes são criações, ainda que objectivas.

Conclusão

A integração não altera a situação normativa existente: após a integração, continua a haver lacuna.

Se surgir caso análogo, o problema tem de novo de ser resolvido.

Processos de integração: generalizadores e não geradores de regras.

A integração não é fonte de direito, e a solução do caso lacunoso pode ser reapreciada por via de recurso.

Resolução de Hipóteses de Integração da Lei

1. verdadeira lacuna ou situação extrajurídica?
2. lacuna aparentemente, mas resolve-se por interpretação extensiva?
3. verdadeira lacuna - deve ser juridicamente regulada?
4. intérprete deve integrar a lacuna.
5. processos de integração?
6. tipos de analogia?
7. lacuna persiste: norma que o intérprete criaria?
8. possibilidade de reapreciação por via de recurso.

11. A APLICAÇÃO DAS REGRAS

Critérios de solução de casos concretos:

1. normativos: solução generalizadora
2. não normativos: solução individualizadora

Aplicação da Regra

A última etapa do processo do método jurídico: a solução do caso concreto.

A interpretação é logicamente prévia à aplicação.

Repudia-se a orientação extrema de que aplicação é uma mera operação lógica [mera subsunção] - silogismo judiciário. Juiz seria um autómato. Mas em certas hipóteses o silogismo seria suficiente [conexão lógica] - regra rígida.

MAS sempre que é necessário proceder a valorações, o esquema subsunção é insuficiente - regra flexível.

Solução: processos de individualização - - flexibilidade, maleabilidade do direito.

Cláusulas gerais [standards]: **art. 762º-2**, boa fé no cumprimento das obrigações.

- regras cujo conteúdo não é imediatamente apreensível, antes exige o confronto com categorias da vida social

- ponderação da boa fé deve realizar-se caso por caso, afastando-se uma descrição inicial rígida dos deveres e direitos das partes

- exs: fraude, diligência normal, justo impedimento...