Introdução ao Estudo do Direito – I

1.º Ano – Noite, 2010 / 2011

ÍNDICE

I – Noções e Problemas Elementares

Primeiros olhares; ideias geralmente associadas ao «direito». A disciplina de introdução ao estudo do Direito é muitas vezes apresentada como uma disciplina vestibular ou de iniciação ao Direito. É sem dúvida isso, mas é-o em dois sentidos muito diferentes. É, antes de mais, uma disciplina de iniciação no sentido em vamos abordar aqui conceitos que serão depois aprofundados em outras disciplinas. Assim sucede com o conceito de lei que será depois estudado mais aprofundadamente em direito constitucional ou com os casos em que é legítimo a cada um recorrer à força para defender o seu direito, que serão depois abordados em outras disciplinas, como o direito penal. Mas a nossa disciplina é ainda uma disciplina vestibular ou de iniciação num outro sentido muito diverso e mais importante: com efeito, vamos aqui ocuparmo-nos do estudo dos conceitos e das regras de método que estão na base de qualquer argumentação jurídica, na realidade da argumentação jurídica que cada um será depois chamado a desenvolver em todas as outras disciplinas do curso de direito e na sua vida profissional na medida em que sejam chamados a resolver problemas jurídicos.

O que acaba de ser dito pode ser mais facilmente compreendido, se compulsarem o índice do vosso Código Civil, comportamento que aliás só é tolerado, pelo menos abertamente, a um aluno do primeiro ano. Verificarão que, como é aliás, próprio de um Código as matérias não estão ordenadas por acaso, mas através de uma ordem própria, partindo do mais geral para o mais particular. Na verdade, essa sequência é acompanhada pelo ensino do direito. Assim, os dois primeiros capítulos do Título I, sob a epígrafe «Das Leis, sua Interpretação e Aplicação», do Livro I, «Parte Geral» são a principal base normativa do objecto do nosso estudo: vamos com efeito abordar nesta disciplina os dois primeiros

capítulo citados, dedicados, respectivamente, às «Fontes do direito» e à «Vigência, interpretação e aplicação das leis».

O terceiro capítulo é dedicado ao «Direito dos estrangeiros e conflitos de leis». Esta é a matéria tratada na disciplina de Direito Internacional Privado, em que se procura apurar qual a lei aplicável àquelas relações estabelecidas entre pessoas que pertencem a ordens jurídicas diferentes. Depois, sucessivamente, o Título II da I Parte constitui o objecto da disciplina de Teoria Geral do Direito Civil (como vamos compreender mais à frente, o direito civil é a base do direito privado, enquanto a nossa disciplina serve qualquer ramo do direito), e cada um dos livros seguintes do código é objecto de uma disciplina específica do curso.

Pois bem, nesta primeira parte da nossa disciplina não vamos tratar da iniciação neste segundo sentido, mas no primeiro. Vamos procurar uma abordagem ao direito como se tratasse da visita de alguém, pela primeira vez, a uma cidade. Pode dizer-se que o direito surge, a alguém que pela primeira vez o toma como objecto de estudo, como uma cidade, isto é, como um labirinto de travessas e largos, casas antigas e modernas e casas com reconstruções de diversas épocas; tudo isto rodeado de uma multiplicidade de novos bairros periféricos com ruas regulares e as casas todas uniformizadas¹. O nosso interesse é obter um mapa das principais artérias para uma visita breve a esta nova cidade. Passeios mais prolongados e pormenorizados ficarão para mais tarde.

2. Distinção entre direito e lei. A primeira dificuldade reside no nome desta nova cidade: o direito ou a lei? É esta, sem dúvida, a primeira distinção a ter em conta. É muito frequente confundir-se Direito e lei, com base sem dúvida na importância que a lei assume nas sociedades modernas. Mas não é correcto reduzir aquele a esta. Se assim fosse, considerando a conhecida prolixidade do legislador, seria impossível conhecer o objecto do nosso estudo. Foi isto que determinou a conhecida frase do jurista alemão von Kirchmann, de 1847: «Três palavras de correcção do legislador e bibliotecas inteiras transformam-se em papel de embrulho». Esta frase é verdade de muita produção jurídica, mas não de toda, nem da melhor.

¹ Cfr. Wittgenstein, *Investigações Filosóficas*, § 18.

Na verdade reduzir o Direito à lei significa ver o direito essencialmente como uma manifestação do poder político. A esta luz, o direito é antes criado do que descoberto a propósito da solução de cada caso concreto. Está aqui em causa uma das maiores discussões em torno da natureza do Direito.

Com efeito, uma das pretensões do direito legislado, sobretudo na modalidade de legislação codificada, é a de oferecer o Direito todo, em termos de o jurista se poder limitar a aplicá-lo depois de o ter exactamente conhecido (interpretado, conceitualizado e sistematizado). Mas a verdade é que a própria lei acaba por reconhecer a sua insuficiência normativa, através da inclusão de cláusula gerais, conceito indeterminados, de valor etc., em que se remete o julgador para critérios de decisão que só poderão determinar-se para além dela (Relatório, pp. 36-37). Exemplo: o artigo 334.º do CC: «É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico do direito».

3. Introdução à distinção entre as perspectivas externa e interna do direito. Há uma distinção fundamental que surge nas obras do sociólogo Max Weber e do filósofo do direito Herbert Hart e que consiste na necessidade de perceber a diferença entre as perspectivas externa e interna da normatividade. Na interna, afirma-se ou discute-se um sentido normativo que se tenha por correcto. Fazem-se aí qualificações usando termos normativos como «certo», «errado», «válido» ou «devido». Na externa, afirma-se ou discute-se aquilo que é factualmente afirmado ou discutido ou, em geral, vivido como (o correcto) sentido normativo. A perspectiva externa regista o que de facto sucede quando há quem adopte a perspectiva interna. O paradigma da perspectiva interna em direito é a posição assumida por um juiz quando decide e fundamenta a decisão. O paradigma de perspectiva externa sobre o direito é a posição assumida por um sociólogo do direito. As perspectivas externa e interna tratam problemas diferentes. E podem também ser encaradas de modo muito diverso. Isto é, podem ser entendidas de modo cumulativo, no sentido em que todos os ramos do saber admitem, simultaneamente, uma perspectiva interna e uma perspectiva externa. Podem também ser entendidas de modo alternativo, no sentido em que a perspectiva interna é exclusiva de alguns ramos do saber ou algumas áreas do pensamento, designadamente todo o pensamento normativo, seja ele o direito, a moral ou um jogo.

De acordo com este último modo de ver, o direito não admite uma exterioridade do sujeito em relação ao objecto do seu conhecimento. O biólogo quer saber se a teoria está certa ou errada, no sentido de saber se exprime adequadamente um estado de coisas que ocorre no mundo. O jurista quer saber se a sua resposta a um problema é justa, no sentido de saber se no mundo algo deve ocorrer segundo ele pensa. Como diz Castanheira Neves, o jurista assume a própria intenção do direito, compreende, assimila e actua o direito «por dentro»; o «direito não tem no jurista tão-só o sujeito cognitivo que o determina numa relação de transcendência meramente objectiva ou de pura exterioridade, mas o sujeito da sua própria manifestação consciente e explícita»².

De acordo com o primeiro modo de ver, dada uma qualquer pergunta que se compreenda ou admita vir a compreender, assume a perspectiva interna quem lhe responda ou tente fazê-lo e quem aduza argumentos (razões) em favor da verdade ou falsidade de certa resposta. Assume a perspectiva externa quem responda ou tente responder à pergunta sobre quais as respostas dadas ou os argumentos aduzidos na perspectiva interna. A perspectiva externa depende de uma perspectiva interna, trata as respostas e os argumentos como acontecimentos, e pode relacioná-los entre si ou com outros acontecimentos, acima de tudo através da ideia de causalidade. Para a perspectiva externa, as respostas da perspectiva interna acontecem ou não, são mais ou menos prováveis, são raras ou frequentes, e podem ser previstas, mas é irrelevante a sua verdade ou falsidade, ou mesmo o seu sem sentido. A perspectiva externa tem uma preocupação com a verdade tão grande como a interna, mas só com a verdade das *suas* respostas, não com a verdade das respostas dadas na perspectiva interna.

Seja qual for o entendimento que se adopte, percebe-se que a perspectiva que nos interessa do Direito, não é a do sociólogo, mas a perspectiva interna que tem como modelo o juiz.

4. Introdução à distinção entre «facto» e «direito». Directamente relacionado com o que acabei de vos dizer surge a distinção, fundamental no direito, entre facto e direito.

² Cfr. Relatório, p. 21.

O direito trata de situações histórico-concretas com que nos deparamos e que exigem uma específica resposta jurídica: alguém que mata outrem; alguém que deixa de realizar uma acção que prometeu realizar, etc.

Mas o facto não nos importa senão na relevância que ele possa encerrar para o direito. Apurar qual seja essa relevância e demonstrá-la (problema da prova) consiste naquilo que se designa por questão de facto.

Uma vez apurada a questão de facto surge a determinação do direito, que envolve também dois aspectos: encontrar o critério jurídico que há-de constituir a base para a solução do caso; estabelecer o juízo concreto que há-de decidir esse caso³.

5. Introdução à discussão entre axiologismo e positivismo; a justiça como ideia que se impõe ao direito ou se confunde com ele. Vemos muitas vezes associadas as ideias de direito e justiça. Mas a questão impõe-se de imediato: uma determinada solução para um problema jurídico é justa porque o direito a impõe ou o direito impõe-na porque ela é justa? Se admitirmos esta segunda solução estaremos a adoptar uma visão de acordo com a qual um direito que não sirva a justiça é um direito deficiente. Pelo contrário, se adoptarmos a ideia de que o que é justo é aquilo que é decidido no seio de uma ordem jurídica estaremos a dizer que não existe ideia de justo que nos sirva para avaliar criticamente o direito. É este outro dos grandes debates que se travam entre os juristas.

6. Alguns princípios jurídicos (noções elementares).

6.1 A dignidade da pessoa humana. A pessoa ocupa um lugar privilegiado no Direito, na medida em que apenas a pessoa, enquanto ser a quem as normas jurídicas se dirigem pode ser sujeito de direito, titular de direitos e deveres, todos os outros seres são objecto do direito. Em relação às pessoas nas suas relações esses outros seres são na realidade coisas e, nessa medida, objectos de disposição, surgindo nas relações jurídicas como objectos de direitos reais, como a propriedade e a posse. A pessoa, pelo contrário, está no seu conjunto, incluindo o seu corpo, subtraída à possibilidade de disposição enquanto coisa. Entre as

³ Cfr. Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais*, Coimbra Editora, 1993, pp. 163 e ss.

para as pessoas existe apenas a possibilidade de se estabelecerem relações obrigacionais, no sentido de deveres de agir ou de se abster de o fazer. A escravatura é, pois, incompatível com a dignidade da pessoa humana.

O especial estatuto da pessoa no direito tem também como consequência que, apesar de todas as desigualdades fácticas entre os seres humanos, todos são iguais enquanto pessoas perante o direito.

O que está aqui em causa é, pois, a ideia de um valor inerente na pessoa humana, valor esse que é considerado intocável. Formulação de Kant: trata o teu semelhante sempre como um fim em si mesmo e nunca apenas como um meio.

Daqui resulta o reconhecimento dos direitos fundamentais.

Desafios especiais ao princípio da dignidade da pessoa humana: biotecnologia e bioética; direitos dos animais, eutanásia, aborto, etc.

6.2 O monopólio estatal da força; casos de autotutela (remissão). Artigo 1.º do Código de Processo Civil.

6.3 Rule of law e Estado de direito. Ideia fundamental: ninguém pode ser juiz em causa própria. Ideia remonta a Aristóteles quando afirma ser melhor serem as leis a governar do qualquer um dos cidadãos, de modo a que mesmo os guardiães das leis obedeçam às leis.

Esta ideia desenvolve-se depois num conjunto de direitos: igualdade perante a lei; direitos humanos, due process of law.

6.4 A autonomia privada. Uma das decorrências fundamentais da dignidade da pessoa humana é o reconhecimento da autonomia privada. Em sentido amplo corresponde a um espaço de liberdade reconhecido a cada um dentro da ordem jurídica; em sentido estrito corresponde ao espaço de liberdade jurídica, isto é, a área reservada dentro da qual as pessoas podem produzir os efeitos jurídicos que pretenderem (cfr. Menezes Cordeiro).

7. Direito objectivo e direitos subjectivos. Distinção entre Direito das Sucessões e direito de suceder: o primeiro designa uma ordenação da vida social; o segundo refere-se necessariamente a um determinado sujeito de direito para significar que ele goza de uma certa posição favorável.

Derivação do direito subjectivo em relação ao direito objectivo.

8. Ramos do direito.

Disciplinas do curso de Direito e ramos do direito; enumeração

Distinção entre os ramos do direito e as especialidades das profissões jurídicas. O caso das sociedades de advogados.

Direito público/direito privado/direito penal

A doutrina dominante apontaria claramente para três tentativas de fundamentação da distinção: *i)* de acordo com a *teoria do sujeito*, o direito público é o que regula as relações jurídicas entre determinados titulares de situações jurídicas entre si ou com outros (todos ou alguns) sujeitos de direito; *ii)* segundo a *teoria do interesse*, conforme sejam públicos ou privados os interesses regulados, assim pertencerão as correspondentes determinações normativas ao direito público ou privado, respectivamente; *iii)* para a *teoria da sujeição ou subordinação*, o direito público existe sempre, e apenas, onde um titular de situações jurídicas se encontra submetido ao poder de autoridade de um outro e este pode alterar unilateralmente a situação de direitos ou deveres entre ambos sem a intervenção de um juiz.

A teoria do sujeito é circular: o titular de situações jurídicas que está na base da caracterização do direito público como tal deve ser objecto de determinação, antes de poder ser definida a qualidade «direito público». Sucede, porém, que a determinação do sujeito de direito pode apenas resultar de uma de duas alternativas: essa determinação é efectuada *ad hoc* por uma lei, que declara uma certa entidade como sendo sujeito de direito público, o que significa que se a decisão do legislador é livre não é possível desenvolver

uma dogmática da distinção entre direito público e privado e a essa distinção não pode, consequentemente, ser atribuído qualquer significado fundamental no seio de uma ordem jurídica; a determinação de um titular de situações jurídicas como sujeito de direito público decorre necessariamente da circunstância de esse titular de situações jurídicas ter a seu cargo, de acordo com a Constituição, a realização de certas tarefas, pertencendo assim ao direito público todas as normas que protegem ou prosseguem as tarefas em causa, o que por sua vez significaria que a teoria do sujeito, aproximando-se embora da teoria do interesse, dela se distingue pela forma da realização das tarefas do Estado – através do poder de autoridade. Deste modo, fechar-se-ia o vício da circularidade no tocante à teoria do sujeito, mas pagando-se o preço de já não estarmos a falar do sujeito – o Estado ou outras entidades públicas – mas dos poderes ao abrigo dos quais actua.

Na verdade, a qualidade do sujeito em si não é susceptível de fundar qualquer qualidade de direito público, uma vez que todas as pessoas colectivas de direito público são simultaneamente titulares de relações de direito público e de direito privado. Ninguém duvida que o Estado tanto pode actuar através da liquidação de um imposto, coisa que nenhum particular pode fazer, como enquanto entidade que toma de arrendamento um prédio, coisa que qualquer particular pode fazer.

A teoria do interesse, por seu turno, seria simplesmente errada, uma vez que não só as pessoas colectivas de direito público perseguem interesses públicos na forma do direito privado, através do chamado direito privado da Administração Pública, como os privados actuam também na prossecução de interesses públicos (prossecução de serviços de interesse geral por privados) e as pessoas de direito público realizam ainda interesses privados (enquanto locadoras, por exemplo).

Finalmente, a teoria da sujeição ou subordinação preconiza que pertencem ao direito público todos domínios em que surgem relações jurídicas sob a alçada do poder de autoridade ou em que tais relações jurídicas são conformadas em termos de as mesmas poderem ser submetidas ao poder de autoridade. Assim, mesmo as relações de equiparação, como as que decorrem dos contratos celebrados entre Administração e privados, são abrangidas pelo direito público na medida em que as mesmas podem ser sujeitas em algum ponto do seu desenvolvimento aos poderes de autoridade de uma entidade pública, configurados como *«poderes de reserva»*.

Desde logo, a grande vantagem deste critério em relação aos dois anteriores consiste na sua maior flexibilidade: não é por o Estado intervir numa determinada relação jurídica (suponhamos um contrato), ou por esta visar a prossecução do interesse público, que esta é, necessariamente, regulada pelo direito público. É preciso mais alguma coisa.

Todavia, a questão que se coloca, uma vez que se admita a existência de relações de equiparação no direito público, é a de saber se este não pode também ser configurado, pelo menos em parte, como uma ordem de igualdade. Consequentemente, surge novamente, em tal contexto, o problema de saber como estabelecer em bases seguras a distinção entre direito público e privado, sendo que o recurso ao critério do interesse conduz, pela sua indeterminação, a grandes dificuldades de ordem prática.

É verdade que também no direito privado ocorrem fenómenos de poder colocando problemas semelhantes aos do direito público. Isto, aliás, encontra um paralelo no argumento desenvolvido por Menezes Cordeiro segundo o qual a figura do direito potestativo «*documenta em zonas pacificamente reconhecidas como privadas, a erupção dos vectores da autoridade e da competência*»⁴. Mas o reconhecimento desta realidade não impediu Menezes Cordeiro de sustentar – correctamente, julga-se – que a contraposição entre direito público e direito privado, embora não opere em relação a cada situação jurídica individualmente considerada, permanece como válida no plano sistemático. No direito público dominam a autoridade e a competência, enquanto no direito privado prevalecem a igualdade e a liberdade, e se muitas situações jurídicas se integram num ou noutro dos subsistemas por razões contingentes isso não põe em causa essa mesma integração⁵.

Esta tomada de posição remete para a importância da distinção entre direito público e direito privado na medida em que procura salvaguardar a distinção entre os valores subjacente a cada um dos subsistemas. E quais são esses valores: distinção entre Estado e sociedade; distinção entre justiça distributiva e justiça comutativa.

Quanto ao primeiro aspecto: nos primórdios do constitucionalismo, a partir dos finais do século dezoito e início do dezanove, a distinção entre Estado e sociedade visava contrariar

⁴ Cfr. António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, I – Parte Geral, tomo I, Almedina, Coimbra, 1999, p. 26.

⁵ Cfr. Cfr. António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, I – Parte Geral, tomo I, cit., p. 26.

o estado de coisas próprio do absolutismo, em que o Estado se arroga o poder de promover o bem comum dos membros da sociedade em todas as áreas, desde a económica, social até à religiosa. Agora, pelo contrário, reconhece-se uma esfera de actuação – a das relações entre os particulares – em que o Estado não deve em princípio imiscuir-se em nome do respeito da liberdade individual. Alteração deste Estado de coisas a partir do Estado social.

Quanto ao segundo aspecto: Radbruch; casos em que ocorrem no direito privado manifestações do princípio da justiça distributiva: basta pensar, para além da sucessão legítima e legitimária, no arrendamento vinculístico, no condicionamento das rendas, nas disposições do direito do trabalho que protegem o trabalhador em caso de gravidez, doença, etc.

Direito penal é muitas vezes apresentado como direito público, mas não há razão para isso, uma vez que disciplina os deveres dos indivíduos que atingem uma importância fundamental para a vida em sociedade.

A distinção entre direito público e direito privado conhece ainda, na ordem jurídica portuguesa, à semelhança de outras, como a francesa e a alemã, um relevo especial, ao contrário do que sucede nos países do *Common law*. Assim, no nosso País, as relações jurídico-administrativas, isto é, grosso modo, os litígios nas relações entre o Estado e os particulares em que aquele surge investido de poderes de autoridade, são dirimidos por uma classe especial de tribunais, os tribunais administrativos.

Direito privado comum e direito privado especial, entre os quais o direito comercial e o direito do trabalho. A mesma distinção faz sentido no seio do direito público. O direito público comum é o direito constitucional e o direito administrativo, dentro do qual se encontram direitos administrativos especiais (ambiente, função pública, polícia, etc.).

Direito substantivo/direito processual. Direito adjectivo: disciplina a actividade dos juízes na solução dos casos que lhes são apresentados.

Direito comum/direito institucional. É uma distinção que pressupõe o esclarecimento do conceito de instituição que podemos definir abreviadamente como realidades objectivas,

que não dependem dos estados psíquicos dos seus membros, mas não tem existência para além deles. Com base neste conceito, poderemos dizer que o direito da família regula a instituição familiar, tal como o direito das sucessões regula a instituição sucessória. Temos, depois, o direito comum composto por normas que não surgem ligadas a nenhuma instituição em particular, mas se aplicam independentemente delas. Assim sucede com o direito das obrigações, os direitos reais, as normas relativas à Teoria Geral do Direito Civil. As normas de direito comum fornecem o enquadramento das relações entre os cidadãos em geral, sendo depois adaptadas às finalidades específicas de cada instituição. Sobre o conceito de obrigação estrutura-se a obrigação de alimentos (O. Ascensão).

Um quadro geral dos ramos do direito; normas fora dos ramos do direito.

II – Direito e Ordem

9. Direito e sociedade. Não vou aqui perder tempo com trivialidades sobre a relação entre Direito e sociedade: toda a gente sabe que onde existe sociedade, existe direito e vice-versa.

Em vez disso, vamos começar por compreender a relação entre indivíduos e sociedade, na realidade caracterizada por uma polaridade entre auto-determinação e inserção.

Começemos por este último aspecto. O indivíduo actua num ambiente social que surge já determinado por determinadas estruturas sociais: assim ele comporta-se como cidadão, município, inquilino ou proprietário, comprador ou vendedor. Sem dúvida que o *como* e o *se* do seu comportamento social dependem em grande medida da sua decisão individual; ao mesmo tempo esse comportamento não está dependente da sua livre vontade, mas é pré-determinado por uma ordem social que o antecede e que lhe apresenta comportamentos tipificados.

Inadequação, nesta perspectiva, do modelo do contrato social.

Ao mesmo tempo, temos de considerar o outro lado da relação entre indivíduo e sociedade: o da influência do indivíduo na própria conformação da vida social. O indivíduo actua sobre a sociedade enquanto cidadão, através do voto, mas também através do desempenho de funções no aparelho de Estado.

Pois bem, estas duas perspectivas que se entrelaçam, muito embora surjam em parte espontaneamente na vida social, exigem uma ordem normativa que estabeleça um equilíbrio entre a garantia de um espaço de livre actuação do indivíduo e a sua vinculação às exigências da vida social. O direito desempenha assim um importante papel na coesão da sociedade.

O que acaba de ser dito pode ser compreendido mais facilmente se tivermos presente a distinção efectuada por Durkheim entre dois tipos de sociedade. O primeiro tipo discutido por este sociólogo consiste numa sociedade relativamente simples e tecnologicamente pouco desenvolvida; o segundo reporta-se a um tipo de sociedade mais complexa, tecnologicamente mais desenvolvida. No primeiro tipo de sociedade todo o grupo existe e actua colectivamente em direcção a determinados objectivos e verifica-se uma tendencial identidade entre as dimensões moral e jurídica da consciência colectiva. No contexto desta «solidariedade mecânica», qualquer desvio em relação às normas do grupo tende a ser sancionado através de leis penais repressivas, que servem não apenas para punir o prevaricador, mas também para manter a consciência colectiva através da manutenção e da revivescência das fronteiras entre comportamento aceitável e não aceitável. Os interesses dos membros do grupo identificam-se com os dos grupos no seu todo, não havendo espaço para dissidência.

O segundo tipo de sociedade caracteriza-se pela divisão do trabalho e no seu seio nenhum indivíduo ocupa uma posição auto-suficiente enquanto produtor e consumidor dos bens de que necessita para a sua vida quotidiana. O direito já não é aqui tanto repressivo e de índole essencialmente penal, mas exprime-se sobretudo na forma de regras compensatórias, que visam não punir, mas colocar a vítima de uma agressão na posição em que se encontrava antes de a mesma ser praticada. O direito civil assume aqui uma preponderância em relação ao direito penal.

A análise de Durkheim, embora útil e profícua, não é suficiente, as descurar o papel do direito civil nas sociedades simples e do direito penal nas complexas. Ao mesmo tempo a distinção entre tipos ideais (com pontos de contacto entre a distinção *Gemeinschaft* e *Gesellschaft*, de Tönnies) permite compreender como a resolução de disputas nas sociedades mais simples tende a privilegiar o compromisso, uma vez que assenta na existência continuada dos vínculos sociais; pelo contrário, nas sociedades mais complexas e diferenciadas, em que não existem pontos de contactos entre os litigantes antes, nem depois, da relação através da qual uma surge como lesada e outra como agressora, a resolução de disputas baseia-se num esquema «winner-takes-all». Existem de facto negociações, mas estas visam tão-somente poupar tempo e custos (Harris, pp. 9 e ss.).

Não restam, pois, dúvidas de que o Direito é parte da ordem social. Isto mesmo dizia Savigny: «O direito não tem qualquer existência em si mesmo, a sua essência é antes a própria vida das pessoas, vista a partir de uma determinada perspectiva» (cit. em Henkel, p. 39). Podemos definir a ordem jurídica como o conjunto de normas jurídicas positivas de uma sociedade, cuja unidade decorre da respectiva destinação ao espaço territorial de uma sociedade, da determinação temporal da respectiva validade pela sua referência a um dado momento dessa sociedade e finalmente pela recondução dessas normas a determinados princípios, como por exemplo a liberdade, a igualdade perante a lei, o Estado de Direito, etc.

Duas ideias fundamentais: sistema e normas de comportamento.

Esta noção de ordem jurídica aponta para uma ideia de sistema (Kelsen), isto é, que o direito positivo de uma sociedade apresenta uma estrutura escalonada, em que as normas dos escalões superiores condicionam a validade das normas e dos actos dos escalões inferiores. Nos escalões superiores deparamos com a criação do direito e nos escalões inferiores prepondera a aplicação do direito.

Esta estrutura escalonada não nos pode fazer esquecer que no seu conjunto a ordem jurídica apresenta-se como uma ordem de comportamentos, composta por regras que visam orientar o comportamento dos seus destinatários.

Ordem jurídica como ordem imperativa, ao contrário da norma jurídica, que não pode ser caracterizada pela imperatividade (Oliveira Ascensão, p. 45; exemplo das normas permissivas, isto é, normas que não impõem condutas, mas antes as permitem; normas sem destinatários directo, como as normas sobre normas ou revogações).

Distinção entre imperativo categórico (exigência incondicionada de aplicação) e imperativo hipotético (da regra técnica).

Oliveira Ascensão (p. 44) dá exemplos que aparentemente contrariam o que acaba de ser dito: «Se não perdoardes aos homens, tão pouco o vosso Pai vos perdoará os vossos pecados» (S. Mateus, 6,5); «Se a letra de câmbio contém assinaturas de pessoas incapazes de se obrigarem, ... as obrigações dos outros signatários nem por isso deixam de ser válidas» (artigo 7.º da Lei Uniforme de Letras e Livranças). Reformulação, desvelando imperativo oculto: é imperativo perdoar as ofensas dos outros; a existência de assinaturas que não vinculam não prejudica a eficácia das restantes. O primeiro caso é duvidoso, a não ser que seja entendido como exprimindo a regra de ouro, na sua formulação positiva (trata os outros como gostarias de ser tratado), ou negativa (não faças aos outros o que não gostarias que te fizessem a ti).

Podemos dizer que o Direito existe numa certa dependência das relações sociais. Com efeito, as relações sociais constituem um dado que o Direito deve tomar em linha de conta na conformação das suas regras.

Por outro lado, a sociedade depende também do direito: a este propósito cabe discutir a função desempenhada pelo direito no contexto da sociedade em que se insere. Cabe aqui distinguir entre uma função de ordenação social, uma função antropológico-pessoal e uma função ideológica.

Função de ordenação social: resolução de conflitos; direcção de comportamentos (direito premial); função de delimitação (permissões; delimitação de direitos reais); função de protecção de bens; função de estabilização ou segurança.

Função antropológico-pessoal: a ordem jurídica confere ao indivíduo enquanto pessoa um estatuto especial no seio da sociedade, através designadamente da atribuição de direitos subjectivos.

Função ideológica: o direito serve o bem estar de todos ou, pelo contrário, promove os interesses de uns em desfavor de outros?

Análise de Marx: direito como instrumento ideológico destinado a manter uma classe dominante no poder.

Os valores da legitimidade, igualdade e justiça podem ser vistos como construções ideológicas destinadas a manter as instituições e processos capitalistas. Ao mesmo tempo, a prática desses valores é a única que nos permite compreender se existe algum consenso básico numa sociedade sobre alguma questão, porque é que ele surgiu, como e quando, e como se mantém. A prática desses valores permite-nos ainda averiguar se determinadas áreas de consenso escondem na realidade interesses parciais, que oprimem interesses de outros grupos (Harris, p. 25).

10. Direito e outras ordens normativas.

10.1 Direito e moral. Insuficiência dos critérios tradicionais para distinguir entre direito e moral em sentido amplo.

Critério do mínimo ético: direito como o círculo concêntrico menor, rodeado pelo maior, que representa a moral. E isto porque o direito corresponde àquele mínimo que é indispensável para preservar a vida em sociedade. De acordo com uma crítica possível deste entendimento (O. Ascensão, p. 100), isto significa que toda a regra jurídica tem carácter moral, o que não é verdade (regras sobre uniformes).

Como afirma com razão o Prof. Marcelo Rebelo de Sousa (p. 232), esta crítica não convence porque não considera o direito como um todo. A crítica é outra: o critério não serve para explicar o que delimita as áreas da moral e do direito.

Critério da coercibilidade: falha porque nem todo o direito é coercível. Regras sem sanção (direitos e deveres que ligam os membros de uma família; Presidente da República não promulga no prazo devido; obrigações naturais a que se refere o artigo 402.º do CC: «A obrigação diz-se natural, quando se funda num mero dever de ordem moral ou social, cujo cumprimento não é judicialmente exigível, mas corresponde a um dever de justiça»; caso típico as obrigações do jogo).

Critério da exterioridade: Direito atende ao lado externo e moral ao lado interno das condutas. A moral não se basta com boas intenções, mas com a prática do dever ético; ao direito não é indiferente a motivação do agente. Ao mesmo tempo, este critério salienta um aspecto importante e a reter: é diferente o ponto de partida na medida em que o simples pensamento de matar pode já ser moralmente reprovável, enquanto o Direito aguarda pela manifestação exterior da conduta.

Quatro esferas na moralidade, com base em Henkel, também seguido por Menezes Cordeiro (Das Obrigações Naturais: Direito ou Moral?):

Moral autónoma: bem como valor em si a realizar por imperativo de consciência, estritamente ligado à pessoa singular:

Ética dos grandes sistemas, religiosos ou profanos: preconizada para uma multiplicidade de indivíduos, assumindo vocação universal; embora interior, compreende elemento de exterioridade, uma vez que requer actuações susceptíveis de apreciação supra-individual.

Moral social corresponde à exigência de comportamentos éticos posta pela sociedade aos seus membros. Tem-se aqui em vista uma comunidade de valores morais, manifestada em modelos de actuação que exprimem a adesão aos esquemas dominantes.

Moral humana: regras isoladas e aplicáveis a toda a humanidade. Ao contrário do que sucede com a moral autónoma, sempre determinada pela consciência do indivíduo, e com as normas da moral social, decorrentes uma determinada sociedade, no domínio da moral humana não é possível destacar qualquer «legislador»

Três teses sobre as relações direito moralidade: unidade, separação estrita, diferença reconhecendo-se a existência de relações entre ambas.

Quanto à relação entre moral autónoma e direito:

a) A tese da unidade será apenas possível para quem adopte a perspectiva do participante e procure a obtenção de soluções jurídicas justas, de acordo com os princípios que fundamentam a ideia do Direito em cada ordenamento jurídico.

b) Quanto à tese da separação estrita, o que se disse a propósito do critério da exterioridade leva a duvidar que seja viável este entendimento.

c) A tese da diferença aponta, por um lado, (i) para uma relação de apoio mútuo entre direito e moral.

Do lado do direito, podemos dizer que este cria um espaço protegido de liberdade que é propício ao desenvolvimento da moral. Aqui revestem-se de especial relevo os direitos fundamentais e sobretudo a liberdade de consciência.

Do lado da moral, podemos dizer que é nesta que encontramos a justificação para um dever de obediência, que não assente em meras razões de prudência, das normas jurídicas.

Por outro lado, a tese da diferença explica também a existência de verdadeiras situações de conflito entre direito e moral em que esta terá que ceder, em certos casos, às exigências daquele. Pense-se no conhecido caso de roubar aos ricos para dar aos pobres; nos limites às luz dos quais a ordem jurídica reconhece o direito de resistência (artigo 21.º CRP) ou mesmo a objecção de consciência (artigo 41.º CRP).

A perspectiva relação entre ética dos grandes sistemas e direito a tese da separação estrita ganha maior peso, o que se reflecte, por exemplo, no princípio da separação das Igrejas do Estado: artigo 41.º, n.º 3. Mas também aqui são inegáveis pontos de contacto, na medida em que a ordem jurídica garante condições para o exercício da liberdade religiosa.

O que dizer, por último, da relação entre direito e moral social? Parece existir uma tendência convergente entre ambas as ordens normativas, patente, por exemplo, em disposições como as do artigo 281.º do CC segundo qual é nulo o negócio contrário à lei, à ordem pública ou ofensivo dos bons costumes. Mas cada vez mais tende a entender-se que Em todos estes casos, não está em causa, em normas como a citada, o apelo à moral social, mas a limitação da autonomia privada por princípios injuntivos em vigor na ordem jurídica, muito deles com directa expressão constitucional. Podemos até afirmar que a expansão do direito a áreas cada vez mais numerosas da vida social, através do direito de contra-ordenação social, tende a tornar inútil a ideia de moral social.

10.2 Direito e Poder; Direito e Estado. Já vimos anteriormente que uma das funções desempenhadas pelo direito na sociedade consiste na resolução de conflitos de interesses e esta pressupõe o exercício do poder. Por outro lado, da comparação entre o Direito como ordem normativa e a ordem normativa da moral resulta na verdade uma relação especial entre o Direito e o poder.

Poder de influência (condicionar condutas, sem as vincular, recorrendo à recompensa e não à punição); poder de injunção (poder de determinar vinculativamente condutas alheias, através da execução forçada e ainda através da punição ou ameaça de punição). Duas matrizes do poder político: actuação em comum através da discussão e da deliberação pública; uso da força.

Poder político: coercibilidade (predomínio da análise de Weber sobre a análise de Hannah Arendt) como susceptibilidade do uso da força, com duas manifestações: execução forçada das decisões dos poderes públicos, em especial dos tribunais, e aplicação de sanções em caso de incumprimento das regras jurídicas.

Vemos assim que direito e poder mutuamente se implicam.

Três relações possíveis (Heinrich Henkel)

a) Oposição: dois princípios avaliados segundo as categorias do bem e do mal – Direito como ordem de bons costumes; poder como expressão do mal, como sucede com a concentração do poder nas mãos de um tirano ou de um déspota. Isto não pode estar

certo, como resulta desde logo do carácter imprescindível do poder mesmo nas relações entre privados.

b) Equiparação: quem tem o poder determina o direito, o direito é sempre o direito do mais forte. A este modo de encarar a relação falta a perspectiva da legitimação do poder através do direito. Legitimidade de título (modo de aceder ao poder segundo as regras do direito vigente) e de exercício (desempenho do poder segundo as categorias do direito e da justiça). Se se pretender afirmar que mesmo nas relações privadas impera o poder do mais forte (relação dos proprietário com os desapropriados), esta perspectiva esquece que a alternativa ao direito é a anarquia (perspectiva de Hume sobre a origem do poder político e da propriedade).

c) Complementaridade: o direito (pura ordem do dever ser) precisa do poder (ordem efectiva do ser) para se impor; o poder carece do direito para se legitimar.

d) Interpenetração: o direito não se apoia apenas no poder, como algo a ele externo, mas não prescinde do poder na sua própria estruturação. Confirmação disto no 2.º semestre.

Quando falamos da relação entre Direito e poder não podemos deixar de incluir a análise do Estado, em que se concentra o exercício do poder político nas nossas sociedades.

O que é o Estado? Três elementos integrantes do conceito de Estado: povo, território, e poder político. Povo como conceito jurídico-político (conjunto de súbditos ou cidadãos de cada Estado, a ele ligado por um vínculo jurídico de nacionalidade), distinto de população (de natureza económico-demográfica, indivíduos residente num Estado, sejam cidadãos ou não) ou de nação (conceito histórico-cultural, comunidade com raízes históricas, linguísticas e étnicas). Território como base espacial do Estado com tripla função: condição de independência, limitação do âmbito do poder, objecto de actuação política e económica do Estado. Poder político como faculdade de um povo se organizar politicamente numa comunidade, instituindo órgãos que exercem o poder.

Funções do Estado (político-legislativa; administrativa e jurisdicional): criação e aplicação do direito.

Relações entre Estado e Direito

a) Prioridade do direito sobre o Estado: apenas possível de estabelecer sobre o ponto de vista histórico, não substancial, uma vez que não é possível derivar o Estado de um Direito pré-existente, como o demonstrará a discussão do problema do direito natural.

b) Prioridade do Estado sobre o direito: o direito é direito positivado pelo poder político do Estado. Nem todo o direito positivo é uma criação do Estado, isto é, nem todo o direito é estadual.

Em primeiro lugar, existe direito internacional, ainda que não exista um poder político organizado para impor sanções ao transgressor, sobretudo quando este seja uma superpotência. Por outras palavras existem regras reguladoras da sociedade internacional dotadas de um carácter obrigatório tal que a sua violação justifica o recurso à coacção. Tese contrária ignora a distinção entre a problemática das sanções e do uso da força.

Em segundo lugar, existe direito infra-estadual. Por um lado, direito das comunidades primitivas, em que não existe autoridade central nem tribunais. Em que não existe, para além disso, diferenciação entre ordens normativas. Por outro lado, direito das comunidades autónomas, como poder legislativo das regiões autónomas e posturas municipais ou mesmo normas de associações privadas. O Estado reconhece que a autonomia de certas comunidades envolve uma competência normativa própria, ainda que a eficácia dessas normas dependa, em última instância, da sanção do próprio Estado.

c) Identidade do Estado e Direito. Teoria pura do direito de Kelsen. Não só não existe direito fora do Estado, como o Estado: i) é enquanto organização política uma ordem jurídica; ii) todas as funções do Estado se exprimem através do direito; iii) ao Governo cabe criar e aplicar normas jurídicas às quais os súbditos se acham vinculados. Não há dúvida que o Estado constitui uma ordem jurídica, mas há Estado para além do direito e direito à margem do Estado.

d) Diferenciação: convergências e divergências.

Convergências: i) o direito permite ao Estado planificar e legitimar a sua actuação; o Estado confere eficácia ao direito; ii) carácter comum dos fins últimos do Estado e do Direito, a que já a seguir se fará menção.

Divergências: i) Razão de Estado, actuação do Estado à margem da lei, estado de necessidade; ii) oposição entre Estado totalitário e Estado de Direito.

Direito como ordem de justiça e segurança

Segurança jurídica: a positivação do direito legislado pelas autoridades competentes e em obediência a procedimentos devidamente regulados, com base em regras gerais e abstractas, a sua garantia pelo funcionamento do poder judicial e pelo poder coactivo do Estado reforçam a estabilidade da vida social e as expectativas em que cada um assenta as suas decisões e planos de vida. Importância de tudo isto para o tráfico económico moderno.

Justiça: dificuldade em definir. Em sentido estrito, dizemos que a justiça é realizada quando as regras jurídicas são aplicadas imparcialmente e correctamente aos casos que surgem. Em sentido mais amplo, a justiça vai para além dos termos das regras jurídicas e questiona se um resultado juridicamente prescrito está certo, no sentido de ser realmente devido. Está certo que uma pessoa seja punida por possuir drogas leves? Sabemos que é esse o conteúdo da lei, mas é uma lei boa? Está certo que uma pessoa não possa ser despedida a não ser com justa causa? Neste sentido amplo, a justiça é um padrão moral que os juízes, na medida em que lhes seja conferida margem de manobra, devem perseguir⁶.

Quer no sentido estrito, quer no sentido amplo aqui mencionados, a justiça aponta aqui para a noção básica de que as pessoas da mesma categoria devem ser tratadas da mesma forma⁷.

10.3 Direito e ordem do trato social. Para além de ordens normativas mencionadas sob a designação genérica de «moral», importa ainda referir a ordem do trato social enquanto

⁶ Estabelecendo esta distinção entre justiça em sentido estrito e justiça em sentido amplo, cf. Jeremy Waldron, *The Law*, Routledge, Londres, 1990, pp. 178-179.

⁷ Cf. João Cardoso Rosas, *Concepções da Justiça*, Edições 70, Lisboa, 2011, p. 15.

ordenação social destinada a tornar a convivência mais fluida e mais agradável, mas que não considerada indispensável à conservação dos laços sociais (Oliveira Ascensão).

Estão aqui em causa usos ou convenções sociais que se distinguem em sectores específicos, como os relativos à cortesia, à moda, às práticas profissionais, etc.

Grande parte destes usos formam-se no interior de grupos ou círculos sociais, como sucede com as práticas profissionais.

10.4. Conclusão geral sobre ideias força do direito como ordem normativa. A conclusão que extraímos da exposição antecedente é a de que o Direito é uma ordem normativa que **regula as condutas** daqueles que a ela estão sujeitos, que o faz em termos **imperativos**, tendo em vista preservar a própria **possibilidade de vida em sociedade**, e para isso recorrendo à coercibilidade, e ainda que o material que constitui essa ordem jurídica apresenta ordenado segundo uma ideia de **sistema** e em obediência a determinados **princípios, como a justiça e a segurança**.

III – Fontes do Direito

Primeira noção; a expressão «fontes do direito»

O problema das fontes de direito consiste em saber de que modo se constitui e manifesta o direito positivamente vigente numa determinada comunidade histórica (Castanheira Neves). Dito de outro modo, o problema das fontes de direito é aquele que é colocado pela seguinte pergunta: como se constitui a normatividade jurídica vigente de uma certa comunidade? (Bronze, p. 686). Ou dito ainda de outro modo, recorrendo a uma terminologia muitas vezes usada nos manuais, estão aqui em causa os modos de criação (constituição) e revelação (manifestação) do direito.

A expressão metafórica «fontes de direito» tem a sua origem em Cícero (Das Leis, I, 5-6) e dela se retiram várias sugestões semânticas:

- Fontes de conhecimento, isto é, os modos de manifestação ou identificação do direito, por exemplo os textos jurídicos. O que aqui interessa é saber onde se manifesta o direito, pressupondo-se, pois, que ele se acha já constituído, muitas vezes de acordo com os critérios que o próprio direito prescreve para a identificação das suas normas jurídicas, que assim podem ser designados como «fontes de qualificação».

Fontes do conhecimento do direito, não fontes do direito. É isto que sucede com os artigos 1.º a 4.º do Código Civil. Perspectiva hermenêutico-positiva, não é aceitável. Erro comum dos alunos: costume não é direito.

- Fontes genéticas, isto é, as forças ou factores que estão na origem do direito, os elementos de ordem histórica, social, cultural, política, económica que determinam o conteúdo do direito e o explicam.

Fontes do conteúdo do direito, não fontes do direito. Perspectiva histórico-sociológica.

- Fontes de validade, isto é, princípios fundamentantes da normatividade jurídica. O fundamento de validade do direito (a justiça, a liberdade, a igualdade, etc.) não é, só por si, direito.

Fontes da validade do direito, não fontes do direito.

- Fontes de juridicidade, enquanto modos específicos graças aos quais uma certa normatividade se constitui como normatividade jurídica. É esta a perspectiva central. As fontes não são apenas os modos de revelação do direito, mas também os modos de formação do direito. Simplesmente, a este propósito não será correcto entender que a formação do direito incumbe sempre ao poder político organizado (perspectiva político-constitucional).

Segunda ambiguidade da expressão fontes do direito: o que devemos entender por direito (fls. 130 e ss. do manuscrito): normas jurídicas dotadas de generalidade ou também normas e actos jurídicos individuais? Precedência das primeiras sobre os segundos, sem pôr em causa a sua existência.

Enumeração tradicional

A teoria tradicional das fontes de direito assentava na atrás designada perspectiva hermenêutico-positiva. Mas a teoria tradicional aliava a esta visão estritamente técnica do problema uma visão própria da constituição da juridicidade do direito, de acordo com a qual o direito é constituído pelo poder do Estado e as fontes não são outra coisa senão as formas ou modos pelos quais aquele poder se manifesta. Assim, a teoria tradicional alia a perspectiva hermenêutico-positiva à perspectiva político-constitucional (Castanheira Neves, p. 13). E dizemos perspectiva político-constitucional porque nos seus termos o direito identifica-se com a lei: só à lei cabe de acordo com a Constituição – e com os princípios constitucionais da separação de poderes (Monstequieu e Locke) e da supremacia da vontade popular (Rousseau) –, criar normas jurídicas obrigatórias (Castanheira Neves, p. 38).

Assim, de acordo com a teoria tradicional, só a lei pode criar direito: quer porque a lei (a lei constitucional) está hierarquicamente no vértice do sistema; quer porque só ela está legitimada democraticamente, enquanto produto do parlamento.

Ora, se só a lei pode criar direito isso significa que quaisquer outras possíveis fontes só o serão se a lei o determinar. O costume (comportamento comunitário estabilizado e intersubjectivamente vinculante) só é fonte se a lei o admitir como tal e na medida em que o admita, o mesmo sucedendo com a doutrina (o resultado da reflexão dos juristas) e a jurisprudência (o conjunto das decisões dos tribunais). Neste contexto, tende a distinguir-se entre uma fonte imediata, a lei, e fontes apenas mediatas, todas as outras. É fácil de ver que esta teoria tradicional não pode proceder: não pode ser uma fonte a determinar o valor das demais fontes.

As fontes do direito como problema metodológico ou dogmático, e não teórico. Baptista Machado sustenta que o problema das fontes de direito não remete para uma questão jurídica, mas antes para uma questão de segundo grau, uma questão de teoria do direito, uma vez que, também a propósito das normas de um determinado sistema jurídico que estabelecem quais as fontes de direito reconhecidas pelo sistema, se põe a questão de saber como acederam elas à positividade e vigência jurídicas. Tratar-se-ia, portanto, de uma questão que escapa à capacidade regulamentadora do sistema jurídico. O primeiro capítulo do Código Civil tem por epígrafe «Fontes do direito», mas como é evidente também em relação a esta norma se coloca o problema de saber como se constituiu a sua normatividade jurídica (ver também Bronze, p. 688). Neste sentido afirma Norberto Bobbio que no problema das fontes não se trata de interpretar, mas de construir; não se trata de interpretar e comentar o direito em vigor num determinado sistema jurídico, mas de teorizar os fenómenos sociais e institucionais que dão origem ao direito (*La Consuetudine come Fatto Normativo*, p. 16). Ainda no mesmo sentido, afirma Ricardo Guastini que a questão da qualificação de um determinado acto como fonte de direito tem um sentido teórico e não prático, no sentido em que se por exemplo suprimíssemos normas como as do artigo 1.º do CC em nada mudaríamos o regime jurídico das leis (*Dalle fonti alle norme*, p. 234 e nota 11).

As considerações de Baptista Machado, Norberto Bobbio e Ricardo Guastini apenas podem ser aceites parcialmente. Elas na verdade confundem o que atrás designámos como as perspectivas externa e interna do direito. Para sabermos quais as fontes, em abstracto, de um sistema com as características do nosso, aquelas observações são correctas, mas limitam-se a uma perspectiva externa. Aquelas observações são ainda correctas porquanto a teoria das fontes remete-nos, em grande medida, sobretudo a propósito das relações entre costume e lei, para um problema de articulação entre diferentes ordenamentos jurídicos. Mas a perspectiva externa é insuficiente: para sabermos se um costume é válido na nossa ordem jurídica temos de o submeter à Constituição (como de resto a lei).

A teoria tradicional não é a correcta, como se viu. Mas não é correcta, desde logo, porque não está em causa encontrar uma teoria, divorciada de um concreto ordenamento jurídico, que nos permita resolver em abstracto o problema das fontes. A resposta ao problema das fontes não é a mesma em diferentes ordens jurídicas.

O problema não é o de saber que formas pode mobilizar o poder político para prescrever direito, mas o de saber de que modo se constitui a juridicidade vigente numa determinada comunidade. A chave do problema das fontes do direito não é o poder, mas a vigência.

Isto significa duas coisas: i) tem de admitir-se a existência de direito vigente sem que tenha sido formalmente prescrito, como sucede com o costume e a jurisprudência; ii) não é a imposição do poder político centralizado que determina a vigência do direito, por outras palavras, o direito não é um exclusivo do poder político (Castanheira Neves, pp. 55-56).

Traços fundamentais da teoria tradicional: poder, hierarquia (com tendencial integração da hierarquia das fontes e das normas), perspectiva interna (da lei); traços fundamentais da teoria revista: vigência, visão não hierárquica das fontes (admissão apenas da hierarquia das normas com origem na mesma fonte), distinção entre perspectiva interna e perspectiva externa na teoria das fontes.

Os tipos principais de experiência jurídica

Os tipos fundamentais de experiência jurídica são a consuetudinária, a legislativa e a jurisprudencial, consoante o direito tenha a sua base constitutiva na tradição, através do costume, na deliberação legislativa, através de prescrições normativas formais, ou na jurisdição, através de juízos concretamente normativos.

A) Experiência jurídica consuetudinária

O costume é usualmente definido através de dois elementos: o *corpus*, ou elemento material, isto é, a prática reiterada ou comportamento repetido e constante; o *animus*, ou elemento espiritual, isto é, a convicção de obrigatoriedade. Mais adiante teremos oportunidade de

criticar este modo de ver. Para já, interessa apenas salientar os traços essenciais da experiência consuetudinária.

1) Unidade entre comportamento e juridicidade – não há mediação institucional entre os dois aspectos, que se apresentam como indissociáveis. Por isso se diz que o costume exprime espontaneamente a ordem da sociedade (Oliveira Ascensão).

2) Carácter impessoal e anónimo.

3) Sentido normativo do costume é o da imanência social.

4) Dimensão temporal

5) Oralidade

B) Experiência jurídica legislativa

1) Dissociação entre prescrição da norma e realidade social que constitui o seu objecto.

2) Voluntarismo e autoria.

3) Transcendência social – pressuposição de uma estrutura social organizatória própria do poder político.

4) Dimensão temporal – futuro.

5) Carácter escrito.

C) Experiência jurídica jurisdicional

1) Orientada para a resolução de um concreto problema jurídico.

2) Mediação institucional.

3) Racionalidade de índole problemática-dialéctica.

4. Dimensão temporal: presente (embora o tempo presente seja definido pelo próprio direito).

Importância relativa de cada uma destas experiências:

Importância do costume: i) sociedades descentralizadas, por oposição às sociedades actuais fortemente centralizadas e submetidas a um poder político organizado; ii) sociedades homogéneas e não sociedades plurais e conflituantes; iii) continuidade social e apego às tradições e não mutação constante, assente no progresso técnico e científico (exemplo da família).

Importância da jurisdição: sistema de common law assente no precedente; para além disso: legislador complementar e legislador negativo. O problema das sentenças aditivas do TC.

Importância da legislação. Se não é verdade que todo o acto legislativo exprime necessariamente uma manifestação democrática do poder político, é sem dúvida verdade que a manifestação democrática do poder se faz através da lei.

Costume

Para Oliveira Ascensão o costume é ainda hoje a fonte privilegiada do direito enquanto exprime directamente a ordem da sociedade, sem necessidade de qualquer mediação

institucional. Perante a objecção evidente de que nas sociedades actuais existe uma tendência diminuta para a formação de costumes e um predomínio do elemento voluntário que se encontra na base da lei sobre o elemento espontâneo característico do costume na formação do direito, Oliveira Ascensão refere que a sua posição não se baseia numa análise quantitativa. Ainda que o costume intervenha com pouca frequência nas sociedades actuais, essa intervenção não deixa de ser uma válvula de segurança do sistema: impede a rigidez própria da lei, oposta à adaptação automática do costume e impede ainda o risco de arbitrariedade da lei a qual, ao contrário do costume, pode ser totalmente inadequada num determinado contexto social. Assim para Oliveira Ascensão embora o costume tenha escassa projecção nas zonas mais massificadas da sociedade, em que o direito é fundamentalmente de origem voluntária, naquelas zonas em que não se operou o corte com as formas espontâneas de vida a lei não é ainda o elemento dominante, prevalecendo o costume.

Esta posição não é sustentável: a relevância, inequívoca, do costume não pode ser estabelecida nos moldes preconizados por Oliveira Ascensão: na perspectiva externa é diferente a relevância do costume consoante o tipo de sociedade em causa, como se viu; na perspectiva interna, o costume também pode ser arbitrário e tem de ser avaliado à luz dos valores fundamentais da comunidade expressos na Constituição. Os valores em que o costume assenta não são por si sós decisivos.

Requisitos interno e externo dão-nos diferente caracterização do costume como fonte do direito.

Requisito externo – decurso do tempo; repetição de um comportamento por um determinado período de tempo.

Lei da boa razão – para que o costume fosse atendível era necessário que fosse conforme à boa razão, não contrariasse a lei e tivesse mais de 100 anos.

Requisitos de repetição: generalidade do comportamento (destinatários); uniformidade ou identidade do comportamento (objecto); continuidade (não interrupção); frequência (repetição a espaços curtos); publicidade (não secretismo).

Menor importância no direito público e no direito internacional: agentes e destinatários do costume são órgãos dotados de poder de império ou mesmo Estados soberanos.

Repetição de um comportamento não dá lugar à formação de uma regra; podem existir regras de outras ordens normativas que resultem da repetição de comportamentos.

Elemento interno – pressupõe que a norma jurídica já esteja constituída (Bobbio; Finnis). Duas saídas para esta dificuldade: convicção de obrigatoriedade está fundada sobre um erro; convicção de obrigatoriedade não pertence ao momento da formação do costume, mas da sua eficácia.

Bobbio dá preferência ao elemento externo, costume como facto social; dificuldade – como distinguir o costume jurídico dos comportamentos reiterado de outras ordens normativas. Finnis e Nino: distinção entre perspectiva externa e interna.

Para distinguir entre a prática consuetudinária que dá origem a norma jurídica e aquela não dá, temos de abandonar a consideração do costume na perspectiva das normas isoladas para a encarar na perspectiva do ordenamento jurídico: 1) desencadear mecanismos sancionatórios; 2) fornecer critérios para a resolução de conflitos de interesses.

Fundamento do valor do costume: exprime a ordem espontânea da sociedade; exprime um valor comunitário, necessidade de o confrontar com os valores constitucionais fundamentais.

Importância do artigo 7.º da Const. Angolana de 2010.

Uso: práticas sociais susceptíveis de juridicidade mas destituídas de convicção de obrigatoriedade (Oliveira Ascensão). Artigo 3.º, n.º 1, CC: os usos que não forem

contrários aos princípios da boa fé são juridicamente atendíveis quando a lei o determine.
Racionalidade; carácter mediato.

Inexistência de apelo genérico aos usos: não se recorre a eles na interpretação ou integração dos negócios jurídicos (artigos 236.º e 239.º CC).

Artigo 234.º - dispensa da declaração de aceitação de uma proposta contratual de acordo com os usos, tendo-se o contrato por concluído logo que a conduta da outra parte mostre a intenção de aceitar a proposta; artigo 560.º, n.º 3 – admissibilidade de os juros vencidos produzirem juros segundo os usos; artigo 763.º, n.º 1 – realização por partes da prestação se for esse o regime imposto pelos usos; artigo 777.º, n.º 2 – estabelecimento de um prazo para o cumprimento da obrigação segundo os usos; artigo 885.º, n.º 2 – não pagamento do preço no momento da entrega da coisa vendida por força dos usos; artigo 921.º – obrigação de garantir o bom funcionamento da coisa por força dos usos; artigo 1158.º – retribuição do mandato segundo os usos. Etc.

Relação costume e lei

Vantagens da lei: certeza; rapidez de produção. Desvantagens: rigidez; voluntarismo, logo perturbação.

Vantagens do costume: flexibilidade; estabilidade; desvantagens: lentidão; incerteza.

Costume contra legem; secundum legem, praeter legem

Costume superior à lei; costume inferior à lei: artigo 3.º, artigos 1400.º (costumes na divisão de águas) e 1401.º (costumes abolidos). Visão incorrecta uma fonte de direito disciplina o valor de outras; visão correcta: regra de remissão entre dois ordenamentos jurídicos distintos. Costume não pode ser admitido quando viole direitos, liberdades e garantias; lei

cede perante o costume quando deixe de ser praticada; distinção entre costume negativo, desuso e mera tolerância.

Lei

A lei é a fonte intencional do direito por excelência. Enquanto tal constitui o modo paradigmático da constituição do direito no Estado actual e abrange a Constituição, a lei ordinária e o regulamento.

Podemos dizer que há uma perspectiva constitucional da lei: a lei exprime a vontade geral dos cidadãos e é dotada de uma legitimidade democrática que lhe assegura um lugar especial no contexto das fontes de direito. Ao mesmo tempo, há uma perspectiva metodológica da lei: a lei permite um conhecimento privilegiado do direito e permite uma sistematização do material jurídico, através dos códigos, que mais nenhuma outra fonte permite.

O CC define lei no artigo 1.º, n.º 2, como as disposições genéricas provindas dos órgãos estaduais competentes. Mas como observa Oliveira Ascensão as leis não são disposições ou regras, mas fontes de regras.

Pressupostos: i) autoridade competente para estabelecer critérios normativos de solução de casos concretos; ii) a observância de formas eventualmente estabelecidas para essa actividade; iii) o sentido de alterar a ordem jurídica pela introdução de um preceito genérico.

Conceito, segundo Oliveira Ascensão: lei é o texto ou fórmula significativo de uma ou mais regras jurídicas emanado, com observância das formas estabelecidas, de uma autoridade competente para pautar critérios jurídicos de solução de situações concretas.

A primeira manifestação, não necessariamente no sentido cronológico, mas no sentido de fundamento de validade jurídica de um ordenamento, da experiência jurídica legislativa é a Constituição.

Quando me refiro a constituição não estou a pensar em qualquer constituição. A constituição será na maior parte dos casos uma manifestação da experiência jurídica legislativa quando puder ser definida como uma constituição em sentido formal, isto é, como aquele conjunto de normas contido num documento especificamente como constituição cuja produção se encontra submetida a condições reforçadas relativamente aos modos de produção das normas de grau inferior. Pelo contrário, a constituição em sentido material, isto é, a perspectiva da constituição que atende ao respectivo objecto, conteúdo e função, a um conjunto de matérias relativamente estabilizado (regulamentação do poder político e direitos fundamentais) não é necessariamente uma manifestação da experiência jurídica legislativa.

Exemplo disto mesmo é a experiência constitucional britânica: existe uma constituição em sentido material, mas não em sentido formal, uma vez que as normas constitucionais não estão sujeitas a condições reforçadas de produção relativamente às demais normas do sistema e a cessação da respectiva vigência pode, em princípio, ser obra da legislação ordinária (tal como a respectiva adopção).

Assim, uma constituição material desacompanhada de uma constituição em sentido formal será normalmente uma constituição não escrita, assente no direito consuetudinário, como acontece no caso britânico. É certo que tal poderá não acontecer. Por existir uma constituição material que é simultaneamente uma constituição escrita mas não é uma constituição formal. Para tal bastará que as normas constitucionais escritas possam ser livremente alteradas pelo poder legislativo (como acontecia parcialmente, com as normas da Carta Constitucional de 1826).

Mas o que agora importa reter é que a existência de uma constituição escrita e de uma constituição formal tem implicações necessárias ao nível do sistema de fontes próprio do ordenamento jurídico em causa, implicações essas diferentes das que tem a existência de uma constituição material de origem consuetudinária sobre o sistema de fontes do ordenamento respectivo (sobre as implicações do tipo de constituição no sistema de fontes, cfr. Miguel Galvão Teles).

De acordo com este autor, o sistema de fontes pode ser estruturado com base num «paradigma fundacional» em que existe um único fundamento de validade jurídica das

normas do sistema, ou pode ser estruturado com base num «paradigma não-fundacional», em que as normas do sistema não têm essa origem e ponto de referência comuns (Raz).

Exemplo de «paradigma fundacional» seria o ordenamento português em que existe uma hierarquia de normas fortemente estruturada e tendencialmente centralizada a partir de uma constituição escrita e formal; exemplo de «paradigma não-fundacional» de fontes de direito seria o britânico em que as normas não uma origem comum, pois a validade das normas do *common law* não deriva do Parlamento e, inversamente, a validade das normas do *statute law* não decorre dos tribunais.

Crítica deste modo de ver: prende-se com as relações entre lei e jurisprudência. Em relação ao costume as coisas são diferentes: na perspectiva externa nunca existe um paradigma fundacional, pois mesmo no caso português não se pode dizer que as normas consuetudinárias assentem a sua validade na lei; na perspectiva interna existe sempre um paradigma fundacional, pois todo o direito, mesmo o de origem consuetudinária, deve ser conforme aos princípios e valores constitucionais.

O nosso sistema de fontes de direito é tendencialmente fundacional, pois assenta numa constituição em sentido formal. A constituição formal, além de ser ela própria uma manifestação da experiência jurídica legislativa, tem também como função, enquanto norma primária sobre a produção jurídica, identificar as fontes do nosso ordenamento que se integram na experiência legislativa.

Esta função de identificação encontra-se plasmada nos seguintes artigos:

- artigo 8.º - direito internacional;
- artigo 112.º - actos normativos;
- artigos 161.º, 164.º e 165.º - leis da Assembleia da República;
- artigo 198.º - competência legislativa do Governo;
- artigo 199.º, alínea c) – competência regulamentar do Governo;

- artigo 227.º, alíneas a) a c) – competências legislativas das Regiões Autónomas;
- artigo 227.º, alínea d) – competências regulamentares das Regiões Autónomas;
- artigo 241.º - poder regulamentar das autarquias locais;
- artigo 56.º - convenções colectivas de trabalho.

Enquanto norma primária sobre a produção jurídica, a Constituição tem ainda uma outra função, explicitada no artigo 112.º, n.º 2, a 6, e que consiste na determinação dos critérios de validade de cada um dos actos normativos, isoladamente considerado e nas relações com os demais. Ideia de hierarquia.

Três princípios

I – O artigo 112.º, n.º 6, consagra um princípio do sistema de normas sobre produção jurídica que consiste no seguinte: nenhum acto pode criar actos normativos com força igual ou superior à dele próprio, tal como é definido na Constituição; pode apenas criar actos de eficácia inferior.

Este princípio pode ser desdobrado:

1. Nenhum acto normativo pode atribuir a um outro um valor de que ele próprio não dispõe (por exemplo, criação de leis com valor supralegislativo).
2. Nenhum acto pode atribuir a outro um valor idêntico ao seu, nem tão pouco atribuir a actos de diferente natureza o poder de o interpretar, modificar ou suspender.
3. Nenhum acto pode dispor do próprio valor jurídico, aumentando-o ou diminuindo-o (regulamento derogatório da lei, segundo previsão expressa desta).
4. Nenhum acto pode transferir para actos de outra natureza o seu próprio valor (proibição de regulamentos com valor de lei).

É este princípio, consagrado no artigo 112.º, n.º 6, que esteve na base da inconstitucionalidade do artigo 2.º do CC, sobre os assentos.

II – Princípio da competência

Atribui a certas entidades a regulação de certas matérias específicas: por exemplo, só às Regiões Autónomas cabe legislar no âmbito regional sobre as matérias enunciadas no respectivo estatuto. Este princípio aponta para uma visão plural do ordenamento jurídico. Além do ordenamento estadual, existem ordenamentos regionais e autónomos (autarquias locais e ordens profissionais).

III – Princípio da hierarquia

Os actos normativos não têm todos o mesmo valor hierárquico, isto é, não se situam num plano de horizontalidade uns em relação aos outros, mas sim num plano de verticalidade: no topo está a constituição e as leis constitucionais, depois os actos legislativos, a seguir os actos regulamentares e finalmente as normas estatutárias.

Pode evocar-se também a ideia de uma pirâmide, mas ao contrário da teoria de Kelsen, essa pirâmide não pretende dar conta de todas as fontes, mas apenas da experiência jurídica legislativa. Por outro lado, não se trata de derivação, mas de subordinação na perspectiva do ordenamento jurídico estadual.

O princípio da hierarquia desdobra-se nos seguintes subprincípios:

1. Princípio da preeminência ou superioridade dos actos legislativos relativamente aos actos normativos regulamentares ou estatutários (artigo 112.º).
2. Princípio da tendencial igualdade ou paridade entre leis e decretos-leis (artigo 112.º, n.º 2).
3. Princípio da tendencial paridade entre leis e decretos-leis, de um lado, e decretos legislativos regionais, do outro (artigo 112.º, n.º 4). Anteriormente, os decretos legislativos

regionais não podiam dispor contra as leis gerais da república ou, a partir de 1997, dos seus princípios.

4. Princípio da superioridade ou preeminência das normas de enquadramento sobre as normas complementares. De acordo com este subprincípio existem relações de supra- e infra-odenação entre vários actos com valor legislativo.

4.1 As leis da AR têm valor paramétrico em relação aos decretos-leis (ou decretos legislativos das Regiões Autónomas) de desenvolvimento de bases gerais e aos decretos-leis (ou decretos legislativos das Regiões Autónomas) emitidos pelo Governo ao abrigo de autorização legislativa. As leis de bases e as leis de autorização têm valor paramétrico em relação a decretos-leis e decretos legislativos.

4.2 Certas leis têm valor reforçado, por beneficiarem de forma e procedimentos especiais e regularem a produção de outras leis:

- Leis de bases (artigo 112.º, n.º 3, parte final);
- Leis de autorização (artigo 112.º, n.º 3, parte final);
- Lei de enquadramento do orçamento (artigo 106.º);
- Lei do orçamento (artigo 106.º);
- Lei da modificação dos municípios [artigo 249.º, 164.º, alínea n)];
- Leis orgânicas (artigos 112.º, n.º 3);
- Leis que carecem de aprovação por maioria de dois terços dos deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos deputados em efectividade de funções (artigo 168.º, n.º 69).

5. Princípio da preferência de lei – sendo a lei o acto estadual juridicamente mais forte prevalece sobre todos os actos do poder executivo (regulamentos e actos administrativos).

6. Princípio da precedência de lei – não existe regulamento sem fundamento em lei prévia anterior (artigo 112.º, n.º 8).

7. Princípio da reserva de lei – reserva de matéria para a lei; existe sempre que a Constituição prescreve que o regime jurídico de determinada matéria seja regulado por lei.

Dimensão negativa – nas matérias reservadas à lei está proibida a intervenção de outra fonte de direito diferente da lei, a não ser que se trate de normas executivas da administração).

Dimensão positiva – nas matérias reservadas à lei, esta deve estabelecer ela própria o respectivo regime jurídico, não podendo declinar a sua competência normativa a favor de outras fontes – especial incidência no domínio dos direitos fundamentais. Artigo 18.º, só a lei pode restringir direitos, liberdades e garantias nos limites da Constituição.

Há aqui um conceito simultaneamente formal e material de lei, aliás em termos excepcionais no que diz respeito à disciplina da Constituição.

Lei em sentido material é todo o acto que tenha a substância, embora não tenha a forma de lei; lei em sentido formal é o acto que tiver a forma desta, ainda que não a respectiva substância. E qual é essa substância? É lei em sentido material toda a norma jurídica, decretada com observância das formas eventualmente estabelecidas, emanada de uma autoridade competente para o efeito, ainda que tal autoridade não detenha o poder legislativo propriamente dito. É lei em sentido formal todo o acto ou resolução emanado e decretado, com observância das formas prescritas, pelo órgão legislativo, mesmo que tal acto ou resolução não contenha uma norma jurídica, mas apenas disposições de carácter concreto e particular.

Artigo 1.º CC conceito material de lei; artigo 112.º CRP conceito formal de lei; artigo 18.º, n.º 3, conceito formal e material de lei.

Funções desempenhadas pela lei:

a) Cabe à lei a definição jurídica do programa social pois só à lei é possível uma intervenção jurídica de sentido estrutural e transformador e por isso a lei desempenha uma função política social e reformadora.

b) Só a lei tem capacidade institucionalizadora e organizatória, criando órgãos a que atribui poderes, delimitando atribuições e competências, e por isso a lei desempenha uma função instituinte e planificadora.

c) A lei é a forma jurídica mais adequada para impor soluções jurídicas, gerais e pacificadoras nas condições de pluralismo político e social das sociedades actuais e por isso a lei desempenha uma função jurídica de integração.

d) A objectividade e a certeza asseguradas pela lei permitem que nela se veja a manifestação do direito que melhor permite o seu conhecimento e promove a segurança dos seus destinatários, sendo estas, aliás, as garantias visadas pelo princípio da legalidade e por isso a lei desempenha uma função jurídica de garantia.

As duas primeiras são funções políticas; as duas últimas são funções jurídicas; sendo certo que as primeiras carecem das segundas para a respectiva realização.

Coloca-se também o problema de saber se o referendo, introduzido na revisão de 89 e alterado na revisão de 97 é uma fonte de direito. Ora, o referendo em Portugal, previsto no artigo 115.º da CRP, não tem por objecto actos normativos (como acontece em Itália, em que o referendo pode revogar actos normativos em vigor), nem projectos de actos normativos (como sucede com os projectos de leis referendárias do direito francês).

O referendo é acto político do PR, embora precedido de propostas da AR e do Gov. Assim sendo, o referendo é um complexo de questões formuladas em termos dilemáticos (resposta através de sim ou não – artigo 115.º, n.º 6) que tem carácter vinculativo. O referendo é uma decisão política que deverá ser objecto de lei ou convenção internacional. E se o legislador não der andamento: sem prejuízo de responsabilidade penal e política dos titulares dos cargos políticos envolvidos (artigo 117.º), poder-se-ia também descortinar um novo campo de actuação para a inconstitucionalidade por omissão, se o legislador da revisão tivesse alterado a norma do artigo 283.º da CRP.

Regulamentos

Regulamentos como conceito material, abrangendo todas as fontes que se destinam a dar execução às normas contidas nos actos legislativos.

Nesta matéria, para além dos princípios constitucionais já atrás referidos, importa averiguar a questão de saber se podem existir regulamentos autónomos, à margem de qualquer norma legal habilitadora.

São pacificamente admitidos:

- a) Os regulamentos de execução – necessários para a boa execução das leis e que a Administração deve adoptar por iniciativa própria;
- b) Os regulamentos complementares – referidos genericamente a uma lei cujos fins e sistema normativo vão desenvolver;
- c) Os regulamentos independentes – a lei indica a entidade que poderá ou deverá emitir o regulamento e a matéria sobre que incide (artigo 112.º, n.º 7).

Artigo 112.º, n.º 8, exclui regulamentos autónomos no sentido atrás mencionado. A existência de regulamentos autónomos, ainda que fundados directamente na constituição, significaria uma governamentalização do sistema de governo, subtraindo ao parlamento a fiscalização de actos com valor paralegislativo. Por isso, ainda que não se exija uma autorização legislativa caso a caso para a emissão de um regulamento será necessário a existência de uma lei a conferir competência regulamentar para a prossecução dos objectivos fixados na Constituição ou na própria lei, como decorre do artigo 9.º, n.º 5, da Lei n.º 74/98, com o seguinte texto: «Os regulamentos devem indicar expressamente as leis que visam regulamentar ou que definem a competência subjectiva e objectiva para a sua emissão».

Formas de regulamentos:

- Decretos regulamentares, previstos nos artigos 112.º, n.º 7, e 134.º, alínea b). distinguem-se dos decretos simples do Gov., que não são actos normativos, e carecem apenas de assinatura do PR e não de promulgação. São assinados pelo PM e demais ministros em razão da matéria.

- Portaria – são regulamentos que incidem sobre aspectos exteriores à reserva de lei, integrando os regimes constantes da lei. Não são objecto de promulgação ou assinatura pelo PR, nem referenda ministerial, sendo muitas vezes assinados pelos ministros competentes em razão da matéria.

Os regulamentos complementares ou independentes assumem a forma de Decreto Regulamentar; os regulamentos de execução assumem a forma de portaria a não ser que a lei exija uma forma mais solene.

- Despacho normativo – só pode ser usado quando a lei o prevê.

- Instruções e circulares – regulamentos internos.

Jurisprudência (Freitas do Amaral)

A jurisprudência, entendida enquanto conjunto das decisões dos tribunais, é, ou não fonte de direito? Três respostas possíveis: i) não; ii) sim; iii) jurisprudência não é fonte de direito na generalidade dos casos, mas apenas actividade criativa de soluções jurídicas concretas, salvo certas situações especiais e bem definidas.

i) A primeira concepção tem a sua origem na ideia do juiz autómato e está ligada à teoria tradicional das fontes de direito.

ii) Segunda concepção vê a jurisprudência como fonte de direito por excelência, acima da lei e do costume. Concepção sustentada pelo jurista e juiz americano Oliver Wendel Holmes (1841-1935): só quando o juiz decidir é que se saberá ao certo o que é o Direito sobre uma determinada questão. Holmes chegava mesmo ao extremo de afirmar que as leis são profecias sobre o que os tribunais farão na realidade.

As consequências desta concepção para a certeza do direito são facilmente compreensíveis. Os tribunais devem tanto obediência à lei como os cidadãos.

iii) Terceira concepção é a mais genericamente seguida pelos autores.

Jurisprudência não é fonte de direito na medida em que os tribunais dizem o direito no caso concreto. Mas quase nunca os juízes se limitam a aplicar o direito ao caso concreto, sem que isso envolva qualquer actividade criativa por si desenvolvida. Assim sucede quando os juízes procedem à integração de lacunas, à concretização de conceitos indeterminados (conceitos sem um sentido preciso) ou naqueles casos em que o critério de decisão é directamente conferido pela lei ao juiz.

Não existe precedente obrigatório, mas apenas precedente persuasivo.

Dois casos em que a jurisprudência pode ser considerada como fonte de direito: a) nos casos em que os tribunais proferem decisão dotadas de força obrigatória geral, isto é, decisões judiciais que revestem carácter geral e abstracto e são obrigatórias para todos os cidadãos ou, pelo menos, uma categoria genericamente delimitada de cidadãos; b) a jurisprudência é também fonte de direito nos casos em que os tribunais proferem decisões que constituem correntes uniformes de interpretação ou integração de uma mesma norma jurídica, isto é, em que há uma corrente jurisprudencial uniforme.

Os dois casos em que a jurisprudência pode ser fonte de direito aproximam-se da lei (decisões judiciais com força obrigatória geral) e do costume (corrente jurisprudencial uniforme). Por essa mesma razão dir-se-á que, afinal, a jurisprudência não é fonte de direito, mas aquilo que constitui a positividade de uma certa normatividade é afinal a lei ou o costume, ambos de origem judicial.

Repare-se que na teoria clássica ou tradicional se entendia de modo diverso: quanto às decisões com força obrigatória geral, essa força decorria da lei; quanto às correntes jurisprudenciais as mesmas só se admitiam no modelo do juiz automático. Mas mesmo superando a teoria tradicional, temos de concordar que não é o correcto o entendimento segundo o qual a jurisprudência, para ser fonte de direito, se reconduz a uma das duas fontes primárias, a lei ou o costume. Assim, no que toca à distinção entre decisões com força obrigatória geral e lei cabe salientar os seguintes traços distintivos: iniciativa, liberdade conformadora e auto-revisibilidade. A lei é, em regra, adoptada por iniciativa do legislador, o que não sucede com os casos de decisões judiciais com força obrigatória geral. Tais decisões, como quaisquer decisões judiciais, nunca são adoptadas por iniciativa do tribunal.

É o que decorre do princípio do pedido, com consagração no artigo 3.º do CPC. Depois o tribunal não pode decidir livremente, mas com base na lei e na Constituição (artigo 203.º CRP). Finalmente, os tribunais não podem livremente revogar as decisões com força obrigatória geral que venham a produzir.

No que toca à distinção entre corrente jurisprudencial e costume, cabe referir que a repetição do conteúdo das decisões anteriores não assenta numa convicção de obrigatoriedade, mas apenas no seu conteúdo persuasivo, isto é, na força dos argumentos.

Segundo Freitas do Amaral, a partir da consideração inicial de jurisprudência com força obrigatória geral e correntes uniformizadoras, haveria que distinguir quatro casos:

a) Nas decisões judiciais com força obrigatória geral que declaram a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de uma norma em vigor, a jurisprudência tem carácter inovador e criativo;

b) Nas decisões judiciais com força obrigatória geral que uniformizam o modo de interpretação de uma norma, optando entre duas ou mais interpretações possíveis, não há produção do direito, mas mera revelação do direito já existente (jurisprudência interpretativa, segundo a terminologia de Cabral de Moncada)

c) Nas decisões judiciais com força obrigatória geral que uniformizem o modo de integração de uma lacuna do ordenamento, há produção de direito novo (jurisprudência integrativa, segundo Cabral de Moncada).

d) O mesmo se dirá das correntes jurisprudenciais uniformes, valendo aqui as considerações aduzidas para b) e c).

Importância da existência de mecanismos legais orientados para a uniformização de jurisprudência.

Artigo 2.º do CC e artigos 763.º do Código de Processo Civil, antes da reforma de 1995 – assentos.

Artigo 122.º, n.º 1, alínea g) da Constituição e artigo 115.º, n.º 5 (correspondentes, após a revisão de 1997 aos artigos 119.º e 122.º, respectivamente).

Acórdão n.º 810/93 TC generalização Ac. 743/96.

Incluir história de um assento.

As questões substantivas (cfr. Castanheira Neves, *O Problema da Constitucionalidade dos Assentos*, pp. 88 e ss.):

1) São os assentos necessários para a uniformidade da jurisprudência (Castanheira Neves chama-lhe a unidade do direito)? Por outras palavras, não poderá o mesmo objectivo ser alcançado por outras vias? Revista ampliada: os resultados são fracos.

2) Natureza dogmático-jurídica dos assentos. Argumentos a favor da natureza legislativa (Castanheira Neves): i) a natureza de prescrição-norma do assento; ii) teleologia da prescrição-norma dos assentos visa como qualquer norma legislativa garantir a aplicação no futuro de um determinado conteúdo normativo, em termos de lograr a segurança e a igualdade jurídica (os valores formais da legalidade); iii) vinculação universal com que essa normatividade prescritiva se impõe à ordem jurídica.

Argumentos no sentido do carácter jurisdicional (Barbosa de Melo): i) a generalidade e abstracção pelas quais se pretende equiparar os assentos à legislação não é decisiva, já que aquelas características não são exclusivas da legislação, também se verificam nos regulamentos e nos acórdãos do TC que declaram inconstitucionalidade com força obrigatória geral; ii) à liberdade constitutiva da legislação opõe-se o carácter vinculado dos assentos, que são de emissão obrigatória, uma vez verificados os respectivos pressupostos e o seu conteúdo normativo deve corresponder a uma das variantes de sentido da lei a aplicar/interpretar; iii) a lei pode incidir sobre todas as matérias, enquanto os assentos estão subordinados à lei; iv) só a lei e não os assentos têm autoreversibilidade, isto é, podem ser alterados ou suprimidos.

Acórdãos com força obrigatória geral

Acórdãos do Tribunal Constitucional

- i) Pronúncia de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, em processos de fiscalização abstracta preventiva (artigo 278.º e 279.º);
- ii) Pronúncia de inconstitucionalidade com força obrigatória geral em processos de fiscalização abstracta sucessiva (artigo 281.º);
- iii) Declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral de qualquer norma que tenha sido julgada inconstitucional pelo Tribunal em 3 casos concretos (artigo 281.º, n.º 3);
- iv) Declaração de ilegalidade com força obrigatória geral em processos de fiscalização abstracta sucessiva de legalidade de normas [artigo 281.º, n.º 1, alíneas b), c) e d)];
- v) Declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral de qualquer norma que tenha sido julgada inconstitucional pelo TC em três casos concretos.

Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo

- vi) Declaração de ilegalidade com força obrigatória geral de qualquer norma violadora de disposições genéricas de direito administrativo, em processo administrativo de impugnação de normas instauradas pelo MP (artigos 72.º, 73.º e 76.º do CPTA);
- vii) Declaração de ilegalidade, com força obrigatória geral de norma violadora de disposições genéricas de direito administrativo em processo administrativo de impugnação de normas anteriormente julgadas ilegais, por qualquer tribunal, em pelo menos três casos concretos.

Aplicação do artigo 119.º, n.º 1, alínea g), da Constituição.

Os acórdãos uniformizadores de jurisprudência.

- i) 1987 – Recurso para uniformização de jurisprudência, CPP artigos 437.º;
- ii) 1987 – recurso obrigatório para o MP de decisões judiciais proferidas contra jurisprudência fixada pelo STJ, CPP artigo 446.º;
- iii) 1987 – recurso no interesse da unidade do direito CPP artigo 447.º;
- iv) 1995-1997 – revista ampliada e agravo ampliado, CPC artigos 732.º-A e 732.º-B, bem como artigo 762.º;
- v) 2002-2004 – recurso para uniformização de jurisprudência no âmbito do contencioso administrativo, CPTA artigo 152.º;

vi) 2007 – recurso para uniformização de jurisprudência no âmbito do CPC, artigos 763.º e seguintes.

Salvo recurso para a unidade do direito, todos estes recursos pressupõem uma contradição de julgados.

Significado da jurisprudência uniformizada (Freitas do Amaral, p. 475): a) tribunal vincula-se a manter para o futuro a orientação fixada nos acórdãos para uniformização de jurisprudência; b) tribunal vincula-se a revogar todas as decisões de tribunais inferiores que sejam impugnadas perante si e contrariem a orientação fixada; c) os cidadãos devem contar com observância do precedente, não podendo por exemplo os advogados ser responsabilizados por má prática se basearem a sua actuação em orientação fixada

Acórdãos de actualização de jurisprudência uniformizada – artigo 447.º CPP

Correntes jurisprudenciais uniformes.

Outras possíveis fontes do direito

Neste momento temos já um panorama suficientemente esclarecedor das principais fontes de direito: o costume, a lei e a jurisprudência. Mas há outras fontes que ainda temos de tratar: os tratados internacionais, os actos comunitários, as normas privadas e normas que regulam o estatuto de uma profissão. Para além destas, temos ainda a considerar outras pretensas fontes: a doutrina, a guerra e a revolução, os princípios de direito.

Tratados internacionais

Costuma discutir-se se os tratados internacionais, isto é, os acordos celebrados entre sujeitos de direito internacional, normalmente os Estados, que criam, modificam ou extinguem normas de direito internacional, constituem fontes de direito. Repare-se que não se trata de saber se os tratados são fontes de direito internacional, mas antes se podem ser considerados fontes de direito interno. A questão, feito este esclarecimento, está mal posta: o problema que se coloca não é o saber se os tratados podem ser considerados fontes de direito interno, mas na verdade o problema é o de saber em que medida as fontes de direito

internacional, sejam elas quais forem (os tratados, sem dúvida, mas também o costume, os actos normativos das organizações internacionais) são, enquanto tais, relevantes no direito interno.

Ora, justamente, a teoria clássica das fontes de direito resolvia o problema através da ideia da recepção, isto é, da questão de saber em que medida as normas do direito internacional passavam a constituir parte integrante do direito português.

Na verdade, não é isso que está em causa, mas antes a relação entre ordens jurídicas distintas que se influenciam mútua e reciprocamente. De resto esta leitura, sem cair nos excessos quer do monismo de direito interno, quer do monismo de direito internacional, é a que parece mais adequada à nossa Constituição e designadamente ao seu artigo 8.º. Não se designa tal entendimento como um dualismo de direito interno e direito internacional, porque na realidade está em causa uma relação entre mais ordens jurídicas.

É isto que resulta do artigo 8.º, n.ºs 2 a 4, através das expressões «vigoram na ordem interna» ou «são aplicáveis na ordem interna». E quanto ao artigo 8.º, n.º 1, nos termos do qual «as normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português». Não estará aqui presente uma cláusula de recepção propriamente dita? Assim parece, mas há que perceber que está em causa uma recepção material, isto é, uma adesão ao conteúdo dos princípios de direito internacional geral ou comum, que devemos identificar com os princípios básicos do direito internacional desde logo identificados no artigo 7.º, n.º 1, da Constituição, isto é, os princípios do respeito pelos direitos do homem, da autodeterminação dos povos, da solução pacífica dos conflitos, etc.

Por outro lado, a recepção prevista no artigo 8.º, n.º 1, significa uma recepção automática, quer dizer, as normas internacionais vigoram enquanto tais na ordem interna portuguesa sem necessidade de transformação em normas constitucionais ou legais (neste sentido, cfr., por exemplo, J. Miranda e Rui Medeiros, p. 88). Se isto é verdade em relação ao direito internacional geral ou comum também o é em relação ao direito internacional convencional e ao direito das organizações internacionais: também aqui não há transformação em direito interno.

Diferença entre n.º 3 (normas das organizações internacionais de que Portugal faça parte) e n.º 4 (normas dos tratados que regem a União Europeia e emanadas das suas instituições): no segundo caso, ao consignar-se que tais normas são aplicáveis na ordem interna nos termos definidos pelo Direito da União, parece ter-se caminhado no sentido de um monismo de direito internacional, ou melhor supranacional. Mas a verdade é que a ressalva final do artigo permite afirmar a ideia do diálogo ou do pluralismo jurídico.

Direito supranacional

Segundo Marcelo Neves (Transconstitucionalismo, p. 152) supranacional é uma organização que fundada em tratado internacional que atribui aos seus órgãos competência de natureza legislativa, administrativa e jurisdicional abrangente no âmbito pessoal, material, territorial e temporal de validade com força directa vinculativa directa para os cidadãos e órgãos dos Estados-membros. Neste sentido, a União Europeia constitui a única experiência de supranacionalismo.

Direito da união primário (tratados celebrados pelos Estados-membros) e derivado (normas produzidas pelos órgãos próprios da União Europeia). Aqui interessam os segundos.

Artigo 249.º do Tratado de Roma: i) regulamentos e decisões são actos normativos obrigatórios para todos os seus destinatários e directamente aplicáveis dentro das ordens jurídicas dos Estados-membros; ii) as directivas vinculam em parte os países destinatários, mas pressupõem que, em princípio, estes últimos transponham para a ordem interna, através de acto normativo interno, o seu conteúdo normativo; iii) as recomendações e pareceres não são vinculativos.

Caso especial das directivas. A transposição dos actos normativos da União Europeia faz-se, de acordo com o disposto no artigo 112.º, n.º 9, através de lei, decreto-lei ou decreto legislativo regional, consoante o respectivo conteúdo verse matéria respeitante à competência exclusiva do parlamento, a matéria concorrencial ou a matéria da competência legislativa das regiões autónomas, conforme previsto no artigo 112.º, n.º 4.

A transposição significa efectivamente uma transformação em fonte de direito interno. Mas há casos em que, sem haver transposição e, logo, transformação em fonte de direito interno, o pressuposto pluralista de que partimos pode levar a uma relevância directa da directiva, enquanto tal, na ordem interna. Isso sucede em dois casos: i) se a directiva fixar um prazo para a sua transposição e este não for cumprido por um dado Estado-membro, os interessados podem invocar em seu favor a directiva em causa contra o Estado em falta; ii) se a transposição de uma directiva for incorrecta, prevalece na ordem interna a própria directiva sobre o acto interno de transposição.

Normas privadas

Temos aqui a considerar duas realidades essenciais: convenções colectivas de trabalho e normas corporativas.

Quanto às primeiras, podemos defini-las como contratos de direito privado, celebrados entre associações patronais e sindicais, com vista à criação, modificação ou extinção de normas jurídicas reguladoras de relações laborais. Carácter contratual, privado (celebradas entre associações representativas de classes profissionais), normativo e laboral.

Espécies: i) contratos colectivos de trabalho são as convenções celebradas entre associações sindicais e associações patronais; ii) acordos colectivos de trabalho são as convenções celebradas entre associações sindicais e uma pluralidade de empregadores para diferentes empresas; iii) acordos de empresa são as convenções celebradas entre associações sindicais e um empregador para uma empresa.

Não há dúvida de que são fontes de direito, tendo sido reconhecidas recentemente pelo TC como normas para efeitos de fiscalização da constitucionalidade (cfr. Acórdão n.º 174/2008).

Normas corporativas são as que estabelecem os estatutos, a organização e a disciplina interna das entidades privadas supra ou infra-estaduais. Exemplos: i) estatutos e regulamentos internos de organizações privadas internacionais, como a Igreja Católica, a FIFA, a UEFA, etc.; ii) estatutos e regulamentos internos de organizações privadas

nacionais, com ou sem personalidade jurídica. Naturalidade desta posição nos quadros de uma teoria pluralista das fontes de direito.

A doutrina

Tradicionalmente, a doutrina é apontada como fonte de direito. Mas se historicamente o foi não pode ser como tal considerada hoje.

A doutrina pode ser entendida de dois modos: i) cada opinião de um jurisconsulto tomada por si, tal como sucedia com os jurisconsultos romanos cuja soluções podiam assumir força vinculativa; ii) o conjunto das posições doutrinárias sobre determinado assunto, de modo a extrair delas orientações comuns. Aqui importa referir o relevo que assumiu durante séculos a *communis opinio doctorum*.

A doutrina assume hoje apenas a natureza de fonte de direito mediata: apenas através de outras fontes de direito podem as opiniões dos jurisconsultos ser consideradas como fontes de direito. Assim, como diz Oliveira Ascensão (p. 263), a autoridade da doutrina não é extrínseca, mas assenta na valia intrínseca das posições propugnadas.

O relevo da doutrina é, ainda assim, grande: i) pareceres nos litígios jurídicos; ii) importância das opiniões doutrinárias na feitura das leis, designadamente através de comissões compostas por jurisconsultos designadas para elaborar estudos legislativos tendo em vista a preparação do texto da lei.

A guerra e a revolução

Alguns autores, como o Prof. Freitas do Amaral consideram a guerra e a revolução como uma fonte de direito. Assim, a guerra seria uma fonte de direito com carácter repentino e global, no sentido em que não muda apenas uma ou outra lei, mas antes substitui a velha ordem jurídica por uma nova ordem jurídica destinada a consolidar-se. O Prof. Freitas do Amaral dá o exemplo das guerras de Napoleão, que levou os princípios da revolução francesa na ponta das baionetas, de Hitler, responsável pela instauração de regimes totalitários um pouco por toda a Europa, Estaline que fez o mesmo após o fim da segunda

guerra, ou os EUA e a tentativa de imposição de uma nova ordem no Afeganistão e no Iraque.

Tal como a guerra, também a revolução seria um facto normativo de carácter repentino e global, ao envolver a mudança total do ordenamento jurídico.

Não me parece que este entendimento seja correcto. Por um lado, a guerra e a revolução estão sujeitas ao direito: o direito da guerra é uma importante parte do direito internacional público; além disso, é possível falar de um direito revolucionário, que é o direito que a revolução é convocada a realizar, antes mesmo que se estabeleça, numa nova síntese político-jurídica, um outro direito ou sistema jurídico positivo como resultado ou expressão da sociedade post-revolucionária. É aquele «direito revolucionário» que dá à revolução o seu sentido - «o encontro do homem consigo mesmo, em libertação e justiça» (Castanheira Neves, *Digesta*, 1.º vol., p. 226).

Por outro lado, considerar a guerra e a revolução como fontes do direito equivale a confundir as fontes genéticas, ou fontes do conteúdo do direito (isto é, o direito post-revolucionário), numa perspectiva marcadamente histórico-sociológica com as fontes do direito em sentido próprio, no conceito atrás aludido, isto é como fontes de juridicidade ou positividade de critérios normativos.

Princípios

Se considerar a guerra e a revolução como fontes de direito equivale a confundir a perspectiva histórico-sociológica com a perspectiva da juridicidade, considerar os princípios como fonte de direito equivale a confundir as fontes de validade com as fontes de direito. É o que vamos agora ver.

O que são princípios? Os princípios são uma das espécies de normas jurídicas, sendo a outra espécie constituída pelas regras. Sem prejuízo de adiante termos oportunidade de esclarecer mais em pormenor estes conceitos, podemos desde já adiantar, em termos que ainda carecerão de problematização ulterior, que as regras são normas que quando se verifica determinado comportamento nelas previsto desencadeiam uma consequência

jurídica definitiva, isto é, ordenam proíbem ou permitem algo definitivamente ou autorizam definitivamente a fazer algo. Pelo contrário, os princípios são normas que ordenam que algo se realize na maior medida possível segundo as possibilidades fácticas e jurídicas. As possibilidades jurídicas de realização dos princípios são determinadas essencialmente pelos princípios opostos.

Exemplo de regra: artigo 130.º do CC que estabelece que a maioridade se atinge aos 18 anos. Exemplos de princípios: proibição do excesso, adequação e proporcionalidade (por exemplo, artigo 18.º da CRP); princípio da igualdade (artigo 13.º CRP); princípio da imparcialidade (artigo 266.º CRP).

Os princípios são fontes do direito? A circunstância de os ter caracterizado como espécies de normas afasta essa caracterização. Em sentido contrário, o Prof. Baptista Machado entende que sim, pois considera que os princípios são transcendentais em relação às decisões particulares do legislador e impõem-se a elas. Do mesmo modo, também o Prof. Freitas do Amaral entende que os princípios são fontes do direito, uma vez que enunciam valores ou orientações que se transformam em normas jurídicas (cfr. p. 500).

A ideia de uma função normogénica dos princípios, isto é, a sua capacidade de sustentarem a decisão de casos imprevistos permitiria considerar os princípios não como espécies de normas, mas como fontes de normas. De acordo com esta concepção, os princípios seriam entidades diversas ou irredutíveis ao mundo das normas. Simplesmente a função normogénica dos princípios não afasta a sua caracterização como normas e não implica a sua qualificação como fontes.

Por um lado, tal qualificação não é clara do ponto de vista da teoria das fontes, uma vez que tende a confundir o fundamento normativo do direito com a respectiva aquisição de vigência e positividade, ou seja, tende a confundir fundamento com fonte. Ou então, os princípios são já elementos do direito positivo, como sucede com os exemplos antes apontados, e, nesse caso, considerá-los como fontes seria confundir a fonte com o direito.

Por outro lado, a função normogenética dos princípios é captada pela sua recondução a razões para normas, na medida em que os princípios justificam as normas. Ou seja, são normas que justificam outras normas.

Tal como não é correcto afirmar que os princípios são inferidos indutivamente a partir do material legislado, não é igualmente correcto afirmar que os princípios se constituem dedutivamente a partir de uma ordem objectiva de valores, de uma hierarquia fixa de valores. É à jurisprudência que cabe o papel fundamental na constituição dos princípios, ao actuar como transformador dos princípios éticos pré-positivos em princípios jurídicos positivos (cfr. Esser, Lamego).

Hierarquia das fontes de direito e hierarquia entre normas que se reconduzem à mesma fonte.

Após elencar as diversas fontes de direito, é usual indicar a hierarquia das fontes. Para a teoria tradicional, não existia uma hierarquia das fontes, mas apenas uma hierarquia das leis (cfr. Freitas do Amaral, p. 562), a única fonte de direito admitida. Para uma teoria pluralista das fontes pode pensar-se numa hierarquia das fontes, como sucede com Freitas do Amaral, mas também pode pensar-se numa outra solução: não existe propriamente hierarquia das fontes, mas apenas das normas que se reconduzem à mesma fonte: assim, não existe uma hierarquia entre lei e costume, mas apenas uma hierarquia entre constituição, lei e regulamento.

Coloca-se ainda a questão de saber se pode falar-se de uma hierarquia entre fontes de direito internacional ou supranacional, por um lado, e fontes de direito interno, por outro. Também aqui nos parece que não que falar numa hierarquia em sentido próprio. Quando muito poder-se-á falar de uma hierarquia entrelaçada (*tangled hierarchy*) no sentido desenvolvido por Douglas Hofstadter e aplicado por Marcelo Neves ao direito (Gödel, Escher, Bach, pp. 10 e 684 e ss., ed. portuguesa, pp. 722 e ss.; *Transconstitucionalismo*, p. 142). Segundo Hofstadter, o fenómeno das hierarquias entrelaçadas ocorre sempre que, quando nos movemos para cima (ou para baixo) através dos níveis de um sistema hierárquico, nos encontramos, inesperadamente, de volta ao lugar donde partimos

(Hofstadter, p. 10 e ed. portuguesa, p. 11). Assim acontece com as normas de revisão da Constituição: temos as normas constitucionais e acima delas supostamente as normas constitucionais que regem a revisão constitucional; ao mesmo tempo, as normas que regem a revisão podem ser também elas próprias objecto de revisão. Assim temos as normas constitucionais, as normas de revisão que regem a revisão daquelas, mas que também podem ser encaradas como normas constitucionais para efeitos da sua própria revisão. Do mesmo modo se passam as coisas com a relação entre direito interno e direito internacional: o direito da União vincula o direito interno, salvo se estes violarem princípios fundamentais do direito interno, como dispõe o artigo 8.º, n.º 4, CRP caso em que regressamos a este. Por outras palavras, há uma observância recíproca entre as duas ordens jurídicas (Marcelo Neves, p. 153).

A importância das fontes do direito para o conceito de direito (introdução e remissão)

IV – Direito e Interpretação

1. A ciência do direito como ciência hermenêutica (Larenz, pp. 239 e ss.)

A ciência do direito ocupa-se com a compreensão de certas expressões linguísticas e com o sentido normativo que a elas corresponde. É, com efeito, de expressões linguísticas que se trata, tanto nas leis como nas decisões dos tribunais e nos actos administrativos e, em regra, também nos contratos.

A interpretação surge como um caso especial da compreensão. Podemos dizer que a compreensão de expressões linguísticas ocorre, ou de modo irreflexivo, mediante o acesso imediato ao sentido da expressão, ou então de modo reflexivo, mediante o interpretar.

A compreensão que ocorre de modo irreflexivo permite o acesso imediato ao sentido de um discurso, como ocorre, antes de mais, na conversação do dia-a-dia. A compreensão ocorre aqui, as mais das vezes, de modo irreflexivo porque para quem ouve e compreende

não é problemático o sentido do discurso, não se lhe tornando presente a possibilidade de diferentes interpretações. Se esta possibilidade se torna presente, o sentido havido como pertinente converte-se em objecto de reflexão e, com isso, de interpretação. Interpretar é uma actividade de mediação, pela qual o intérprete compreende o sentido de um texto, que se lhe tinha deparado como problemático.

Em que é que consiste esta actividade de mediação? O intérprete tem presente os diferentes significados possíveis de uma palavra ou de uma sequência de palavras e pergunta-se qual é o significado correcto. Para tal interroga as palavras usadas na lei e o seu conhecimento do objecto do que no texto se trata, examina o contexto do texto, bem como a situação que lhe deu origem e outras circunstâncias hermeneuticamente relevantes, isto é, que possam ser consideradas como indícios relativamente ao significado procurado. A conclusão a que chega não é logicamente vinculante, mas uma opção fundamentada, entre outras. Interpretar um texto equivale, pois, a decidir-se por uma entre várias possíveis interpretações, com base em considerações que a fazem parecer como a mais correcta.

A jurisprudência é uma ciência – deixemos de lado, por ora, a questão do estatuto da jurisprudência enquanto ciência – na medida em que problematiza textos jurídicos, questionando-os em relação com as suas diferentes possibilidades de interpretação.

Os textos jurídicos são problematizáveis porque redigidos em linguagem corrente, ou então em linguagem especial a eles apropriada cujas expressões apresentam uma margem da variabilidade de significação, tornando possíveis inúmeros cambiantes de significação. É na riqueza de tais cambiantes que se estriba a riqueza expressiva da linguagem e a sua susceptibilidade de adequação a cada situação.

Seria assim um erro aceitar-se que os textos jurídicos só carecem de interpretação quando surgem como obscuros, pouco claros ou contraditórios. Pelo contrário, todos os textos jurídicos são susceptíveis e carecem de interpretação (já nesse sentido, Pires de Lima e Antunes Varela, *Noções Elementares de Direito Civil*, 1.º vol., p. 100). Isso só não aconteceria se a vida jurídica prescindisse de textos jurídicos e os seus casos pudessem decidir-se na base de um discurso do quotidiano ou, em sentido oposto, caso não se prescindisse dos textos jurídicos, se estes pudessem ser redigidos exclusivamente numa linguagem codificada e simbolizada.

Isso na verdade não acontece (cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, *ob. cit.*, p. 100-101). Assim, mesmo para concluir pelo carácter líquido do sentido de uma disposição é necessário interpretá-la; é sempre possível que a lei atraia o pensamento do legislador ou de outra norma contrariar a doutrina fixada pela disposição aparentemente não carecida de interpretação; podem existir disposições claras para uns intérpretes que se apresentem obscuras para outros; há expressões usadas na lei simultaneamente com um sentido igual ao que têm na linguagem corrente ou usual e outras que ora são usadas no sentido técnico e rigoroso, ora no seu sentido vulgar e corrente.

Assim, como exemplo do que acaba de ser dito, veja-se a palavra «ausência». O artigo 1903.º do Código Civil estabelece que «Quando um dos pais não puder exercer o poder paternal por ausência incapacidade ou outro impedimento, caberá esse exercício unicamente ao outro progenitor». O sentido desta expressão pode, à primeira vista, parecer bastante claro; contudo o facto de sabermos que a mesma expressão reveste nos artigos 89.º e seguintes do Código Civil um sentido técnico e rigoroso – significando o desaparecimento, acompanhado de falta de notícias sobre o seu paradeiro – obriga a um esforço de interpretação que pareceria à partida desnecessário.

Quais as circunstâncias hermeneuticamente relevantes (elementos de interpretação)? Isso depende do escopo da interpretação. Na vida quotidiana, a opinião do autor interessa na medida em que pode contribuir para a compreensão da coisa (manuais e instruções de uso, notícias de imprensa); quando estejam em causa testemunhos literários e descrições de experiências pessoais, a opinião do autor constitui a própria meta da interpretação. E nos textos jurídicos?

2. O objecto da interpretação jurídica

Tenho até agora falado da interpretação como se o respectivo objecto fosse constituído pelo texto da lei, isto é, tenho falado da interpretação jurídica como um problema especificamente hermenêutico. É agora chegada a altura de desfazer essa primeira impressão que, por comodidade, o discurso anterior deixou transparecer.

Antes, porém, de a desfazer, procuremos aprofundá-la para compreender os seus contornos. De acordo com uma certa visão, o objecto da interpretação seria o texto, do mesmo modo que *«a norma jurídica se identificaria com o seu texto e que assim o sentido ou a significação jurídica a determinar pela interpretação seria um sentido ou uma significação textual»*, para usar as palavras de Castanheira Neves, um dos autores que mais se tem distinguido por criticar essa mesma visão⁸.

O pressuposto desta visão é o de que o direito (nesta concepção essencialmente identificado com a lei) é uma criação do poder político democraticamente legitimado e, nessa medida, só encarando-se a interpretação como incidindo sobre o texto se conseguiria separar o direito *«que é»*, que foi querido pelo legislador, do direito *«que deve ser»*, segundo a particular visão do intérprete⁹. O objecto da interpretação consiste no texto da lei *«porque é no texto da lei que se exprime o imperativo do legislador e se manifesta vinculativamente a sua autoridade legislativa, porque no texto da lei encontra o direito a objectivação que garante a segurança jurídica, e porque em referência ao texto da lei se poderá aferir do princípio da separação de poderes»*¹⁰.

Se o pressuposto da tese que venho criticando é uma concepção do direito como produto essencialmente do poder político, é fácil compreender as suas implicações: *i)* O sentido ou significado a descobrir por via interpretativa subsistem em si no próprio texto, «como uma entidade objectiva a “descobrir”, a explicitar, a reconstituir, etc.»; *ii)* A interpretação «é uma só (...) e sempre a mesma onde quer (...), para o que quer (...) ou quando quer (...) que ela se exigisse» (por outras palavras, a cada texto interpretando cabe um só sentido, seja qual for a situação interpretativa, a intenção interpretativa, isto é, seja a interpretação realizada para fins doutrinários ou jurisdicionais, e independentemente da sua circunstância histórica); *iii)* A interpretação tem um carácter abstracto, isto é, prévio e independente da aplicação do direito que a solicite; *iv)* a interpretação é geral, no sentido em que vale para todos os casos de aplicação do direito que a peçam. Em poucas palavras, a interpretação, segundo o entendimento que tenho vindo a expor, caracteriza-se pela objectividade textual e pela identidade, abstracção e generalidade do seu resultado¹¹.

⁸ Cf. Castanheira Neves, *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica – I*, Coimbra Editora, 2003, p. 288.

⁹ Cf. Castanheira Neves, *O Actual Problema...*, cit., p. 290.

¹⁰ Cf. Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais*, Coimbra Editora, 1993, p. 88.

¹¹ Cf. Castanheira Neves, *O Actual Problema...*, cit., pp. 288-290.

Ora, a interpretação jurídica não é uma tarefa preparatória da aplicação da lei ao caso concreto, mas um momento da constituição do direito. O modelo de interpretação jurídica criticado, que é largamente o modelo do positivismo legalista, deve pois ser rejeitado por centrar a interpretação exclusivamente na norma, identificada com o texto, e esquecer o relevo do caso.

Mas porquê essa rejeição? Afinal, poderá argumentar-se, encarar o texto da lei como o objecto da interpretação permite encontrar um fundamento sólido para superar a ambiguidade das leis, isto é, o seu teor verbal. Simplesmente, o sentido imediato, ou verbal, das palavras da lei é também incerto, ou, dito de outro modo, uma vez que as leis não são redigidas com base numa linguagem formal, caracterizam-se por uma insuprimível «*textura aberta*» (pp. 115 e 117). Em segundo lugar, não se pode sequer saber qual é o teor verbal da lei sem ter em conta o sentido jurídico, uma vez que o legislador não se limita a usar as palavras da linguagem comum para exprimir um sentido comum, mas um sentido jurídico (pp. 118 e 119). Em terceiro lugar, existe uma dimensão prático-normativa irreduzível na interpretação, que é dada pelo seu sentido teleológico (pp. 120-121). Em quarto lugar, a interpretação não dispensa elementos normativos extra-textuais, tais como a ordem material de valores pressuposta pela ordem jurídica (p. 125). Em quinto lugar, existe um *continuum* na realização do direito em que participa a interpretação jurídica, *continuum* esse em que os estádios mais avançados vão perdendo progressivamente contacto com a letra da lei, como veremos suceder com a integração de lacunas (p. 125).

Reconhecendo este estado de coisas, várias orientações metodológicas vieram admitir a importância do caso concreto na definição do objecto da interpretação. Assim sucede com o modelo da concretização de Friedrich Müller e a teoria da norma do caso, de Fikentscher. De modo ainda mais radical, podemos apontar o pensamento tópico-argumentativo centrado no problema concreto, corrigido pela referência ao sistema, segundo o entendimento de Castanheira Neves.

À luz deste modo de ver, o objecto da interpretação jurídica não consiste na norma-texto, mas na norma-problema (Bronze, p. 892). Como afirma Castanheira Neves, o objecto da interpretação jurídica é, pois, a norma enquanto norma, não o seu texto enquanto expressão da norma (Metodologia Jurídica, p. 144). O sentido da norma não nos é dado

apenas pelo seu texto, mas também pelas situações concretas da vida que essa norma é chamada a regular.

Como refere Fernando José Bronze, em explícita conexão com a afirmação segundo a qual a disposição legal necessita sempre de ser interpretada, ao jurista-decidente não importa a norma enquanto corpus semântico-prescritivo, que comunica impositivamente um sentido literal, mas a norma enquanto regulação prático-normativa, que se revela apta para orientar, em termos também prático-normativamente fundamentados, a solução de um problema a que se reconheça uma relevância especificamente jurídica (Bronze, p. 894).

Podemos assim apontar uma tendência para enfatizar cada vez mais, no âmbito da interpretação jurídica, a dimensão pragmática, após a ênfase dada às dimensões sintáctica e semântica.

Uma definição aproximada de cada um destes termos da linguística. Sintaxe é a parte da linguística que estuda as regras e princípios que regem a organização dos constituintes das frases. Semântica é a parte da linguística que estuda o significado das palavras. Pragmática, finalmente, é a parte da linguística que estuda o uso da linguagem, tendo em conta as relações entre os interlocutores e a influência do contexto. Dito de outro modo, porventura de mais fácil apreensão, a pragmática consiste no estudo da «*relação dos signos com os interpretadores*», a semântica é o estudo da «*relação dos signos com os objectos aos quais são aplicáveis*» e a sintaxe constitui o estudo das «*relações formais dos signos entre si*»¹².

Neste sentido, é possível enquadrar as regras de método interpretativo que aqui iremos estudar no âmbito de um processo que caminha de uma primazia da segurança formal, passa pelo predomínio da delimitação ou descoberta do sentido material e chega ao problema da incerteza condicionada pelo pluralismo e dissenso estrutural da esfera pública (Marcelo Neves, *Entre Témis e Leviatã*, pp. 196-197).

Assim, podemos dizer que a interpretação centrada no elemento literal dá primazia ao aspecto sintáctico-semântico, a interpretação centrada nos elementos extra-literais e o desenvolvimento do direito implica já um modelo semântico-sintáctico de interpretação e

¹² Cf. Morris, cit. por John Lyons, *Semântica – I*, Editorial Presença, Lisboa, 1980, p. 99.

já aqui, mas sobretudo no âmbito do desenvolvimento do direito superior da lei pressupõe decididamente um modelo semântico-pragmático.

Por outras palavras, no primeiro caso pressupomos um modelo de interpretação que enfatiza as conexões sintácticas entre termos, expressões ou enunciado jurídico-normativos, pressupondo que o seu sentido se mantém constante. Como vamos ver, é também este o modelo que está subjacente a determinadas orientações metodológicas preponderantes no século dezanove, a escola da exegese e a jurisprudência dos conceitos.

No segundo caso, já se reconhece o problema da ambiguidade e vaguidade dos termos e expressões jurídicas, cabendo ao intérprete determinar o quadro semântico das aplicações juridicamente correctas. É o caso da Teoria Pura do Direito, embora aqui se sustentasse que a opção entre diversos sentidos possíveis não relevava já de uma operação cognitiva do intérprete, mas de um acto subjectivo e voluntário, relevando de uma política do direito e não de uma teoria jurídica.

Finalmente, no terceiro caso, o núcleo central do processo hermenêutico recai já na busca do sentido normativo de textos jurídicos em contextos históricos específicos. Todas as teorias da interpretação a partir da segunda metade do século vinte lidam já com a dimensão pragmática da interpretação.

3. A estrutura circular do compreender e a importância da pré-compreensão (Larenz, pp. 242 e ss.)

A interpretação de um texto – seja ele qual for – não tem que ver apenas com o sentido de cada uma das palavras, mas um o de uma sequência de palavras e frases que exprimem um contínuo nexo de ideias. Ora, o sentido de cada uma das palavras usadas não está, em regra, fixado na linguagem geral de modo que possa ser usado sempre na mesma acepção. Pelo contrário o sentido de cada palavra decorre também do respectivo posicionamento na frase. Daí uma especificidade do processo do compreender que é designada pela expressão «círculo hermenêutico»: uma vez que o significado das palavras em cada caso só pode inferir-se da conexão de sentido do texto e este do significado das palavras que o formam e da combinação das palavras, então o intérprete terá de, em relação a cada palavra, tomar

em perspectiva previamente o sentido da frase por ele esperado e o sentido do texto no seu conjunto e, a partir daí, retroceder ao significado da palavra primeiramente aceite e, conforme o caso, rectificar este ou a sua ulterior compreensão do texto, até alcançar uma concordância entre o sentido de cada palavras e o sentido do texto em que se inserem. Para tal terá de lançar mão das circunstâncias hermeneuticamente relevantes.

A imagem do círculo não nos deve levar a pensar que através do movimento circular do compreender se pretende ilustrar um mero regresso ao ponto de partida; o que está em causa é antes a elevação a um novo estágio da compreensão do texto.

Percebe-se bem o contraste entre o processo do compreender e a direcção linear de uma demonstração puramente lógica.

Percebe-se também que no início do processo do compreender está sempre presente uma conjectura de sentido, ainda que vaga. É por isso que se diz que todo o intérprete está munido de uma pré-compreensão com base na qual penetra o texto e que se refere à coisa de que o texto trata de que se trata nela. Quanto mais tempo o intérprete se ocupe da coisa de que o texto trata e quanto mais vasta a sua experiência dos interesses e situações da vida a que se referem as normas jurídicas, mais rica será a sua pré-compreensão e, logo, mais importante para uma correcta interpretação.

4. Interpretar e aplicar: remissão

Interpreta-se uma norma para a aplicar a um caso concreto. Assim dito, parece ser possível isolar estas duas operações. Na realidade, não o é. Embora na exposição subsequente se pressuponha por vezes a possibilidade de destringar por completo interpretação e aplicação, trata-se apenas de um expediente justificado no contexto de uma exposição dos conceitos de que se serve a interpretação jurídica.

5. Formas de interpretação das leis

Interpretação autêntica é aquela que é realizada pelo próprio órgão com competência legislativa e se encontra implícita à própria competência para legislar, como resulta de certa forma do disposto no artigo 112.º, n.º 6, da Constituição.

Quando se fala de interpretação autêntica não se tem em vista as leis interpretativas, que visam apenas esclarecer o sentido de uma lei anterior e aplicam, em consequência disso, aos factos que se tenham verificado antes do começo da sua vigência, mas já no domínio da lei interpretada. Isso é possível, à luz do disposto no artigo 13.º do Código Civil, porque a lei meramente interpretativa não é inovadora e apenas estabelece uma solução que já era possível alcançar por um qualquer intérprete à luz da lei interpretada.

Não é esta modalidade de interpretação que verdadeiramente está aqui em causa. Pode mesmo dizer-se que a interpretação autêntica não constitui uma verdadeira modalidade de interpretação. Esta última pressupõe uma tentativa de descoberta do verdadeiro sentido da lei; todavia, o órgão legislativo, ao interpretar uma lei anterior, não age vinculado ao seu sentido, mas antes o determina de novo. Na verdade, «o poder legislativo, por isso que é o poder legislativo, não se cinge, ao interpretar as leis que já fez, à determinação da vontade nelas objectivada, tal como está aí, mas determina ele, de novo, a sua própria vontade (...) [o legislador] pode fazer uma interpretação irregular, arbitrária; pode fazer aquilo que quiser, pode saltar por cima da lei e fazer no seu lugar uma outra lei nova, dizendo que é a antiga. Não significa isto que o deva fazer; mas pode fazê-lo. E contudo, tal interpretação será sempre legal, só porque é a do poder legislativo» (Cabral de Moncada, *Lições de Direito Civil*, pp. 143-144).

Para além da interpretação autêntica, fala-se ainda da interpretação doutrinal, que é a interpretação levada a cabo pelos tribunais e pelos juristas. Esta interpretação não vale como lei, não tem força obrigatória e não pode, por isso, considerar-se como uma fonte de direito. A interpretação doutrinal é, afinal, a verdadeira interpretação.

6. Objectivo da interpretação

Existem diversas teorias sobre o fim da interpretação da lei.

De acordo com uma delas, a teoria subjectivista ou teoria da vontade, considera-se escopo da interpretação a indagação da vontade histórico-psicológica do legislador. A esta opõe-se a interpretação objectivista, ou teoria da interpretação imanente à lei, que visa apurar o sentido que é inerente à própria lei.

Para os objectivistas, como afirmam Pires de Lima e Antunes Varela, uma vez publicada, a lei ganha autonomia, constitui uma entidade à margem do seu autor, um objecto *a se*, portador de um significado e de um alcance independentes da vontade que o legislador pretendeu exprimir. De acordo com este modo de ver, a interpretação não visa a descoberta da vontade do legislador, mas o apuramento da vontade da própria lei. Isto não significa, referem os mesmos autores, que a lei seja representada como um ente biológico dotado de vontade própria, mas apenas que a lei, uma vez publicada, deve ser interpretada independentemente da vontade do legislador, de acordo com o sistema jurídico em que se integra, e de harmonia com as próprias exigências das relações que se destina a regular.

Por outro lado, e com evidentes conexões com a distinção a que acaba de aludir-se, importa ainda efectuar uma distinção entre teorias historicistas e teorias actualistas da interpretação. As primeiras sustentam que a interpretação não pode perder de vista o horizonte histórico em que foi adoptada a lei; as segundas, pelo contrário, afirmam que quem interpreta a lei em certo momento busca nela uma resposta para as questões do seu tempo.

É possível pensar num cruzamento entre as duas distinções. Assim, o subjectivismo surge normalmente combinado com o historicismo e o objectivismo com o actualismo. É igualmente possível pensarmos num subjectivismo actualista, que pretende descortinar a vontade do legislador que mantém em vigor uma determinada lei ou visa responder à questão ainda mais abstrusa de saber o que pensaria o legislador de hoje sobre uma lei com um determinado conteúdo. Do mesmo modo, afigura-se também possível a consideração de um objectivismo historicista, que pretenda descortinar o sentido objectivo da lei, recorrendo possivelmente à compreensão que dela tinham os respectivos destinatários no momento em que a mesma foi adoptada. Mas estas duas combinações afiguram-se pouco relevantes, na medida que a vontade do legislador, no primeiro caso, é meramente hipotética e o sentido inerente à lei pode ser impossível de descortinar, no segundo caso.

Os principais argumentos da teoria objectivista são os seguintes: *i)* A lei não pode ser hoje concebida como o produto de um só legislador. Pelo contrário, o órgão legislativo é, nos Estados modernos, um órgão colegial. *ii)* A teoria objectivista confere maior maleabilidade à lei, possibilitando o fenómeno da projecção da lei, isto é, a aplicação de uma norma inalterada quanto ao seu sentido, a novos casos da vida real, que o legislador não previu quando a elaborou. Os partidários da teoria subjectivista respondem a estas objecções afirmando que *i)* a circunstância de o legislador ser um órgão colegial simplifica, em vez de agravar, o problema da descoberta da sua vontade, pois é em tal caso usual existirem actas, justificações e críticas que esclarecem o conteúdo da vontade do legislador. Pelo contrário, a lei quando é produto da vontade de um só homem é muito mais obscura quanto aos seus fundamentos e razão de ser. Pense-se, por exemplo, na Constituição de 1933. Para além disso, *ii)* o pensamento do legislador não se limita, de facto, aos casos da vida real que ele previu, mas também a todos os semelhantes.

Os principais argumentos da teoria subjectivista consistem em *i)* apresentar a lei como o produto de uma vontade e, além disso, em *ii)* conferir certeza à interpretação da lei, a qual está sujeita, pelo contrário, a grandes oscilações quando ao juiz é dado apreciar a actualidade da lei.

Seja como for, a verdade da teoria subjectivista é que por detrás da lei está sempre uma intenção reguladora: a lei tem implícito um aspecto voluntarista que a distingue no conjunto das fontes de direito. A verdade da teoria objectivista é que uma lei, logo que seja aplicada, irradia uma acção que lhe é peculiar e transcende o que o legislador tinha intentado. Deste modo, podemos até dizer que quanto mais tempo vigora uma lei, mas se atenua a verdade da teoria subjectivista e mais se avoluma a verdade da teoria objectivista. No limite, a opção por uma teoria subjectivista no caso de uma lei com muitos anos de vigência arrisca-se a fazer da ciência jurídica uma ciência histórica.

Um exemplo do que acaba de ser dito encontra-se no debate entre constitucionalistas americanos entre originalistas e actualistas.

A verdade é que o objectivo da interpretação deve ser a descoberta do sentido normativo da lei e este resulta necessariamente de uma tensão entre aspectos subjectivistas e

objectivistas, tensão essa que se encontra na consideração dos vários elementos da interpretação.

7. Elementos da interpretação

a) O elemento literal (Larenz, pp. 385 e ss.)

Toda a interpretação de um texto se inicia com o seu sentido literal. Com efeito, o legislador serve-se da linguagem geral na medida em que se dirige ao cidadão e pretende ser por ele compreendido. Para além disso, serve-se de uma linguagem técnico-jurídica própria que lhe permite expressar-se com maior precisão, mas também esta linguagem se apoia na linguagem geral, pela mesma razão já identificada de que o direito se dirige a todos e por todos pretende ser compreendido. É por esta razão que a linguagem jurídica não pode afastar-se muito do uso linguístico geral, surgindo como um caso geral da linguagem geral e não de uma linguagem simbolizada.

O que quer dizer que toda a interpretação do texto da lei deve começar pelo seu sentido literal? Quer dizer que se admite a possibilidade de o sentido literal, isto é, o sentido conforme ao uso linguístico geral ou também conforme a um uso linguístico especial, poder fixar de modo definitivo o significado de uma expressão no texto da lei. Mas também quer dizer que, mesmo que o sentido literal não seja capaz de fixar de modo definitivo o texto da lei, deve ser este o início do processo do interpretar, uma vez que é também este o limite da actividade interpretativa precisamente em atenção ao carácter acessível a todos do sentido literal.

Por isso se diz que o sentido literal é ponto de partida e limite da actividade interpretativa. Por isso se pode dizer também que o teor literal da lei tem a missão de policiar toda a actividade do intérprete, o que tem expressão no artigo 9.º, n.º 2, do Código Civil, quando aí se diz que não pode ser considerado pelo intérprete um pensamento que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal.

Coloca-se a questão de saber se o intérprete ao averiguar o sentido literal deve considerar o uso linguístico do momento do surgimento da lei ou antes o uso do presente. A resposta a

esta questão depende de saber se as palavras e expressões usadas na lei tinham um significado fixado num determinado sentido no momento do surgimento da lei. Se for esse o caso, deve ser esse o determinante do sentido literal, eventualmente depois corrigido por outros elementos da interpretação. Pelo contrário, se o significado de um termo não estiver fixado num determinado sentido à data do surgimento da lei, sentido esse que o legislador fez seu, surge como recomendável tomar como limite da interpretação o sentido literal que é hoje possível, se assim se possibilitar uma interpretação que chegue a ser mais conforme com outros elementos a considerar na interpretação, como o fim da norma. Na verdade, o intérprete actual capta o sentido da norma segundo a sua compreensão actual da linguagem e isso mesmo não pode deixar de ser presumido pelo autor do texto normativo.

O sentido literal delimita assim o campo em que se desenvolve a actividade ulterior do intérprete.

b) O elemento sistemático (Larenz, pp. 390 e ss.)

Saber qual dos significados que pode corresponder a um termo segundo o uso da linguagem resulta em grande medida do contexto em que é usado esse termo. O que acaba de ser dito é expressão, desde logo, do círculo hermenêutico a que já atrás fiz referência.

Mas há mais: uma lei é muitas vezes constituída por proposições normativas incompletas – definitórias, restritivas e remissivas – que só conjuntamente com outras se estruturam numa norma jurídica completa.

Um exemplo: a noção de posse do artigo 1251.º (o poder que se manifesta quando alguém actua por forma correspondente ao exercício do direito de propriedade ou de direito real) tem de ser completada pelo disposto nos artigos 1252.º, n.º 1, e no artigo 1253.º, alínea c), do Código Civil, dos quais resulta que a posse pode ser exercida pessoalmente como por intermédio de outrem.

O contexto, ou elemento sistemático, tem assim a função de permitir a compreensão. Ao mesmo tempo, o contexto permite uma concordância objectiva entre disposições legais isoladas. Assim, entre várias interpretações possíveis segundo o sentido literal deve privilegiar-se aquela que possibilita a concordância material com outra disposição.

Ao falarmos do elemento sistemático estamos pois a salientar o contributo que a inserção do texto a interpretar num contexto mais amplo dá à compreensão daquele mesmo texto. Está aqui em causa considerar na interpretação de um preceito a «unidade do sistema jurídico» a que se refere o artigo 9.º, n.º 1, do Código Civil.

O elemento sistemático visa pois evidenciar a importância das relações entre um preceito e outros para a compreensão do primeiro. Essas relações podem ser de subordinação (como sucede com a interpretação conforme com a Constituição), de conexão (que pode ser próxima, como sucede com o exemplo que atrás mencionei, ou remota, à luz da qual compreendemos que a regra da continuidade da posse nos sucessores, independentemente da apreensão material da coisa, segundo dispõe o artigo 1255.º, não dispensa a aceitação da herança), sendo ainda de apontar os lugares paralelos, isto é normas que tratam situações semelhantes, levando a supor que o regime jurídico também o seja (assim, quando interpretamos as disposições relativas ao contrato de mandato, não podemos deixar de ter em conta as disposições relativas à empreitada).

A conexão de significado da lei só pode muitas vezes ser apreendida se tivermos em conta a teleologia da lei, podendo afirmar-se que a conexão de significado, ou elemento sistemático, conduz necessariamente ao elemento teleológico.

c) O elemento histórico (Larenz, pp. 395 e ss.)

Pode suceder que o sentido literal resultante do uso linguístico geral ou de um uso linguístico especial por parte da lei, bem como o contexto significativo da lei e a sistemática conceptual que lhe é subjacente deixem em aberto possibilidades de interpretação. Com isto, somos levados ao elemento histórico da interpretação. Trata-se aqui de saber qual a intenção reguladora do legislador e as decisões valorativas por ele encontradas para alcançar esse desiderato.

Nos Estados modernos, o legislador, como já foi dito, não é uma pessoa individual, mas em regra uma assembleia, o parlamento e, em alguns Estados, um corpo legislativo composto por duas câmaras. A maioria dos membros do corpo legislativo não está em condições de formar uma opinião completa sobre todos os pormenores da lei, mas apenas

estão em condições de aprovar «a intenção reguladora e os fins da lei». A sua aprovação vale para o texto enquanto tal, não para uma certa interpretação do texto (Larenz, p. 396).

Mas mesmo considerando apenas as pessoas que intervieram na redacção do texto da lei, importa distinguir, de um lado, a intenção reguladora, os fins e a sua hierarquia, bem como as opções fundamentais do legislador e, por outro lado, as ideias normativas concretas das pessoas que tomaram parte em tal redacção. Ora, as pessoas que têm ideias normativas concretas sobre o significado e alcance precisos das disposições e termos da lei, isto é, os autores do respectivo texto ou os membros das respectivas comissões de redacção, não são o legislador, os membros do corpo legislativo. Estes últimos, como se disse, apenas tomam posição sobre os fins, os valores e opções fundamentais subjacentes à lei. Por essa razão, a intenção do legislador pode apenas designar tais fins e opções fundamentais.

O elemento histórico acha-se também presente no artigo 9.º, n.º 1, do Código Civil, quando aí se remete para as «circunstâncias em que a lei foi elaborada». Dentro do elemento histórico é usual distinguir os seguintes aspectos: *i*) precedentes normativos, abrangendo precedentes históricos na legislação da ordem jurídica em causa e regras estrangeiras em vigor no momento da formação da lei e que tiveram influência sobre ela; *ii*) trabalhos preparatórios; *iii*) *ocasio legis*, que designa todo o circunstancialismo histórico que rodeou o aparecimento da lei e consiste no aspecto para que remete o artigo 9.º, n.º 1, do CC. Pense-se, por exemplo, na legislação que introduziu em Portugal o arrendamento vinculístico (desenvolver origens da legislação sobre arrendamento da I República).

d) O elemento teleológico (Larenz, pp. 402 e ss.)

Os fins que o legislador intenta realizar por meio da lei são em muitos casos, ainda que não em todos, fins objectivos do Direito como a paz e a justa resolução dos litígios, o equilíbrio na composição de interesses em conflito e a protecção de bens jurídicos.

Existem dois grupos de critérios de interpretação teleológico-objectivos: por um lado, estruturas do âmbito material regulado, dados factuais, em relação aos quais o legislador não pode alterar seja o que for e que toma em consideração de modo racional a propósito de qualquer regulação (comparar com «domínio da norma», de Friedrich Müller, e natureza das coisas); por outro lado, princípios ético-jurídicos, que estão antepostos a uma regulação

e nos quais a referência de sentido dessa regulação à ideia de Direito se torna manifesta. Estes critérios são teleológico-objectivos porque não dependem de o legislador ter sequer consciência da sua importância para a regulação por ele conformada.

Na verdade, uma lei não representa, em regra, um produto arbitrário da vontade do legislador. No primeiro caso, pode dizer-se que a norma jurídica não é «*forma vertida autoritariamente na realidade, mas uma consequência ordenada e disciplinadora a partir da estrutura material do próprio social regulado*» (Müller). Há sempre um princípio jurídico que determina a sua criação – traduzido numa ideia directriz, num juízo de valor ou num imanente na própria lei – cuja fixação reveste o maior interesse para o perfeito esclarecimento da lei.

O artigo 9.º do Código Civil fala em «pensamento legislativo» e estabelece a presunção de que o «legislador consagrou as soluções mais acertadas». A *ratio legis* exprime assim uma pretensão de máxima racionalidade, que permite escolher entre possibilidades divergentes de interpretação (Oliveira Ascensão, p. 416).

Para exemplificar, vejamos a razão de ser de algumas disposições legais.

O artigo 1714.º do CC estabelece a regra da imutabilidade das convenções antenupciais e do regime de bens resultante da lei. O objectivo consiste em evitar que um dos cônjuges se prevaleça do ascendente adquirido sobre o outro para o forçar a aceitar uma modificação do regime de bens primitivamente estipulado mais favorável aos seus interesses. A mesma razão de ser está subjacente ao artigo 1765.º do CC que estabelece a regra da livre revogabilidade das doações entre casados, sem possibilidade de renúncia a este direito, em sentido contrário à regra geral da irrevogabilidade das doações, salvo ingratidão do donatário (artigos 969.º e seguintes do Código Civil).

O artigo 2194.º do CC estabelece a regra da nulidade da disposição testamentária a favor de médico, enfermeiro ou sacerdote. A razão de ser desta disposição consiste em garantir uma vontade séria, livre de influências psicológicas estranhas.

O artigo 2133.º estabelece a ordem pela qual são chamados os herdeiros de um indivíduo que haja falecido sem deixar testamento: o cônjuge e descendentes; o cônjuge e ascendentes; os irmãos e seus descendentes; outros colaterais até ao quarto grau; o Estado.

A razão de ser desta ordem de vocação consiste no respeito da vontade presumível da generalidade dos indivíduos, procurando ainda garantir a continuidade económica da família.

e) A interpretação conforme à Constituição (Larenz, pp. 410 e ss.; Castanheira Neves, Metodologia Jurídica, p. 195)

Entre os princípios ético-jurídicos que devem orientar a interpretação segundo o critério teleológico, cabe uma importância acrescida aos princípios constitucionais. Assim temos a dignidade da pessoa humana, a liberdade individual, a igualdade. A ideia é a de que entre várias interpretações possíveis segundo os vários critérios da interpretação obtém sempre preferência aquela que melhor concorde com os princípios da Constituição. Deste modo, a conformidade à Constituição é um critério, ou elemento, de interpretação.

É preciso, no entanto, esclarecer desde logo que a interpretação conforme à Constituição não pode ultrapassar os limites que resultam do sentido literal possível e do contexto significativo da lei. Neste sentido, afirma Larenz (p. 411) que a *«interpretação conforme à Constituição, se quer continuar a ser interpretação, não pode ultrapassar os limites que resultam do sentido literal possível e do contexto significativo da lei»*. Para lá desses limites, já estaremos perante inconstitucionalidade da lei, não interpretação conforme à Constituição. Pelo contrário, Castanheira Neves (p. 196) sustenta que *«há lugar para uma interpretação conforme à constituição que recupere nas normas legais a constitucionalidade falhada (por erro ou alteração circunstancial), mas que ia na sua normativa intenção»*. Não vemos porque não admitir um desenvolvimento do direito superador da lei mas em conformidade com a Constituição.

f) Inter-relação entre os elementos de interpretação (Larenz, pp. 414 e ss.)

Uma vez enunciados os vários factores de interpretação cabe perguntar, antes de mais, se estamos perante diferentes métodos de interpretação, entre os quais o intérprete pudesse escolher. Não estamos, de facto, perante uma questão de opção. Pelo contrário, estamos perante pontos de vista directivos a que cabe um peso distinto e que se encadeiam de modo preciso na descoberta do significado da lei.

Sabendo nós que o texto da lei se baseia no uso linguístico geral, podemos dizer que esses factores ou elementos da interpretação se encadeiam, pela ordem indicada, de modo a fazer surgir em último lugar o resultado interpretativo mais distante do sentido literal. Mas mesmo esse resultado mais distante surge limitado pelo sentido literal. De igual modo, no recurso aos princípios ético-jurídicos cabe especial importância aos princípios ético-jurídicos de escalão constitucional.

O que acaba de ser dito significa que os elementos extra-literais podem fornecer-nos uma resposta quando os elementos literais admitem várias. Mas assim como o sentido literal da lei limita o recurso a todos os demais elementos, é também verdade que uma interpretação conforme o sentido literal é sempre uma interpretação confirmada pelos demais elementos.

8. Presença de factores conformadores na interpretação (Larenz, pp. 419 e ss.)

a) A aspiração a uma solução justa

A interpretação da lei por um juiz surge sempre destinada à solução de um caso concreto submetido à sua apreciação. O juiz é assim tentado a encarar na lei o apoio para uma solução de casos concretos que possam ser consideradas justas. O Código Civil, no seu artigo 9.º, n.º 3, estabelece até a presunção de que o legislador consagrou as soluções mais acertadas.

Ao mesmo tempo, pode ser evidente para o juiz a tentação de deixar de lado o complicado caminho relativo à interpretação e aplicação da lei para retirar a solução directamente do seu sentimento de justiça aguçado por uma longa actividade judicial. A fundamentação dessa solução na lei é algo que surge posteriormente, uma vez obtida a solução. Parece claro que este procedimento não é legítimo, uma vez que não toma a lei como critério de solução do caso e abre o caminho à manipulação da lei.

Deste modo, pode dizer-se que a aspiração do intérprete a uma solução justa é apenas legítima na medida em que não induza o juiz a manipular a lei de acordo com as suas convicções.

b) A alteração da situação normativa

De entre os factores que dão azo à modificação de uma interpretação anterior contam-se a alteração da situação normativa. Isso pode acontecer porque (i) se alteram as relações fácticas ou usos que o legislador tinha diante de si, ou ainda porque (ii) se altera a ordem jurídica global.

Como exemplo do primeiro grupo de casos, pense-se no artigo 36.º, n.º 1, da Constituição, segundo o qual «Todos têm direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade». Parece claro que esta disposição não levou em linha de conta, no momento em que foi elaborada, a aspiração de muitas pessoas homossexuais a contrair casamento. Ao mesmo tempo, a disposição não deixa de ser aplicável em razão de tais aspirações, ainda que o fim racional da mesma já não seja o do legislador histórico.

Como exemplo do segundo grupo de casos temos aqueles em que uma interpretação que aparecia originariamente como conforme à Constituição deixa de o ser na sequência de uma modificação das relações determinantes. Assim sucederá, para alguns, com as disposições do Código Civil em matéria de casamento civil, designadamente o disposto nos artigos 1577.º (definição do casamento) e 1628.º, alínea e) (inexistência do casamento entre pessoas do mesmo sexo) do Código Civil. Ou com as disposições do CC que subordinavam a mulher casada ao marido e levaram à revisão de 1977.

9. Resultados interpretativos

Tradicionalmente, costuma entender-se que a análise dos vários elementos de interpretação acima enunciados conduz a determinados resultados interpretativos. Com isto passamos da actividade interpretativa ao seu resultado.

a) Interpretação declarativa

Já atrás mencionei a possibilidade de o sentido literal da lei ser confirmado pelos factores extra-literais da interpretação. Quando isso acontece temos a designada interpretação declarativa. A interpretação declarativa pressupõe, pois, uma convergência entre o elemento literal e os elementos extra-literais.

Dentro da interpretação declarativa é ainda possível distinguir entre interpretação lata, média ou restrita. Assim sucede, por exemplo, com a palavra culpa com que nos deparamos nos artigos 570.º e 572.º do Código Civil, disposições que determinam quais as consequências de o lesado ter contribuído, com culpa, para a produção ou agravamento dos danos, surge como eminentemente ambígua.

Culpa pode significar a negligência, ou dolo, ou ainda dolo e negligência. Em todos os casos a palavra «culpa» é utilizada em sentido próprio, mas é necessário esclarecê-la. Se concluirmos que naquela disposição culpa é negligência ou é dolo, a interpretação é declarativa restrita, se dissermos que é reprovabilidade diremos que é interpretação declarativa lata. Todos os significados compreendidos entre os dois termos dão origem a interpretações declarativas intermédias que podem ser inúmeras.

Outro exemplo: o artigo 272.º da Constituição estabelece que as medidas de polícia são definidas por lei. Trata-se de lei no sentido de acto legislativo ou lei em sentido formal?

É preciso notar que nem todos os termos admitem esta variação de interpretações declarativas, mas apenas os termos polissémicos que encerram uma escala de significados crescente (ou decrescente). Assim, a palavra interpelação pode significar uma pergunta ao Governo, mas também intimação feita pelo credor ao devedor para que pague. Aqui não há variação maior ou menor de significado, mas significados diferentes.

b) Interpretação extensiva

Pode igualmente suceder que o sentido literal da lei seja infirmado pelos demais elementos da interpretação: o legislador queria uma coisa, mas as palavras traíram-no, levando a dizer coisa diversa. Se o sentido real excede o que resultaria estritamente da lei, faz-se interpretação extensiva.

Um exemplo. O artigo 2327.º do CC de Seabra estabelecia que o proprietário deve edificar de modo que a beira do seu telhado não goteje sobre o prédio vizinho. Entendia-se que apesar de mencionar apenas o telhado a disposição pretendia abranger quaisquer outras coberturas. Nesta sequência, o artigo 1365.º, n.º 1, do actual CC veio já estabelecer que «o

proprietário deve edificar de modo que a beira do telhado ou outra cobertura não goteje sobre o prédio vizinho».

c) Interpretação restritiva

Pode chegar-se à conclusão que a lei usou uma fórmula linguística demasiado ampla, sendo o seu sentido real mais limitado. Em tal caso restringe-se a letra da lei para captar o seu sentido verdadeiro.

O artigo 11.º do Código Civil consigna que «as normas excepcionais não comportam integração analógica, mas admitem interpretação extensiva». Ora, como vamos ter ocasião de perceber, ao falar em «normas excepcionais» o legislador disse mais do que pretendia efectivamente dizer, uma vez que nem todas as normas excepcionais, num certo sentido, são abrangidas por esta proibição de analogia.

d) Interpretação ab-rogante

Pode suceder que ao mobilizar os diversos elementos da interpretação, o intérprete chegue, não obstante, à conclusão de que a actividade interpretativa o conduz a nenhum resultado, ou por outras palavras, a uma falta de sentido, ou sem sentido, da lei.

Isso pode acontecer em três tipos de situações: *i)* O intérprete não consegue extrair sentido gramatical do texto da lei, porque esta foi mal redigida. *ii)* A lei nova remete para um regime que não existe, nem se prevê que venha a existir. Imaginemos que a lei aboliu a exigência de escritura pública para determinada categoria de actos e vem depois, não obstante, exigir que aquele que pretenda fazer prova desses actos em juízo só o poderá fazer mediante apresentação de cópia da escritura pública. Diferentes são os casos em que a lei prevê ou remete para um instituto que só posteriormente virá a ser introduzido: em tais casos não há interpretação ab-rogante, mas a lei não é eficaz enquanto não surgir a legislação complementar. *iii)* Existem disposições inconciliáveis no mesmo diploma, ou em diplomas diversos, mas publicados simultaneamente. Neste último caso, como veremos, não é possível também superar a conclusão da inexistência de norma uma vez que a revogação só operaria se os diplomas fossem publicados em datas diferentes.

Até aqui tenho falado em interpretação ab-rogante lógica, uma vez que nos casos mencionados não pode logicamente existir uma norma jurídica com sentido útil. Mas fala-se também numa interpretação ab-rogante valorativa, isto é, a interpretação que concluiria pela incompatibilidade valorativa de dois preceitos da lei. A resposta quanto à sua admissibilidade depende da tomada de posição quanto à interpretação correctiva.

e) Interpretação correctiva

Em resultado da actividade interpretativa podemos ser levados a concluir que a lei encerra um sentido nocivo ou contrário a interesses preponderantes que a mesma lei, atendendo aos elementos sistemático, histórico e teleológico, não podia deixar de tomar em consideração. Este tipo de interpretação parece ser excluído pelo disposto no artigo 8.º, n.º 2, do Código Civil, nos termos do qual «o dever de obediência à lei não pode ser afastado sob pretexto de ser injusto ou imoral o conteúdo do preceito legislativo».

Razões mais amplas atinentes à delimitação entre a tarefa de legislar e de interpretar, ou se quiser, entre o poder legislativo e o poder judicial aconselham uma atitude restritiva quanto à possibilidade do resultado de interpretação agora em análise.

Repare-se que, ao contrário do que sucede com a interpretação ab-rogante valorativa não estamos aqui perante contradições do direito positivo consigo próprio, mas perante contradições do direito positivo com princípios que podem ser considerados critérios e directrizes para a modelação e apreciação do próprio direito positivo. Por outras palavras, estamos perante contradições entre direito positivo e princípios da justiça, da segurança, etc.

f) Redução e extensão teleológica

Alguns autores, com base na exclusão da interpretação correctiva tendem também a excluir as designadas redução e extensão teleológicas. O que se pretende designar com estas expressões?

A redução teleológica consiste em reduzir a regra contida na lei, concebida demasiado amplamente segundo o seu sentido literal, ao âmbito de aplicação que lhe corresponde segundo o fim da regulação ou a conexão de sentido da lei (Larenz, p. 473).

A título de exemplo, imagine-se a regra que prescreve a nulidade do negócio do representante legal consigo mesmo (sem considerar a parte final do artigo 261.º, n.º 1, do nosso CC). Esta regra não pode abranger os negócios do representante legal consigo mesmo que, pela sua natureza, apenas trazem vantagens ao representado, em especial as doações feitas a um incapaz pelo seu representante legal que este, ao mesmo tempo, aceita para aquele. Aqui, faz todo o sentido uma redução teleológica.

A extensão teleológica, por seu turno, consiste em alargar o campo de aplicação de uma norma, definido pelo texto, com fundamento na sua imanente teleologia, a casos que por aquele texto não estariam literalmente abrangidos (cfr. Bronze, p. 920). Exemplo: a norma que estabelece não ser permitida a acumulação de funções docentes no ensino superior particular e cooperativo por parte de docentes do ensino superior público salvo se estes pretenderem beneficiar de dispensa da actividade docente para realização de trabalhos de investigação. Não estão aqui em causa funções lectivas, mas também de direcção ou gestão, pois a razão de ser da norma assim o impõe (cfr. Bronze, p. 921, p. 143; cfr., ainda, Larenz, p. 481).

Como distinguir, todavia, os casos de extensão teleológica dos casos de analogia. Imaginemos um exemplo (construído a partir de um caso relatado por Larenz com base no § 844, 2, do BGB, cfr. pp. 481-482). O artigo 495.º, n.º 3, do Código Civil, consigna que em caso de morte ou lesão corporal têm direito a indemnização os que podiam exigir alimentos ao lesado ou aqueles a quem o lesado os prestava no cumprimento de uma obrigação natural. Parece não haver dúvida que o preceito abrange uma indemnização correspondente ao sustento de tais pessoas (imagine-se o cônjuge sobrevivente) por tanto tempo quanto o *de cujus* estaria obrigado a garantir alimentos. E se a viúva vier alegar que a indemnização deve também abranger uma indemnização correspondente à pensão a que teria direito em virtude das contribuições que o seu marido, não fora a sua morte prematura, continuaria a pagar à Segurança Social? Ou seja, a indemnização deve abranger não apenas os alimentos que o marido pagaria até à sua morte, mas também os alimentos subsequentes à morte.

Esta hipótese não está abrangida pela letra da lei que parece apenas cobrir os alimentos devidos durante a duração presumida da vida do *de cuius*. Mas também não se poderá falar propriamente em analogia, uma vez que o caso omissivo não é semelhante ao que é regulado, igual a ele em todos os aspectos essenciais para a valoração. Trata-se antes de uma hipótese legal inteiramente diversa da regulada, que contudo deveria ter sido incluída na previsão legal para esta alcançar o seu fim em tais casos (cfr. p. 482).

De qualquer modo, como salienta Larenz (pp. 482-483), é necessário ter presente que a extensão teleológica se aproxima bastante da analogia, na medida em que em ambos os casos se estende uma regulação a uma situação de facto que não é abrangida segundo o seu sentido literal possível e se assegura uma plena realização do fim da regra legal, evitando uma contradição de valoração que não é justificável. Em razão desta proximidade, pode dizer-se que quando existe uma proibição de analogia, esta proibição tem também de valer em relação à extensão teleológica.

Oliveira Ascensão opõe-se a estes resultados interpretativos, com o argumento de que assim se permite a restrição ou alargamento da própria norma e já apenas de uma sua formulação demasiado ampla ou restrita. Por outras palavras, exclui estes resultados por irem além do sentido literal, caindo já na interpretação correctiva (Oliveira Ascensão, pp. 427-428).

Parece, no entanto, que importa distinguir entre a simples rectificação da lei, que guarda fidelidade à posição tomada pelo legislador, ao seu querer e ao escopo que persegue, e apenas quebra os limites do sentido literal, e a «insurreição contra o legislador por amor da transcendente ideia de Direito» (cfr. Engisch, p. 278).

10. Desenvolvimento judicial do Direito

10.1 O desenvolvimento judicial do Direito como continuação da interpretação

Estas duas actividades não devem ser vistas como essencialmente diferentes, mas antes como fases do mesmo processo de pensamento. Com efeito, mesmo quando se contém nos limites das várias possibilidades oferecidas pelo elemento literal, o juiz procede já a um

desenvolvimento do Direito quando interpreta pela primeira vez a lei ou quando se afasta de interpretação anterior.

A verdade é que nas considerações anteriores assinalámos como limite da interpretação a atribuição de significado à lei que se contém no âmbito do sentido literal possível.

Um desenvolvimento do Direito conduzido metodicamente para além desse limite, mas ainda no quadro do plano originário, da teleologia da lei em si, é preenchimento de lacunas, desenvolvimento do Direito imanente à lei.

O desenvolvimento do Direito que esteja para lá desse limite, mas dentro do quadro e dos princípios do ordenamento jurídico no seu conjunto é desenvolvimento do Direito superador da lei.

Convém ter presentes os métodos usados para cada um destes graus da interpretação em sentido amplo, se bem que seja difícil distingui-los rigorosamente. Exemplos dessa mesma dificuldade são os casos de redução e extensão teleológica que apresentei na última aula, como resultados possíveis da interpretação.

Na verdade, como então mencionei, a redução e a extensão teleológicas ultrapassam o sentido literal possível da lei e devem, na verdade, ser considerados no âmbito do desenvolvimento do Direito imanente à lei. A interpretação correctiva, por seu turno, a ser admitida, situa-se já no seio do desenvolvimento do Direito superador da lei. Vamos tratar da primeira realidade nesta aula e da segunda na próxima.

10.2 Desenvolvimento do Direito imanente à lei (integração de lacunas)

O desenvolvimento do Direito que, enquanto tal, supera o sentido literal possível da lei, mas se mantém vinculado à intenção reguladora, ao plano e à teleologia imanente à lei, é aquele que procede através do preenchimento de lacunas da lei.

O que é uma lacuna?

O termo lacuna refere-se a um carácter incompleto da lei, mas só se pode qualificar essa incompletude como lacuna quando a lei aspira a uma regulação completa em certa medida para um determinado sector. Por essa razão, é necessário para que se possa falar de lacunas que a questão de que se trata seja susceptível e esteja necessitada de regulação jurídica. Não se pode, pois, dizer que existe uma lacuna no ordenamento jurídico quando o mesmo não contém regras sobre comportamento decoroso.

Na linha de Canaris, podemos afirmar que o conceito de lacuna nos é dado, segundo o uso linguístico geral, como uma incompletude de um objecto contrária ao seu plano. Assim, um muro, uma sebe, tal como a memória ou o saber são susceptíveis de lacunas quando falta alguma coisa que devia estar presente: *«junto da mera verificação de facto, de que falta alguma coisa, está presente o juízo de valor de alguma coisa deve existir»*. Neste sentido podemos dizer que *«uma lacuna da lei é uma incompletude da lei contrária ao seu plano»*¹³. Mas o uso linguístico tem os seus limites no caso da lacuna da lei. Vejamos: no caso do muro sabemos que a incompletude existe por razões que se prendem com a própria função do muro; no caso da memória, já não será assim, na medida em que a lacuna existe porque algo exterior à própria memória não é satisfeito pelos seus conteúdos. E no caso da lei? Também aqui o uso linguístico geral não nos dá qualquer critério para apurarmos a existência de uma lacuna¹⁴. A lacuna corresponde à obtenção do direito *praeter legem*, situada entre a obtenção do direito *secundum legem* e a obtenção do direito *contra legem*.

Espécies de lacunas

Lacuna normativa – existe quando a lei não pode ser aplicada em absoluto sem que se lhe acrescente uma nova disposição que se encontra a menos. Temos uma norma jurídica incompleta.

A lacuna pode ser de previsão ou de estatuição. No primeiro caso falha a previsão de um caso que deve ser juridicamente regulado. No segundo, há previsão mas não se estatuíram os efeitos jurídicos correspondentes.

¹³ Cf. Claus-Wilhelm Canaris, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, 2.^a ed., Duncker & Humblot, Berlim, 1983, p. 16.

¹⁴ Cf. C.-W. Canaris, *ob. cit.*, p. 17.

O facto de a lei, ao prever certa categoria de casos, remeter para um critério formal de solução, como a equidade obsta, ou não, a que se verifique uma lacuna de estatuição? Oliveira Ascensão entende que não deixa de existir lacuna por a lei indicar um processo de integração. Pense-se, por exemplo, no artigo 1158.º, n.º 2, do CC que determina que em caso de mandato oneroso, a retribuição, na falta de ajuste entre as partes ou de tarifas profissionais, é determinada por juízos de equidade.

Esta posição só é de aceitar se se admitir que a equidade é a justiça do caso concreto. Pelo contrário, para quem entenda, como se defenderá no próximo semestre, que a equidade deve tomar como ponto de apoio as soluções do direito positivo, podemos afirmar que quando as partes remetam para uma decisão segundo a equidade será certamente possível alcançar uma solução que tivesse de ser considerada como envolvendo uma interpretação correctiva, ou pelo menos uma redução ou extensão teleológica – embora com a particularidade de serem consentidas pela lei – e, portanto, tendencialmente excluída se a solução do caso não fosse de decidir segundo a equidade.

Lacuna de regulação – não está incompleta uma norma jurídica particular, mas uma determinada regulação em conjunto, quer dizer: esta não contém nenhuma regra para uma certa questão que, segundo a intenção reguladora subjacente, precisa de uma regulação. Poderíamos dizer que não existe lacuna porque precisamente a questão não está regulada e, nessa medida, a questão fica sem tratamento ou consequência jurídica. Simplesmente isso equivaleria a uma denegação de justiça, vedada pelo artigo 8.º, n.º 1, CC, segundo o qual o tribunal não pode abster-se de julgar, invocando a falta ou obscuridade da lei.

Exemplo do contrato de troca, na ausência do artigo 939.º CC que determina a aplicação das normas relativas à compra e venda a outros contratos onerosos.

Como delimita a fronteira entre uma lacuna da lei e uma falha da lei na perspectiva da política legislativa? Num caso é a intenção reguladora e a teleologia imanente à lei que nos aponta a lacuna, isto é, a ausência de norma que devia existir; no outro caso, limitamo-nos a uma crítica fundamentada do ponto de vista de política legislativa. Num caso a lei é incompleta; no outro, é defeituosa.

Lacuna do Direito – a lei não está incompleta em si, considerando o seu plano regulativo, mas sim na ordem jurídica no seu conjunto, na medida em que deixa por regular todo um sector que carece de regulação ou não contém um instituto jurídico que devia conter, atendendo a uma necessidade imprescindível de tráfego ou a um princípio jurídico afirmado pela consciência jurídica geral.

Não se pode falar aqui de uma «imperfeição contrária ao plano». Só se pode falar de um plano, de uma intenção reguladora em relação à lei. Deste modo, não se pode falar em lacunas do Direito, mas apenas em lacunas da lei.

Exemplos do tráfego rodoviário, comércio electrónico, etc. Para integrar estas supostas lacunas é chamado, antes de mais, o legislador. Ao juiz não cabe, em atenção ao princípio da separação de poderes, integrar as lacunas em causa.

Lacuna patente – lei não contém nenhuma regra para um determinado grupo de casos, se bem que segundo a sua própria teleologia devesse conter tal regra.

Lacuna oculta – lei contém uma regra aplicável a um determinado grupo de casos, mas precisamente, segundo o seu sentido e fim, não se ajusta a tal grupo de casos porque não atende à sua especificidade. A lacuna consiste aqui na ausência de uma restrição (Larenz, p. 457). É o caso da redução teleológica que já tratámos.

Lacuna inicial – questão que o próprio legislador deixou por resolver, tendo ou não conhecimento da sua existência.

Lacuna subsequente – surge na sequência de, em virtude de evolução técnica ou económica, surgirem novas questões que agora carecem de ser reguladas no quadro do escopo e do sector de regulação compreendido pela intenção fundamental da lei, mas que o legislador ainda não viu.

Lacunas conscientes e inconscientes – No primeiro caso, o legislador está consciente da incompletude da regulação da lei, mas não se sente ainda capaz de estabelecer uma disciplina coerente para a matéria em causa (por exemplo, a relevância do consentimento

como causa de justificação no direito civil); no segundo caso, o legislador simplesmente não a visão completa da problemática que regula.

Lacuna de colisão – é a que surge na sequência de duas disposições da lei contraditórias que não conseguimos resolver por nenhum critério de resolução de conflitos existente na ordem jurídica em causa.

10.2.1 Integração de lacunas patentes por analogia

Analogia é a transposição de uma regra dada na lei para uma hipótese legal determinada para outras hipóteses semelhantes não reguladas na lei e semelhantes àquela. Há portanto duas situações de facto que têm de ser semelhantes entre si nos aspectos decisivos para a valoração jurídica.

Analogia *legis* – uma norma particular é aplicada a uma situação de facto não regulada por ela.

Analogia *juris* – de várias disposições legais que ligam idêntica consequência jurídica a hipóteses legais diferentes infere-se um princípio jurídico geral que se ajusta tanto à hipótese não regulada na lei como às hipóteses reguladas.

Seria também possível designar estes dois tipos de analogia pelas expressões analogia particular e analogia geral.

De uma série de disposições legais que prevêem para relações jurídicas de longa duração um direito inalienável à denúncia para cada parte infere-se um princípio segundo o qual existe um direito à denúncia em todos os contratos de longa duração. A analogia *juris* ou analogia geral constitui na verdade um método de descoberta de princípios jurídicos e se o princípio já está estabelecido não há que falar em analogia (cfr. Larenz, p. 464; sobre a distinção entre analogia da lei e do Direito cfr., ainda, Engisch, p. 240).

10.2.2 Integração de lacunas oculta por redução teleológica: remissão

10.2.3 Proximidade entre analogia e extensão teleológica: remissão

10.2.4 Proibições de analogia

Leis penais positivas – de acordo com o disposto no artigo 1.º, n.º 3, do Código Penal, «não é permitido o recurso à analogia para qualificar u facto como crime, definir um estado de perigosidade ou determinar a pena ou medida de segurança que lhe corresponde».

Independentemente desta previsão legal, o certo é que já a Constituição impõe idêntica solução ao estabelecer o princípio da tipicidade. De acordo com o disposto no artigo 29.º, n.º 3, da Constituição, «não podem ser aplicadas penas ou medidas de segurança que não estejam expressamente cominadas em lei anterior».

Normas tributárias – segundo o artigo 11.º, n.º 4, da Lei Geral Tributária, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 398/98, de 17 de Dezembro, «as lacunas resultantes de normas tributárias abrangidas na reserva de lei da Assembleia da República não são susceptíveis de integração analógica». Deve entender-se que estão aqui em causa, pelo menos, as normas que determinam a incidência, a taxa, os benefícios fiscais e as garantias dos contribuintes, à luz do disposto no artigo 103.º, n.º 2, da Constituição.

Normas excepcionais: segundo o artigo 11.º do Código Civil, as normas excepcionais admitem interpretação extensiva, mas não comportam integração analógica.

Primeiro, importa esclarecer o que seja uma norma excepcional. Sem prejuízo de ulteriores desenvolvimentos, duas normas podem estar entre si numa relação de regra-excepção: à regra opõe-se a excepção, que para um círculo mais ou menos amplos de situações e destinatários é aberta pela segunda. O conceito é relacional: não há excepção sem regra, embora o oposto não seja verdadeiro.

Exemplo: norma que contraria o princípio do dispositivo, segundo o qual o juiz não pode condenar em quantidade ou objecto diverso daquele que for pedido pelas partes. Excepção em processo do trabalho, e por razões de protecção da parte mais fraca na relação laboral, a sentença deve condenar em quantidade superior ou objecto diverso do pedido quando tal

resulte de aplicação de normas injuntivas (artigo 74.º do Código de Processo de Trabalho, sob a epígrafe condenação *extra vel ultra petitum*).

Do conceito de normas excepcionais resultam dois aspectos. Em primeiro lugar, da norma excepcional pode retirar-se a regra geral, mas não o inverso. Trata-se do argumento *a contrario*, que iremos abordar adiante. Em segundo lugar, a regra excepcional não pode ser aplicada analogicamente, como decorre do citado artigo 11.º.

Distinção entre exceções formais e materiais. Exceção material é a exceção em sentido próprio que corresponde à vontade política do legislador no sentido de adoptar um regime de sinal oposto ao regime regra que não tem outra justificação senão essa mesma vontade política. Já a exceção em sentido formal não exprime uma tal vontade política, mas antes corresponde a uma técnica de redacção da lei e encontra justificação numa razão de ser que não se deixa reconduzir à pura vontade do legislador.

Imaginemos, por exemplo, a norma que reconhece que os membros da família com direito a alimentos que sejam prejudicados pela morte culposa do pai têm direito a uma pensão. Esta norma, em virtude do seu carácter excepcional não pode ser invocada por pessoas que poderiam ser beneficiadas com liberalidades por parte do falecido. Confirmamos isso mesmo, além do mais, por haver aqui lugar, sem margem para dúvidas, ao argumento *a contrario*: na falta dos pressupostos particulares a consequência jurídica específica tem que ser denegada (cfr. Engisch, p. 241).

Ao mesmo tempo, há casos em que parece possível uma analogia. Veja-se, como exemplo, a norma do artigo 352.º do Código de Processo Penal, segundo a qual

«1 - O tribunal ordena o afastamento do arguido da sala de audiência, durante a prestação de declarações, se:

- a) Houver razões para crer que a presença do arguido inibiria o declarante de dizer a verdade;
- b) O declarante for menor de 16 anos e houver razões para crer que a sua audição na presença do arguido poderia prejudicá-lo gravemente; ou
- c) Dever ser ouvido um perito e houver razão para crer que a sua audição na presença do arguido poderia prejudicar gravemente a integridade física ou psíquica deste.»

Esta norma parece contrariar a obrigatoriedade da presença do arguido na audiência, prevista no artigo 332.º do Código de Processo Penal.

O que sucede se uma testemunha, contra a qual por hipótese o acusado haja praticado uma tentativa de violação, caia em convulsões, na presença do arguido, durante o julgamento? Parece que o receio de a testemunha, por causa da grave doença nervosa que o facto do acusado lhe provocou, não poder fazer qualquer depoimento na presença deste, deve ser equiparado ao receio de a testemunha não poder fazer um depoimento verídico, que é a única justificação prevista, para maiores de 16 anos, no artigo 352.º, n.º 1, alínea a), do CCP (cfr. caso semelhante em Engisch, p. 242).

Há, pois, que ter o maior cuidado no manejo da máxima *singularia non sunt extendenda*, sendo próximo o enquadramento desta matéria e o da relação entre analogia e argumento *a contrario* (cfr. Engisch, p. 242).

10.2.5 A designada inferência lógica de normas ou interpretação enunciativa

Oliveira Ascensão considera que na interpretação enunciativa não existe interpretação em sentido técnico porque não se trabalha com uma fonte a fim de dela extrair uma regra. Pelo contrário, a interpretação enunciativa pressuporia a prévia determinação de uma regra partir da qual se conseguiria determinar uma outra naquela implícita. O que seria próprio da interpretação enunciativa seria a utilização de processos lógicos para esse fim. Em todo o caso, para que se possa falar de interpretação enunciativa devemos ter como resultado uma nova regra e não uma mera especificação de uma regra anterior.

Assim, diz-se que a lei que proíbe o menos proíbe o mais. Se a lei proíbe aos estrangeiros a actividade cambiária, podemos também inferir que o comércio bancário lhes é igualmente vedado.

A norma que permite o mais, permite o menos. Quem pode alienar um bem pode administrá-lo, salvo disposição em contrário. Isto mesmo, isto é, a ressalva de disposição em contrário, leva-nos a ter que acrescentar que muito raramente se pode dizer que a regra se obtém por processos puramente lógicos.

Em qualquer caso, os dois tipos de interpretação enunciativa acima indicados são claramente instâncias do argumento *a fortiori*, ou por maioria de razão (Larenz, p. 470).

O argumento *a contrario*. O grande problema deste consiste em, considerando a circunstância de o mesmo só funcionar quando deparamos com uma regra excepcional, precisamente em apurar se estamos perante uma regra excepcional.

10.3 Desenvolvimento do Direito superador da lei

Neste campo, não nos encontramos já orientados pela *ratio* da lei, pela teleologia imanente à lei, mas por uma ideia jurídica que lhe é transcendente. Compreende-se assim que este desenvolvimento do Direito tem de permanecer em consonância com os princípios gerais da ordem jurídica, sobretudo presentes na Constituição, e só pode ser justificado mediante essa consonância.

Temos assim um desenvolvimento do Direito *extra legem*, mas *intra jus*. Segundo Larenz, o desenvolvimento do Direito agora em causa precisa de ser fundamentado com ponderações jurídicas (p. 502).

10.3.1 Desenvolvimento do Direito de acordo com as necessidades do comércio jurídico

A este propósito cabe referir especialmente o caso das expectativas jurídicas. Apesar de não estarmos aqui perante um tipo jurídico próprio (Larenz, p. 505; Menezes Cordeiro, Tratado, vol. I, p. 136, salienta a acentuada imprecisão da figura), a sua grande importância para o comércio jurídico levou a que fosse reconhecida pela jurisprudência. Ao mesmo tempo, foi trabalho da doutrina assimilar esta posição jurídica, em certos casos, à categoria do direito subjectivo.

10.3.2 Desenvolvimento do Direito de acordo com a natureza das coisas

A natureza das coisas, que discutiremos no próximo semestre mais em pormenor, é um critério teleológico-objectivo de interpretação (em sentido amplo, isto é, de determinação

da norma aplicável), sempre que não se possa supor que o legislador tenha querido afastá-lo.

Dois exemplos, tirados da jurisprudência constitucional alemã e relatados por Larenz (pp. 506 e ss.). Em primeiro lugar, estando em causa a liberdade de escolha e exercício da profissão há que distinguir as restrições que resultam da exigência de uma determinada qualificação profissional e outras condições de acesso à profissão que não tenham a ver com a qualificação, como por exemplo não ter praticado certo tipo de ilícitos. Só as últimas restrições podem conflitar com a liberdade de escolha da profissão, sendo que as restrições do primeiro tipo fazem parte da «natureza das coisas».

Em segundo lugar, pode dizer-se que faz parte da natureza da coisa «arte» que as pessoas nela descritas tenham uma existência própria inconfundível ou irredutível a um modelo pré-existente na realidade histórica. Nesta conformidade, é muito escassa a possibilidade de que a representação na obra de arte afecte a honra ou memória de uma personagem histórica (p. 509).

10.3.3 Desenvolvimento do Direito de acordo com um princípio ético-jurídico

Temos um desenvolvimento do Direito superador da lei de acordo com um princípio jurídico quando um tal princípio, ou um seu novo âmbito de aplicação, é conhecido pela primeira vez e aplicado de modo convincente.

É esta, na verdade, a origem de doutrinas, que apelam ao princípio fundamental da boa fé, como as do abuso do direito, da base do negócio, dos deveres de protecção e da responsabilidade por culpa *in contrabendo*.

O mesmo se passa com o modo como o Tribunal Constitucional extrai diferentes princípios jurídicos do princípio do Estado de Direito. Assim sucede com os princípios da proporcionalidade e da protecção da confiança. O mesmo se diga quanto ao princípio da culpa, isto é, o princípio de que não pode haver penas fixas, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana.

10.3.4 Desenvolvimento do Direito superador da lei de acordo com a norma que o intérprete criaria

Existirá algum critério que nos permita resolver um caso quando faltem a analogia e os princípios? O artigo 10.º, n.º 3, do nosso CC, retomando uma tradição que remonta a Aristóteles e encontrou consagração mais recente no Código Civil suíço, consigna: «*Na falta de caso análogo, a situação é resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema.*»

O que está aqui em causa? Segundo Oliveira Ascensão (p. 461) esta fórmula não pode significar: i) uma remissão para o arbítrio do intérprete, pois isso seria absurdo; ii) um apelo ao sentimento jurídico, pois isso está excluído pelos marcos objectivos estabelecidos no preceito; iii) um apelo à equidade, porque se manda resolver segundo a norma que corresponda ao sistema e não segundo as circunstâncias do caso concreto.

Mas como teremos oportunidade de ver no segundo semestre, a equidade não corresponde à justiça do caso concreto e não prescinde de pontos de apoio normativos.

Este é, sem dúvida, o sentido de equidade tido em vista por Aristóteles quando afirmava que «*a equidade, permanecendo justa, não se reconduz àquela justiça que consiste na conformidade com a lei, mas é antes um correctivo introduzido na justiça legal*». Assim, «*quando a lei estabelece uma regra universal e ocorre seguidamente um caso concreto que escapa a esta regra universal, é então legítimo – na medida em que a disposição estabelecida pelo legislador é insuficiente e errónea em virtude do seu carácter absoluto – introduzir um correctivo para fazer face a esta omissão, adoptando aquilo que o legislador estabeleceria ele próprio se estivesse presente e aquilo que teria prescrito na lei se tivesse tido conhecimento do caso em questão*»¹⁵.

Ora, como todos reconhecem, é precisamente o pensamento de Aristóteles que está na base da orientação contida no artigo 10.º, n.º 3, do CC, a partir da parte final do texto citado. Simplesmente, enquanto o CC suíço e Aristóteles remetem para a figura do legislador, no sentido de o critério de solução resultar daquilo que o legislador faria, o CC português fala na norma que o intérprete criaria e acrescenta: se tivesse de legislar dentro do espírito do sistema. O desvio é só aparente: a referência ao intérprete esgota o seu

¹⁵ Cfr. Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, 1137b11-19 (cfr. a tradução de António C. Caeiro, Quetzal Editores, Lisboa, 2004, pp. 129-130).

sentido na identificação do agente da integração; o critério da integração remete-nos, também aqui, para a figura do legislador (Oliveira Ascensão, p. 462).

E o que deve entender-se por «espírito do sistema»? Parece claro que não está aqui em causa apenas a lei, mas também os princípios da ordem jurídica.

10.3.5 Limites do desenvolvimento do Direito superador da lei

Como vimos anteriormente, a interpretação em sentido estrito tem como limite o sentido literal possível.

O desenvolvimento do Direito imanente à lei pressupõe uma lacuna da lei e tem como limite a possibilidade de integrar a lacuna de acordo com a teleologia imanente à regulação legal, em concordância com as valorações expressas na lei. Para isso dispõe da analogia, da inferência lógica e ainda da redução e extensão teleológicas.

O desenvolvimento do Direito superador da lei tem como condições, por um lado, a existência de uma questão jurídica (como toda a actividade interpretativa em sentido amplo, aliás) e, por outro lado, a impossibilidade de resolver essa questão através da interpretação ou do desenvolvimento do Direito imanente à lei.

O limite do desenvolvimento do Direito superador da lei encontra-se onde já não é possível uma resposta no quadro do conjunto da ordem jurídica vigente, em especial quando se trata de questões de oportunidade.

Parece aqui relevante a distinção efectuada por Ronald Dworkin entre questões de princípio e questões de política.

Um princípio é um critério a ser observado, não porque melhore uma situação económica, política e social considerada desejável, mas porque é um requisito de justiça ou outra dimensão da moral. Uma política é um critério que estabelece um objecto a ser alcançado, normalmente a melhoria de um determinado traço económico, político ou social de uma comunidade (cfr. Stephen Guest, *Ronald Dworkin*, p. 50).

Plenitude do ordenamento jurídico

Alguns autores negam a existência de lacunas, ou consideram estas como apenas aparentes, uma vez que, mesmo quando não fornece a solução para um caso, o ordenamento fornece sempre um critério do qual decorre a solução. Mas, na verdade, há lacunas no sentido de casos cuja solução não se encontra nas fontes. De resto, mesmo após a integração continua a haver lacuna. Isto significa que o desenvolvimento do direito não constitui fonte do direito.

V – Teoria da Norma

1. Introdução

Entramos agora na última parte da nossa matéria deste semestre: a norma jurídica.

É quase um lugar-comum dizer que as normas jurídicas são uma espécie da classe geral das normas e que estas, por sua vez, são um caso do uso prescritivo da linguagem. Procederemos assim a partir deste último, para depois tratarmos as normas em geral e finalmente chegarmos às normas jurídicas.

2. A linguagem prescritiva

Utilizamos muitas vezes a linguagem para transmitir informação acerca do mundo, do que se passa à nossa volta. Mas esta não é, evidentemente, a sua única função. Que outras coisas se fazem com as palavras? Algumas vêm de imediato à ideia: usamos as palavras para ordenar, ameaçar, advertir, suplicar, pedir, instruir, exigir, perguntar, saudar, sugerir, elogiar, agradecer, recomendar, responsabilizar, jurar, fazer uma oferta, prometer, maldizer, prever, autorizar, permitir, etc.

Tentemos, ainda assim, uma classificação tosca dos usos da linguagem:

a) Uso informativo – dá-se quando se utiliza a linguagem para descrever certos estados de coisas. Das orações que têm esta função diz-se que expressam uma proposição e só delas tem sentido predicar verdade ou falsidade.

b) Uso expressivo – consiste em usar a linguagem para exprimir emoções ou provocá-las no interlocutor.

c) Uso interrogativo – através dele solicita-se informação ao interlocutor.

d) Uso operativo ou performativo – caracteriza-se pelo facto de que pronunciar certas palavras em determinadas condições implica realizar a acção a que essas palavras se reportam. Assim, dizer, em certas condições, «juro dizer a verdade», «aceito», «baptizo esta criança com o nome de Pedro», significa respectivamente realizar as acções de jurar, casar e baptizar. Trata-se dos casos em que dizer é fazer.

e) Uso prescritivo ou directivo – dá-se quando através da linguagem alguém se propõe dirigir o comportamento de outro, ou seja induzi-lo a que adopte um determinado curso de acção.

É claro que estou a simplificar, uma vez que nos diversos usos mencionados temos acções linguísticas muito variadas. Apenas para referir o uso directivo cabe dizer que aí se incluem acções linguísticas tão variadas como as de suplicar, rogar, sugerir, recomendar, aconselhar, solicitar, reclamar, indicar, ordenar, mandar, impor, etc.

Sem curar por agora dos diversos graus de força incluídos no uso prescritivo ou directivo, centremo-nos nos seus traços comuns.

e)1. Em primeiro lugar, as directivas caracterizam-se por ser formuladas com a intenção de influenciar o comportamento de outrem, o que não é posto em causa pela circunstância de lograrem, ou não, tal propósito.

Uma directiva não deixa de o ser pelo facto de não influenciar a conduta do destinatário.

e)2. Em segundo lugar, as orações directivas não são verdadeiras nem falsas. Podem ser justas ou injustas, convenientes ou inconvenientes, racionais ou arbitrárias, eficazes ou não, mas não verdadeiras ou falsas, pois estes atributos implicam uma relação entre uma asserção sobre um estado de coisas e a realidade, e as directivas não se destinam a dar informações sobre a realidade.

e)3. O uso directivo da linguagem não implica o recurso ao modo imperativo. Na verdade, pode formular-se uma directiva através com recurso ao modo indicativo (ex.: «convém-vos estudar»), assim como, inversamente, pode fazer-se uma asserção em modo imperativo (ex.: «para ligar o aparelho, pressione o botão da esquerda»).

Mas é claro que podemos desde já afirmar que de todos os usos directivos da linguagem os que estão relacionados com normas serão os dotados de maior força, ou seja, as ordens, os mandados, as imposições. Chama-se a estas directivas prescrições.

Vejamos, então, os traços principais das prescrições ou ordens.

i) Superioridade do sujeito emissor em relação ao destinatário. A superioridade pode ser física, como a do assaltante armado sobre a vítima, ou moral, como a do pregador religioso sobre os seus fiéis. Há ainda casos em que a superioridade é simultaneamente física e moral, como a dos pais sobre os filhos e dos governantes sobre os súbditos.

A prescrição em sentido estrito não está sujeita a que o seu cumprimento dependa da vontade do destinatário, como sucede com o conselho, a súplica ou o pedido. A recusar de actuar segundo a ordem é vista por aquele que a emite como um desafio à sua autoridade.

ii) Como se relacionam as ordens com as permissões ou autorizações. Alguns filósofos consideram as permissões como derrogações de ordens, outros como uma promessa do emissor da permissão de não interferir na conduta do destinatário ou de não ordenar um determinado comportamento, etc.

Mas necessitará a permissão de derrogar uma ordem pré-existente? De qualquer modo existe uma relação especial entre a permissão e a ordem, no sentido de que quem dá a

permissão tem que ter capacidade para ordenar o seu oposto, isto é, para proibir ou impor a conduta.

iii) As prescrições são as directivas que estão relacionadas com as normas. Em todo caso, nem todas as prescrições são normas – não o são aquelas que se baseiam em pura superioridade física – assim como também nem toda a norma é uma prescrição.

3. As normas

Seguindo o filósofo finlandês Georg Henrik von Wright (1916-2003), podemos distinguir três tipos de normas principais e três normas secundárias.

As principais:

i) Regras definitórias – as que definem uma actividade. Caso típico é o das regras dos jogos, no sentido em que se deixarem de ser cumpridas deixamos de poder dizer que estamos a jogar aquele jogo. Aqui também se pode incluir as regras da gramática, da lógica e da matemática. É claro que podemos falar uma língua melhor ou pior, raciocinar melhor ou pior, mas a partir de certos limites não o fazemos de todo.

ii) Regras técnicas – as que indicam um meio para atingir um fim. Exemplos típicos são as instruções de uso de aparelhos electrodomésticos.

As regras técnicas não estão destinadas a dirigir a vontade do destinatário, mas o resultado que indicam está condicionado a essa vontade. Por essa razão a sua formulação é hipotética e no antecedente do condicional aparece a menção da vontade do destinatário e não um facto alheio a essa vontade.

As regras técnicas incluem uma proposição que deve ser verdadeira para que a regra seja eficaz. Assim, no exemplo acima mencionado parece claro que seguir as instruções de uso é condição necessária para que o aparelho funcione. Isto não transforma a regra técnica em verdadeira ou falsa, apenas se verifica que tais regras incluem uma proposição descritiva.

iii) Normas prescritivas – caracterizam-se pelos seguintes elementos: são adoptadas por uma autoridade normativa, destinadas a um sujeito normativo, visando uma determinada situação, promulgadas para serem dadas a conhecer e podem ser completadas por uma sanção, como condição da respectiva eficácia.

As secundárias:

i) Normas ideais – não se referem a uma acção, mas estabelecem um modelo ou padrão de comportamento. Estão perto das regras técnicas porque indicam um caminho, mas também das definitórias porque definem um modelo.

ii) Costumes – são espécies de hábito, exigem a regularidade da conduta dos indivíduos em circunstâncias análogas. São hábitos sociais, uma vez que as condutas que se integram nestas regras são adoptadas com a consciência de que são partilhadas pelos outros membros da comunidade.

Distinguem-se das normas prescritivas na medida em que são anónimas, não sendo emitidas por uma autoridade. São próximas das regras definitórias na medida em que definem uma comunidade e a distinguem das outras.

iii) Normas morais – são difíceis de identificar, todavia existe consenso entre exemplos destas normas, como a respeitante ao cumprimento das promessas. São próximas das definitórias, porque definem uma instituição, como a de prometer. Por outro lado, algumas têm origens em costumes.

Duas grandes interpretações filosóficas. Uma é teológica: as normas morais são emanadas de uma autoridade, em concreto, Deus. Segundo esta interpretação as normas morais são prescrições. A outra interpretação é teleológica e de acordo com ela consideramos as regras morais como uma espécie de regra técnica, uma vez que nos indica o caminho para atingir um fim. Quanto à questão de saber qual o fim, há duas correntes principais: eudemonismo, ou felicidade do indivíduo, e utilitarismo, ou bem-estar da sociedade. Segundo outro modo de ver, as normas morais não se deixam reconduzir a nenhum tipo de normas principais, mas antes são autónomas ou *sui generis*. Trata-se do deontologismo.

4. As normas prescritivas em especial

De entre os seis tipos de normas enunciados por Von Wright vários são relevantes para o direito. Assim, muitas das normas que integram os sistemas jurídicos são consuetudinárias. Muitas normas jurídicas são definitórias. Outras normas jurídicas são próximas de regras técnicas, como aquelas que nos indicam como fazer um testamento válido ou transmitir validamente a propriedade de um imóvel.

Apesar de tudo isto, as normas prescritivas ocupam um lugar proeminente nas ordens jurídicas.

Vejamos mais em detalhe os elementos das normas prescritivas segundo Von Wright.

1) Carácter prescritivo – imposição ou obrigação, quando a norma se dá para que algo deva fazer-se; proibição, quando a norma é dada para que algo não deva fazer-se; permissões, quando a norma se dá para que algo se possa fazer.

Os caracteres impositivo e proibitivo são interdefiníveis, uma vez que um deles se pode definir nos termos do outro. Assim, dizer que uma conduta é proibida equivale a dizer que o seu oposto é obrigatório, valendo também a inversa. Quanto às permissões maiores dificuldades, pelo que tendem a ser consideradas autonomamente. Em qualquer caso, três operadores deônticos, como veremos no próximo semestre.

Voltemos, no entanto, à questão: são as permissões uma categoria independente de prescrições? Ou podem ser definidas em termos de comandos e proibições? Existem duas formas de negar o estatuto independente das permissões: uma consiste em encarar as permissões como nada senão a ausência ou inexistência das correspondentes proibições; a outra consiste em encarar as permissões como um tipo particular de proibições, isto é proibições de interferir com a liberdade de um agente a certo respeito. Neste sentido, dizer que me é permitido fumar equivale a dizer que é proibido a todos os outros interferir com a minha liberdade de fumar, no primeiro sentido, dizer que me é permitido fumar consiste simplesmente em dizer que não existe proibição de o fazer.

Quanto à visão de que a permissão de fazer algo equivale à ausência de proibição de o fazer, existe uma objecção simples. É que existe ausência de proibição de fazer muitas coisas em relação às quais não faz sentido dizer que é permitido fazê-las. Regressando ao exemplo da permissão de fumar, fazia algum sentido que era permitido fazê-lo antes de o tabaco ser introduzido na Europa? Não há dúvida que nesse período não existia proibição de fumar, mas isso acontecia apenas porque se desconhecia o tabaco.

Podemos assim distinguir entre permissões fracas e fortes. As primeiras equivalem à ausência de proibição; as segundas são objecto específico de uma norma. As permissões fortes são também permissões em sentido fraco, mas não necessariamente vice-versa (von Wright, p. 86). As permissões fracas não são prescrições normativas, só as fortes o são. Mas possuem as permissões fortes um carácter normativo independente?

Dentro das permissões fortes temos de distinguir vários graus. Ao permitir que um agente actue num certo sentido uma autoridade pode estar a declarar que irá tolerar esse acto, isto é, a autoridade declara que não irá interferir com o comportamento do sujeito, mas ao mesmo tempo não o protege de interferências por parte de outros agentes. Para além disso, uma permissão pode surgir combinada com proibições de impedir ou prevenir que o titular da permissão actue no sentido permitido. O titular da permissão tem o direito de actuar no sentido permitido, direito que pode fazer valer contra aqueles que estão proibidos de o impedir. Regressando ao exemplo de fumar, pode ser tolerado que eu fume na sala de aula se os alunos não interferirem nesse meu comportamento, abandonando a sala se eu o fizer, por exemplo. Mas pode ser proibido aos alunos que interfiram com este meu comportamento e nesse caso se abandonarem a sala terão falta. Do mesmo modo, a permissão de fumar pode ser combinada com a imposição a alguém da conduta permitida. Assim, pode ser imposto ao dono de um restaurante que eu possa fumar no seu estabelecimento.

Parece claro que apenas as permissões designadas como tolerâncias se não deixam reconduzir a obrigações ou proibições e, neste sentido, apenas elas poderão ter um carácter normativo autónomo (von Wright, p. 90). Uma declaração de tolerância pode ser uma declaração de não interferir com o beneficiário da permissão ou uma promessa de não interferir. Isto não nos ajuda muito em relação à questão de saber se as permissões têm um carácter normativo independente, porque uma declaração de intenções não tem carácter

normativo e uma promessa parece apontar para uma norma moral. De qualquer modo, ficamos com a ideia de que o carácter normativo não se esgota nas imposições e nas proibições.

2) Conteúdo – acções e actividades.

As acções provocam uma alteração no estado de coisas existente no mundo e que podemos atribuir aos seres humanos.

A acção abarca as alterações que os indivíduos provocam pela sua intenção, isto é, os resultados, mas já não as meras consequências, sem qualquer conexão com a intenção. A relação entre acção e resultado é intrínseca e lógica, enquanto a relação entre acção e consequência é extrínseca e casual.

As acções podem ser positivas e negativas, segundo o resultado se produza por uma intervenção directa do indivíduo no curso da natureza ou uma abstenção de actuar, havendo capacidade para o fazer. Não existem omissões genéricas, mas apenas omissões de qualquer coisa; também não existe equivalência entre omissão e não fazer algo. Não se pode dizer que um recém-nascido omite falar.

Enquanto as acções estão relacionadas logicamente com as alterações, as actividades estão ligadas aos processos. Uma alteração ocorre num momento, enquanto um processo se estende de forma continuada no tempo. Consideração das actividades tem uma importância reduzida para as normas, uma vez que as normas que se referem a uma actividade podem ser reduzidas a normas referentes à acção de começar ou cessar uma actividade.

3) Condição de aplicação – circunstância ou situação que tem de ocorrer para exista uma oportunidade de realizar o conteúdo da norma.

Sob este ponto de vista, as normas podem ser categóricas ou hipotéticas. Categóricas quando assumem as condições para que haja oportunidade de realizar o seu conteúdo. Assim, «feche a porta» é uma norma categórica porquanto as suas condições de aplicação se inferem do conteúdo da norma. Hipotéticas são as normas que prevêm, para além das condições de aplicação que permitem uma oportunidade para a realização do seu conteúdo,

também condições adicionais que não se inferem do seu conteúdo, como por exemplo, «se nevar, feche a porta».

4) Autoridade – agente que emite ou dita a prescrição. Nesta perspectiva, as normas podem ser divinas ou humanas, autónomas ou heterónomas.

5) Sujeito normativo – destinatários da norma. Quanto a este aspecto as normas podem ser particulares, quando se dirigem a um ou vários agentes determinados, e gerais, quando se dirigem a uma classe de agentes indetermináveis por meio de uma descrição. Estas podem ser conjuntivamente gerais, quando se dirigem a todos os membros de uma classe, ou disjuntivamente gerais, quando se dirigem a um ou vários indivíduos indeterminados dentro de uma classe.

6) Ocasão, isto é, a localização espacial ou temporal em que deve cumprir-se o conteúdo da prescrição. Também quanto à ocasião as prescrições podem ser classificadas em particulares, quando estabelecem uma ocasião determinada («feche a porta da rua hoje às nove da noite»), ou gerais, também aqui conjuntivamente («feche a porta todas as noites») ou disjuntivamente («podes ir ao cinema um dia desta semana»).

Quando a norma é geral, tanto a respeito do sujeito como da ocasião, temos uma norma eminentemente geral.

7) Promulgação ou formulação da prescrição através de um conjunto de símbolos que permitam ao seu destinatário conhecê-la. Não se confunde com promulgação em sentido técnico-jurídico.

8) Sanção – ameaça de um dano que a autoridade pode agregar à prescrição no caso de incumprimento.

Estamos em condições de avançar para a caracterização das normas jurídicas. Relembremos o caminho até aqui percorrido: uso directivo da linguagem → directivas → prescrições → permissões como prescrições que não são estritamente directivas.

5. As normas jurídicas

5.1 John Austin e Hans Kelsen

As tentativas mais difundidas, mas também mais controvertidas, de caracterizar as normas jurídicas são aquelas que as classificam como uma espécie das normas prescritivas, mas salientando apenas o aspecto imperativo, associado às imposições e às proibições. Na verdade, o aspecto imperativo tende a valorizar a sanção como aspecto necessário da norma. A norma jurídica tende a ser vista apenas como uma norma de determinação, fruto da vontade imperativística do legislador, e não como uma norma de valoração, que exprime uma ordenação objectiva da vida (cfr. Engisch, p. 35).

Assim, John Austin (1790-1859) define as normas jurídicas como comandos gerais formulados pelo soberano aos seus súbditos. Toda a norma jurídica é vista como um comando ou ordem, isto é, a expressão de um desejo de que alguém se comporte de determinada maneira e a intenção de causar dano a esse alguém se não se comportar da maneira desejada.

O que distingue as normas jurídicas dos demais comandos ou prescrições é que os comandos jurídicos têm a sua origem na vontade de um soberano. O conceito de soberania é, pois, básico na teoria de Austin, no sentido de que não existe norma que não constitua uma emanção da soberania. Austin definia soberano nos seguintes termos: «Se um homem determinado é destinatário de um hábito de obediência da maior parte da sociedade sem que ele, por seu turno, tenha o hábito de obedecer a um superior, esse homem é soberano na sociedade, e a sociedade em causa é uma sociedade política e independente».

Kelsen, sem conhecer originariamente a construção de Austin, formula uma concepção próxima a respeito das normas jurídicas, mas com importantes diferenças. A mais importante delas consiste em separar a norma da vontade psicológica do soberano e em integrá-la na ideia de sistema normativo.

Kelsen distingue dois tipos de juízos. Os juízos de ser, que são enunciados descritivos, susceptíveis de verdade ou falsidade; os juízos de dever ser, que são directivos e a respeito dos quais não faz sentido predicar a verdade e a falsidade. Kelsen sustenta a existência de

um abismo lógico entre ser e dever ser, no sentido em que nenhum juízo de dever ser se pode derivar logicamente de premissas entre as quais se incluem apenas juízos de ser.

Pois bem, Kelsen recusa ver por trás dos juízos de dever ser, a que chama normas, uma vontade real em sentido psicológico. Haveria com efeito várias normas sem origem na vontade real de quem as ditou e normas que subsistem sem que permaneça a vontade que lhes deu origem. Assim aconteceria com as normas de origem parlamentar votadas por quem não teve consciência perfeita do respectivo conteúdo, dos costumes e das normas que subsistem muito tempo depois de terem desaparecido os seus autores (Código Comercial português).

Segundo Kelsen, a propriedade fundamental das normas não consiste na vontade do soberano, mas na validade, enquanto existência específica das normas, qualidade que não têm as meras ordens. As normas exprimem o sentido objectivo de um acto de vontade, enquanto as ordens exprimem a mera intenção subjectiva de quem as formula. Que um juízo de dever ser seja uma norma válida depende de que quem o formula esteja autorizado a fazê-lo por outra norma que também ela seja válida.

Existe uma íntima conexão entre a validade como propriedade específica das normas e o aspecto central das sanções na definição de norma jurídica que propõe Kelsen. Tal como a norma é válida se quem a formula está autorizado a fazê-lo por outra norma, assim também o conteúdo da norma consiste numa sanção jurídica a exercer por um indivíduo autorizado. A sanção jurídica consiste em um acto coercivo de força actual ou potencial a que corresponde a privação de algum bem (a vida, a propriedade, a liberdade, etc.) e que é exercida por um indivíduo autorizado como consequência de alguma conduta.

O que acaba de ser dito adquire sentido se percebermos que para Kelsen os destinatários das normas jurídicas são os funcionários encarregados de aplicar as sanções nelas previstas. Assim, uma lei que estabeleça uma pena de prisão de x anos para quem pratique um homicídio tem como destinatário o juiz, no sentido de condenar o homicida dentro da moldura estabelecida. A decisão do juiz, por seu turno, constitui uma norma jurídica dirigida aos funcionários que executam a pena. Por sua vez, deve ainda existir uma norma que prevê uma sanção para os funcionários que não executem as penas de prisão (cfr. Engisch, pp. 24-25).

Neste contexto, Kelsen distingue entre normas primárias e secundárias, no seguinte sentido: normas primárias são as que prescrevem sanções; secundárias são as que prevêm condutas cuja violação acarreta uma sanção. Assim para a norma primária «se alguém matar, deve ser punido com pena de prisão» existe a norma secundária «deve-se não matar».

Mas se isto é assim, o que sucede com as normas que não estabelecem sanções jurídicas? Assim, por exemplo, como encarar as normas constitucionais que não prevêm sanções mas estabelecem direitos e garantias, além de preverem competências; as normas do Código Civil que estabelecem condições para celebrar um contrato válido. Para Kelsen são apenas partes de normas que estabelecem sanções.

Mas isto só seria correcto se reduzirmos as normas que atribuem faculdades a normas que impõem obrigações. De acordo com este modo de ver as normas que conferem faculdades seriam normas relativas à criação de outras normas que, essas sim, impõem deveres. Assim a norma da Constituição que atribui ao parlamento a competência para legislar é mero antecedente da norma parlamentar que pune o homicídio. Do mesmo modo, a norma que prevê como se celebram contratos é antecedente da norma contratual que estabelece sanções para o incumprimento do contrato. O ponto de vista de Kelsen é, pois, o do infractor.

Outra hipótese consistiria em encarar a invalidade como uma sanção. Uma sanção pressupõe que uma determinada conduta é indesejável e merece ser desencorajada. Mas o direito não pretende desencorajar, nem considera indesejável, o comportamento dos celebraram uma compra e venda de um imóvel sem escritura pública. Simplesmente não reconhece os seus efeitos jurídicos. O mesmo se passa com as regras de um jogo.

Importância, não obstante, de Kelsen: ideia de que a norma pertence a um sistema.

Vemos que a exposição antecedente deixa evidenciar duas dificuldades na teoria da norma: generalidade e abstracção e normas permissivas, na medida em que se salienta apenas o aspecto coercivo integrado na própria norma.

5.1 Definição e características das normas jurídicas

Definição tradicional de norma como comando, ou regra de conduta, geral e abstracto e coercível, ditado pela autoridade competente. Correspondência desta definição com a noção de lei em sentido material.

Teoria imperativística da norma: as normas jurídicas exprimem uma vontade da comunidade jurídica, do Estado ou do legislador. Os deveres são os correlatos dos imperativos. A teoria só visa as normas completas ou autónomas.

Crítica da concepção imperativística da norma: i) há normas que não ordenam ou proibem, mas antes atribuem um poder ou faculdade; ii) recusa da concepção voluntarista inerente a esta concepção, na medida em que o Direito é uma ordem objectiva da sociedade em grande parte subtraída às intervenções voluntarísticas do legislador.

Resposta a estas objecções por um defensor da teoria imperativística, Karl Engisch. Em relação às normas atributivas de direitos subjectivos, Engisch sustenta que os direitos subjectivos são mais do que simples permissões. Ao titular do direito subjectivo reconhece-se uma esfera de poder de modo a ser-lhe possível aproveitar um bem segundo o seu critério. Assim o direito de propriedade não se limita a proibir os outros de me perturbarem o domínio da coisa, antes me confere o domínio sobre ela ou o poder de actuar sobre ela. A isto Engisch responde que a atribuição de direitos subjectivos é apenas alcançada através de «uma significativa instituição de imperativos» (p. 33). Deste modo, dir-se-ia que os direitos subjectivos são concedidos através de imperativos. Nesta perspectiva, é mesmo possível dizer que o dualismo de direito subjectivo e Direito objectivo desaparece (p. 34).

Quanto à segunda crítica, Engisch distingue, como já se disse, entre normas de determinação, que assentam no arbítrio do legislador, e normas de valoração, que se impõem a esse mesmo arbítrio, enquanto exprimem a ordenação objectiva da vida. Sustenta, no entanto, que «como simples normas de valoração não poderia o Direito exercer o domínio que lhe compete sobre a vida dos homens em comunidade. Só na medida em que as normas de valoração adquirem a força de manifestações de vontade, e, portanto, de ordens ou comandos, é que elas se transformam em normas jurídicas».

A estas respostas às objecções acima mencionadas pode-se retorquir: porquê, no caso do direito subjectivo, considerar a proibição como primária e o poder de usar (no caso do direito de propriedade) como secundário? Porquê, no caso das normas, considerar o aspecto da determinação como a base e a valoração como a estrutura nela apoiada? Não fará mais sentido ao contrário?

Generalidade e abstracção.

Geral é o preceito que se dirige a uma categoria mais ou menos ampla de destinatários, isto é, que não tem destinatários determinados ou determináveis.

Distinção entre generalidade e pluralidade: subsídios às vítimas das cheias ocorridas no estuário de um rio num determinado período de tempo; subsídios às vítimas das cheias no estuário de um rio; preceitos constitucionais que se referem ao Presidente da República (artigo 129.º, n.º 1, da Constituição: o PR não pode ausentar-se do território nacional sem o assentimento da AR ou da sua comissão Permanente, se aquela não estiver em funcionamento).

Abstracto é o preceito que regula um número indeterminado, ou indeterminável, de casos ou situações e não casos ou situações determinadas ou determináveis. Podem ser situações definidas em função de uma categoria de casos, como as que ordenem aos proprietários confinantes com as vias públicas o arranque de certas espécies arbóreas, mas já não a que ordene aos proprietários confinantes com uma via pública em concreto o arranque de uma determinada espécie arbórea só aí existente.

Recondução de generalidade e abstracção a uma categoria única: é geral toda a norma que se destina a regular toda uma categoria de situações ou factos (ou pessoas em tais categorias) futuros e ou presentes, desde que a definição dessa categoria obedeça a critérios gerais e objectivamente justificáveis.

Hipoteticidade – característica necessária das normas jurídicas. Distinção de dois casos: i) É proibido matar; ii) Artigo 131.º do Código Penal: «Quem matar outra pessoa é punido com

pena de prisão de oito a dezasseis anos». Perceber que também no segundo caso a estatuição é uma proibição acompanhada por uma sanção.

Distinção entre previsão e estatuição. Desenvolver a distinção a propósito da distinção entre efeitos do casamento e da união de facto.

Previsão – situações de vida demarcadas e recriadas como pressupostos de certas consequências jurídicas. Estatuição – direitos e deveres reconhecidos como jurídicos, isto é, defendidos e efectivados através de meios jurídicos (Engisch, pp. 20-21).

Relação jurídica enquanto relação da vida definida pelo direito funciona como hipótese legal destinada a produzir consequência jurídicas (p. 24).

Normas jurídicas afirmam um dever ser condicionado através da hipótese legal. O facto de afirmarmos que as normas jurídicas são hipotéticas não nos deve fazer perder de vista que o são num sentido muito diferente dos imperativos hipotéticos no sentido kantiano. Quando se fala aqui em hipotéticos não se quer significar que temos de seguir certas prescrições quando queremos alcançar determinados fins, não nos sendo imposto nada de vinculativo quanto aos mesmos fins, mas antes no sentido de serem conexionados a certos pressupostos (Engisch, pp. 41-42).

Finalmente, qual é a relação entre previsão e estatuição? Condicionalidade: se alguém, intencionalmente ou com negligência, lesar a vida, a integridade física, etc., fica obrigado a reparar os danos que daí advenham; predicção: quem ...; causalidade: será correcto afirmar que entre previsão e estatuição se estabelece um vínculo de causalidade, criado pelo legislador, que não podemos conceber de outra maneira senão através de uma analogia com a causalidade natural? (Engisch, p. 46). A consequência prática deste modo de ver consistiria em afirmar que não pode haver efeitos duplos no Direito. Assim, se alguém se tornou proprietário com base num negócio jurídico, esse alguém não pode tornar-se também proprietário com base em outra hipótese legal, por exemplo, com base na usucapião ou prescrição aquisitiva (p. 47).

Independentemente de razões teóricas que poderão levar a afastar esta concepção (e que poderão ser discutíveis, uma vez que se aceite a ideia de que a própria causalidade natural não é algo objectivo, como geralmente se aceite, desde Hume e Kant), a verdade é que

existem razões práticas que a tornam insustentável. Assim, é possível que um negócio seja nulo por dois fundamentos, por falta de forma e por incapacidade de uma das partes (p. 52). Por outro lado, a consequência jurídica não se encontra totalmente predeterminada na previsão, mas antes pode consistir na atribuição de competência para, dentro de certos limites, se elaborar uma decisão ajustada (p. 55).

Retomar, com algumas modificações, a definição proposta por von Wright: imposição, proibição ou permissão adoptadas por um autoridade, na base de certos pressupostos de facto, destinadas a uma categoria de sujeitos e determinados tipos de situações, promulgadas para serem dadas a conhecer e susceptíveis de serem completadas por uma sanção, como condição da respectiva eficácia.

5.2 Classificações das normas jurídicas

a) Normas perceptivas, proibitivas e permissivas

Respectivamente: pagar impostos e circular pela direita; normas penais positivas; faculdade de resolver um negócio ou denunciar um contrato.

b) Normas universais, regionais e locais

c) Normas gerais e normas excepcionais, ou regime-regra e regime de excepção (*ius singulare*)

Princípio da consensualidade (artigo 219.º CC); contrato de mútuo de valor superior a 20.000 euros só é válido se celebrado por escritura pública (artigo 1143.º CC). Princípio da liberdade de associação e proibição de organizações racistas ou que perfilhem a ideologia fascista (artigo 46.º, n.ºs 1 e 4, CRP).

d) Normas mais que perfeitas, quando a sua violação acarreta a nulidade do acto e uma pena (punição do lenocínio, prevista no artigo 169.º do CP, e além disso nulidade dos negócios jurídicos eventualmente celebrados para o efeito, ao abrigo do artigo 280.º, n.º 2, do CC); normas cuja violação implica nulidade do acto, mas sem pena (compromisso de um cônjuge perante outro de confessar a violação dos deveres conjugais ou paternais);

normas cuja violação implica pena, mas não nulidade do acto (normas de direito penal e contra-ordenacional); normas cuja violação não implica qualquer espécie de sanção (artigo 195.º, n.º 2, da CRP, de acordo com o qual o PR só pode demitir o governo quando tal se torne necessário para assegurar o regular funcionamento das instituições democráticas).

e) Normas autónomas e não autónomas ou incompletas

Definições: artigos 201.º a 212.º do CC. As verdadeiras definições são normas que, de forma indirecta, constituem as hipóteses a que se ligam as consequências jurídicas de outras normas e não puras construções conceptuais. Assim, por exemplo, o artigo 804.º, n.º 2 CC (o devedor considera-se constituído em mora quando, por causa que lhe seja imputável, a prestação, ainda possível, não foi efectuada no tempo devido) circunscreve as hipóteses a que se aplica n.º 1 do mesmo artigo (a simples mora constitui o devedor na obrigação de reparar os danos causados ao credor).

Remissões: normas através das quais o legislador, em vez de regular directamente uma matéria, lhe manda aplicar outras normas do sistema jurídico, contidas no mesmo ou outro diploma legal (remissão intra-sistemática).

Exemplos: Remissões dirigidas à estatuição – artigo 678.º CC (são aplicáveis ao penhor, com as necessárias adaptações, os artigos 692.º, 694.º a 699.º, 701.º e 702.º);

Remissões dirigidas à previsão – artigo 974.º (possibilidade de revogar a doação por ingratidão quando se verifique algumas das ocorrências que justificam a deserdação, previstas nos artigos 2035.º e ss. e 2160.º e ss.).

Remissões à segunda potência – o artigo 433.º do CC remete para o artigo 289.º quando estabelece que a resolução do contrato é equiparada à nulidade ou anulabilidade do negócio jurídico; o artigo 289.º, por seu turno, remete para os artigos 1269.º e seguintes, sobre perda ou deterioração da coisa.

Remissão ampla: o artigo 1.º do CPTA manda aplicar ao processo nos tribunais administrativos, supletivamente, o processo civil, com as necessárias adaptações; o artigo 939.º manda aplicar as regras da compra e venda a outros contratos onerosos e o artigo

1156.º manda aplicar as regras do mandato às modalidades de contrato de prestação de serviços que a lei não regula especialmente.

Remissões extra-sistemáticas: mandam aplicar no ordenamento jurídico nacional normas de outros ordenamentos, como sucede com o artigo 8.º da CRP.

Ficções legais: assimilação fictícia de realidades factuais diferentes para o efeito de as sujeitar ao mesmo regime jurídico. Artigo 805.º, n.º 2, alínea c), CC, de acordo com o qual se o devedor impedir a interpelação considera-se interpelado na data em que normalmente o teria sido; artigo 275.º, n.º 2, CC, segundo o qual se a verificação da condição for impedida contra as regras da boa fé, por aquele a quem prejudica, tem-se por verificada; se for provocada, nos mesmos termos, por aquele a quem aproveita, considera-se como não verificada; no âmbito da proibição de práticas comerciais irregulares equiparar a proposta de venda à doação (Decreto-Lei n.º 161/77, de 21 de Abril).

Presunções legais: segundo o artigo 349.º CC (num exemplo mais de definição legal) as presunções legais são as ilações que a lei ou o julgador tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido.

As presunções podem ser legais ou judiciais. As primeiras – e só estas nos interessam agora – são as estabelecidas na lei; as segundas são as presunções naturais, de facto ou de experiência. No fundo são as presunções a que recorre o juiz para formar a sua convicção.

As presunções judiciais só são admitidas nos casos e termos em que é admitida a prova testemunhal (artigo 351.º) e podem ser infirmadas por simples contraprova, isto é, por provas que se destinam a abalar a convicção do juiz, criando no espírito deste um estado de incerteza acerca do facto que importa provar.

Pelo contrário as presunções legais dispensam que a tenha a seu favor de provar o facto a que ela conduz, podendo no entanto ser ilididas mediante provado em contrário (artigo 350.º). A prova em contrário não se limita a abalar a convicção do juiz, isto é, não se destina apenas a tornar duvidosos os factos a que conduz a presunção, mas consiste na prova de que o facto presumido não acompanhou o facto que serve de base à presunção.

Exemplos: artigo 441.º (presunção de que qualquer quantia entregue pelo promitente-comprador ao promitente-comprador vale como sinal, devendo ser imputada na prestação devida), 491.º a 493.º (presunção de culpa do vigilante de outrem, do proprietário ou possuidor e daquele que tenha em seu poder, ou tiver assumido o encargo de vigilância de quaisquer animais), 1260.º (posse titulada presume-se de boa fé). Para ilidir estas presunções é necessário a prova do contrário. Assim, no caso do sinal, aquele tiver contra si a presunção, isto é, quem haja recebido a quantia que se presume recebida a título de sinal, tem que demonstrar que a quantia foi entregue a outro título, por exemplo, reserva do bem.

6. Norma e sistema

Das classificações de normas anteriormente expostas resulta desde já a ideia de que um ordenamento jurídico se exprime através de complexos de normas sistematizados e articulados entre si.

Estes sistemas nunca podem representar puras inovações voluntaristas do legislador, mas antes se limitam em muitos casos a «constatar» estruturas ordenadoras que se impõem ao legislador (Baptista Machado, p. 121).

Quais as principais expressões desta ideia de sistema? A este propósito cabe diferenciar entre as noções de código, estatutos, leis orgânicas, leis avulsas e legislação extravagante.

Códigos são leis em sentido material que contêm a disciplina fundamental de certa matéria ou ramo de direito, relativo a um sector importante ou vasto da vida social, disciplina essa elaborada por uma forma científico-sistemática e unitária. Distingue-se, deste modo, de uma simples compilação de leis, como eram as antigas ordenações do reino.

O código é, ao mesmo tempo, fruto de uma elaboração científico-sistemática do direito e facilita a construção dogmática do direito, ao pôr em evidência os princípios comuns, as grandes orientações legislativas, os nexos funcionais e a articulação entre institutos e figuras jurídicas.

Estatutos são leis materiais que regulam por forma sistemática e unitária uma determinada actividade, carreira ou profissão. Como exemplos, podem os apontar o Estatutos dos Magistrados Judiciais, o Estatuto da Ordem dos Advogados, o Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores que Exercem Funções Públicas, o Estatuto do Aluno, o Estatuto da Carreira Docente, etc.

As leis que, pela mesma forma, organizam e regulam o funcionamento e actividade de uma entidade pública costumam designar-se por leis orgânicas [artigos 164.º, alíneas a) a f), e 166.º, n.º 2, CRP].

Leis extravagantes são as que introduzem alterações nos códigos (matéria de arrendamento).

Podemos conceber o ordenamento jurídico como um sistema, não certamente no sentido em que o mesmo seria concebido como um universo lógico-formal fechado, engendrado axiomáticamente, no qual os teoremas (proposição que deve ser demonstrada para se tornar evidente) seriam derivados dos axiomas (proposição tão evidente que não carece de ser demonstrada) por mera inferência lógica, mas como um sistema aberto, segundo o modelo dos sistemas vivos, sujeitos a uma interacção com o ambiente. Esta nova visão da ideia de sistema será adiante desenvolvida quando estudarmos a importância do pensamento de Luhmann para o direito.