

Introdução ao Estudo do Direito – II

1.º Ano / Noite, 2008-2009

I – Aspectos Gerais da Metodologia Jurídica

1. Decisão do caso à luz da lei

1.1 A distinção entre «Interpretação» e «Aplicação». Por facilidade de exposição, a matéria antecedente tem sido organizada em termos que aparentam a existência de diversas operações autónomas, desde a determinação da fonte à aplicação da norma ao caso. Assim, dir-se-ia, a decisão do caso concreto à luz da lei decompõe-se em sucessivas operações consistentes na determinação da fonte relevante, na interpretação, na integração de eventuais lacunas existentes, na delimitação da matéria de facto relevante e, finalmente, na aplicação da lei ao caso concreto.

Como veremos, esta visão do processo de realização do direito tem na sua base certos pressupostos políticos e metodológicos questionáveis: os pressupostos políticos consistem numa visão da separação de poderes que tende a ver no juiz um simples autómato, ao qual é vedada qualquer intervenção activa no processo de realização do direito; os pressupostos metodológicos consistem num modo de encarar a solução do caso concreto exclusivamente à luz do método subsuntivo.

Adiante iremos ver que estes pressupostos **teóricos**, de ordem político-constitucional e metodológica, de encarar o processo de realização do direito não podem ser aceites. Para já, interessa-nos compreender que, na **prática**, a distinção cortante entre interpretar e aplicar a lei não corresponde à experiência comum dos operadores jurídicos e não se apresenta como viável em muitos casos.

Na verdade, a distinção entre interpretar e aplicar a norma surge como artificial, considerando que interpretamos a lei tendo em vista a resolução do caso e não podemos encarar a interpretação como algo encerrado antes de iniciar a aplicação da lei ao caso, mas antes como uma actividade que é continuamente reaberta à luz de cada novo caso concreto a decidir. Que isto é assim sabemos-lo, desde logo, pela simples experiência adquirida na resolução de casos práticos.

Para além disso, é muitas vezes de todo inviável efectuar uma distinção entre interpretação e aplicação. Isso acontece, desde logo, em virtude da existência, em todas as ordens jurídicas, do que poderíamos designar como válvulas de escape ou janelas do sistema. Podemos aí reconduzir a equidade, o direito de necessidade e mesmo o abuso do direito. Para além disso, a inviabilidade de ver a interpretação e a aplicação como operações distintas resulta ainda de, cada vez mais, toparmos com a existência frequente de conceitos indeterminados, cláusulas gerais, tipos e princípios na legislação.

1.2 Válvulas de escape do sistema

1.2.1 Equidade. A fim de compreendermos o sentido e alcance da equidade, convém começar por enunciar as principais disposições do nosso direito em vigor sobre esta matéria.

Como seria de esperar, é no Código Civil que encontramos a maioria das disposições que mencionam a equidade:

Artigo 4.º - Os tribunais só podem resolver segundo a equidade quando haja disposição legal que o permita, quando haja acordo das partes e a relação jurídica não seja indisponível ou quando as partes tenham previamente convencionado o recurso à equidade, nos termos aplicáveis à clausula compromissória.

Artigo 72.º, n.º 2 – Quando, no exercício de uma actividade profissional, duas ou mais pessoas tenham nomes total ou parcialmente iguais, o tribunal deve decretar as providências que, segundo juízos de equidade, melhor conciliem os interesses em conflito.

Artigo 283.º, n.º 1 – Em vez da anulação do negócio usurário, o lesado pode requerer a sua modificação segundo juízos de equidade.

Artigo 339.º, n.º 2 – Em caso de danos resultantes de uma actuação em estado de necessidade, se o perigo que esteve na base da actuação não for provocado por culpa exclusiva do agente, o tribunal pode fixar uma indemnização equitativa e condenar nela, não só o agente, como aqueles que tiraram proveito do acto ou contribuíram para o estado de necessidade.

Artigo 400.º, n.º 1 – A determinação da prestação, confiada a uma das partes ou a terceiro, deve ser feita segundo juízos de equidade, se outros critérios não tiverem sido estipulados.

Artigo 437.º, n.º 1 – Em certas condições, e como alternativa à resolução do contrato, a alteração das circunstâncias pode dar lugar à modificação do contrato segundo juízos de equidade¹.

Artigo 462.º - Se, tendo em vista uma promessa pública, várias pessoas tiverem cooperado e todas tiverem direito à prestação, será esta dividida equitativamente, atendendo-se à parte que cada uma delas teve nesse resultado.

Artigo 489.º, n.º 1 – Se o acto causador de danos for praticado por pessoa não imputável, pode esta, por motivo de equidade, ser condenada a repará-los, desde que não seja possível obter a devida reparação das pessoas a quem incumbe a sua vigilância.

Artigo 494.º - A indemnização devida nos termos da responsabilidade fundada em negligência pode ser equitativamente fixada em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados.

Artigo 496.º, n.º 3 – Em caso de danos não patrimoniais, o montante da indemnização será fixado equitativamente pelos tribunais.

Artigo 566.º, n.º 3 – Quando não for possível averiguar o valor exacto dos danos, o tribunal julgará equitativamente dentro dos limites que tiver por provados.

Artigo 812.º, n.º 1 – A cláusula penal manifestamente excessiva pode ser reduzida pelo tribunal, de acordo com a equidade.

Artigo 883.º, n.º 1 – No contrato de compra e venda, verificando-se a insuficiência de certas regras para a determinação do preço, é o mesmo fixado pelo tribunal, segundo juízos de equidade.

Artigo 992.º, n.º 3 – Se o contrato de sociedade não fixar o quinhão do sócio de indústria nos lucros nem o valor da sua contribuição, será o quinhão deste estimado pelo tribunal segundo juízos de equidade.

¹ Em termos próximos o artigo 314.º, n.º 2, do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, estabelece que a alteração anormal e imprevisível das circunstâncias não imputável a decisão do contraente público confere direitos à modificação do contrato ou a uma compensação financeira, segundo juízos de equidade.

Artigo 1158.º, n.º 2 – Em caso de mandato oneroso, a retribuição, na falta de ajuste entre as partes ou de tarifas profissionais, é determinada por juízos de equidade.

Artigo 1215.º, n.º 2 – No contrato de empreitada, se o preço for elevado em mais de vinte por cento em consequência de alterações ao plano convencionado, o empreiteiro pode denunciar o contrato e exigir uma indemnização equitativa.

Artigo 1407.º, n.º 2 – Na administração de coisa comum, quando não seja possível formar a maioria legal, qualquer dos consortes pode recorrer ao tribunal, que decidirá segundo juízos de equidade.

Artigo 2016.º, n.º 3 – Em caso de divórcio, o direito a alimentos pode ser negado, por razões manifestas de equidade².

É ainda importante salientar o artigo 282.º da Constituição, sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral. De acordo com o n.º 1 desta disposição a declaração de inconstitucionalidade produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a reconstituição das normas que ela, eventualmente, haja revogado. Todavia, o n.º 4 determina que, quando, designadamente, razões de equidade o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou ilegalidade com alcance mais restrito³.

Como indicia a simples leitura das disposições citadas, são diversos os sentidos que é possível retirar da expressão «equidade».

Na maior parte das vezes está em causa a quantificação de pretensões indemnizatórias e compensatórias ou da retribuição correspondente à prestação de determinados bens e serviços. Em alguns casos vai-se mais longe, admitindo-se que ao abrigo da equidade o tribunal possa decretar quais as providências que melhor conciliem os interesses em conflito em caso de identidade de nomes profissionais (artigo 72.º) ou ainda determinar a aplicação de um regime excepcional em relação ao que é estabelecido para a generalidade dos casos (artigo 2016.º, n.º 3, na redacção em vigor, ou n.º 2 na redacção original; artigo 489.º, n.º 1, do Código Civil). Para além disso, temos os casos em que são admitidos

² Trata-se da redacção resultante da alteração introduzida pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro. Anteriormente, o artigo 2016.º, n.º 2, do Código Civil dispunha que o tribunal poderia excepcionalmente, por motivos de equidade, conceder alimentos ao cônjuge que a eles não teria direito, considerando a duração do casamento e a colaboração prestada a esse cônjuge à economia do casal.

³ Do mesmo modo, também o artigo 76.º, n.º 2, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos contém uma disposição semelhante em relação aos efeitos da declaração de ilegalidade com força obrigatória geral de normas emanadas ao abrigo de disposições de direito administrativos (na prática, regulamentos).

desvios ao regime regras por razões de equidade (artigo 282.º, n.º 4, da Constituição). No extremo, parece situar-se o artigo 4.º do Código Civil que parece permitir julgar segundo a equidade fora do contexto da aplicação de uma disposição legal, como sucede com os demais casos.

Segundo Menezes Cordeiro, a equidade tem sido compreendida à luz de duas acepções fundamentais: uma acepção «fraca» que, partindo da lei positiva, permite corrigir injustiças ocasionadas pela natureza rígida das normas abstractas, aquando da aplicação concreta; uma acepção «forte», que prescindindo do direito estrito e procura soluções para os problemas baseadas na justiça do caso concreto. Em qualquer caso, estaria presente a vertente individualizadora da justiça, isto é, a ideia de que ao decidir o julgador tem de se preocupar apenas com o problema que lhe é posto⁴. Para este autor, há que optar pela acepção «fraca», ou moderada, em detrimento da opção «forte», fazendo assim uma aproximação entre equidade e direito positivo. A decisão segundo a equidade é uma decisão que dispensa a aplicação de regras formais, como as relativas a prazos, a notificações e à forma de certos documentos, mas que não pode deixar de se subordinar ao direito estrito quando estejam em causa aspectos mais substanciais. Por outras palavras, a equidade não é arbítrio, devendo partir sempre do Direito positivo, expressão histórica máxima da justiça⁵.

Este entendimento não leva suficientemente em conta, todavia, a oposição entre o sentido da equidade que parece estar subjacente ao artigo 4.º do Código Civil e o sentido a atribuir à mesma expressão nas demais disposições do Código citadas. Parece existir, com efeito, uma diferença qualitativa da equidade entre o primeiro caso mencionado e os demais. Quando as partes remetem a resolução dos seus litígios para uma decisão segundo a equidade não há como não ver aí uma intenção de afastar o direito positivo; pelo contrário, nos restantes casos a equidade surge como que incorporada nas regras do direito positivo.

Repare-se que com o que acaba de ser dito não se pretende significar que o artigo 4.º do Código Civil exprime uma noção «forte» e as restantes disposições citadas se reportam a uma noção «fraca» de equidade. Na verdade, poderemos até dizer que o artigo 4.º exprime uma noção «fraca» de equidade, segundo a definição de Menezes Cordeiro, e as restantes disposições uma noção «fraquíssima». No primeiro caso, é permitido afastar o direito positivo estrito com o propósito de corrigir as injustiças provocadas pela natureza rígida

⁴ Cfr. Menezes Cordeiro, “A Decisão segundo a Equidade”, in *O Direito*, Ano 122.º, 1990 – II, p. 267.

⁵ Cfr. Menezes Cordeiro, “A Decisão segundo a Equidade”, *cit.*, pp. 271-272 e 280.

das normas abstractas presentes nas fontes; no segundo caso, a própria formulação das normas abstractas contidas nas fontes procura suavizar essa mesma natureza rígida através de um apelo pontual à equidade. No primeiro caso, o legislador admite, em certas condições, que a disciplina por si estabelecida possa ser corrigida, a partir de fora; no segundo caso, é o próprio legislador a prever mecanismos que permitem corrigir, a partir de dentro, a disciplina por si estabelecida.

Em qualquer caso, ainda admitindo que a equidade deve tomar como ponto de apoio as soluções do direito positivo, podemos afirmar que mesmo esta noção «fraca» de equidade não é certamente compatível com uma sua concepção que apenas admita o afastamento do direito positivo em relação a aspectos técnicos ou formais. Pelo contrário, 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 (pelo menos nas modalidades de redução ou extensão teleológica⁶) e, portanto, tendencialmente excluída se a solução do caso não fosse de decidir segundo a equidade.

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»*⁷.

Não é, assim, totalmente correcto afirmar que a equidade é a justiça do caso concreto⁸, como se diz muitas vezes, ou sustentar que a equidade corresponde a uma solução não normativa do caso concreto⁹. Pode apenas admitir-se que a equidade é uma solução não

⁶ Sobre estes conceitos, cfr. Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, tradução de José Lamago, 2.^a ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989, pp. 473 e 481.

⁷ Cfr. Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, 1137b11-19.

⁸ Susana Brito, “Equidade – Um «justo que é mais justo»”, texto disponível junto da autora, p. 18, afirma com razão que *«Embora seja adequado dizer que uma justiça do caso concreto seja uma contradição nos termos uma vez que as ponderações da justiça requerem generalidade (não se consegue conceber justiça sem a ideia de igualdade), é também adequado sublinhar que a justiça é uma coisa de particulares»*.

⁹ José de Oliveira Ascensão, *O Direito, Introdução e Teoria Geral: Uma Perspectiva Luso-Brasileira*, 7.^a ed., revista, Almedina, Coimbra, pp. 219-220 e 226, fala da equidade como uma solução não normativa do caso; não nos

normativa do caso se com isso se quiser significar que corresponde a uma solução do caso sem recurso a normas dadas em fontes de direito, mas já não no sentido de corresponder a uma solução do caso que prescindir de pontos de apoio normativos, no sentido de generalizáveis, pontos de apoio esses que poderão encontrar-se nas soluções do direito positivo. Se assim fosse, uma solução não normativa do caso seria sempre uma solução arbitrária. O carácter imprescindível de um apoio normativo na decisão segundo a equidade parece ser tido em vista por Aristóteles quando a propósito desta menciona a necessidade de uma régua indeterminada: «para uma coisa indeterminada é preciso também uma régua indeterminada, como a regra de chumbo utilizada na construção em Lesbos: a regra, longe de se manter rígida, casa-se com as formas da pedra; do mesmo modo o decreto adapta-se aos factos»¹⁰.

O que se passa é que entre a solução do caso segundo o direito estrito e a solução segundo a equidade opera uma inversão de perspectivas. No primeiro caso, não pode deixar de ser tido em conta o ponto de vista do legislador, que parte da norma para o caso concreto; no segundo caso, assume relevância o ponto de vista do juiz, que parte do caso concreto para a norma. É evidente que a generalização a que procede o juiz pode ter diferentes amplitudes, valendo apenas para certos grupos de pessoas, mas não deixa de se assumir como uma solução normativa do caso, isto é, uma solução generalizável. Em última análise, é este método de solução do caso que está subjacente ao mecanismo, já nosso conhecido, do artigo 10.º, n.º 3, do Código Civil e que parece quase ser antecipado pelas considerações de Aristóteles, atrás reproduzidas¹¹. O que distingue a equidade não é, pois, o ser uma solução não normativa do caso, mas ser uma solução normativa que toma como ponto de partida o caso concreto. Como afirma Kaufmann, uma solução não normativa do caso poderia apenas basear-se no arbítrio e, paradoxalmente, na graça, que deixa a sua luz brilhar da mesma forma sobre os justos e os injustos, enquanto a justiça, e também a equidade, têm de repartir o que é de cada um em relação aos outros¹².

1.2.2 Direito de necessidade. É usual opor-se à decisão do caso segundo o direito positivo não só a equidade, mas também os diferentes casos de estado de necessidade. E,

parece, no entanto, que tenha em mente o entendimento de que a equidade prescindir de qualquer apoio normativo, mas apenas o entendimento de que a equidade prescindir das fontes, como melhor se diz no texto.

¹⁰ Cfr. Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, 1137b29-32.

¹¹ Neste sentido, embora com referência ao artigo 1.º, secção 2, do Código Civil suíço de 1907 (que como se sabe é a fonte de inspiração directa do artigo 10.º, n.º 3, do nosso Código Civil), cfr. Arthur Kaufmann, *Filosofia do Direito*, 2.ª ed., prefácio e tradução de António Ulisses Cortês, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2007, pp. 236-237.

¹² Cfr. Arthur Kaufmann, *Filosofia do Direito*, cit., p. 237.

com efeito, a divisa do estado de necessidade reza assim «*necessitas non habet legem*», ou a necessidade não conhece lei.

Os diferentes casos de direito necessidade colocam-nos problemas de difícil resolução: tratam-se de meios de autotutela? O «estado de necessidade» do direito civil e do direito penal é a mesma realidade que o «estado de necessidade» nos vários ramos do direito público?

A fim de resolvermos estes problemas, tomemos como ponto de partida a definição de estado de necessidade contida no artigo 339.º do Código Civil. Lê-se no n.º 1 desse artigo que «*É lícita a acção daquele que destruir ou danificar coisa alheia com o fim de remover o perigo actual de um dano manifestamente superior, quer do agente, quer de terceiro*». A primeira nota que importa fazer é esta: por que razão se deverá o estado de necessidade limitar a tornar lícita uma acção sobre uma coisa para afastar um perigo? Por que não há-de também a figura do estado de necessidade legitimar, em caso de perigo, uma acção sobre a pessoa de outrem? Como vamos ver, essa possibilidade existe nos casos de necessidade do direito penal e há até quem sustente que entre as normas do direito penal sobre a matéria e a disposição citada do Código Civil existe uma contradição. Talvez não seja necessário chegar a este extremo, desde que tenhamos em vista que o estado de necessidade é uma causa geral de justificação, de que o artigo 339.º do Código Civil constitui apenas um afloramento. Nos termos dessa causa geral de justificação a ideia de que a actuação segundo a necessidade só serviria para tornar lícita a destruição ou danificação de uma coisa é dificilmente justificável. Interessa ainda salientar que no direito civil não se efectua qualquer distinção entre direito de necessidade como causa de justificação e direito de necessidade como causa de exclusão de culpa, ao contrário do que sucede no direito penal¹³.

O n.º 2 do mesmo artigo 339.º estabelece uma obrigação de indemnizar o lesado pelo prejuízo sofrido, posta a cargo do agente, se o perigo for provocado por sua culpa exclusiva. Em qualquer outro caso, o tribunal pode fixar uma indemnização equitativa e condenar nela não só o agente, mas também aqueles que tiraram proveito do acto ou contribuíram para o estado de necessidade. A solução da lei suscita, desde logo, a seguinte observação: o agente sem culpa e sem benefício não pode ficar sujeito a um dever de

¹³ Cfr. Larenz/Wolff, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9. Auflage, Verlag C. H. Beck, Munique, 2004, pp. 342 e 345, nota também esta diferença entre o direito de necessidade civil e o penal não vislumbrando aí, todavia, qualquer contradição normativa.

indemnizar. Pensar o contrário é pôr em causa o próprio fundamento do estado de necessidade, como veremos. Em qualquer caso, a referência à equidade contida na disposição em causa poderia certamente levar a excluir o dever de indemnizar do agente sem culpa e sem benefício.

Temos assim os seguintes pressupostos do estado de necessidade, segundo o artigo 339.º do Código Civil: (i) a existência do perigo de um dano para o agente ou para terceiro; (ii) o carácter actual desse perigo; (iii) a actuação do agente tendo em vista remover esse perigo, através da destruição ou danificação de coisa alheia; (iv) a relação de proporcionalidade entre o dano assim infligido pela actuação e o dano a evitar, que deverá ser manifestamente superior. Verificados estes pressupostos, temos como consequências a licitude da actuação, como resulta logo do n.º 1 do artigo 339.º, e a obrigação de indemnizar do agente, prevista no n.º 2, quando o perigo tenha sido provocado por sua culpa exclusiva. Quando não haja culpa exclusiva do agente, o tribunal pode fixar uma indemnização equitativa e condenar nela não só o agente, mas também aqueles que tiraram proveito do acto ou contribuíram para o estado de necessidade.

O Código Penal, no seu artigo 34.º, prevê também um estado de necessidade justificante, isto é, um estado de necessidade que exclui a ilicitude do acto (aí chamado «direito de necessidade»)¹⁴, para além do estado de necessidade que exclui a culpa, previsto no artigo 35.º¹⁵. O estado de necessidade que constitui causa justificativa do acto submete-se a uma especial exigência de proporcionalidade, manifestada desde logo na exigência de uma «sensível superioridade do interesse a salvaguardar relativamente ao interesse sacrificado», como decorre do artigo 34.º, alínea b), do Código Penal.

Ao contrário do que sucede com o artigo 34.º do Código Penal, o artigo 339.º, n.º 1, do Código Civil admite apenas, como se disse, a justificação quando a protecção dos interesses

¹⁴ De acordo com o artigo 34.º do Código Penal, sob a epígrafe «Direito de necessidade», «Não é ilícito o facto praticado como meio adequado para afastar um perigo actual que ameace interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro, quando se verificarem os seguintes requisitos: a) Não ter sido voluntariamente criada pelo agente a situação de perigo, salvo tratando-se de proteger o interesse de terceiro; b) Haver sensível superioridade do interesse a salvaguardar relativamente ao interesse sacrificado; e c) Ser razoável impor ao lesado o sacrifício do seu interesse em atenção à natureza ou ao valor do interesse ameaçado.»

¹⁵ Dispõe o artigo 35.º do Código Penal, sob a epígrafe «Estado de necessidade desculpante»: «1 — Age sem culpa quem praticar um facto ilícito adequado a afastar um perigo actual, e não removível de outro modo, que ameace a vida, a integridade física, a honra ou a liberdade do agente ou de terceiro, quando não for razoável exigir-lhe, segundo as circunstâncias do caso, comportamento diferente. 2 — Se o perigo ameaçar interesses jurídicos diferentes dos referidos no número anterior, e se verificarem os restantes pressupostos ali mencionados, pode a pena ser especialmente atenuada ou, excepcionalmente, o agente ser dispensado de pena.»

ameaçados se faça à custa de interesses patrimoniais e já não de interesses pessoais, como a honra ou a integridade física. Esta interpretação resulta claramente do artigo 339.º quando ali se caracteriza a actuação do agente como consistindo em «*destruir ou danificar coisa alheia*». Jorge de Figueiredo Dias critica esta solução porquanto a mesma conduziria a uma contradição normativa e axiológica semelhante à que resulta, como se verá, da comparação entre legítima defesa civil e penal¹⁶. Na verdade, como acima se afirmou, o problema não decorre apenas da existência de uma contradição normativa e axiológica entre os estados de necessidade do direito civil e do direito penal, mas simplesmente de não ser aceitável que o estado de necessidade não abranja os casos de actuação sobre pessoas. Esta dificuldade pode ser ultrapassada se se tiver presente que estado de necessidade constitui uma mesma causa geral de justificação, apenas afluída no direito civil e com expressão mais completa no direito penal.

O artigo 339.º, n.º 2, do Código Civil, sem paralelo no Código Penal, estatui um dever de indemnizar, nos termos expostos, que pode ser considerado como um dos casos de responsabilidade pelo sacrifício, pelo menos nos casos em que quem paga é o beneficiário e não teve culpa nenhuma na criação da situação de perigo. Responsabilidade pelo sacrifício significa que alguém tem direito a ser indemnizado pelo sacrifício dos seus direitos em resultado de uma actuação lícita destinada a fazer prevalecer um direito ou interesse de valor superior.

Do exposto resulta, sem dúvida, que o estado de necessidade é uma causa de exclusão da ilicitude, tal como sucede com a legítima defesa e a acção directa. É mais duvidoso, no entanto, que se trate de um caso de autotutela de direitos, ou um caso de defesa privada de direitos ou ainda de uma manifestação de justiça privada, como se lhe referem diferentes autores¹⁷. Com efeito, ao contrário do que sucede com aquelas figuras, o «*estado de necessidade não pressupõe a violação dum direito*», como nota Oliveira Ascensão¹⁸. Na verdade, muitas das situações que estão na base de uma actuação em estado de necessidade são acontecimentos da natureza, ou situações causadas por pessoas distintas quer do agente, quer daquele cujos interesses são sacrificados. A categoria básica aqui presente parece assim ser, não a violação

¹⁶ Cfr. Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, cit., p. 464.

¹⁷ Falando em «autotutela», cfr. Marcelo Rebelo de Sousa e Sofia Galvão, *Introdução ao Estudo do Direito*, p. 282; tratando estas figuras sob a designação de «defesa privada» (embora excluindo, de modo significativo, o estado de necessidade), cfr. L. Cabral de Moncada, *Lições de Direito Civil*, pp. 775 e ss.; finalmente, recorrendo à expressão de «justiça privada», cfr. Oliveira Ascensão, *O Direito, Introdução e Teoria Geral*, cit., pp. 82 e ss.

¹⁸ Cfr. Oliveira Ascensão, *O Direito, Introdução e Teoria Geral*, cit., p. 83, nota 1.

de direitos do agente ou de terceiros, mas a salvaguarda de um interesse. Para além disso, mas intimamente relacionado, não está aqui presente o requisito da impossibilidade de recorrer aos meios normais, como sucede nos casos de legítima defesa e acção directa. É claro que a possibilidade ou impossibilidade de recorrer aos meios normais deve ser considerada no âmbito do requisito da proporcionalidade. Para esse efeito, pode ser importante saber se a actuação é levada a cabo num contexto em o telefone não funciona, a ambulância tarda em chegar, não existe um veículo que nos conduza em tempo, não é possível esperar pelo chaveiro para abrir uma porta de que não temos, por qualquer motivo, a chave, etc. Mas não existe, nem as leis o prevêem, um requisito autónomo de impossibilidade de recorrer à força pública.

Depois de salientarmos as distâncias entre o estado de necessidade e os meios de defesa a que anteriormente aludimos, importa agora cotejar o estado de necessidade do direito civil e do direito penal com os diversos estados de necessidade que ocorrem no direito público. Assim, o artigo 9.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 48.051, de 21 de Novembro de 1967, dispunha que «*Quando o Estado e as demais pessoas colectivas públicas tenham, em estado de necessidade e por motivo de imperioso interesse público, de sacrificar especialmente, no todo ou em parte, coisa ou direito de terceiro, deverão indemnizá-lo*»¹⁹. Por seu turno, o artigo 3.º do Código do Procedimento Administrativo estabelece que «*os actos administrativos praticados em estado de necessidade, com preterição das regras estabelecidas neste Código, são válidos, desde que os seus resultados não pudessem ter sido alcançados de outro modo, mas os lesados terão o direito de ser indemnizados nos termos gerais da responsabilidade da Administração*». É importante desde logo salientar que aqui não se fala em licitude, mas em validade. O estado de necessidade não é aqui encarado pelo prisma da causa de justificação da ilicitude, mas pelo prisma da exclusão da invalidade do acto, sendo certo que a articulação das duas categorias (isto é, a categoria da ilicitude e a da invalidade) constitui uma das questões mais controversas do direito administrativo. Em termos muito genéricos, e sem poder aqui aprofundar o tema, diremos que no caso da ilicitude está em causa aquilo que é permitido ou não; um acto da Administração é inválido se não respeita o poder que lhe foi atribuído e nos termos em que o foi. A licitude está em

¹⁹ O artigo 16.º do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas, publicado em anexo à Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, cujo artigo 5.º revoga o citado Decreto-Lei n.º 48.051, não contém qualquer referência expressa ao estado de necessidade. É o seguinte o seu texto: «*O Estado e as demais pessoas colectivas de direito público indemnizam os particulares a quem, por razões de interesse público, imponham encargos ou causem danos especiais e anormais, devendo, para o cálculo da indemnização, atender-se, designadamente, ao grau de afectação do conteúdo substancial do direito ou interesse violado ou sacrificado.*»

causa em relação a normas que atribuem direitos ou restringem liberdades; fala-se de validade em relação a normas que atribuem poderes ou competências.

Mas há mais: o artigo 44.º da Lei da Água (Lei n.º 58/2005, de 31 de Dezembro), sob a epígrafe «*Estado de emergência ambiental*», prevê, no seu n.º 1, que «*em caso de catástrofes naturais ou acidentes provocados pelo homem que danifiquem ou causem um perigo muito significativo de danificação grave e irreparável, da saúde humana, da segurança de pessoas e bens e do estado de qualidade das águas, pode o Primeiro-Ministro declarar, em todo ou em parte do território nacional, o estado de emergência ambiental, sob proposta do Ministro do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional, se não for possível repor o estado anterior pelos meios normais*». Entre as medidas que podem ser tomadas contam-se, nos termos do n.º 3 da mesma disposição, por exemplo, a suspensão que actos que autorizam utilizações de recursos hídricos, ou a modificação do respectivo conteúdo.

Se passarmos do direito administrativo para o direito constitucional, temos as disposições do artigo 19.º da Constituição sobre suspensão do exercício de direitos, através da declaração do estado de sítio ou do estado de emergência, «*nos casos de agressão efectiva ou iminente por forças estrangeiras, de grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional ou de calamidade pública*».

Todos estes casos têm em comum a suspensão de normas e procedimentos para prover a situações anormais causadas por acontecimentos extraordinários, muitas vezes causados pela força da natureza. O que os distingue do estado de necessidade do direito civil é precisamente esta circunstância: a suspensão de normas e procedimentos que regulam, em termos normais, a conduta da Administração. Por outras palavras, está em causa afastar a invalidade da actuação da Administração, que se desviou das regras que a vinculam, e já não afastar a ilicitude do seu comportamento por violar direitos de terceiros.

Resta-nos procurar dar resposta, ainda que sucinta, a duas questões, relativas ao fundamento e à natureza do estado de necessidade. No caso do direito público essa resposta é mais fácil. O fundamento do estado de necessidade corresponde à pretensão de autoridade que advém para os poderes públicos da sua prossecução do bem comum. Quanto à natureza, importa reconhecer no estado de necessidade uma quebra do princípio

da legalidade, ainda que visando a «*reposição da situação de normalidade legal*»²⁰. Nesta medida, a actuação em estado de necessidade significa uma autorização de exercício de um poder discricionário.

No caso do estado de necessidade do direito civil e do direito penal, o respectivo fundamento consistiria, na opinião de Menezes Cordeiro, num postulado de solidariedade entre as pessoas. Por outras palavras, a consagração do estado de necessidade daria abrigo «*à natural ajuda mútua entre os seres humanos, capazes de sacrificar o imediato, para salvar o essencial*».

Por outro lado, quanto à sua natureza, não se pode reconduzir, segundo Menezes Cordeiro, o estado de necessidade a um direito subjectivo, por lhe faltar a necessária especificidade. Estaria antes em causa uma permissão genérica, com um forte conteúdo funcional: trata-se da permissão de atingir bens juridicamente tutelados quando isso se mostre efectivamente necessário para salvaguardar bens superiores²¹. Em rigor não se compreende em que medida esteja aqui uma permissão genérica, sendo apenas claro que estamos perante uma posição jurídica que não é accionável perante os tribunais.

A fim de compreender as dificuldades relativas ao problema dos fundamentos do estado de necessidade, é talvez conveniente analisar aqui com alguma detenção os pensamentos de Kant e Hegel a este propósito.

Kant trata do estado de necessidade como exemplo do direito em sentido amplo, por oposição ao direito estrito, sendo que naquele, ao contrário deste último, «*a faculdade de coerção não pode ser determinada por nenhuma lei*». Neste âmbito enquadra Kant também a equidade, embora enquanto esta admita um direito sem coacção, o estado de necessidade envolve uma coacção sem direito²². Trata-se do pretensão direito de «*tirar a vida a outro, que não me fez mal algum, quando a minha própria vida está em perigo*». Kant entende que esta «*violência permitida contra alguém que não exerceu contra mim violência alguma*»²³, não deve ser entendida como objectivamente permitida pela lei, mas tão só admitida enquanto correspondente ao modo como subjectivamente

²⁰ Cfr. Diogo Freitas dos Amaral e Maria da Glória Garcia, “O Estado de Necessidade e a Urgência em Direito Administrativo”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 59, II, 1999, p. 493.

²¹ Cfr. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português, I – Parte Geral*, Tomo IV, Almedina, Coimbra, 2005, p. 446.

²² Cfr. Kant, *A Metafísica dos Costumes*, tradução, apresentação e notas de J. Lamego, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2005, p. 48.

²³ Cfr. Kant, *A Metafísica dos Costumes*, cit., pp. 50 e 51.

se pronunciaria a sentença de um tribunal. Kant esclarece o seu ponto de vista nos seguintes termos: «Não pode, de facto, haver nenhuma lei penal que imponha morte a quem num naufrágio, correndo com outro o mesmo risco de morte, o deitar fora da tábua em que se pôs a salvo, para se salvar a si mesmo. Pois a pena com que a lei ameaçasse não poderia, decerto, ser maior do que a de perder a sua vida. Num caso assim, semelhante lei penal não pode ter o efeito pretendido, porque a ameaça de um mal, que é ainda incerto (o da morte por sentença judicial), não pode superar o medo em face de um mal certo (isto é, morrer afogado)»²⁴.

O pensamento de Hegel sobre esta matéria estrutura-se, desde logo, sobre um exemplo muito diferente. Segundo ele, em casos de perigo extremo, a existência pessoal enquanto vida, estando em colisão com a propriedade legítima de alguém, pode pretender um direito de necessidade. Com efeito, as alternativas consistem na violação da existência com total perda de direitos, de um lado, e, do outro, a violação de um específico direito de propriedade, continuando a ser reconhecida a capacidade de direitos da parte agravada²⁵.

É significativo que Kant escolha como exemplo do estado de necessidade um caso que hoje teríamos de configurar como sendo abrangido pelo estado de necessidade desculpante, enquanto Hegel formula um caso de necessidade justificante, em que existe uma sensível superioridade do interesse a salvaguardar relativamente ao interesse sacrificado, nas palavras do artigo 34.º do Código Penal. Esta circunstância parece, à partida, confirmar aquelas teorias relativas ao fundamento do estado de necessidade que partem de uma diferenciação entre necessidade justificante e necessidade desculpante, assim parecendo renunciar à procura de um princípio unitário da figura.

De acordo com este modo de pensar, que parece estar subjacente à redacção dos artigos 34.º e 35.º do Código Penal, a «variante justificante» da acção ditada pela necessidade seria encarada, na perspectiva do «interesse social», como insusceptível de objecções, enquanto a «variante desculpante» seria considerada, na mesma perspectiva, como socialmente danosa e irracional, ainda que desculpável. Simplesmente, este modo de ver corresponde a aceitar uma concepção utilitarista do problema da legitimação do estado de necessidade justificante. Tal concepção encontra-se de um

²⁴ Cfr. Kant, *A Metafísica dos Costumes*, cit., p. 51.

²⁵ Cfr. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, § 127, pp. 239-240.

modo especial presente naquela teoria que pretende estabelecer uma analogia entre a ponderação de bens «*externa*», isto é, entre diferentes titulares de bens jurídicos no seio da sociedade, própria do estado de necessidade, e uma ponderação de bens «*interna*», isto é, ocorrida no seio da esfera jurídica de um mesmo indivíduo. Assim, os mesmos critérios que devem presidir à escolha do indivíduo em casos de colisões ocorridas no interior da sua esfera jurídica, devem também presidir à escolha da sociedade em relação a colisões ocorridas entre os seus membros. Tal como o indivíduo deve salvar a vida à custa da bolsa, também a sociedade, considerando o interesse geral, deve preferir a vida de A em detrimento da propriedade de B. O grande problema desta analogia, é bom de ver, reside no seguinte: os conflitos entre membros de uma sociedade, ao contrário dos conflitos ocorridos no interior da esfera de um indivíduo, são conflitos entre seres autónomos.

A ideia de um fundamento utilitarista da actuação do agente em estado de necessidade seria ainda completada pela ideia de um dever de solidariedade de todos aqueles que são atingidos pela actuação em estado de necessidade. Pois bem, este modo de ver as coisas é decididamente posto em causa pelo pensamento de Kant: o direito é uma articulação de seres livres que se relacionam enquanto tal e não enquanto seres determinados pela necessidade. Um conceito de direito assente na liberdade exclui quaisquer pretensões à criação de condições efectivas de liberdade e, portanto, também qualquer ideia de um dever de solidariedade. Daí que para Kant não haja sequer lugar para o estado de necessidade justificante.

No pensamento de Hegel, pelo contrário, parece haver maior abertura para a necessidade. O exemplo de que parte parece mesmo permitir afirmar que não existe uma diferença substancial entre o seu pensamento sobre o assunto, construído sobre a presença ineliminável de uma ponderação de bens e interesses, e uma concepção utilitarista do estado de necessidade justificante. Mas, na realidade, as coisas não são forçosamente assim. Enquanto Kant parte da oposição entre direito de necessidade como direito ambíguo, na verdade como um caso de força sem direito, Hegel entende o direito de necessidade como um direito em sentido próprio.

Para compreender a razão desta diferença é conveniente ter presente que, para além do «*direito abstracto*», como o direito de propriedade e o direito dos contratos, isto é, um direito a que são estranhas a satisfação das necessidades e desejos de cada um, mas que apenas atende aos requisitos de uma vontade livre, Hegel considera ainda a existência de um «*direito do bem*», entendido como direito da vida, isto é, como direito de cada sujeito livre à satisfação dos seus interesses ao longo da sua vida²⁶. Isto permite encarar o conflito subjacente ao estado de necessidade não como uma colisão de bens jurídicos, mas como uma oposição entre dois momentos da liberdade jurídica, isto é, uma oposição entre as pretensões de liberdade do «*direito abstracto*» e do «*direito do bem*». Esta inclusão do «*direito do bem*» enquanto momento da liberdade jurídica no contexto do estado de necessidade abre possibilidades que se encontram vedadas no contexto do pensamento de Kant. Enquanto para este último o perigo da situação de estado de necessidade constitui uma mera necessidade física cuja satisfação, à margem da compatibilidade com as leis de liberdade universais, não confere qualquer direito, o «*direito do bem*» perspectiva essas mesmas necessidades como implicações da liberdade, de modo a que a respectiva satisfação à custa da liberdade de outrem não é *a priori* contrária ao direito. Seja como for, e independentemente das dificuldades que este modo de ver suscita no contexto do pensamento hegeliano, a verdade é que estas considerações não conseguem alterar aquilo que na essência das coisas permanece o estado de necessidade justificante, isto é, uma violação da liberdade daquele que é afectado pela actuação em estado de necessidade²⁷.

1.2.3 Abuso do direito. Num caso decidido em 1855, um proprietário construiu uma falsa chaminé sem nenhuma outra utilidade senão a de fazer sombra sobre o prédio do vizinho; por sua vez, num caso de 1913, um proprietário rural construiu uma cerca de uma altura inusitada, encimada de varas de ferro com pontas aceradas para pôr em dificuldades as manobras dos dirigíveis de um hangar vizinho. Em ambos os casos, ocorridos em França, o tribunal ordenou a demolição das obras realizadas, com base em abuso do direito. Um outro exemplo, mais actual, seria o do senhorio que incentiva o inquilino a realizar obras, sem todavia as autorizar formalmente, para depois intentar uma acção de despejo, justamente com fundamento na realização de obras no locado não autorizadas.

²⁶ Cfr. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, § 127, pp. 232-233.

²⁷ Cfr. Wilfried Küper, “Von Kant zu Hegel: Das Legitimationsproblem des rechtfertigenden Notstandes und die freiheitsphilosophischen Notrechtslehren”, *JZ*, 4 de Fevereiro de 2005, pp. 105 e ss.

O artigo 334.º do Código Civil visa fazer face a estes problemas e, embora não o possamos aqui tratar, resulta claro estar em causa o exercício de um direito que em tese é conforme à lei, mas que as circunstâncias do caso revelam ser ilegítimo o respectivo exercício. Neste contexto, há até quem fale do abuso do direito como um «*instituto da equidade*», uma vez que se parte da inaceitabilidade de um conteúdo concreto que resultaria sem problemas do direito estrito²⁸.

1.3 Estrutura dos conceitos utilizados na legislação

1.3.1 Conceitos indeterminados. Por conceito indeterminado pode entender-se todo aquele conceito que não transmite comunicações claras quanto ao seu conteúdo em virtude de polissemia, vaguidade, ambiguidade, porosidade ou esvaziamento²⁹.

Conceitos polissémicos são aqueles que apresentam vários sentidos. Assim, na Constituição portuguesa, o termo «lei» pode significar lei formal da Assembleia da República, acto legislativo (que para além da lei parlamentar abrange também os decretos-leis e os decretos legislativos regionais), ou ainda acto normativo (que para além dos anteriores abrange ainda os regulamentos).

A vaguidade é a característica de conceitos que admitem, para além de uma zona de certeza negativa e positiva, ou núcleo, uma zona de incerteza ou periferia, em que se torna duvidoso se o conceito é, ou não, aplicável³⁰. Para além disso, é ainda necessário caracterizar o núcleo conceptual de forma «extensional», isto é, identificando os objectos ou casos nele incluídos, e de forma «intensional», através da delimitação dos traços distintivos que dizem respeito ao conceito. Exemplos de conceitos vagos são os de lei injusta ou imoral previsto no artigo 8.º, n.º 2, do Código Civil ou ainda o de «sector básico» previsto no artigo 86.º, n.º 3, da Constituição. Assim, como refere Gomes Canotilho, se é claro que a emissão de moeda se inclui nos sectores básicos em que é vedada a iniciativa privada, e que as indústria de cosméticos não se incluem em tal conceito, já se afigura mais problemático saber se as empresas de seguros estão por ele abrangidas.

²⁸ Neste sentido, cfr. Susana Brito, “Equidade – Um «justo que é mais justo»”, *cit.*, p. 14.

²⁹ Segue-se a caracterização proposta por Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contribuição para o Estudo das Normas Constitucionais Programáticas*, Coimbra Editora, Coimbra, 1982, pp. 430 e ss., e seguida por Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 1983, pp. 1177 e ss.

³⁰ Cfr. Heck, *Jurisprudência dos Interesses*, pp.

Conceitos ambíguos são aqueles que resultam de combinações de palavras no texto legal de tal modo imprecisas que não permitem ver com clareza a que palavra ou frase se referem outras palavras ou frases. Por outras palavras, trata-se daqueles conceitos que são susceptíveis de ser reportados a mais de um dos elementos integrados na proposição onde o conceito se insira. Assim sucederia com a ambiguidade da frase «natureza análoga» (análoga a quê?), no artigo 17.º da Constituição ou ainda com o artigo 1352.º, n.º 3, do Código Civil, quando se estipula que «Todos os proprietários que participam do benefício das obras são obrigados a contribuir para as despesas delas, em proporção do seu interesse...» (interesse dos proprietários ou interesse das obras?).

A porosidade ocorre quando um conceito empírico se vê confrontado com novas «experiências» ou «descobertas» não previstas pelo legislador, como sucede com os órgãos humanos ou os embriões em face do artigo 1302.º do Código Civil, que estabelece que só as coisas corpóreas podem ser objecto do direito de propriedade.

Finalmente, os conceitos vazios são aqueles em que o conteúdo de informação do conceito é diminuto ou o seu sentido extremamente impreciso, daí resultando um amplo espaço de conformação para os órgãos aplicadores do direito, como sucede com os conceitos de «dignidade humana», «independência nacional».

Para além destas características dos conceitos indeterminados, podemos ainda isolar uma outra, relativa à remissão para realidades extra-jurídicas, isto é, para concepções sociais, éticas ou mesmo político-ideológicas, incorporando assim o seu conteúdo e, também, é importante salientar, as variações do mesmo³¹.

Feita esta caracterização dos conceitos indeterminados, tornam-se necessários vários esclarecimentos.

O primeiro, e mais importante, prende-se com o desafio colocado pela existência destes conceitos nas leis à mencionada autonomização entre interpretação e aplicação do direito. Com efeito, é usual dizer-se que a aplicação de leis contendo conceitos indeterminados

³¹ Cfr. Ernst-Wolfgang Böckenförde, “Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel”, in *Staat, Nation, Europa: Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1999, p. 149.

carece de preenchimento ou valoração por parte do intérprete-aplicador, conferindo assim a este uma ampla liberdade de conformação. Por outras palavras, a decisão do caso obtém-se apenas, quando esteja em causa a aplicação de conceitos indeterminados, através da respectiva complementação com valorações por parte do intérprete-aplicador. E repare-se que isto acontece tanto com os conceitos indeterminados descritivos, isto é, reportados a realidades fácticas, como «anoitecer», «perturbação do sossego» ou «escuridão», como com os conceitos indeterminados normativos, como «desonroso» ou «baixo». Tanto num caso, como no outro, o conceito indeterminado não pode prescindir da mediação valorativa do intérprete-aplicador. Como afirma Menezes Cordeiro, a distinção entre conceitos indeterminados normativos e descritivos atende à natureza da linguagem utilizada, que é comum no primeiro caso e técnico-jurídica no segundo, mas não há necessidade ou desnecessidade de valorações por parte do legislador. Isto dito, há que reconhecer que o tipo de valoração a que apelam os conceitos indeterminados normativos é mais acentuado. Assim, o conceito indeterminado normativo de «bons costumes» exige uma maior valoração do que o conceito indeterminado descritivo de «local ermo».

O segundo esclarecimento diz respeito à natureza não exclusiva da caracterização dos conceitos indeterminados acima efectuada. De modo especial, importa acentuar que a característica da vaguidade é cumulável com todas as demais características dos conceitos indeterminados, pois em relação a todos eles é possível indicar uma área comunicativa clara e uma zona indefinida. Aliás, pode mesmo afirmar-se que as restantes características da indeterminação se agravam consoante passamos do núcleo do conceito para a sua periferia.

1.3.2 Cláusulas gerais. As cláusulas gerais exprimem-se normalmente através de conceitos indeterminados³², como sucede com a «justa causa», a «boa fé», etc. Mas não é necessário que assim aconteça: Menezes Cordeiro aponta o exemplo do artigo 483.º, n.º 1, do Código Civil, ao cominar o dever de indemnizar àquele que «com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios...», assim apartando a responsabilidade civil da responsabilidade penal, dominada pela tipicidade. O traço distintivo da cláusula geral consiste, pois, na respectiva oposição a uma regulamentação casuística ou tipificada, caracterizando-se assim por uma grande abertura, deixando bastante indefinidos os casos a que virá a aplicar-se.

³² Cfr. Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 1983, p. 116.

A cláusula geral não tem propriamente que ver com a natureza dos conceitos utilizados pelo legislador, mas com uma técnica aberta de regulamentação. Como é bom de ver, a cláusula geral, se facilita a tarefa do legislador, confere um poder apreciável ao intérprete-aplicador.

1.3.3 Tipos. A compreensão do que sejam os tipos alcança-se sobretudo pela sua contraposição aos conceitos. Assim, diz-se que, ao contrário do conceito geral-abstracto, o tipo não é definível mas apenas apenas explicitável, não é fechado, mas aberto, manifestando-se como mediação entre a ideia de Direito e a situação da vida. O tipo é aquela expressão usada na lei que descrevemos, esclarecemos e assim tornamos aplicável, mas que não podemos definir através da indicação de notas já estabelecidas e que ocorrem em todos os casos, sendo também suficientes. Pelo contrário, as notas características indicadas na descrição do tipo não precisam, pelo menos algumas delas, de estar todas presentes, podendo nomeadamente ocorrer em medida diversa. Assim, quando o artigo 493.º, n.º 1, do Código Civil prevê a responsabilidade daquele que «tiver em seu poder coisa móvel ou imóvel» pelos danos causados pela coisa, deve entender-se que a expressão «ter em seu poder» exprime um tipo na medida em que tanto pode significar o domínio imediato como uma relação de domínio proporcionada por outrem³³.

Podem ainda indicar-se outros exemplos próximos. Assim, o artigo 23.º, n.º 1, alínea c), do Decreto-Lei n.º 254/2007, de 12 de Julho, que atribui às entidades aí previstas, em caso de acidente grave envolvendo substâncias perigosas, a competência para «notificar o operador para adoptar as medidas que a médio e longo prazo se revelem necessárias». Ora, nos termos do artigo 2.º, alínea i), do mesmo diploma, «operador» significa «qualquer pessoa singular ou colectiva que explore ou possua o estabelecimento ou instalação ou qualquer pessoa em quem tenha sido delegado um poder económico determinante sobre o funcionamento técnico do estabelecimento ou instalação». No mesmo sentido, cabe ainda indicar o disposto no Decreto-Lei n.º 312/2003, de 17 de Dezembro, que prevê as medidas de recolha, abate e esterilização de animais perigosos. As medidas de recolha e esterilização, previstas nos artigos 10.º e 14.º do citado diploma, são praticadas a expensas do detentor; a medida de abate é efectuada sem que ao detentor caiba qualquer indemnização, nos termos previstos no artigo 11.º. Ora, segundo o artigo 2.º, alínea d), do mesmo diploma, «detentor» é «qualquer pessoa, individual ou colectiva, que mantenha sob a sua responsabilidade, mesmo que a título temporário, um animal perigoso ou potencialmente perigoso». As

³³ Cfr. Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, cit., pp. 260-261.

expressões «poder económico determinante» ou «manter sob a sua responsabilidade» exprimem tipos na medida em que podem significar realidades jurídicas diversas.

1.3.4 Princípios. Tradicionalmente costumava distinguir-se entre normas e princípios, querendo-se com isso, por vezes, significar que os princípios não teriam a mesma força jurídica das normas, sendo apenas meios auxiliares para a respectiva interpretação. Actualmente, tende a conceber-se a distinção entre regras e princípios como uma distinção entre duas espécies de normas³⁴, cujo conceito já anteriormente foi exposto e debatido.

Como distinguir, então, no âmbito do conceito de norma, entre regras e princípios? Gomes Canotilho aponta vários critérios que têm sido sugeridos para o efeito: a) de acordo com o critério do grau de abstracção, os princípios são normas com maior grau de abstracção do que as regras; b) de acordo com o critério da determinabilidade, os princípios carecem de mediações concretizadoras, enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa; c) de acordo com o critério da fundamentalidade no sistema de fontes, os princípios são normas de natureza estruturante, devido à sua posição hierárquica dentro do sistema de fontes (por ex., princípios constitucionais) ou à sua importância substancial (por ex., princípio do Estado de Direito); d) de acordo com o critério da proximidade da ideia de direito, os princípios radicam directamente na ideia de justiça, enquanto as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional; finalmente, os princípios têm, uma natureza normogénica que falta às regras, no sentido em que aqueles são que estão na base ou constituem a razão de ser destas últimas.

Em face do exposto, colocam-se duas questões. Em primeiro lugar, saber se os princípios têm apenas uma função interpretativa, ou se configuram verdadeiras normas de conduta. A resposta a esta questão já está implícita na caracterização dos princípios como espécie de normas e não como realidades contrapostas a normas.

Em segundo lugar, importa determinar se entre regras e princípios existe uma mera diferença de grau ou uma verdadeira diferença qualitativa. A tese de que existe uma diferença qualitativa, e não meramente de grau, entre as duas realidades assenta essencialmente em dois argumentos. (i) Os princípios são aplicáveis em termos de uma optimização, em termos de uma realização na maior medida possível, em face dos

³⁴ Cfr. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 1160.

circunstancialismos fácticos e jurídicos existentes; pelo contrário, as regras são aplicáveis em termos de tudo ou nada (Dworkin). Deste modo, ao constituírem exigências de optimização, os princípios são susceptíveis de uma ponderação, consoante o seu peso relativo, na presença de outros princípios conflituantes. Assim, a existência de conflitos entre o princípio de igualdade e o princípio de liberdade, ambos previstos na Constituição (artigos 13.º e 26.º, n.º 2) não afecta a validade simultânea de ambos; pelo contrário, a existência de regras de sinal contrário implica uma antinomia que deve ser resolvida segundo os critérios de resolução de conflitos vigentes no ordenamento (por exemplo, a lei posterior revoga a lei anterior, a lei constitucional prevalece sobre a lei ordinária). (ii) Directamente decorrente do que acaba de ser dito, podemos dizer que os princípios de sinal contrário conflituam, mas não se excluem, como sucede com as regras opostas. Entre estas existem antinomias, a ser resolvidas segundo critérios vigentes no ordenamento, como se disse.

A questão que se coloca é a de saber se estas diferenças apontam para uma diferença qualitativa ou uma mera diferença de grau entre princípios e regras. Mas estas diferenças qualitativas ocorrem apenas se pensarmos a existência de conflitos entre princípios entre si, por um lado, e regras entre si, por outro. As coisas mudam de figura se admitirmos a existência de conflitos entre princípios e regras. O artigo 497.º, n.º 2, exprime o princípio de que as os tribunais não devem se colocados na alternativa de contradizer ou reproduzir uma decisão anterior. Esse princípio é concretizado através dos conceitos de litispendência e de caso julgado: existe litispendência quando uma causa se repete, estando a anterior ainda em curso; se a repetição se verifica depois de a primeira causa ter sido decidida por sentença que já não admite recurso ordinário, há lugar à excepção do caso julgado. O artigo 498.º estabelece os requisitos da litispendência e do caso julgado, estipulando que uma causa se repete quando se propõe uma acção idêntica a outra quanto aos sujeitos, ao pedido e à causa de pedir.

Imaginemos agora que uma acção é proposta por uma ONGA com o propósito de impedir a construção, por exemplo, de uma barragem, invocando que a mesma causa danos irreparáveis ao ambiente. A acção improcede, mas surge uma outra ONGA a apresentar uma outra acção visando o mesmo efeito jurídico. Não há dúvida que não se verifica identidade de sujeitos, porque as partes não são as mesmas, mas também não existem dúvidas que o princípio subjacente aos conceitos de litispendência e caso julgado é

claramente afectado: não colocar o tribunal na alternativa de contradizer ou reproduzir uma decisão anterior. Este é um exemplo de um conflito entre um princípio e uma regra em que o primeiro pode e deve prevalecer, o que significa desde logo que a aplicação das regras não é sempre um caso de «tudo ou nada», nem se reveste necessariamente de carácter conclusivo. Ora isto afecta decisivamente a ideia de que existe uma diferença qualitativa entre regras e princípios, sem com isso pôr em causa, todavia, a distinção³⁵.

1.4 O método tradicional de aplicação da lei. A exposição antecedente demonstra que a ideia de uma autonomia ou independência entre as operações da interpretação e da aplicação da lei não é viável. Ao mesmo tempo, a existência de conceitos indeterminados, cláusulas gerais, tipos e princípios questiona a concepção da aplicação da lei segundo o modelo de uma dedução das decisões do caso a partir da lei através de uma subsunção lógica. O aspecto central da realização do direito e também da justificação da decisão envolve sempre ponderações do juiz que se prendem com juízos de valor.

Como se processa a subsunção? O juiz começa por estabelecer, com base no Código Penal, uma proposição enunciativa geral do tipo: «o homicida deve, segundo o artigo 131.º do Código Penal, ser punido com pena de prisão de 8 a 16 anos». Com esta premissa maior, que é um juízo normativo no sentido lógico, isto é, com pretensão de verdade, o juiz combina a menor: M é assassino, para obter a partir daí a conclusão: M deve, segundo o artigo 131.º do Código Penal, ser punido com pena de prisão de 8 a 16 anos.

É, portanto, a partir de implicações gerais com conteúdo normativo que são obtidas, por via dedutiva, as concretas proposições normativas. Na lógica entende-se por silogismo de subsunção um silogismo que ocorre de modo a que os conceitos de menor extensão se subordinem aos de maior extensão, isto é, se subordinem a estes. Assim, por exemplo, o conceito de «homem» pode subsumir-se ao conceito de «mamífero», porque todas as notas necessárias e suficientes para a definição de «mamífero» se repetem também no conceito de «homem» plenamente definido. Todavia, no caso do direito não são os conceitos mais restritos que são subsumidos a conceito mais amplos, mas, segundo parece, são os factos que são subsumidos à previsão configurada na lei. Todavia, se virmos bem, não são os factos que são subsumidos, mas a enunciação de uma situação de facto, ocorrida enquanto

³⁵ Cfr. Hart, *O Conceito de Direito*, 2.ª ed. com um pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz, tradução de A. Ribeiro Mendes, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1995, p. 321; Miguel Nogueira de Brito, *A Constituição Constituinte: Ensaio sobre o Poder de Revisão da Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pp. 315 e ss.

tal. A situação de facto como enunciado, tal como aparece na premissa menor do silogismo de determinação da consequência jurídica e também no silogismo de subsunção, tem que ser distinguida da situação de facto enquanto fenómeno da vida.

Pois bem, aquando do julgamento sobre se a situação de facto descrita preenche as notas características da previsão legal, torna-se notório que a descrição da situação de facto ocorre na linguagem comum, mas que a linguagem da lei contém expressões próprias e conceitos de um elevado grau de abstracção. Assim, a lei fala de anulação de declaração negocial, mas o que ocorre na realidade é que alguém não se considera vinculado pela estipulação em causa. Do mesmo modo, a lei fala de coisas móveis, mas o que temos na realidade são mesas, cadeiras, dinheiro, etc. Ora, qualificar a formação da premissa menor somente como «subsunção», nos termos expostos, desconsidera a participação decisiva do acto de julgar. Isto é, desconsidera o carácter próprio de um juízo de percepção sobre a situação de facto que nem sempre pode ser reconduzido a uma simples definição dos conceitos abstractos contidos na lei. Por exemplo, a certa altura está em causa já não saber se o dinheiro é uma coisa móvel, mas se determinada realidade pode ser considerada como dinheiro.

Por outro lado, e isto afigura-se essencial, os conceitos indeterminados e os demais conceitos enunciados que envolvem pautas de valoração carecidas de preenchimento subtraem-se a uma definição segundo determinadas notas fornecidas pelos conceitos utilizados na lei. Retornemos ao homicídio, mas agora o homicídio qualificado previsto no artigo 132.º do Código Penal: «Se a morte for produzida em circunstâncias que revelem especial censurabilidade ou perversidade, o agente é punido com pena de prisão de 12 a 25 anos». Saber se ocorrem essas circunstâncias já não releva da simples definição de determinadas notas que ocorrem na previsão legal, mas antes pressupõe uma coordenação valorativa. Por outras palavras, em vez do juízo que nos diz se as notas distintivas indicadas na previsão estão presentes na vida real, existe o juízo que nos diz se a situação de facto realmente ocorrida se aproxima de uma outra em todos os aspectos decisivos para o julgamento. Temos de tomar como ponto de referência não as notas definidas na previsão legal, mas outras situações de facto que apelam a uma valoração própria do intérprete-aplicador. Não existe uma subordinação da situação de facto ao conceito carecido de valoração, mas uma coordenação, um diálogo entre ambos. O juízo a fazer à margem da

subsunção já não é um simples juízo de percepção, mas antes um verdadeiro juízo valorativo.

1.5 Certeza e justiça; direito legislado e direito justo. Na última expus o método da subsunção, que pretende fazer ver a operação da aplicação da lei como um simples mecanismo de subordinar os factos da vida real aos conceitos da lei. Não vou agora repetir os limites dessa visão das coisas, mas tão só expor os seus pressupostos filosóficos ou, se se preferir, na sua fundamentação teórica.

Esses pressupostos encontram-se bem claros no pensamento de alguns autores importantes do Iluminismo.

Em primeiro lugar, cabe aqui mencionar Montesquieu (1689-1755). Para Montesquieu verifica-se um triunfo da liberdade quando a lei define geralmente o seu objecto e se limita a prescrever na sua generalidade a regra a respeitar, o delito punível. Deste modo, a lei é ao mesmo tempo clarividente e cega. Essa a razão de a justiça ser representada com uma venda. Se a independência dos juizes for preservada, o poder de julgar tornar-se-á, por assim dizer invisível e nulo. Deste modo, a sentença do juiz decide se a pessoa do acusado cai ou não sob a alçada de uma lei que designa impessoalmente os delitos e as penas. Quando a sentença é pronunciada por um juiz que se limita à interpretação escrupulosa da lei «*não é de modo algum o homem que faz violência ao homem*». O magistrado não estatui enquanto pessoa, mas enquanto servidor da lei. Os juizes não são mais do que «*a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não podem moderar nem a força nem o rigor da lei*»³⁶.

O segundo nome que ocorre pronunciar é o de Cesare Beccaria e o seu famoso livro *Dos Delitos e das Penas*, de 1764, o primeiro e mais famosos crítico moderno da tortura e da pena de morte.

Na secção IV deste livro escreveu Beccaria: «*O poder de interpretar as leis penais não pode recair sobre os juizes criminaes pela simples razão de que eles não são legisladores. (...)*

Para qualquer delito deve o juiz construir um silogismo perfeito: a premissa maior deve ser a lei geral; a menor, a acção conforme ou não à lei; a conclusão, a liberdade ou a pena.

³⁶ Cfr. Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, tome I, ed. de Robert Derathé, Garnier, Paris, 1973, Livro XI, Cap. VI, p. 176.

(...) Quando um código de leis fixas, que se devem observar à letra, não deixa ao juiz outra tarefa que não seja a de examinar as acções dos cidadãos, e de as julgar conformes ou não conformes à lei escrita, quando a norma do justo ou do injusto, que deve dirigir as acções, quer do cidadão ignorante, quer do cidadão filósofo, não é uma questão de controvérsia, mas de facto, então os súbditos não estão sujeitos às pequenas tiranias de muitos, tanto mais cruéis quanto menor é a distância entre quem sofre e quem faz sofrer (...). É assim que adquirem os cidadãos aquela segurança de si mesmos, que é justa, porque é o objectivo com o qual vivem os homens em sociedade; que é útil, porque os coloca em situação de calcular com precisão os inconvenientes de um crimes³⁷.

É certo que os pressupostos filosófico-políticos deste método subsuntivo não podem ser completamente afastados: a ideia da lei como expressão da vontade geral e o juiz como servidor da lei; mais do que isso, a ideia de que o direito apenas respeita a liberdades das pessoas quando a sua aplicação é impessoal e não exprime o poder de uns sobre os outros.

Todavia, a exigência radical de literalismo na aplicação do direito leva já, em si mesma, o reconhecimento da inevitabilidade da interpretação jurisdicional autónoma e o papel activo dos juízes no processo de realização do direito³⁸.

Por outro lado, os pressupostos filosófico-políticos da subsunção são postos em causa, não apenas pelas dificuldades práticas que referi, mas também pela impossibilidade de aceitar, sem mais, a ideia de que a lei é uma simples expressão da vontade geral. As alterações das democracias representativas induzidas pelos partidos políticos, a distância entre representantes e representados, o desinteresse pela política, são factores conhecidos.

E é assim que a este modelo monolítico da aplicação da lei se substitui um outro que tende a reconhecer a presença simultânea e irreduzível, de um direito estrito e um direito equívoco, ou, por outras palavras, a existência de uma tensão entre direito legislado e direito justo, entre segurança e justiça.

Exemplo de um pensamento que procura articular estes dois aspectos na compreensão da tarefa do juiz ou do aplicador do direito é o Ronald Dworkin. Este autor compara a tarefa do juiz à de um escritor de novelas e imagina que a esse escritor tenha sido dada a missão

³⁷ Cesare Beccaria, *Dos Delitos e das Penas*, tradução de José de Faria e Costa, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1998, pp. 68 e 70.

³⁸ Cfr. A. Castanheira Neves, *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica – I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 29-33.

de completar uma novela, parte ou partes da qual foram escritas por outros. O desafio é o de continuar a novela fazendo a partir do material que é dado a melhor continuação possível da novela. Dworkin sustenta que ao executar esta tarefa o escritor actua sujeito a dois limites. Por um lado, a dimensão do ajustamento: o modo como o escritor continua a história deve ser consistente com o material que lhe for fornecido pelos outros autores. Por outro lado, a dimensão estética: o modo como o escritor executa a sua tarefa depende de saber como pode ele tornar melhor, de um ponto de vista da criação literária, o trabalho em progresso.

Aplicada ao direito, a dimensão do ajustamento exprime a preocupação de uma decisão em conformidade com as fontes; a dimensão da justiça, por seu turno, envolve a escolha entre as diversas interpretações que são susceptíveis, cada uma delas, de satisfazer o teste do «limiar do ajustamento». Assim todo o direito envolve simultaneamente, em maior ou menor medida, as duas dimensões³⁹.

2. Bases da metodologia jurídica

2.1 Metodologia e filosofia do direito. O que é a metodologia? Trata-se da reflexão do direito sobre o seu próprio proceder, sobre os modos de pensamento e meios de conhecimento de que deita mão. Quando falamos de concepções metodológicas do direito não estamos a falar de filosofia do direito, isto é, da pergunta pelo sentido do direito e a sua razão de ser, ainda que tais concepções pressuponham sempre uma filosofia. Por outras palavras, na discussão metodológica tornam-se notórias as posturas filosóficas de base. É isso mesmo que vamos ter ocasião de confirmar já de seguida, através de uma breve síntese, quase um glossário, das principais concepções sobre a metodologia do direito.

2.2 Exegese. A designada «escola da exegese» exprime uma orientação metodológica, com origem em França e mais propriamente desenvolvida em torno do fascínio provocado pelo Código Civil francês de 1804, que se caracteriza por um excessivo apego à lei. A função do jurista consiste apenas em analisar e explicar os textos legais e o direito identifica-se com a lei. É claro que esta orientação não reconhece qualquer papel activo ao juiz e, em geral, ao

³⁹ Cfr. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, p. 340; idem, *A Matter of Principle*, p. 143; idem, *Law's Empire*, p. 90.

aplicador do direito. No fundo, trata-se de uma corrente que tende a identificar a aplicação da lei com o método subsuntivo.

2.3 Jurisprudência dos conceitos. Também de acordo com esta orientação, neste caso oriunda da Alemanha, o juiz limita-se à subsunção lógica da matéria de facto nos conceitos jurídico. De acordo com esta corrente, o ordenamento é pensado como um sistema fechado de conceitos jurídicos, promovendo o primado da lógica no trabalho científico do direito (Larenz, p. 57).

Traço próprio da jurisprudência dos conceitos é a dedução de princípios jurídicos a partir de meros conceitos: do conceito de pessoa jurídica retira-se a consequência de que a pessoa é susceptível de ser ofendida e recriminada. Os conceitos servem de fonte de conhecimento. Como refere Arthur Kaufmann, trata-se de um ontologismo, em que a existência procede da essência e que está também na base da famosa prova ontológica da existência de Deus: do conceito de ser mais perfeito resultaria necessariamente a sua existência, pois, caso contrário, ele não seria perfeito (cfr. Introdução à Filosofia do Direito, p. 168). Dito de outro modo, os conceitos são entendidos como causais em relação às soluções que lhes são assim imputadas no contexto de uma clara inversão metodológica. Os conceitos traduzem reduções simplificativas da realidade, pelo que pretender explicar a realidade à luz do conceito traduz uma inversão metodológica (Menezes Cordeiro, pp. XIV e CIII)

2.4 Jurisprudência dos interesses. Esta orientação metodológica concebe o direito como tutela de interesses, o que não significa apenas que os preceitos legislativos visam delimitar interesses, mas são, em si próprios produtos de interesses. A interpretação deve remontar, por sobre as concepções do legislador, aos interesses que foram causais para a lei. Exigência metodológica fundamental: conhecer com rigor, historicamente, os interesses reais que causaram a lei e de tomar em conta, na decisão de cada caso, os interesses que assim se descobriam (Larenz, p. 59).

Este entendimento visa reagir aos excessos da jurisprudência dos conceitos, mas acaba por cair no extremo oposto. A crítica ao conceptualismo conduziu a um renegar questionável da conceptualidade presente nas leis.

2.5 Jurisprudência dos valores. A expressão «interesse» era entendida de modo equívoco na jurisprudência dos interesses, exprimindo ora o factor causal da motivação do legislador, ora o objecto das valorações por ele empreendidas, ora ainda o critério da valoração. A jurisprudência dos valores opta por estas últimas compreensões. Nos seus termos, o juiz não se limita a fazer decorrer a decisão da lei, nem sequer das valorações do legislador, mas é muitas vezes confrontado com um quadro normativo que tem de preencher mediante uma valoração adicional. O juiz não se limita a subsumir logicamente as situações de facto em representações existentes do comando, mas sempre que esse caminho não leve por si só ao fim em vista, tem de ampliar as disposições da lei de harmonia com juízos de valor (Larenz, p. 64).

O problema que esta orientação metodológica coloca é o seguinte: muitas vezes a valoração do legislador dá lugar à valoração pessoal do juiz, a qual não pode ser comprovada de acordo com um critério objectivo, mas exprime um acto de opção pessoal, não passível de fundamentação racional (Larenz, p. 141).

É claro que esta consequência só se dá quando não se admita a susceptibilidade de fundamentação dos juízos de valor. Mas não é necessário que assim aconteça. Desde logo, não será fruto de uma valoração pessoal do juiz a decisão que invoque os valores positivados nos direitos fundamentais (Larenz, p. 143).

2.6 Jurisprudencialismo. Trata-se da orientação metodológica proposta por A. Castanheira Neves, para o qual o Direito é a solução fundamentada de problemas práticos. «Prático» no sentido de «ético», *i.e.*, responde à pergunta «O que *devo* fazer?». Esta frase é importante por referir o *problema*. O problema prático, e não a norma na sua generalidade e abstracção, reclama uma valoração jurídica, é a origem do Direito. Por isso mesmo, a necessidade de fundamentação é o outro elemento essencial a reter. Veja-se a definição — de C. Neves, mas cujos limites o próprio Autor aponta: «O direito é imediatamente para o jurista a totalidade das suas soluções jurídicas positivadas». Mas ao compreender o direito como um conteúdo acabado esta definição seria errada. Ao direito como objecto há que acrescentar o direito como intenção prático-normativa (*Relatório*, 1976, p. 21, in *Curso de Introdução ao estudo do direito*). Isto significa reconhecer que o Direito não é apenas uma ciência do conhecimento, mas também uma ciência da decisão (cfr. *Relatório*, cit., p. 56).

2.7 Pensamento sistemático. A fim de compreender o sentido do pensamento sistemático no direito, convém começar por partir da distinção entre sistema externo e sistema interno, elaborada por Heck. Segundo este autor haveria que distinguir entre o direito como um sistema externo, apenas com um valor de exposição do material jurídico e não um valor de cognição, o qual deveria servir apenas para a formulação e a ordenação extrínseca do material jurídico. O sistema externo assenta nos chamados conceitos classificatórios, como o conceito de «direito subjectivo» e o de «acto ilícito» e procede por via de indução e abstracção. Em contraposição a estes conceitos, há os conceitos de interesse, que são do maior interesse para a investigação dos interesses da vida e, por conseguinte, para a interpretação e aplicação do direito. Assim, o conceito classificatório de direito de crédito exprime o direito subjectivo que o credor tem de exigir uma acção ou prestação a outra pessoa, o devedor. Pelo contrário, o conceito de interesse da obrigação consiste em esta servir o escopo da satisfação do credor através de um sacrifício imposto ao devedor.

O sistema externo não serve apenas para a exposição da matéria do Direito, mas também para permitir ao juiz a subsunção lógica. A este opõe-se o sistema interno que resulta do nexu objectivo entre as soluções dos problemas que propicia a investigação dos interesses.

A contraposição entre sistema externo e sistema interno não pode ser mantida se com ela se quiser significar a irrelevância do primeiro, remetida para a actividade do estudioso, afastado da realidade prática, como acontecia com a visão de Heck, o autor da distinção. Pelo contrário, há que reconhecer a interpenetração entre sistema externo e sistema interno. Só manuseamento do sistema externo permite conhecer as conexões materiais internas do direito, assentes nos conceitos de interesse. Por outras palavras, a ordenação exterior vai moldar o pensamento de que vai depender a concretização do direito. Ao mesmo tempo, o sistema interno provoca modificações do sistema externo. O pensamento sistemático deixa, assim, de ser concebido como fechado, axiomático e dedutivo, antes comportando todas as operações e realidades que a moderna doutrina tem vindo a isolar e que já foram mencionadas.

Nesta medida, o pensamento sistemático significa o esforço de redimir os conceitos classificatórios do ensimesmamento em que a distinção rígida entre sistema externo e sistema interno o encerrava. Assim, em lugar de uma distinção rígida entre sistema externo

e sistema interno tende a salientar-se a abertura do sistema científico (com alguma correspondência com a ideia de sistema externo), como incompletude do conhecimento científico, e a abertura do sistema objectivo (correspondente ao sistema interno e entendido como unidade da ordem jurídica), como modificabilidade dos valores fundamentais da ordem jurídica (Canaris, pp. 106-107).

2.8 Natureza das coisas. A natureza das coisas é um conceito de que tende a superar a ideia de que «ser» e «dever ser», «valor» e «realidade», são dois domínios completamente separados, antes se apresentando como interrelacionados. Do que se trata é de levar o ser e o dever ser a corresponderem-se em toda a estatuição e achamento do direito.

Como parece claro, esta correspondência entre ser e dever ser não ser levada a cabo no contexto de um silogismo judiciário, mas apenas na elaboração de uma analogia, uma vez que a norma e a situação de facto não seriam nunca completamente idênticas, mas apenas semelhantes. O sentido da lei não se deixa averiguar sem o sentido, ou a «natureza» da situações da vida a julgar.

A «natureza das coisas» remete para a forma de pensamento do tipo que, ao contrário do conceito geral e abstracto não é definível, mas tão só explicitável.

A analogia que aqui se tem em vista não é, evidentemente, a analogia entre duas situações da vida, como anteriormente vimos (e é nesse sentido que é proibida a analogia em direito penal), mas a comparação entre uma situação de facto e uma norma, concluindo-se, ou não, pela concordância do sentido que é significado pela norma e pela situação de facto.

2.9 Historicismo. Na Alemanha, um como reacção contra a Revolução francesa e o que se entendia ser o seu racionalismo radical, surgiu, na passagem do séc. XVIII para o XIX e integrada no movimento do romantismo, a designada Escolha Histórica do Direito que pretendia ver no direito e nas suas instituições produtos da cultura histórica de cada nação. A concepção do direito própria desta doutrina acentuava o sentimento e a intuição contra o racionalismo e a intelectualidade, contra o universalismo o particularismo nacional, contra a centralização o respeito pelas instituições sociais anteriores ao direito positivo do Estado, contra a revolução a evolução das instituições. Neste contexto, cabe salientar o nome de

Savigny (1779-1861) e a sua recusa do movimento da codificação tendo ficado famoso o seu panfleto de 1814 *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*.

Se se deve considerar ultrapassada a visão da ciência do direito propugnada pela Escola Histórica, o certo é que a natureza cultural do direito nos aparece como a sua herança irrenunciável. A ordem jurídica é assim encarada como uma criação humana, configurada por uma evolução lenta e paulatina que a torna insubsumível em modelos rígidos de lógica formal (Menezes Cordeiro, p. LXI). A realização do direito deve, pois, ter em conta esta realidade pré-dada ainda que não se reduza a ela e necessite de a estruturar segundo modelos científicos.

2.10 Funcionalismo. De acordo com uma outra visão, a metodologia do direito não deve orientar-se sobretudo pela formação e explicitação dos conceitos, nem tão pouco deve atender às especificidades do caso. Tudo isso é acessório ao verdadeiro modo de proceder do direito, que consiste em promover a eficiência económica. Trata-se assim de uma orientação metodológica funcionalista, que conforma o modo de actuar do direito em função dos resultados que permite atingir e que são definidos com independência do próprio direito, ao qual é reservada apenas uma função instrumental na prossecução de tais resultados.

Assim, quando analisamos um direito, como o direito de propriedade, não interessa a análise dos poderes e faculdades que integra, bem como as vinculações a que o seu titular pode ser sujeitos. Pelo contrário, os direitos de propriedade constituem o pressuposto de um comportamento economicamente eficiente e racional dos indivíduos e consistem essencialmente em direitos de uso exclusivo de recursos escassos e direitos de transferir tais direitos de uso. Três aspectos desta noção devem ser esclarecidos. (i) O propósito da aquisição dos direitos de propriedade consiste em facilitar o comportamento económico dos indivíduos, isto é, em diminuir os seus riscos de perda e melhorar as suas perspectivas de maximização de utilidades. A função primária dos direitos de propriedade consiste na “interiorização das exterioridades”, isto é, no processo que torna relevantes para as pessoas que interagem, através da constituição ou modificação de direitos de propriedade, todos os custos e benefícios inerentes às relações de interdependência social. Se admitirmos, em termos lockeanos, que a junção do trabalho a um recurso da natureza confere um direito de propriedade ao trabalhador sobre ele, poderemos dizer que a propriedade “interioriza as

exterioridades do trabalho”, reservando o seu produto ao trabalhador, isto é, atribuindo-lhe todos os benefícios do seu trabalho, e fazendo-o sofrer as consequências da sua negligência. (ii) Quanto ao conteúdo, parece claro que o conceito de “*property rights*” compreende quaisquer direitos de actuação sobre um recurso, no sentido em que não se limita à relação proprietário / objecto da propriedade / terceiros, mas faz de todas as possibilidades de actuação sobre um bem direitos de exclusivo. Por outras palavras, todos os direitos são direitos de propriedade. O que verdadeiramente importa é a repartição eficiente de recursos naturais, e é em vista dessa repartição que faz sentido a fixação vinculativa de direitos de actuação sobre eles, por forma a reduzir os custos de transacção relativos à sua aquisição e defesa e a permitir aos indivíduos um uso mais intensivo e efectivo dos recursos que lhes estão exclusivamente afectados do que seria o caso se eles estivessem sujeitos a um regime de uso comum. (iii) Finalmente, e decisivamente, a teoria dos “*property rights*” coloca a ênfase no uso racional do objecto da propriedade, em detrimento da figura do proprietário. A ordem da propriedade visa a manutenção dos *property rights* e a sua eficiente conformação, do ponto de vista do respectivo conteúdo, não pensando a propriedade em termos da pessoa. A propriedade tutela um resultado economicamente eficiente, não o proprietário. Como afirma Richard Posner, “a eficiência requer um mecanismo através do qual [o dono actual] pode ser induzido a transferir a propriedade para alguém que o possa trabalhar mais produtivamente. Um tal mecanismo consiste num direito de propriedade transmissível”⁴⁰.

Exemplo: no caso *Kelo et al. v. City of London et al.*, decidido em 23 de Julho de 2005, o Tribunal decidiu ser legítimo, à luz da *Takings Clause* do Quinto Aditamento, a expropriação de propriedade privada para efeitos de um desenvolvimento urbanístico promovido por privados, projectado com vista a «*criar um aumento do emprego correspondente a mais de mil postos de trabalho, aumentar os receitas de imposto e outras e revitalizar uma cidade com uma economia estagnada*».

2.11 Tópica. A tónica é uma orientação metodológica que insiste na missão dos tribunais de decidir de modo justo os conflitos trazidos perante si e se a aplicação das leis, por via do procedimento subsuntivo não oferecer garantias de tal decisão é natural que se busque um processo que permita a solução de problemas jurídicos a partir dos dados materiais de tais problemas, mesmo sem apoio da norma legal.

⁴⁰ Cfr. Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, p. 37.

A tópica é um tipo de pensamento desenvolvido sobretudo por Theodor Viehweg e significa, na realidade, prescindir do pensamento dedutivo-sistemático consistindo num processo especial de tratamento de problemas que se caracteriza pelo emprego de certos pontos de vista, questões e argumentos gerais, considerados pertinentes, os tópicos. Os tópicos não têm a função, ou a vocação, de substituir os nexos dedutivos do sistema, pois não abandonam o terreno definido pelo problema, tendo o seu centro sempre no problema concreto.

Como tópicos jurídicos qualifica Viehweg conceito como «declaração de vontade», «parte essencial», bem como princípios jurídicos materiais, isto é razões justificativas de regimes legais positivos, como a tutela da boa fé. Mas trata-se apenas de pontos de vista que têm de ser levados em consideração na solução de problemas concretos. A tópica pode ser definida como técnica do pensamento problemático.

Não é, no entanto, clara a natureza dos tópicos e a natureza da sua fundamentação. Aquilo que determinou a sua extraordinária difusão foi a consciência de que a solução de um problema jurídico decorre não de um processo consistindo em deduções lógicas, mas numa problematização global de argumentos pertinentes. A importância da tópica consiste em, relativamente a problemas jurídicos controvertidos, chamar a atenção para a importância de determinar quem é que tem os melhores argumentos e que o meio mais adequado para o determinar é um discurso estruturado de acordo com regras racionais (formais). Mas já se apresenta insuficiente quando se mostra incapaz de captar o sentido próprio da lei e da dogmática.

2.12 Retórica. Próxima da tópica encontra-se a retórica que podemos definir sucintamente como a arte da persuasão através de argumentos. Os argumentos podem ter a estrutura mais diversa e a natureza mais variada, embora seja possível observar padrões de argumentação que se repetem (por exemplo, o argumento da inevitabilidade histórica, o argumento da rampa escorregadia)

Pontos para revisão

- princípios segundo Esser, Larenz e companhia; a distinção entre «em princípio» e «por princípio»; «principles and rules»; «principles and policies»

II – Leis e Tempo

3. Vigência temporal da lei

3.1 Existência, validade e eficácia da lei

Inexistência – casos na Constituição; importância quanto à lei de revisão e impossibilidade de recusa de promulgação por parte do Presidente da República, artigo 286.º, n.º 3, da Constituição.

Invalidez, como regime regra da lei que desrespeita uma regra sobre produção jurídica contida na Constituição, quer do ponto de vista formal, quer do substancial.

Inaplicabilidade da lei nula, por oposição à aplicabilidade da lei anulável, enquanto o órgão ou órgãos competentes não tomarem a iniciativa da sua anulação.

Carácter misto da invalidez associada à inconstitucionalidade, se tivermos por padrão o regime dos artigos 286.º e 287.º do Código Civil.

Lei pode existir e ser válida, mas não produzir efeitos, em caso por exemplo de falta de publicação. Aspecto importante: apesar de a ineficácia ser um desvalor menos grave da lei do que a invalidez, o regime daquela é mais gravoso (quase se diria, mais eficaz), uma vez que a lei ineficaz não produz quaisquer efeitos, independentemente de qualquer intervenção de um tribunal.

3.2 Simplismo da alusão a início e fim de vigência

Por simplicidade de expressão, fala-se de início e fim de vigência, mas pode suceder que uma lei continue a produzir efeitos depois do seu fim de vigência. Os tribunais podem aplicar, e aplicam, leis cujo fim de vigência já ocorreu, por revogação.

De igual modo, pode acontecer que uma lei produza efeitos antes da sua entrada em vigor, bastando para o efeito que lhe seja atribuída eficácia retroactiva.

3.3 Entrada em vigor

- a) Primeira noção. Eficácia jurídica, produção de efeitos.
- b) Entrada em vigor e publicação. Artigo 5.º, n.º 1, CC, a lei só se torna obrigatória depois de publicação no jornal oficial – necessidade de interpretação restritiva; Artigo 1.º Lei 74/98, de 11 de Novembro
- c) A *vacatio legis*. Artigo 2.º, n.º 2, 5.º dia após publicação, diferença de prazo de cinco dias a contar nos termos do artigo 279.º e 296.º CC. Técnicas de *vacatio*: data fixa, regras do artigo 279.º para o cômputo do termo.
- d) «Data da publicação» e «data da distribuição»: uma distinção ultrapassada? A polémica à luz da Lei n.º 6/83, de 29 de Julho
- e) As rectificações. Âmbito, prazo e retroactividade.

3.4 A chamada cessação de vigência

- a) Modalidades: revogação, caducidade, desuso e costume *contra legem*, invalidade superveniente
- b) Revogação
 - i) *Lex posterior priori derogat*. Fundamento do princípio: sistema político centralizado assente na existência de um poder legislativo autónomo
 - ii) Momento por que se afere a posterioridade. Data da publicação, normalmente coincidente com a data da entrada em vigor. Casos difíceis: lei que é publicada posteriormente entre antes em vigor; leis publicadas em datas diferentes entram em vigor na mesma data; leis publicadas na mesma data, sem regras diferentes quanto a entrada em vigor. Critério da publicação, temperado pela data de aprovação neste último caso.

- iii) Revogação por indicação (expressa), por incompatibilidade (tácita) e por substituição (global)
 - iv) Menor importância da distinção entre revogação total e parcial
 - v) Sucessão de lei geral e lei especial. Lei geral não revoga a lei especial; lei especial derroga a lei geral.
 - vi) Repristinação. Artigo 7.º, n.º 4, do CC, explicação do regime; diferença em relação ao artigo 282.º, n.º 1, da Constituição.
- c) Caducidade
 - i) Caducidade por determinação da própria lei
 - ii) O problema da caducidade por desaparecimento das situações abrangidas
 - d) A questão da declaração de invalidade originária
 - e) Inconstitucionalidade ou ilegalidade superveniente
 - f) O costume *contra legem* superveniente

4. Sucessão de leis

4.1 Contacto do caso decidendo com leis sucessivas

Durante o período de tempo em que perduram as situações da vida reguladas pelo Direito, tais situações podem entrar em contacto com mais do que um regime legal dispondo sobre a matéria em causa em sentido divergente.

Do mesmo modo, um facto jurídico, mesmo instantâneo, pode relacionar-se com duas ou mais leis, bastando, para tanto, que a sua verificação e a sua apreciação em juízo, ocorram em momentos diversos.

Em ambos estes grupos de casos, a mesma situação entra em contacto com várias leis que podem regular diversamente alguns dos seus aspectos. Por isso, alguns autores falam a este propósito de conflitos de leis no tempo ou da aplicação da lei no tempo.

À partida esta possibilidade causa estranheza: se a lei entra em vigor em regra no quinto posterior ao da sua publicação e se ao entrar em vigor revoga automaticamente todas as leis

anteriores que se achem em contradição com o que nela é disposto, como pode chegar a existir um conflito de leis no tempo?

O problema é que existem situações jurídicas que tendo sido constituídas ao abrigo de uma lei devem continuar a reger-se por essa lei mesmo depois de esta ter sido revogada e substituída por outra. Existem, por outras palavras, efeitos de situações jurídicas passadas que devem continuar a reger-se pela lei antiga. Quais são esses efeitos?

Vejamos um exemplo.

A lei fixa a maioridade das pessoas nos dezoito anos. Uma lei posterior vem alterar o limite da menoridade para os vinte e um anos. O que acontece àquelas pessoas que no momento da entrada em vigor da nova lei tenham mais de dezoito anos e menos de vinte e um? Regressam à menoridade, podendo impugnar-se os actos por si praticados sem a intervenção dos representantes legais? Uma resposta afirmativa seria absurda e daí a relevância do problema da aplicação das leis no tempo. Trata-se de saber quais os aspectos de uma situação jurídica que devem ser regulados pela lei antiga e quais os que devem subordinar-se ao regime da lei nova.

4.2 Sucessão de leis, justiça e segurança jurídica

Compreende-se que a resposta à questão formulada deva assegurar os valores da segurança jurídica e da justiça. Sobre isso, todos estarão de acordo. Quais são, no entanto, as implicações desses valores no que diz respeito à questão vertente?

Por um lado, dir-se-á, se o legislador altera a disciplina em vigor sobre uma determinada matéria, isso significa que essa disciplina não corresponde já à solução mais justa, segundo o juízo do legislador. Assim, a partir do momento da entrada em vigor da lei nova, as suas disposições devem aplicar-se a todas as relações que vinham a ser criadas à sua sombras ou a ser apreciadas em juízo durante a sua vigência.

Em alguns casos, não custa admitir esta solução: se foi abolida a escravatura, todos os escravos passam a ser livres a partir do momento em que entra em vigor a nova lei.

A segurança jurídica, pelo contrário, levaria à não aplicabilidade imediata da lei nova. Ao celebrarem os seus negócios os particulares têm naturalmente em vista apenas as normas que os regulam ao tempo da celebração.

4.3 A experiência da retroactividade; primeira noção

De modo muito simples, a retroactividade consiste simplesmente em a lei produzir os seus efeitos não apenas para o futuro, mas também de forma a abranger períodos de tempo já decorridos.

4.4 Doutrinas sobre sucessão de leis

É preciso ter presente que quando discutimos estas doutrinas não estamos a tratar de teorias concorrentes no contexto actual. Pelo contrário, trata-se de teorias que tiveram o seu contexto histórico e só nesse contexto faziam sentido.

i) A teoria dos direitos adquiridos. É a que podemos designar por teoria clássica, ainda que só tenha recebido a sua formulação mais acabada no século dezanove, por autores como Ferdinand Lassalle. A teoria distingue entre os direitos adquiridos e as simples expectativas, sustentando que: a lei nova respeita todos os direitos adquiridos no período de vigência da lei antiga; as simples expectativas ou faculdades jurídicas podem ser livremente alteradas pela nova lei. Assim, o meu direito de crédito, resultante de um contrato, será sempre regido pela lei em vigor no momento da respectiva celebração; a minha expectativa de ser herdeiro legítimo não é protegida em face da lei que altera a ordem da sucessão legítima.

A esta teoria são apontadas duas críticas: a imprecisão da distinção entre direitos adquiridos e expectativas; o silêncio sobre os efeitos dos direitos adquiridos no passado que se projectem no futuro.

Em especial quanto à primeira crítica, é importante mencionar o seguinte: se é verdade que as pessoas tem apenas uma expectativa quanto à idade da maioridade, antes de a atingirem, porque razão isso não há-de continuar a ser assim em face da lei nova que aumenta o limite da menoridade, mesmo para aqueles que já seriam maiores segundo a lei antiga? Parece que

é mais fácil resolver este problema através de uma distinção mais simples de estabelecer, como aquela que diferencia as leis que dispõem sobre o facto constitutivo de uma relação jurídica das leis que dispõem directamente sobre o conteúdo de uma relação jurídica. Como vamos ver, é esta distinção que está na base da teoria do facto passado. De resto, a teoria do facto passado não deixa de ter raízes no pensamento de autores que lhe são anteriores. Assim, Savigny distinguia a solução a dar ao problema da retroactividade em função da distinção entre normas relativas ao «ser ou não ser de um instituto jurídico», quer dizer regras relativas à aquisição do direito, e normas relativas «ao ser assim ou de outro modo de um instituto jurídico», relativas ao conteúdo dos direitos. De modo semelhante, Lassalle distinguia entre leis que diziam respeito ao indivíduo apenas por intermédio da sua vontade de acção e leis que diziam respeito ao indivíduo sem intermediação ilícita de um acto de livre vontade. Apenas as primeiras não poderiam ser retroactivas.

ii) A teoria do facto passado. Segundo esta teoria, há a considerar dois aspectos. Em primeiro lugar, todo e qualquer facto tem como lei reguladora a lei vigente ao tempo em que se realizou. Assim, a lei nova regula os factos novos; a lei antiga disciplina os factos ocorridos no seu âmbito de vigência. Para além disso, e em segundo lugar, a lei antiga regula ainda os efeitos ou consequências dos factos passados, ainda que venham a ocorrer no domínio de vigência da lei nova.

iii) A teoria de Enneccerus/Nipperdey. Esta teoria veio introduzir uma precisão à teoria do facto passado. Efectivamente, é diverso o sentido da aplicação para o futuro de uma lei consoante ela disponha sobre um facto constitutivo de uma situação jurídica ou directamente sobre o conteúdo desta última, sem curar do facto constitutivo. No primeiro caso, aplicar para o futuro significa aplicar a factos futuros novos, ocorridos depois da entrada em vigor da lei nova; no segundo caso, aplicação para o futuro significa aplicação às situações em curso, ainda que constituídas no passado.

iv) Insuficiência da fórmula da teoria do facto passado. A distinção entre factos pressupostos e factos constitutivos: cfr. Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, pp. 234-237.

4.5 Graus de retroactividade

Modos de estabilização dos problemas jurídicos; as *causa finita*

Noção de facto, efeito e conteúdo (distinção formal)

Quadro; sentido da classificação

4.6 Perspectivas constitucionais sobre retroactividade

A lei penal: noções elementares e remissão

Artigo 2.º, n.º 4, do Código Penal: Quando as disposições penais vigentes no momento da prática do facto punível forem diferentes das estabelecidas em leis posteriores, é sempre aplicável o regime que concretamente se mostrar mais favorável ao agente; se tiver havido condenação, ainda que transitada em julgado, cessam a execução e os seus efeitos penais logo que a parte da pena que se encontre cumprida atinja o limite máximo da pena prevista na lei posterior.

A lei fiscal: noções elementares e remissão; a especial dificuldade do conceito de retroactividade fiscal

Leis restritivas de direitos, liberdades e garantias

A protecção dos casos julgados

O problema da protecção de outras *causa finita*

A liberdade básica do legislador novo; noção de direito transitório

4.7 O art. 12.º CC e o formalismo subjacente

A presunção de não retroactividade e de limitação da retroactividade. O n.º 1 do artigo 12.º exprime o princípio geral de que a lei só dispõe para o futuro e mesmo que lhe seja atribuída eficácia retroactiva presume-se que essa retroactividade será de grau mínimo, isto é que ficam ressalvados os efeitos já produzidos ao abrigo da lei antiga.

Exemplo: se a lei nova fixa uma taxa de juro inferior máxima inferior à que era até então praticada e se declara aplicável aos contratos celebrados anteriormente à sua entrada em vigor, ela não afecta os juros já vencidos no passado.

O art. 12.º, n.º 2: esquematização. O artigo 12.º, n.º 2, desenvolve o princípio da não retroactividade ou, por outras palavras, esclarece o que significa a lei aplicar-se para o futuro.

É aqui que fazem sentido as doutrinas atrás mencionadas sobre a sucessão das leis. O artigo 12.º, n.º 2, distingue dois tipos de leis ou normas: aquelas que dispõem sobre os requisitos de validade formal ou substancial de quaisquer factos ou sobre os efeitos de quaisquer factos (1.ª parte); aquelas que dispõem sobre o conteúdo de certas situações jurídicas e o modelam sem olhar aos factos que a tais situações dera origem (2.ª parte).

Dito de outra forma, o artigo 12.º, n.º 2, efectua uma distinção entre casos em que a lei nova só se aplica a factos novos (sejam eles modificativos, modificativos ou extintivos de uma relação jurídica) e os casos em que a lei nova se aplica a relações jurídicas, ou situações jurídicas, constituídas antes da lei nova mas que subsistem à data da sua entrada em vigor.

Para compreender o funcionamento ou a mecânica do artigo 12.º, n.º 2, devemos, em face de uma lei nova, colocar duas questões, uma de fácil resolução, outra de resolução mais difícil.

A questão de fácil resolução formula-se assim: a lei nova dispõe sobre o facto constitutivo (ou modificativo, ou extintivo) de uma situação jurídica ou directamente sobre o seu conteúdo?

Se dispõe sobre o facto constitutivo, a lei nova só se aplica a factos do género que se destina a regular ocorridos depois da sua entrada em vigor.

Exemplos: a lei exige escritura pública para contratos que até aí podiam validamente ser celebrados por escrito particular; a lei exige que os nubentes tenham idade de 18 anos (em

vez dos actuais dezasseis anos) para poderem casar. De acordo com o artigo 12.º, n.º 2, 1.ª parte, a lei só se aplica a contratos ou casamentos futuros.

Para o facto extintivo a mesma coisa: a lei exige que a denúncia de um contrato, até então possível mediante simples escrito particular, passe a ser efectuada por um meio mais formal (por exemplo, notificação judicial avulsa). A lei só se aplica a denúncias que sejam levadas a cabo depois da sua entrada em vigor.

Se a lei dispõe directamente sobre o conteúdo de uma situação jurídica, coloca-se a questão de difícil resolução: a lei modela o conteúdo da situação jurídica em causa dando, ou não, relevância aos factos que deram origem a tais situações?

«Abstrair» do facto originário. É esta a pergunta que se torna difícil de responder: quando é que a lei, dispondo sobre o conteúdo de uma situação jurídica, abstrai do facto que lhe deu origem?

Compreendemos que se abstrair se aplicará directamente às situações em curso. Compreendemos também que se não abstrair se retoma a parte final da primeira parte deste n.º 2⁴¹. Por outras palavras, se à segunda questão respondermos negativamente, voltaremos à parte final da primeira parte quando ali se diz que se a lei dispuser sobre factos e seus efeitos, entendendo-se como tais apenas os efeitos não destacáveis, a lei nova aplica-se apenas a efeitos de factos ocorridos depois da sua entrada em vigor.

É o que acontece, por exemplo, se a lei nova altera o regime da responsabilidade (efeitos) de factos ilícitos: tal lei aplica-se apenas a factos ilícitos ocorridos depois da sua entrada em vigor. Do mesmo, no que toca à sucessão por morte (sucessão legal e voluntária), deve entender-se que se a lei nova altera o respectivo regime se aplica apenas aos casos em que a abertura da sucessão venha a ocorrer em momento posterior. No que toca à sucessão voluntária entende-se, no entanto, que as leis sobre validade formal dos testamentos e capacidade para a sua feitura rege-se pela lei em vigor no momento da respectiva celebração, por aplicação do critério da primeira parte do n.º 2.

⁴¹ Também neste sentido, cfr. Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, cit., p. 241.

O formalismo subjacente ao art. 12.º, n.º 2. O formalismo subjacente ao n.º 2 do artigo 12.º, isto é o formalismo da distinção entre factos, efeitos e conteúdo da situação jurídica encontra o seu limite na necessidade de responder à segunda questão colocada. Aí já não são suficientes distinções formais que nos permitiram dar uma resposta à primeira questão.

A que critérios devemos, pois, recorrer para responder à segunda questão? Quando é que a lei nova, dispondo directamente sobre o conteúdo de uma situação jurídica, abstrai do facto que lhe deu origem e quando é que não abstrai?

Comecemos pelo caso de mais fácil compreensão e que permite compreender a solução que deve ser dada aos demais casos. Deve entender-se que as leis no domínio do conteúdo dos contratos são em princípio leis que dispõem sobre o conteúdo das situações jurídicas atendendo aos factos que lhes deram origem, isto é, sem abstrair desses factos. Por outras palavras a lei que rege as situações jurídicas contratuais é a lei em vigor no momento em que os contratos foram celebrados.

Porquê? O fundamento deste regime específico da sucessão de leis no tempo em matéria de contratos reside no respeito das vontades individuais expressas nas suas convenções pelos particulares, por outras palavras, o respeito pelo princípio da autonomia privada que, aliás, goza de protecção constitucional, nos termos do artigo 26.º, n.º 2, da Constituição. A intervenção do legislador que venha afectar o regime estabelecido pelas partes afecta o equilíbrio das suas relações e, conseqüentemente, a segurança jurídica.

A aplicação deste regime não suscita quaisquer dúvidas quando o legislador actua sobre o regime dos contratos através de leis dispositivas, por exemplo supletivas ou interpretativas.

O que acontece, no entanto, se o legislador intervém através de normas injuntivas? Não há dúvida que existe uma cada vez maior intervenção do legislador no domínio dos contratos em virtude uma visão intervencionista do Estado na vida económica e social. Esta intervenção leva a que existam cada vez mais medidas legislativas destinadas a proteger o interesse contratual da parte mais fraca, por exemplo em contratos de adesão (ordem pública económica de protecção), bem como medidas legislativas destinadas a modificar a estrutura da economia ou a equilibrar a conjuntura económica (ordem pública económica de direcção). Nestes casos deve sem dúvida ceder o princípio de que a lei nova só se aplica

a contratos futuros. Não é simplesmente o carácter formalmente injuntivo da norma que nos leva a concluir desse modo. É necessário que, por interpretação da norma, possamos chegar à conclusão de que está em causa uma questão de ordem pública económica de protecção ou de direcção.

Assim, o reconhecimento de que o Estado intervém cada vez mais na economia não nos deve levar a pôr em causa o princípio da aplicação da lei antiga às situações jurídicas contratuais, uma vez que o seu fundamento é o respeito da autonomia privada. Deste modo, quando dispõe em matéria de contratos, o legislador deve ser previdente declarando que a lei nova é aplicável às situações em curso. Caso contrário, se não estiverem em causa questões de ordem pública económica, aplica-se a lei antiga, mesmo que a lei seja injuntiva.

Se é esta a solução no domínio dos contratos, compreende-se que as coisas sejam diversas quando não estejam directamente em causa, como aqui, o respeito da autonomia privada. E, de facto, existem outros tipos de situações jurídicas em que o legislador, ao modelar o respectivo conteúdo, se abstrai necessariamente dos factos que lhe deram origem porque aos privados nunca foi dada a possibilidade de influenciarem esse conteúdo através dos seus negócios privados.

Assim acontece no domínio dos direitos reais, no direito das pessoas, no direito de autor, no direito da família.

Âmbito e afastamentos do art. 12.º, n.º 2

Sucessão de leis sobre prazos; diferentes tipos de prazos. Às leis sobre prazos aplica-se o artigo 297.º do Código Civil, que distingue entre duas hipóteses: se a lei encurta um prazo aplica-se aos prazos em curso, mas o prazo só se começa a contar a partir do início de vigência da nova lei, salvo se segundo a lei antiga faltar menos tempo para o prazo se completar; se a lei aumenta o prazo também se aplica aos prazos em curso, mas conta todo o tempo decorrido desde o momento inicial.

Esta solução corresponde a uma mera aplicação dos critérios gerais do artigo 12.º. Com efeito, o decurso do prazo é um facto constitutivo (ou extintivo) de um direito ou situação

jurídica, pelo que se tal prazo ainda estava em curso no momento do início de vigência da lei nova é no seu âmbito de vigência que vai ocorrer o facto constitutivo.

E se a lei nova não altera o prazo, mas sim o momento a partir do qual o mesmo se começa a contar? Se o momento é antecipado aplica-se a regra do artigo 297.º, n.º 1; se é postecipado aplica-se a regra do n.º 2.

Imagine-se, por exemplo, que a regra segundo a qual a prescrição da cobrança dos impostos prescreve no prazo de cinco anos a contar da data da liquidação é alterada, isto é postecipada, passando a dizer que o mesmo prazo se deve contar a partir do fim do ano em que ocorrer a liquidação.

E se a lei nova estabelecer um novo prazo que não existia antes? Este deve ser contado a partir do início de vigência da nova lei.

Prazos a que não se aplica o artigo 297.º. Imaginemos a seguinte hipótese: a lei estabelece que quem tiver prestado serviço militar em teatro de guerra e, passados três anos, se manifestar uma certa doença do foro psicológico, tem direito a uma pensão; se depois encurtar o prazo para dois anos não se aplica o artigo 297.º. O facto constitutivo é a manifestação da doença, não o decurso do prazo, que é um simples facto pressuposto.

Se A terminou serviço militar em 75, numa das ex-colónias, por exemplo, estando em vigor a lei que previa os três anos para manifestação da doença, e se em 77 a lei encurta o prazo para 2 anos esta lei é de aplicação imediata contando-se o prazo a partir de 75.

O alcance apenas presuntivo do art. 12.º, n.º 2

O pendor privatista do art. 12.º

«Leis confirmativas». Por vezes a lei vem aligeirar formalidades tidas por demasiado pesadas e exigidas pela lei antiga como requisitos de validade de certos negócios, ou dispensar um pressuposto a que a lei antiga condicionava a validade de um negócio ou eliminar impedimentos. Neste caso pergunta-se: o que acontece aos actos praticados sob o domínio de vigência da lei antiga e por esta considerados anuláveis?

Se for possível sustentar, por interpretação, que o legislador pretende confirmar esses actos praticados no domínio da lei antiga e se não houver interesses legítimos da contra-parte ou de terceiros a proteger, parece que se deve aplicar retroactivamente a lei nova. A solução contrária conduziria a um absurdo. Ou porque se obrigaria as partes a fazer aquilo que já fizeram, ou porque já não seja possível repeti-lo, quando é certo que as formalidades observadas são as constantes da nova lei.

Leis exclusivamente favoráveis. Diferente da anterior é a hipótese em que a nova lei em vez de aligeirar formalidades as dispensa por completo, por exemplo, era necessária licença para fazer determinada construção e deixou de ser. Aplicação retroactiva.

O brocardo *lex transit in contractum*. Aplicação às leis dispositivas, sobretudo supletivas.

4.8 A lei interpretativa

Alcance do conceito de lei interpretativa em sede de sucessão de leis

A metáfora e ficção da integração na lei interpretada

A identificação das leis interpretativas

A distinção entre retroactividade material e formal como problema da conotação negativa de «retroactividade»

Retroactividade material da lei interpretativa; o limite das *causæ finitæ*

4.9 O problema da retroactividade da jurisprudência

4.10 Sentidos da temporalidade das fontes do direito

A temporalidade das fontes como experiência social e problema metodológico

A temporalidade das fontes na teoria da norma (introdução e remissão)

Conceito de entrada em vigor

Conceito de cessação de vigência; a falta de paralelismo com a entrada em vigor

Conceito/conceitos de retroactividade

III – Conceito e Natureza do Direito

5.1 Coacção e direito

a) O que é a coacção: coacção motivacional ou moral, coacção absoluta, coacção real; as duas manifestações jurídicas da coacção.

Tomemos como casos típicos de coacção os seguintes: uma pessoa ordena a outra que entre numa cela, ameaçando-a para o efeito com uma arma, e a ameaçada obedece; uma pessoa arrasta outra, contra a vontade desta, para uma cela; um estranho reboca o automóvel de outra pessoa, contra a vontade desta, para longe do lugar em que se encontrava. No primeiro caso, temos coacção motivacional; no segundo, coacção absoluta corporal; no terceiro, há também coacção absoluta, podemos chamar-lhe coacção absoluta «real» (como em «direitos reais»).

A compreensão destes casos típicos de coacção necessita ainda de ser completada pela consciência de que existem dois modos essenciais através dos quais o direito exerce a coacção: a execução forçada e a aplicação de sanções⁴². Sem prejuízo de adiante desenvolvermos estas duas manifestações jurídicas da coacção, convém desde já esclarecer os respectivos conceitos: a execução forçada significa a aplicação do direito contra a vontade do executado, como sucede no processo civil executivo; a sanção, enquanto manifestação da coacção, significa uma consequência jurídica negativa associada à violação de uma norma.

Torna-se, assim, claro que as duas manifestações da coacção têm uma correspondência directa com os respectivos casos típicos: as sanções correspondem à manifestação jurídica da coacção motivacional; a execução forçada corresponde aos casos de coacção absoluta, seja ela corporal ou real.

A grande dificuldade da correcta compreensão da relação entre coacção e direito resulta de nem sempre se ter consciência de que a coacção não se reduz às sanções. Por outro lado,

⁴² Cfr. Christian Waldhoff, *Staat und Zwang*, Ferdinand Schöningh, Paderborn, 2008, pp. 18-19.

alguns autores não consideram a execução forçada como uma manifestação da coacção diversa das sanções, mas antes como uma das formas possíveis destas. Assim, Kelsen entende que as sanções aparecem sob duas formas: as penas e a execução. Segundo afirma, «*Também a execução é a produção compulsória de um mal. Distingue-se, porém, da pena pelo facto de – como costuma dizer-se – ser levada a efeito para compensar (indemnizar) o ilícito que consiste na conduta contra a qual esta sanção é dirigida como reacção*»⁴³.

b) Três entendimentos sobre a relação entre coacção e direito (desenvolver com artigo de Eerik Lagerspetz, “Normas y Sanciones”, pp. 51-64):

Em primeiro lugar, temos o entendimento segundo o qual o direito é o que pode ser exigido pela força: Christian Thomasius, jurista alemão de finais do séc. XVII e princípios do séc. XVIII; Kant – direito como fundamento da liberdade externa; direito como preservação da liberdade externa de cada um no convívio com os demais. Assim, um acto ilícito é um acto de alguém que interfere na minha liberdade externa e por isso convoca o uso da força por mim para evitar esse abuso. Deste modo, a coacção é uma interferência na liberdade do outro que anula a sua interferência na minha liberdade; é uma negação da negação e, por essa razão, uma afirmação. Neste sentido, a coacção é compatível com o direito, é mesmo a essência do direito enquanto fundamento da liberdade externa. O acto jurídico obtém a conformidade com a norma através da força; o acto moral obtém a conformidade com a norma por simples adesão interna ou respeito para com a mesma.

Isto significa que só há coacção, e portanto direito, onde for legítimo o exercício da força. Por outras palavras, o entendimento clássico da relação entre coacção e direito pressupõe a legitimidade da coacção.

Simplesmente o desenvolvimento desta concepção em sentido estadualista e legislativo prejudicou esta concepção, sujeitando-a a três críticas:

i) A coacção não está presente no costume: escasso valor desta objecção, pois possibilidade de normas que suscitam adesão espontânea.

⁴³ Cfr. Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, 2.ª edição (1960), tradução de João Baptista Machado, 7.ª edição da tradução portuguesa, com revisão editorial e preparação do índice material e onomástico a cargo do Luís Duarte d’Almeida, Almedina, Coimbra, 2008, p. 128.

ii) Direito público e constitucional: normas sem coacção.

iii) Direito internacional: idem

iv) Argumento da regressão infinita

- Concepção moderna: a coacção não é o que torna efectivas as normas, mas antes o objecto das normas. Por outras palavras, os destinatários das normas jurídicas não são os cidadãos, mas antes os órgãos de aplicação do direito, *maxime* os tribunais. Concepção do positivismo, em especial de Kelsen. Distinção entre normas primárias e secundárias: as primeiras regulam o comportamento dos cidadãos, as segundas regulam os modos pelos quais que devem reagir os órgãos do Estado, quando os cidadãos não cumprirem os seus deveres.

As objecções do estadualismo mantêm-se, agravadas pela circunstância de o problema da legitimidade do uso da força ter sido posto em segunda linha.

Concepção advogada: concepção clássica, sem estadualismo e legalismo.

c) Tipologia da coacção no direito (Waldhoff): as sanções e a execução forçada

5.2 Sanções

As sanções: consequência jurídica negativa contra aquele que violou uma norma jurídica.

Espécies: Marcelo Rebelo de Sousa

Sanções negativas e prémios

Sanções disciplinares (funcionário ou agente integrado em certa organização desrespeita regras que disciplinam o seu funcionamento interno ou a sua relação com terceiros, atendendo à óptica da salvaguarda do interesse da organização em causa), administrativas (violação de regras que regulam relações entre particulares e Administração ou estabeleçam condutas cujo acatamento é ditado por interesses colectivos: poder disciplinar, ilícito de

mera ordenação social e controlo administrativo de certas actividades públicas e privadas, como por exemplo, a revogação de subsídios do poder central às autarquias locais, a revogação do estatuto de utilidade pública, etc.), civis (desrespeitadas normas que disciplinam relações entre particulares ou entre estes e Administração actuando como um particular, caso particular das penas civis – indignidade sucessória, artigos 2034.º e ss. do Código Civil) e criminais (violação de regras que visam tutelar os valores essenciais da vida comunitária)

Sanções compulsórias (sanção pecuniária compulsória, artigo 829-A.º CC; direito de retenção, artigo 754.º CC; juros moratórios ou agravamentos fiscais), reconstitutivas (execução específica, artigo 830.º CC; indemnização específica, entrega de coisa igual se não for possível a inicialmente devida, princípio geral do artigo 566.º CC: «A indemnização é fixada em dinheiro, sempre que a reconstituição natural não seja possível»), compensatórias (danos morais; lucros cessantes; OA distingue três situações: falta do bem devido, outros danos patrimoniais; danos morais), preventivas (inibição de uso de cheque; interdição do exercício de certos cargos públicos; internamento compulsivo) e punitivas (penas, multas e coimas)

Sanções jurídico-materiais e meramente jurídicas

B. Machado e distinção entre leis mais que perfeitas, perfeitas, menos que perfeitas e imperfeitas: normas cuja violação importa ao mesmo tempo nulidade do acto e uma pena (pai negocia com outrem favores de uma filha: artigo 280.º, n.º 2, CC; lenocínio); nulidade do acto, sem pena (compromisso de um cônjuge perante outro de confessar certas violações dos deveres conjugais); pena, sem nulidade; nem pena, nem nulidade (PR não promulga dentro do prazo)

5.3 A execução forçada

A execução: aplicação de uma norma, no sentido de imposição de uma decisão adoptada com base numa norma, com recurso à força, isto é, contra a vontade do destinatário dessa norma.

Execução coerciva para pagamento de quantia certa (CPC: artigos 811.º ss.; CPA: artigo 155.º)

Execução coerciva para entrega de coisa certa (CPC artigos 928.º ss.; CPA artigo 156.º)

Execução coerciva para prestação de facto fungível (CPC artigos 933.º ss.; CPA artigo 157.º, n.º 1 e 2 – execução substitutiva, sanção pecuniária compulsória)

Execução coerciva para prestação de facto infungível (CPC artigo 933.º sanção compulsória; CPA artigo 157.º, n.º 3, coacção directa)

5.4 O princípio da proibição da autotutela.

O direito português, como a maioria dos sistemas contemporâneos, inclui o princípio geral da proibição de autotutela. O art. 1.º CPC consagra-o expressamente. Assim, e salvo certos limites que consideraremos nas secções seguintes, «a ninguém é lícito o recurso à força com o fim de realizar ou assegurar o próprio direito».

O termo «força» é aqui sinónimo de «coerção» ou «coacção»⁴⁴ e exprime um conceito bastante complexo e subtil, embora compreensível pela generalidade das pessoas. O art. 1.º CPC proíbe que se «faça justiça pelas próprias mãos», como se diz na linguagem comum. Os casos mais óbvios de «recurso à força» são as ofensas corporais e o homicídio, quando usados para obter alguma coisa que a vítima pretendia impedir. Contudo, o sentido do art. 1.º CPC é muito mais amplo do que a proibição destes crimes, que já são evidentemente proibidos e punidos pela lei penal (cf. arts. 131.º a 137.º e 143.º a 150.º CP).

Por outro lado, há muitos casos de exercício de um direito através de um uso da «força» que o art. 1.º CPC não proíbe. Por exemplo, se alguém, ao regressar a sua casa, não consegue abrir a porta com a chave por mau funcionamento do trinco, pode perfeitamente tentar abri-la com um pontapé. A «força» proibida pelo art. 1.º CPC é a força usada *contra outra pessoa*. Aquela disposição legal proíbe certas acções sobre a pessoa ou os bens de outrem. A coacção, que o citado artigo 1.º proscribe entre privados, implica por definição

⁴⁴ As palavras «coerção» e «coacção» podem ser usadas indiferentemente no contexto que nos interessa, embora «coacção» tenha mais frequentemente um sentido pejorativo. Há inclusive um tipo de crime chamado «coacção» (cf. arts. 154.º e 155.º CP).

um coactor e um coagido. As acções sobre a pessoa ou bens alheios são proibidas, é claro, quando não há *consentimento* da pessoa atingida. Se, pelo contrário, o meu vizinho me autoriza a demolir com uma escavadora certo muro no seu terreno que me prejudica, não há aqui nenhum acto de «força» que o art. 1.º CPC proíba. Não há coacção quando há consentimento livre do suposto «coagido».

Já há coacção, porém, quando o próprio consentimento foi obtido «pela força», designadamente quando alguém é ilicitamente ameaçado para que consinta. As ameaças e outros modos de intimidação constituem exemplos básicos de coacção e, nessa medida, são proibidas pelo art. 1.º CPC. Trata-se da chamada «coacção moral» ou coacção motivacional, devidamente definida no art. 255.º CC, embora para efeitos que agora não nos interessam. Note-se que só há coerção quando a ameaça é, em princípio, *ilícita*. Não há coacção (nem ameaça) quando eu me recuso a dar dinheiro a alguém se esta pessoa não me der um objecto seu. Isto não é uma ameaça, é uma normal proposta de compra! Pelo contrário, há coacção se eu me recuso a *devolver* a alguém o seu dinheiro se essa pessoa não me der um objecto seu.

Além da coerção motivacional, o art. 1.º CPC proíbe por princípio todas as intervenções sobre *direitos alheios* sem consentimento do titular desses direitos, ainda que essas intervenções se destinem a exercer um direito do interventor ou de outra pessoa. A coacção absoluta (também chamada coacção não motivacional, «coacção física» ou, em latim, *vis absoluta*) inclui a lesão da vida, da integridade física, da propriedade ou de quaisquer outros direitos de alguém. A diferença entre coacção motivacional e coacção absoluta está em que, na primeira, o coactor age através da motivação (em princípio, ilícita) do coagido, fazendo-o submeter a sua vontade. Na coacção absoluta, o coactor prescinde da colaboração da vontade do coagido para alcançar o seu intento. Há coacção absoluta, p. ex., quando uma pessoa é agarrada contra sua vontade e lançada dentro de uma cela. Pelo contrário, há coacção motivacional quando a pessoa é espancada até que entre na cela por seu pé. Também há coacção absoluta quando o carro de alguém é rebocado de onde estava estacionado, mas já há coacção motivacional quando se ordena ao dono do carro que o retire desse lugar sob ameaça de uma multa ou coima.

Assim, quando o art. 1.º CPC proíbe, por princípio, o uso da força para realizar um direito, está a proibir a coacção por particulares, no sentido amplo de «coacção» que acabamos de

ver. Por exemplo, se o hóspede de um hotel se recusa a sair do quarto que deixou de pagar, é ilícito o dono do hotel arrastá-lo do quarto para fora. Se um inquilino não devolve o armazém que lhe foi arrendado no fim do período acordado, o senhorio não pode entrar no armazém, despejar os objectos do inquilino para a rua e mudar a fechadura. Se um ladrão furtou uma jóia que guarda em sua casa, a vítima do furto não pode invadir a casa do ladrão para recuperá-la. Se alguém deve dinheiro a outrem, não pode o credor subtrair a carteira ao devedor e tirar-lhe o dinheiro devido. Um credor também não pode, p. ex., rebocar o carro do devedor do sítio em que estava estacionado e retê-lo até que o devedor se decida a pagar o que deve. E não pode igualmente pagar a um funcionário de um banco para que este transfira o montante em dívida da conta do devedor para a sua. Tudo isto são usos da «força», são actos ilícitos de coacção.

Em todos estes e em muitos outros casos, o art. 1.º CPC exige que se recorra aos meios coercivos do Estado, em especial à polícia e aos tribunais. A própria polícia e entidades semelhantes só podem em princípio intervir, nestes casos de litígios entre particulares, após decisão de um tribunal, de modo que o princípio da proibição de autotutela é um dos princípios que sujeitam toda a coacção apreciação à decisão dos tribunais. Por isso mesmo é que o princípio vem expresso no art. 1.º do Código do *Processo* Civil. O direito processual respeita justamente à actividade dos tribunais, como veremos. A polícia e outras entidades da administração pública podem agir coactivamente em muito mais circunstâncias do que os particulares, mas a sua actividade está ainda sujeita ao controlo jurisdicional.

Se o art. 1.º CPC proíbe a autotutela de *direitos*, é também proibida, e por maioria de razão, toda a coacção privada que não se destine a realizar direitos. Por exemplo, os familiares e amigos de uma vítima de homicídio não podem encarcerar o homicida numa cela privada, nem mesmo pelo tempo que o homicida deve legalmente passar na prisão, nem sequer depois de esse tempo ter sido determinado por um tribunal. Nesse caso, seriam eles a cometer novo crime, o crime de sequestro (cf. art. 158.º CP). Tem interesse notar estas situações porque nelas não se pode sequer falar em autotutela de direitos. No direito português e sistemas próximos, os familiares e amigos da vítima de homicídio não têm um direito (não têm um «direito próprio», um «direito subjectivo») à punição do homicida. Nem o próprio Estado tem um direito a punir o homicida, mas sim o *dever* de fazê-lo. A punição dos crimes não corresponde à realização de direitos subjectivos de ninguém; é, sim, realização do próprio Direito objectivo, ao serviço das várias finalidades subjacentes à previsão

dos crimes em causa. Os familiares da vítima — e a própria vítima, noutros crimes — têm direitos de participação no processo destinado à condenação do autor do crime (cf. arts. 68.º a 70.º CPP), mas não têm um direito à condenação nem à punição.

5.5 Limites e excepções à proibição de autotutela: introdução.

O artigo 1.º do Código de Processo Civil estabelece o princípio geral da proibição de autodefesa. Diz-se em tal artigo que «a ninguém é lícito o recurso à força com o fim de realizar ou assegurar o próprio direito, salvo nos casos e dentro dos limites declarados na lei». São precisamente esses casos que vamos abordar nas páginas seguintes.

A primeira grande dificuldade trazida pela matéria que agora nos ocupa consiste precisamente em identificar os casos de autotutela privada de direitos. Começaremos por tratar daqueles casos que não oferecem dúvidas, isto é, a legítima defesa e a acção directa, considerando a sua regulação no Código Civil e também, quanto ao primeiro, no Código Penal. Procuraremos demonstrar como estas figuras, para além de ocorrerem nas relações entre privados, têm também importantes paralelos nas relações das forças públicas com os privados, o que será ainda ilustrado através do caso especial do uso de armas de fogo. Seguidamente, analisaremos, por esta ordem, a detenção em flagrante delito e o direito de resistência. Por último, faremos uma breve referência a figuras que alguns autores qualificam como de defesa privada de direitos, tais como o direito de retenção e a excepção do não cumprimento.

A segunda dificuldade que hoje suscita o tema da defesa privada de direitos consiste no problema da privatização da segurança. A ele dedicaremos algumas considerações, desde logo na medida em que a segurança privada pode ser descrita sucintamente como uma profissionalização dos meios de tutela privada.

E assim, partindo do particular para o mais geral, por assim dizer, chegaremos ao princípio do monopólio estatal da força, procurando determinar o seu núcleo essencial, que nenhuma privatização da segurança pode atingir, e apurar a sua razão de ser.

5.6 Legítima defesa.

A legítima defesa aparece-nos como o mais elementar caso de autotutela de direitos privados: a ninguém pode ser negado o direito de se defender quando a força pública não o possa fazer em tempo útil. Nos termos do artigo 337.º, n.º 1, do Código Civil são os seguintes os requisitos da legítima defesa: (i) uma agressão actual ou eminente, isto é, uma agressão em curso ou prestes a ser levada a cabo; (ii) uma agressão ilícita, isto é, contrária à lei; (iii) uma agressão contra a pessoa ou o património do agente ou de terceiro, quer dizer, uma agressão que afecta interesses pessoais ou patrimoniais daquele que actua em legítima defesa ou de uma outra pessoa; (iv) a impossibilidade de recorrer aos meios normais de defesa ou, por outras palavras, à força pública; (v) a proporcionalidade da defesa, consistente em não ser o prejuízo causado pelo acto manifestamente superior ao que pode resultar da exclusão.

De todos os requisitos mencionados ressalta o relativo à exigência de proporcionalidade: o prejuízo causado pela legítima defesa pode ser superior ao que pode resultar da agressão. Só não pode ser é manifestamente superior. Realidade distinta da proporcionalidade, entendida como ponderação entre prejuízo causado e prejuízo evitado, é o excesso de legítima defesa, previsto no n.º 2 do mesmo artigo 337.º. O que aqui se tem em vista é a desnecessidade ou inexigibilidade do meio de defesa empregue, isto é, a adopção de um meio de defesa que não se apresenta como o menos gravoso entre aqueles a que o agente pode deitar mão. Trata-se, assim, como se disse, de uma realidade distinta da proporcionalidade no sentido de ponderação acima exposto. O acto praticado com excesso de legítima defesa considera-se ainda justificado em caso de perturbação ou medo não culposos o prejuízo do agente. Um caso evidente de perturbação é aquele do pai que reage à agressão ilícita do seu filho. Exemplo de medo não culposos é o da pessoa que não pode deixar de passar por um sítio ermo e escuro na sua deslocação para um determinado local.

Hipótese diversa é a da legítima defesa aparente, em que o agente actua em erro acerca dos pressupostos da legítima defesa. O acto considerar-se-á ainda justificado, mas o agente será obrigado em tal caso a indemnizar o prejuízo causado, salvo se o erro for desculpável. É a solução decorrente do artigo 338.º do Código Civil. A obrigação de indemnizar surge aqui como uma consequência da subjectivização da legítima defesa. Ao acrescentar-se à previsão da norma que prevê a legítima defesa uma dimensão subjectiva, segundo a qual se considera também justificada a conduta do agente que actua na suposição errónea de se verificarem os pressupostos da figura, acrescenta-se também à consequência de tal norma,

para além da justificação do acto, uma obrigação de indemnizar, salvo no caso de erro desculpável.

Quando alguém actua em legítima defesa não é possível que aquele perante quem essa defesa é levada a cabo invoque também, por sua vez, uma legítima defesa. Isto é necessariamente assim porque só há defesa lícita em face de uma agressão ilícita e aquela não pode ser caracterizada como um caso de agressão ilícita. Não há, pois, legítima defesa de legítima defesa. Isto apenas seria possível, embora incorrendo no vício de regressão infinita, se a defesa e a agressão não fossem necessariamente caracterizadas como lícita e ilícita, respectivamente.

No direito penal está também prevista a figura da legítima defesa. Assim, o artigo 32.º do Código Penal estabelece que «Constitui legítima defesa o facto praticado como meio necessário para repelir a agressão actual e ilícita de interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro». Em relação ao regime do direito civil existem duas diferenças fundamentais. Por um lado, em caso de excesso de legítima defesa o facto é ilícito, ainda que a pena possa ser especialmente atenuada, não sendo no entanto o agente punido se o excesso resultar de perturbação, medo ou susto, não censuráveis (artigo 33.º do Código Penal). Mas por outro lado, parece que a legítima defesa em direito penal não está sujeita ao requisito da proporcionalidade. Na verdade, o campo de aplicação das normas do artigo 337.º do Código Civil e do artigo 32.º do Código Penal parece ser, no essencial, o mesmo, salvo quanto à exigência de proporcionalidade, que não limita a legítima defesa prevista no artigo 32.º do Código Penal, podendo em nome desta sacrificar-se bens jurídicos de valor muito superior ao dos defendidos. Surge, assim, naturalmente a pergunta: poderá a exclusão da ilicitude do facto em virtude da legítima defesa no âmbito do ordenamento penal não coincidir com a exclusão da ilicitude com o mesmo fundamento no seio do direito civil? A resposta terá de ser negativa, pela seguinte razão: se na hipótese em que os prejuízos causados pelo agente fossem manifestamente superiores aos que se pretendem defender subsistisse o ilícito civil, mesmo afastado o ilícito penal, isso significaria que o agressor se poderia defender em legítima defesa contra a defesa do agente. Em tal caso, estaria posto em causa o princípio de que não pode haver legítima defesa de legítima defesa, antes aludido, com as inerentes situações de insegurança e incerteza daí advenientes. Para além disso, a não ser assim teríamos um ciclo de violência causado pelo próprio Direito: há agressão ilícita, o ofendido defende-se, causando danos manifestamente

superiores aos evitados, aqui não há legítima defesa para o direito civil, embora haja para o direito penal; isto significa que o primitivo agressor pode defender-se nos termos da lei civil, perante o agente; este, por seu turno, não pode defender-se em face da lei civil, mas pode em face da lei penal; se se defender viola de novo a lei civil, permitindo nova agressão⁴⁵. Não obstante o afastamento do requisito da proporcionalidade, há limites impostos para o uso da força pela boa fé: a) estar em jogo a vida do agressor; b) manifesta superioridade do agente, em função da posse de arma ou treino profissional; c) manifesta inferioridade do agressor, em função de estado de embriaguez ou factores circunstanciais⁴⁶.

Nesta conformidade, parece razoável sustentar que com a entrada em vigor do artigo 32.º do Código Penal se deu a revogação do artigo 337.º do Código Civil, na parte em que exige que o prejuízo causado pelo acto de defesa não seja manifestamente superior ao que pode resultar da agressão⁴⁷.

5.7 Acção directa.

A principal diferença entre a acção directa e a legítima defesa pode apenas ser avaliada na perspectiva temporal. Na legítima defesa a actuação do agente é contemporânea da agressão, enquanto na acção directa a actuação do agente pressupõe uma agressão consumada. Esta diferença básica explica também o menor alcance da acção directa, na perspectiva dos interesses que pode acautelar, bem como a formulação mais exigente do requisito da proporcionalidade na acção directa, como iremos ver de seguida.

São três os requisitos da acção directa, tal como regulada no artigo 336.º, n.º 1, do Código Civil: (i) a violação efectiva do direito do agente («realizar ou assegurar o próprio direito»); (ii) impossibilidade de recorrer à força pública («impossibilidade de recorrer em tempo útil aos meios coercivos normais»); (iii) proporcionalidade dos meios empregues («evitar a inutilização prática desse direito, contanto que o agente não exceda o que for necessário para evitar o prejuízo»). O requisito da proporcionalidade é ainda retomado no n.º 3 do

⁴⁵ Cfr. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, I – Parte Geral, Tomo IV, Almedina, Coimbra, 2005, p. 426.

⁴⁶ Cfr. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, Tomo IV, cit., pp. 430-431.

⁴⁷ Neste sentido, cfr. Conceição Valdágua, “Aspectos da Legítima Defesa no Código Penal e no Código Civil”, in *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, 1995, pp. 273 e ss., seguida pela generalidade da doutrina (cfr. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, Tomo IV, cit., pp. 426-427; Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I – As Questões Fundamentais, a Doutrina Geral do Crime, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 437).

mesmo artigo 336.º, quando ali se diz que «a acção directa não é lícita, quando sacrifique interesses superiores aos que o agente visa realizar ou assegurar».

Retomando agora as considerações iniciais, resulta claro que o principal traço distintivo entre a acção directa e a legítima defesa, isto é, o carácter consumado da agressão, no primeiro caso, e em execução da mesma, no segundo, permite falar no carácter preventivo da legítima defesa, por oposição ao carácter repressivo da acção directa. Assim de facto se têm pronunciado alguns autores⁴⁸. Todavia, não se afigura que do carácter consumado da agressão na acção directa se possa retirar a feição repressiva da figura, nem tão pouco que da circunstância de a agressão estar em execução ou ser iminente na legítima defesa resulta a natureza preventiva desta. Com estas caracterizações perde-se o essencial de ambas as figuras, que consiste na salvaguarda de interesses do agente em face ou na sequência de uma agressão. Precisamente, porque a agressão já ocorreu, na acção directa, é que o círculo desses interesses se apresenta menor: o artigo 336.º, n.º 1, fala em «assegurar ou realizar o próprio direito», excluindo a possibilidade de o agente visar realizar ou assegurar o direito de terceiros. Esta restrição não parece, no entanto, ser coerente com a própria justificação da acção directa, sobretudo se esta se situar também no plano da defesa global do sistema, como adiante se dirá. Não se vislumbra nenhuma razão para limitar a acção directa à defesa do «próprio» direito. As coisas passam-se já de modo diferente com o requisito da proporcionalidade: é também porque a agressão já ocorreu que é mais exigente o requisito de proporcionalidade na acção directa, excluindo-se desde logo o excesso de acção directa. Com efeitos os interesses que o agente visa realizar ou assegurar não podem exceder o que for necessário para o efeito, nem tão pouco sacrificar interesses superiores. No primeiro caso apela-se às ideias de adequação e exigibilidade da actuação do agente em vista dos fins pretendidos; no segundo, está em causa uma ideia de ponderação de bens.

Tal como sucede com a legítima defesa, também para acção directa se prevê a justificação com base na mera aparência, nos termos previstos no artigo 338.º do Código Civil.

No direito penal não é usualmente tratada a figura da acção directa. Todavia o artigo 31.º, n.º 2, do Código Penal, depois de estabelecer, na alínea a), que não é ilícito o facto praticado em legítima defesa, prevê, na alínea b), não ser também ilícito o facto praticado no exercício de um direito. Ora, precisamente, a acção directa pode consistir na «eliminação

⁴⁸ Cfr. Castro Mendes, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, p. 362 e, na sua esteira, Luís Carvalho Fernandes, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, 2.ª ed., Lex, Lisboa, 1996, p. 569.

da resistência irregularmente oposta ao exercício de um direito, ou outro acto análogo», para além da «apropriação, destruição ou deterioração de uma coisa», como prevê o n.º 2 do artigo 336.º do Código Civil⁴⁹.

Alguns autores consideram a acção directa como uma espécie de cruzamento incongruente entre a legítima defesa e o estado de necessidade: por um lado, o acto lesivo de bens jurídicos do agente é encarado como uma agressão e não como um perigo, o que parece aproximar a acção directa da legítima defesa e afastá-lo do estado de necessidade; por outro lado, exige-se um juízo estrito de proporcionalidade dos bens em conflito, o que parece aproximar a acção directa do estado de necessidade e afastá-la da legítima defesa⁵⁰. Julgamos infundado este modo de ver e consideramos a acção directa, pelo contrário, como um «princípio justificador geral», ao lado da legítima defesa⁵¹. Isto mesmo se demonstra pela circunstância de os casos de uso de meios coercivos pela força pública se reconduzirem essencialmente a estas duas figuras, como vamos ver de seguida.

No direito público, é também possível encontrar casos próximos da acção directa. Assim, o artigo 427.º, n.º 2, do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, prevê que «*Caso se revele necessário e na impossibilidade de intervenção atempada da autoridade pública competente, o concessionário pode adoptar as medidas necessárias com vista à utilização da obra pública, devendo, nesse caso, dar imediato conhecimento deste facto à autoridade pública competente*». Pense-se, por exemplo, no caso da empresa concessionária de uma auto-estrada que mantém a via desimpedida de desordeiros.

5.8 Uso de meios coercivos pelas forças de segurança.

Segundo o artigo 34.º, n.º 1, da Lei n.º 53/2008, de 29 de Agosto, Lei da Segurança Interna, «*os agentes das forças e dos serviços de segurança só podem utilizar meios coercivos nos seguintes casos: a) Para repelir uma agressão actual e ilícita de interesses juridicamente protegidos, em defesa própria ou de terceiros; b) Para vencer resistência à execução de um serviço no exercício das suas funções, depois de ter feito aos resistentes intimação formal de obediência e esgotados os outros meios para o conseguir*». O n.º 2 do

⁴⁹ Afirmando a proximidade entre as duas figuras, cfr. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, Tomo IV, cit., p. 451.

⁵⁰ Cfr. Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, cit., p. 505.

⁵¹ Cfr. Maria Fernanda Palma, *A Justificação por Legítima Defesa como Problema de Delimitação de Direitos*, II, AAFDL, Lisboa, 1990, p. 816.

mesmo artigo consigna que «O recurso à utilização de armas de fogo e explosivos pelas forças e pelos serviços de segurança é regulado em diploma próprio».

O uso de meios coercivos corresponde à coacção directa primeiro teorizada por Otto Mayer em termos equivalentes aos meios de tutela privada do direito privado⁵². Assim, podemos observar uma correspondência entre a alínea a) supra e a legítima defesa do artigo 337.º do Código Civil e, por outro lado, entre a alínea b) supra e a acção directa do artigo 336.º do Código Civil. Senão vejamos, quanto à alínea a): «repelir uma agressão actual e ilícita de interesses juridicamente protegidos, em defesa própria ou de terceiros» [artigo 34.º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 53/2008]; «afastar qualquer agressão actual e contrária à lei contra a pessoa ou património do agente ou de terceiros» (artigo 337.º, n.º 1, do Código Civil). Quanto à alínea b): «vencer resistência à execução de um serviço no exercício das suas funções» [artigo 34.º, n.º 1, alínea b), da Lei n.º 53/2008]; «a acção directa pode consistir na apropriação, destruição ou deterioração de uma coisa, na eliminação da resistência regularmente oposta ao exercício do direito, ou noutro acto análogo» (artigo 336.º, n.º 2, do Código Civil).

Qual o significado desta proximidade entre a definição do uso de meios coercivos pela força pública e as figuras da legítima defesa e da acção directa? Em primeiro lugar resulta desde logo evidente que não há qualquer referência à proporcionalidade quanto à hipótese de uso da força que se aproxima da legítima defesa, ao contrário do que sucede com a hipótese correspondente à acção directa. De qualquer modo, o princípio da proporcionalidade está consagrado com alcance geral para a actuação dos poderes públicos e para as autoridades de polícia, como resulta do artigo 272.º da Constituição.

Mas o que verdadeiramente importa realçar é o modo como o uso da força surge estruturado, também na perspectiva da força pública, como algo residual. A ordem jurídica assenta deste modo no pressuposto da obediência espontânea às normas e aos princípios do direito. Sem obediência não há Direito. Esta não é, no entanto, uma conclusão que aqui se pretende estabelecer em termos de verdade geral, para todas as ordens jurídicas e em todos os tempos. Na verdade, é o modo como hoje concebemos, no Estado de Direito, o uso da força pública que se inspira nos meios de tutela privada indicados e não o contrário. As relações entre privados expressas nos meios de defesa privada são compatíveis com modos muito diversos de conceber o uso da força pelos poderes públicos.

⁵² Cfr. Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Band I, cit., p. 290.

5.9 Uso de armas de fogo.

O paralelismo acima mencionado projecta-se também quanto ao uso de armas de fogo. Assim, temos antes de mais o Decreto-Lei n.º 457/99, de 5 de Novembro, que aprova o regime de utilização de armas de fogo e explosivos pelas forças e serviços de segurança.

Segundo o artigo 2.º deste diploma, sob a epígrafe «Princípios da necessidade e da proporcionalidade»:

«1 - O recurso a arma de fogo só é permitido em caso de absoluta necessidade, como medida extrema, quando outros meios menos perigosos se mostrem ineficazes, e desde que proporcionado às circunstâncias.

2 - Em tal caso, o agente deve esforçar-se por reduzir ao mínimo as lesões e danos e respeitar e preservar a vida humana.»

O artigo 3.º, sob a epígrafe «Recurso a arma de fogo», enumera taxativamente os casos em que, no respeito dos princípios constantes do artigo anterior e sem prejuízo do disposto no n.º 2 deste mesmo artigo 3.º, é permitido o recurso a arma de fogo:

«a) Para repelir agressão actual e ilícita dirigida contra o próprio agente da autoridade ou contra terceiros;

b) Para efectuar a captura ou impedir a fuga de pessoa suspeita de haver cometido crime punível com pena de prisão superior a três anos ou que faça uso ou disponha de armas de fogo, armas brancas ou engenhos ou substâncias explosivas, radioactivas ou próprias para a fabricação de gases tóxicos ou asfíxiantes;

c) Para efectuar a prisão de pessoa evadida ou objecto de mandado de detenção ou para impedir a fuga de pessoa regularmente presa ou detida;

d) Para libertar reféns ou pessoas raptadas ou sequestradas;

e) Para suster ou impedir grave atentado contra instalações do Estado ou de utilidade pública ou social ou contra aeronave, navio, comboio, veículo de transporte colectivo de passageiros ou veículo de transporte de bens perigosos;

f) Para vencer a resistência violenta à execução de um serviço no exercício das suas funções e manter a autoridade depois de ter feito aos resistentes intimação inequívoca de obediência e após esgotados todos os outros meios possíveis para o conseguir;

- g) Para abate de animais que façam perigar pessoas ou bens ou que, gravemente feridos, não possam com êxito ser imediatamente assistidos;*
- h) Como meio de alarme ou pedido de socorro, numa situação de emergência, quando outros meios não possam ser utilizados com a mesma finalidade;*
- i) Quando a manutenção da ordem pública assim o exija ou os superiores do agente, com a mesma finalidade, assim o determinem.»*

Por seu turno, o n.º 2 deste mesmo artigo 3.º prescreve que

«O recurso a arma de fogo contra pessoas só é permitido desde que, cumulativamente, a respectiva finalidade não possa ser alcançada através do recurso a arma de fogo, nos termos do n.º 1 do presente artigo, e se verifique uma das circunstâncias a seguir taxativamente enumeradas:

- a) Para repelir a agressão actual ilícita dirigida contra o agente ou terceiros, se houver perigo iminente de morte ou ofensa grave à integridade física;*
- b) Para prevenir a prática de crime particularmente grave que ameace vidas humanas;*
- c) Para proceder à detenção de pessoa que represente essa ameaça e que resista à autoridade ou impedir a sua fuga.»*

O n.º 3 da mesma disposição consigna que *«Sempre que não seja permitido o recurso a arma de fogo, ninguém pode ser objecto de intimidação através de tiro de arma de fogo»*. Finalmente, o n.º 4 introduz uma regra de limitação de “danos colaterais”, ao preceituar que *«O recurso a arma de fogo só é permitido se for manifestamente improvável que, além do visado ou visados, alguma outra pessoa venha a ser atingida»*.

Ainda com interesse, o artigo 4.º, sob a epígrafe «Advertência», prevê o seguinte:

- «1 - O recurso a arma de fogo deve ser precedido de advertência claramente perceptível, sempre que a natureza do serviço e as circunstâncias o permitam.*
- 2 - A advertência pode consistir em tiro para o ar, desde que seja de supor que ninguém venha a ser atingido, e que a intimação ou advertência prévia possa não ser clara e imediatamente perceptível.*
- 3 - Contra um ajuntamento de pessoas a advertência deve ser repetida.»*

Regras de algum modo semelhantes, mas mais restritivas, estão em vigor para o uso de armas de fogo pelos particulares. Assim, o artigo 42.º da Lei n.º 5/2006, de 23 de Fevereiro, regula o uso de armas de fogo, efectuando uma distinção entre uso excepcional e

uso não excepcional. No âmbito do uso excepcional, o mesmo artigo 42.º, n.º 1, distingue entre o uso de arma de fogo para defesa da vida do próprio ou de terceiros e o seu uso para defesa do património. Nos termos da alínea a) deste mesmo n.º 1 considera-se uso excepcional de arma de fogo a sua utilização efectiva *«como último meio de defesa, para fazer cessar ou repelir uma agressão actual e ilícita dirigida contra o próprio ou terceiros, quando exista perigo iminente de morte ou ofensa grave à integridade física e quando essa defesa não possa ser garantida por agentes da autoridade do Estado, devendo o disparo ser precedido de advertência verbal ou de disparo de advertência e em caso algum podendo visar zona letal do corpo humano»*; de acordo com a alínea b) do mesmo n.º 1, considera-se também uso excepcional aquele que possa ser caracterizado *«como último meio de defesa, para fazer cessar ou repelir uma agressão actual e ilícita dirigida contra o património do próprio ou de terceiro e quando essa defesa não possa ser garantida por agentes da autoridade do Estado, devendo os disparos ser exclusivamente de advertência»*. É, desde logo, duvidosa a compatibilidade destas disposições, caracterizadas por um verdadeiro excesso da proibição do excesso, com os artigos do Código Civil e do próprio Código Penal sobre legítima defesa.

O n.º 2 do mesmo artigo 42.º caracteriza enquanto uso não excepcional de arma de fogo: a) o exercício da prática desportiva ou de actos venatórios; b) como meio de alarme ou pedido de socorro, numa situação de emergência, quando outros meios não possam ser utilizados com a mesma finalidade; c) como meio de repelir uma agressão iminente ou em execução, perpetrada por animal susceptível de fazer perigar a vida ou a integridade física do próprio ou de terceiros, quando essa defesa não possa ser garantida por outra forma. Afigura-se, desde logo, duvidosa a possibilidade de os animais *«perpetrarem agressões»*, uma vez que a expressão significa a prática de uma acção condenável.

5.10 Detenção em flagrante delito. Em certa medida próxima da acção directa está a detenção em flagrante delito, prevista no artigo 255.º, n.º 1, alínea b), do Código de Processo Penal. Simplesmente, não está aqui já em causa assegurar o próprio direito, mas realizar directamente a ordem jurídica. O que está em causa é o poder que assiste a qualquer pessoa de proceder à detenção em flagrante delito do agente de um crime punível com pena de prisão, se qualquer entidade policial não estiver presente nem puder ser chamada em tempo útil. Há, no entanto, uma condição suplementar de justificação desta medida de privação da liberdade. Trata-se da condição segundo a qual a pessoa que tiver

procedido à detenção entregue imediatamente o detido à autoridade judiciária ou policial. Assumem aqui especial relevo os princípios da subsidiariedade e da provisoriedade.

5.11 Direito de resistência.

O direito de resistência acha-se previsto no artigo 21.º da Constituição, nos seguintes termos: «*Todos têm o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública*». Os pressupostos da figura parecem ser os seguintes: (i) existência de uma ordem que ofende os direitos, liberdades e garantias do agente; ou (ii) existência de uma agressão provinda de agentes de autoridade pública. No primeiro caso, temos a chamada resistência passiva, que consiste em não fazer o que é imposto (resistência passiva negativa) ou em fazer o que é vedado, o que consistirá necessariamente em exercer o direito, liberdade ou garantia ameaçado (resistência passiva positiva). No segundo caso, temos a resistência defensiva, que consiste na resposta a uma agressão. A agressão pode também provir de agentes de autoridade pública, apesar da «*fórmula infeliz da segunda parte do preceito*», como refere Jorge Miranda⁵³. Com efeito, como será possível concretizar o requisito da impossibilidade de recorrer à autoridade pública se é esta a autora da agressão? Ao mesmo tempo, esta «*fórmula infeliz*» tem pelo menos o mérito de recordar que não pode haver direito de resistência contra o uso legítimo da força pelas autoridades públicas.

A consequência da verificação destes pressupostos consiste essencialmente na justificação jurídico-penal do facto, como resulta do artigo 31.º, n.º 2, alínea b), do Código Penal, não havendo lugar, no caso de resistência passiva, a crime de desobediência (artigo 348.º do Código Penal).

As considerações que antecedem carecem de algumas clarificações. Assim, antes de mais, parece que o direito de resistência, tal como consagrado na Constituição («*todos têm o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias*»), não permite a defesa de direitos de terceiros. Por outro lado, titulares do direito de resistência não são apenas os cidadãos, mas «*todos*», isto é, todos aqueles que possam ser titulares de direitos, liberdades e garantias, incluindo estrangeiros. Finalmente, nada impede

⁵³ Cfr. Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 207.

que o exercício colectivo do direito de resistência quando estejam em causa direitos de uma categorias de pessoas.

Depois, apesar de a Constituição falar apenas de resistência a ordens, parece que devem considerar-se abrangidos na expressão quaisquer actos do poder que possam infringir direitos, liberdades e garantias. Finalmente, o concreto exercício do direito de resistência faz-se através do exercício do concreto direito, liberdade ou garantia que é ofendido por um acto do poder. Nesta medida, pode afirmar-se que o direito de resistência é uma mera consequência da aplicabilidade imediata das normas constitucionais relativas aos direitos, liberdades e garantias, com esta se identificando. Por outras palavras, o direito de resistência é nada menos, mas também nada mais, que um dos traços do regime dos direitos, liberdades e garantias, previsto no artigo 18.º, n.º 1, da Constituição, quando aí se afirma que «os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas». A autonomia do direito de resistência em relação a este traço do regime dos direitos, liberdades e garantias não ocorre, pois, no que diz respeito aos casos de resistência passiva, nem mesmo no que diz respeito aos casos de resistência defensiva, sendo apenas pensável em relação aos casos de resistência activa.

Mas, precisamente, a resistência activa não surge formulada na Constituição, nem faria sentido que surgisse. Na verdade, tal resistência corresponderia ao reconhecimento de um direito à revolução por parte dos poderes instituídos (ver a discussão de Kant a este propósito).

5.12 Direito de retenção e excepção do não cumprimento.

Alguns autores incluem ainda entre os casos de autotutela ou defesa privada o exercício do direito de retenção e a excepção do não cumprimento. O primeiro acha-se previsto no artigo 754.º do Código Civil: «*O devedor que disponha de um crédito contra o seu credor goza do direito de retenção se, estando obrigado a entregar certa coisa, o seu crédito resultar de despesas feitas por causa dela ou de danos por ela causados*». A segunda, prevista no artigo 428.º do Código Civil, consiste na faculdade que tem cada um dos contraentes, nos contratos bilaterais em que não haja prazos diferentes para o cumprimento das prestações, em recusar a sua prestação

enquanto o outro não efectuar a que lhe cabe ou não oferecer o seu cumprimento simultâneo.

Os requisitos do direito de retenção são os seguintes: (i) que uma coisa se encontre em poder do credor a título de simples detenção; (ii) que exista uma íntima relação entre o crédito e a coisa detida pelo credor, isto é, que o crédito e a dívida tenham que ver com a coisa; (iii) que seja o detentor da coisa o credor do débito que se trata de defender e que seja o devedor a pessoa a quem a coisa deva ser restituída⁵⁴. Gozam do direito de retenção, para além dos casos especiais mencionados no artigo 755.º do Código Civil, o achador de animais e coisas móveis perdidas (artigo 1323.º do Código Civil) e ainda o empreiteiro. Importa aqui de um modo especial chamar a atenção para a circunstância de que sempre que a prestação do contraente que se aproveita da *exceptio* consistir num *dare*, a sua recusa assume do mesmo o carácter de um retenção legítima. Se na compra e venda o comprador não pagar o preço, o vendedor poderá recusar-se a fazer a entrega da coisa, retendo-a. Por esta razão, o direito de retenção e a excepção de não cumprimento têm importantes pontos de contacto e assumem o carácter de sanções compulsórias, isto é, sanções que visam compelir o infractor a cumprir a sua obrigação. Mas há também algo que as diferencia: no direito de retenção um parte já cumpriu e pretende compelir a outra ao cumprimento; na excepção de não cumprimento, nenhuma das partes cumpriu.

Como é bom de ver, ambas estas figuras pressupõem uma relação contratual entre as partes e ambas correspondem a situações activas enxertadas em tais relações⁵⁵. Mas há, na linha do que já se disse, uma diferença essencial entre o direito de retenção do artigo 754.º e a excepção do não cumprimento do artigo 428.º: o primeiro protege a realização de um direito, em termos semelhantes aos previstos na acção directa, a segunda protege a condição de devedor. Por isso mesmo o direito de retenção é ainda um meio de autotutela, ao contrário da excepção de não cumprimento⁵⁶.

5.13 Segurança privada. A segurança privada é objecto de um diploma específico, o Decreto-Lei n.º 35/2004, de 21 de Fevereiro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 198/2005, de

⁵⁴ Cfr. L. Cabral de Moncada, *Lições de Direito Civil*, p. 779.

⁵⁵ L. Cabral de Moncada, *Lições de Direito Civil*, pp. 778 e 782, trata destas figuras a propósito da defesa privada de direitos, o que apenas se compreende se pensarmos que o traço unificador do seu tratamento a este título consiste na oposição a uma defesa judiciária de direitos.

⁵⁶ Cfr. Maria de Lurdes Pereira e Pedro Múrias, “Os Direitos de Retenção e o Sentido da Excepção de Não Cumprimento”, in www.muriasjuridico.pt, p. 27.

10 de Novembro. Não cabe aqui desenvolver uma discussão pormenorizada desse regime, mas tão só discutir as suas implicações para o tema que nos ocupa.

A propósito da privatização costuma estabelecer-se uma distinção básica entre duas questões fundamentais por ela colocadas: (i) Em que medida pode o Estado confiar aos privadas a prossecução de tarefas de segurança deles próprios, a seu custo e com os seus recursos? (ii) Em que condições está o Estado autorizado a prosseguir as suas próprias tarefas de segurança através de privados e já não através das autoridades de polícia? É fácil de compreender como ambos os grupos de questões colocam problemas distintos. Aqui só nos vai ocupar a primeira questão.

Ora, parece evidente que a realização de tarefas de segurança pelos privados, enquanto tais, só pode admitir-se na medida em que estes exerçam os direitos privados que assistem a todos ou que lhes são confiados pelas pessoas (privadas) que os contratam. Por outras palavras, está aqui em causa o exercício, por agentes de segurança privada, de poderes de uso da força que pertencem a todos, como sucede no contexto da legítima defesa ou da detenção em flagrante delito, incluindo o exercício de “poderes derivados” por parte desses mesmos agentes de segurança privada, isto é poderes que pertencem às entidades privadas que os contratam, como por exemplo as faculdades de “acção directa” para defesa da propriedade ou o poder de decidir quem pode entrar e permanecer num local⁵⁷.

No regime do Decreto-Lei n.º 35/2004, artigo 1.º, n.º 3, considera-se actividade de segurança privada: a) A prestação de serviços a terceiros por entidades privadas com vista à protecção de pessoas e bens, bem como à prevenção da prática de crimes; b) A organização, por quaisquer entidades e em proveito próprio, de serviços de autoprotecção, com vista à protecção de pessoas e bens, bem como à prevenção da prática de crimes. Por seu turno, o artigo 5.º do mesmo diploma dispõe que é proibido, no exercício da actividade de segurança privada: a) A prática de actividades que tenham por objecto a prossecução de objectivos ou o desempenho de funções correspondentes a competências exclusivas das autoridades judiciárias ou policiais; b) Ameaçar, inibir ou restringir o exercício de direitos, liberdades e garantias ou outros direitos fundamentais, sem prejuízo do estabelecido nos

⁵⁷ Cfr. Christoph Gusy, *Polizeirecht*, 6. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, p. 74, n.ºs 161-162.; Pedro Gonçalves, *Entidades Privadas com Poderes Públicos: O Exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 373. Sobre os serviços de segurança privada mencionados no texto, cfr. os artigos 2.º e 6.º do Decreto-Lei n.º 35/2004, de 21 de Fevereiro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 198/2005, de 10 de Novembro.

n.ºs 5 e 6 do artigo seguinte; c) A protecção de bens, serviços ou pessoas envolvidas em actividades ilícitas.

Os n.º 5 do artigo 6.º dispõe que «*Os assistentes de recinto desportivo, no controlo de acesso aos recintos desportivos, podem efectuar revistas pessoais de prevenção e segurança com o estrito objectivo de impedir a entrada de objectos e substâncias proibidas ou susceptíveis de gerar ou possibilitar actos de violência*». Por seu turno, o n.º 6, ainda do mesmo artigo 6.º, estabelece que «*A faculdade prevista no número anterior estende-se ao pessoal de vigilância no controlo de acesso a instalações aeroportuárias, bem como a outros locais de acesso vedado ou condicionado ao público, sendo que, neste caso, sempre a título excepcional, mediante autorização expressa do Ministro da Administração Interna e por um período delimitado no tempo*».

O problema suscitado por este exercício de direitos privados consiste no modo como se põe em causa o carácter subsidiário e excepcional de institutos como o da legítima defesa e da acção directa. Trata-se, na verdade, de uma profissionalização desses institutos⁵⁸, contrária à sua razão de ser.

Neste contexto, houve já quem entendesse que a actividade de segurança privada deveria ser equiparada, no que toca ao regime, à actividade desenvolvida pelas forças de segurança pública, com base nos seguintes argumentos: a) em ambos os casos está em causa o exercício de uma actividade de segurança pública; b) a defesa profissional é qualitativamente distinta da legítima defesa e da acção directa não profissionais, pelo que deveria estar submetida a um regime de direito público; c) esta equiparação seria a única forma de obviar à falta de controlo democrático da segurança privada. A estes argumentos pode contrapor-se que: a) na segurança privada está em causa a segurança de bens privados e não de bens públicos; b) a defesa profissional não é qualitativamente distinta da legítima defesa, uma vez que pode haver legítima defesa de terceiros; c) pelas razões anteriormente enunciadas, não está em causa o controlo democrático da actividade de segurança privada. Ora, o contra-argumento mencionado em b) não é procedente, porquanto se há legítima defesa de terceiros não há acção directa de terceiros, mas ambas as realidades estão compreendidas na defesa profissional. Por outro lado, parece evidente que a defesa profissional deve estar submetida às exigências da proporcionalidade nos mesmos termos em que o está a actividade policial. E isto nem que seja por uma argumentação assente na

⁵⁸ Cfr. Pedro Gonçalves, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, cit., p. 389.

eficácia externa dos preceitos relativos a direitos fundamentais. O que acaba de ser dito é em especial importante no que diz respeito ao requisito da proporcionalidade na legítima defesa, até na medida em que se entenda, como dissemos, que a exigência de proporcionalidade do artigo 337.º do Código Civil foi revogada pelo artigo 32.º do Código Penal, como se afirmou.

5.14 O princípio do monopólio estatal da força.

Voltamos ao ponto de partida: o que concluir de tudo isto, na perspectiva do princípio do monopólio estatal da força, consagrado no artigo 1.º do Código de Processo Civil? Quais, de entre as figuras analisadas, ainda que brevemente, devemos considerar como abrangidas pela noção de autotutela, e quais as que devemos considerar fora do seu âmbito?

O que torna especialmente difícil a resposta a estas questões é, desde logo, a diversidade de prismas pelos quais podemos, e devemos, encarar as várias figuras mencionadas. Assim, se tivermos em vista o fim perseguido pelo agente, podemos distinguir as figuras que visam impedir a violação de um direito (caso da legítima defesa, da acção directa, do direito de retenção), ou mesmo só do Direito (uso de meios coercivos pela força pública, detenção em flagrante delito), daquelas que pretendem assegurar um interesse (estado de necessidade). Esta mesma contraposição permite passar a uma outra, nos termos da qual se opõem as figuras, como os diversos estados de necessidade, assentes naquilo a que poderíamos chamar o direito equívoco, na expressão de Kant, daquelas figuras que visam ainda realizar o direito estrito⁵⁹. É esta oposição que permite considerar como divisa do direito de necessidade (mas já não da legítima defesa, da acção directa) a expressão «*necessitas leges non habet*», segundo afirmava também Kant⁶⁰.

Fundamento destas figuras, segundo Menezes Cordeiro⁶¹: legítima defesa e acção directa – oscilação entre defesa global do sistema e protecção de direitos individuais (se o fim for a defesa global, fará sentido privilegiar a eficácia da autotutela sobre a proporcionalidade dos meios; se entendermos que é a defesa da liberdade individual ou apenas dos direitos subjectivos, concluiremos que os requisitos de proporcionalidade são mais estritos); estado de necessidade – dever de solidariedade.

⁵⁹ Cfr. Kant, *A Metafísica dos Costumes*, tradução, apresentação e notas de José Lamego, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2005, p. 47.

⁶⁰ Cfr. Kant, *A Metafísica dos Costumes*, cit., p. 52.

⁶¹ Cfr. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, Tomo IV, cit., pp. 413-415, 446 e 453-454.

Em nenhuma dos casos se pode falar, segundo Menezes Cordeiro, de um direito subjectivo, mas de uma permissão genérica, ou liberdade⁶². É uma concepção excessivamente presa à ideia de que os direitos são as posições jurídicas susceptíveis de efectivação através dos tribunais. Dir-se-ia que não existe um direito a que alguém pratique uma determinada acção, ou se conforme com a prática dessa acção, mas uma liberdade de actuar ou não. Necessidade de ligar este tema com o estado de natureza, por um lado, e com a classificação dos direitos de Hohfeld, por outro. A natureza destas figuras prende-se, de algum modo, com o facto de serem sobrevigências pontuais do estado de natureza.

Com o direito de resistência, as coisas passam-se de modo diverso – direito subjectivo público. Mas também aqui se pode dizer que o direito de resistência deve ser exercido para a defesa global do sistema.

Aliás, esta circunstância leva-nos a concluir que não há meio de tutela privada para satisfação de interesses e necessidades pessoais (e menos ainda para alcançar o poder, no caso do direito de resistência, através da revolução). Mesmo no direito de resistência isso também acontece, aqui pode dizer-se de um modo especial, e utilizando a formulação de Rawls, que o direito de resistência exprime a desobediência à lei dentro dos limites da fidelidade ao direito (completar citação). Estas figuras exprimem a passagem do estado de natureza ao estado civil, em sentido kantiano, mas ao mesmo tempo exprimem também que os arquétipos do uso da força exprimem-se sempre em figuras de autotutela, como se depreende da comparação entre os casos de uso da força no direito civil e no direito público.

O princípio do monopólio estatal da força não é afectado pelo reconhecimento destas figuras – em todas surge o requisito da necessidade, entendido como impossibilidade de recorrer à força pública – mas pela sua profissionalização⁶³.

6. Normatividade e direito

Nas aulas anteriores procurei pôr em evidência a relação entre força e direito, ou entre coacção e direito. Como vimos, existem duas principais manifestações da coacção no

⁶² Cfr. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, Tomo IV, cit., pp. 437-438, 446, 454.

⁶³ Visões contrárias de Pierre Manent, *La Raison des Nations*, p. 33, e de Giorgio Agamben, *Stato di Eccezione*.

direito, irreduzíveis entre si: as sanções e a execução forçada. Os casos de autotutela são casos em que existe execução forçada do direito, mas não há propriamente lugar à aplicação de sanções (salvo quanto ao caso especial das sanções compulsórias, como o direito de retenção, que é também um meio de autotutela).

A concepção que se defenda quanto à relação entre coacção e direito tem uma influência decisiva na matéria que agora vamos abordar e que se prende com a presença das normas no direito. Essa presença é normalmente ilustrada através de uma distinção essencial, que é a distinção entre normas primárias e normas secundárias, cujos diversos entendimentos ilustram também de modo exemplar a diversidade de concepções quanto à relação entre força e direito.

Normas primárias e secundárias

Convém começar por referir a diversidade de sentidos das expressões primário e secundário: a) a relação entre ambas pode querer significar uma relação temporal, em que «secundário» é o que vem depois; b) ou então uma relação de ordenação axiológica entre duas classes, ordenação essa que pode atender à função recíproca dos termos dessa relação, significando em tal caso «secundário» o menos importante ou acessório, normalmente contraposto mais a «principal» do que a «primário», ou então à posição recíproca de dois termos, sendo «secundário» aquilo que está em estado de dependência, subordinação ou inferioridade.

Temos assim que a relação entre primário e secundário pode ser encarada como uma relação temporal, funcional e hierárquica, Muitas vezes, e designadamente no Direito, não existe coincidência entre a relação temporal e as outras. Assim, na máxima *primo jure, potior jure* (o primeiro direito é o melhor direito), o direito subjectivo primário na relação cronológica é também primário na relação axiológica; na máxima *lex posterior derogat priori*, a lei secundária na relação cronológica é primária na relação axiológica.

Em face disto, torna-se fácil compreender que a distinção entre normas primárias e secundárias tem também uma pluralidade de significados.

Em princípio, primárias são as normas que estabelecem o que se deve fazer ou não fazer e secundárias as normas que prevêem uma sanção no caso de violação da norma primária. Dito de outro modo, as normas primárias, ou direito substantivo, estabelecem como os cidadãos são obrigados a comportar-se. Torna-se, no entanto, impossível inferir destas normas como deve o juiz decidir no caso de as mesmas serem violadas. Por isso, é necessário um conjunto de normas secundárias, ou direito das sanções, que especificam quais as sanções a aplicar em caso de violação das normas primárias⁶⁴. Neste sentido, a relação entre normas primárias e secundárias é puramente cronológica, sendo neutra do ponto de vista valorativo⁶⁵.

A partir deste entendimento tradicional, e valorativamente neutro, da distinção entre normas primárias e secundárias, começou a esboçar-se a tendência para encarar as normas primárias como dirigidas ao cidadão e as normas secundárias como dirigidas ao juiz. Nesta perspectiva, atendendo às funções desempenhadas por cada um deste tipo de normas num ordenamento jurídico entendido como um ordenamento coactivo, era inevitável entender-se que as normas mais importantes eram as segundas, as secundárias, e não as primeiras, as primárias.

Este ponto de vista é já suficientemente claro em Kelsen quando afirma, por exemplo, que *«uma norma é uma norma jurídica não porque a sua eficácia é assegurada por outra norma que prevê uma sanção; uma norma é uma norma jurídica porque ela prevê uma sanção. O problema da coerção (constrangimento, sanção) não é o de assegurar a eficácia das normas, mas sim o conteúdo das normas»*⁶⁶.

Mas é sobretudo Alf Ross que torna claro o entendimento segundo o qual as normas tradicionalmente designadas primárias são, na realidade, secundárias, devendo ser consideradas efectivamente como primárias as normas tradicionalmente designadas secundárias. Afirma este autor,

«Devemos concluir que existem dois conjuntos de normas, um dirigido aos cidadãos, estabelecendo as suas obrigações; outro, dirigido aos juízes, ordenando-lhes que decidam certos casos de certos modos?

⁶⁴ Cfr. Norberto Bobbio, *Contribución a la Teoría del Derecho*, edición a cargo de Alfonso Ruiz Miguel, Editorial Debate, Madrid, 1990, p. 308; Alf Ross, *Directives and Norms*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1968, p. 91.

⁶⁵ Isto é particularmente verdade quanto ao uso da distinção por Alf Ross, como se verá.

⁶⁶ Cfr. Hans Kelsen, *Teoria Geral do Direito e do Estado*, tradução brasileira de Luis Carlos Borges, Martins Fontes, São Paulo, 1990 (1945), p. 34 (tradução modificada).

De um ponto de vista lógico, devemos responder negativamente: existe apenas um conjunto de normas, nomeadamente as designadas normas “secundárias”, que prescrevem como devem os casos ser decididos, isto é, que basicamente prescrevem as condições sob as quais a coacção violenta deve ser exercida. Como vimos, as normas primárias, em termos lógicos, não contêm nada que não esteja já implícito nas normas secundárias, enquanto o contrário não é verdadeiro.»⁶⁷

Hart recupera, de algum modo, o entendimento tradicional, só que agora as normas primárias do ponto de vista cronológico são-no também de um ponto de vista axiológico, pelo menos quanto à função desempenhada. Como é sabido, Hart distingue entre normas primárias ou normas de obrigação, por um lado, e, por outro, normas secundárias, em cujo âmbito distingue três tipos: normas de reconhecimento, normas de alteração e normas de julgamento. As normas de reconhecimento são normas de identificação das normas primárias como normas dotadas de autoridade dentro do sistema, são, no fundo, as normas que caracterizam o sistema de fontes de um sistema jurídico; as normas de alteração são as que conferem poderes para introduzir novas regras primárias e para eliminar as antigas; as normas de julgamento são aquelas que conferem poder para proferir decisões dotadas de autoridade relativas à questão de saber se, num caso concreto, foi violada uma regra primária⁶⁸.

Qual a importância da construção de Hart? Trata-se muito simplesmente de chamar a atenção para dois aspectos importantes, até então negligenciados: (i) por um lado, permite encarar as normas secundárias como normas sobre normas, mais do que normas dirigidas aos juízes; (ii) por outro lado, leva ao reconhecimento da existência de normas de competência, como distintas das normas de conduta que constituem o cerne das normas primárias. Com efeito, enquanto Kelsen e Ross entendem as normas secundárias como normas que têm como destinatários os juízes mas não se distinguem essencialmente das normas primárias, Hart sustenta que as normas secundárias têm uma natureza muito diversa das primárias, com base nos dois aspectos mencionados⁶⁹.

⁶⁷ Cfr. Alf Ross, *Directive and Norms*, cit., p. 92.

⁶⁸ Cfr. H. Hart, *O Conceito de Direito*, cit., pp. 103 e ss.

⁶⁹ Bobbio, *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., p. 313 e nota 4, identifica estes dois aspectos, mas sustenta, sem grandes desenvolvimentos, que é discutível o desenvolvimento da distinção entre normas primárias e secundárias como significando uma distinção entre normas que estabelecem obrigações e normas que atribuem poderes.

Em particular quanto ao segundo aspecto, isto é, a chamada de atenção para as normas de competência, Hart vem tornar claro que nem todas as normas são imperativas, isto é, normas que pretendem guiar o comportamento humano através da imposição ou proibição. Para além destas, há normas que se limitam a atribuir poderes a determinadas entidades⁷⁰. Isto permite descrever as normas secundárias em termos que não são idênticos aos das normas primárias, como sucede com Kelsen, com as dificuldades daí decorrentes. Com efeito, se as normas secundárias são normas que impõem obrigações aos juizes de aplicar sanções em caso de violação das normas primárias, isto significa que estas normas devem ser garantidas por outras que impõem obrigações a outros funcionários no sentido de aplicar sanções aos juizes que não apliquem sanções aos cidadãos que violam as normas primárias. E assim sucessivamente até ao infinito⁷¹.

7. Breves noções de lógica das normas; o paradoxo de Joergensen

A compreensão do aspecto normativo do direito não se esgota nas implicações da distinção entre normas primárias e normas secundárias, mas esta distinção, e as suas diversas interpretações, prepara-nos o terreno para a compreensão da existência de diversos conceitos normativos. Na verdade, é preciso ir mais longe e perceber que existe verdadeiramente uma lógica das normas ou dos conceitos normativos como os conceitos de obrigação («*deve*», «*tem de*»), permissão («*pode*») e proibição («*não deve*», «*vedado*»).

A lógica deontica difere da teoria jurídica e da moral na medida em que não pretende determinar quais os princípios ou as obrigações existentes num determinado sistema. Visa apenas desenvolver uma linguagem formal que pode representar adequadamente as expressões normativas das línguas naturais e agrupar essas expressões num sistema lógico.

Os teoremas da lógica deontica especificam relações entre conceitos normativos (por exemplo, o que é obrigatório é permitido) e entre conceito normativos e não normativos (por exemplo, o que é obrigatório é possível). Normalmente, a lógica deontica é tratada como um ramo da lógica modal, na medida em que as relações lógicas entre o obrigatório, o permitido e o proibido são em certa medida paralelas àquelas que se estabelecem entre o necessário, o possível e o impossível, conceitos tratados na lógica modal.

⁷⁰ Cfr. Joseph Raz, *The Concept of a Legal System*, pp. 156 e ss.

⁷¹ Cfr. Eerik Lagerspetz, “Normas y Sanciones”, p. 57.

A primeira dificuldade de uma lógica deôntica radica na sua própria possibilidade. É esta dificuldade que se exprime no designado dilema de Joergensen: em que medida pode existir uma lógica de normas se a lógica se preocupa com a verdade de proposições e as normas não têm valor de verdade, isto é, não exprimem uma relação com o mundo em termos de podermos dizer se são verdadeiras ou falsas, isto é, se se adequam a um estado de coisas no mundo, mas antes visam influenciar um estado de coisas no mundo⁷². O dilema resolve-se se pensarmos que a lógica deôntica não é, na verdade, uma lógica de normas, mas uma lógica de proposições normativas. Por outro lado, pode sustentar-se que existem conceitos alternativos à verdade, mas que desempenham uma função equivalente numa lógica de normas, como os conceitos de validade ou de sucesso, na teoria dos actos de linguagem.

Uma vez feito este esclarecimento, é na realidade importante compreendermos os rudimentos de uma lógica deôntica.

Para o efeito, podemos partir da distinção feita na lógica entre proposições afirmativas e negativas.

Vejamos a proposição afirmativa universal «*todos os homens são mortais*».

A partir dela obtemos outras duas proposições, segundo neguemos universalmente («*todos os homens não são mortais*» ou «*nenhum homem é mortal*») ou nos limitemos a negar a universalidade («*nem todos os homens são mortais*» ou «*alguns homens não são mortais*»).

Se combinarmos as negações, ou seja, se negarmos o conjunto universalmente e negarmos ao mesmo tempo a universalidade, obteremos uma quarta proposição («*nem todos os homens não são mortais*» ou «*alguns homens são mortais*»).

Temos assim quatro proposições, sendo que cada uma delas tem uma que a contradiz (oposição forte) e uma que é o seu contrário (oposição mais débil).

Assim, as proposições «*todos os homens são mortais*» (omnis) e «*todos os homens não são mortais*» (nullus) são contrárias; as proposições «*todos os homens são mortais*» (omnis) e «*nem todos os homens são mortais*» (non omnis) são contraditórias; as proposições «*todos*

⁷² Cfr. Alf Ross, *Directives and Norms*, cit., pp. 139-149.

os homens não são mortais» (nullus) e «nem todos os homens não são mortais» (non nullus) são contraditórias.

Dizemos que duas proposições são contrárias quando não podem ser ambas verdadeiras, mas podem ser ambas falsas; são contraditórias quando não podem ser ambas verdadeiras nem ambas falsas; são subcontrárias quando podem ser ambas verdadeiras, mas não podem ser ambas falsas; são subalternas quando da verdade da primeira se pode deduzir a verdade da segunda, mas da verdade da segunda não se pode deduzir a verdade da primeira.

As contrárias são incompatíveis, as contraditórias são alternativas, as subcontrárias são disjuntivas e entre a subalternante e a subalternada existe uma relação de implicação.

Isto exprime-se através de um quadrado.

Apliquemos o que acaba de ser dito a proposições prescritivas. Se partirmos de uma proposição prescritiva universal («todos devem fazer p») obteremos três tipos de prescrições com um uso diferente do signo não: negação universal «ninguém deve fazer p»; negação da universalidade «nem todos devem fazer p»; uso de ambas as negações «nem todos não devem fazer p». No primeiro caso temos uma prescrição; no segundo uma proibição; no terceiro caso uma permissão negativa na medida em que isenta alguns do dever de fazer p; no quarto, em que se exceptua alguns do dever de não fazer temos uma permissão positiva. Se simbolizarmos a primeira proposição com um O, de obrigatório, teremos: O – obrigatório; O não – obrigatório não fazer, ou seja proibido; não O – não obrigatório fazer ou permissão negativa; não O não – não obrigatório não fazer ou permissão positiva.

Podemos chegar ao mesmo resultado permitindo de uma permissão positiva P. A partir daí obtemos: P não – permissão de não fazer ou permissão negativa; não P – não permissão de fazer ou proibição; não P não – não permissão de não fazer ou obrigação.

Quadrado deontico, do qual resulta: são contrárias as imposições e as proibições; permissões afirmativas e negativas são subcontrárias; mandatos e permissões negativas, proibições e permissões positivas são contraditórias entre si.

8. Analítica do direito subjectivo

Análise de Savigny – direito como poder da vontade

Duas dimensões: a) vector significativo ideológico, ou seja, exprimir concepção ideológica liberal e mais do que isso exprimir compromisso com uma filosofia da liberdade, através dos pensamentos de Kant e Hegel; b) expressão técnica, reduzindo-o o direito subjectivo à protecção jurídica concedida ao poder da vontade.

A partir daqui, críticas: a) presença de direitos subjectivos em pessoas privadas de vontade – direitos dos menores e dos dementes, aos quais faltam, em certas circunstâncias, uma vontade humana; b) presença de direitos subjectivos em pessoas à margem da respectiva vontade – casos em que o titular perdeu o objecto do seu direito, esquecendo-se dele, ou adquiriu, por sorteio, um direito sem que isso lhe houvesse sido comunicado.

Análise de Jhering

O que interessa é o aproveitamento dos bens em condições de segurança jurídica sendo a subjectivação meramente reflexa. A substância do direito não é dada pela vontade, mas pelo aproveitamento ou interesse.

Não é de excluir que tal como o pensamento de Savigny leva a marca da filosofia do idealismo alemão, o pensamento de Jhering possa acusar a influência do utilitarismo (neste sentido, Menezes Cordeiro, *Tratado*, I, p. 109, nota 199).

Crítica: a) direitos sem interesse – o proprietário da coisa deteriorada não deixa de ter esse direito e a correspondente protecção: b) o único juiz dos interesses subjacentes aos direitos é o respectivo titular.

A partir daqui, proposta de Menezes Cordeiro: permissão normativa específica de aproveitamento de um bem. Integrar aspecto da vontade (permissão normativa, a ideia de que o direito implica uma permissão normativa, ou seja, uma norma que atribui um poder) e aspecto do interesse (aproveitamento de um bem). Mas integrá-los da forma correcta, isto é, como algo que surge nas posições jurídicas das pessoas a partir da existência de normas

permissivas e de normas que tutelam um bem. O direito subjectivo é, assim, obtido a partir do direito objectivo e não à sua margem.

A análise de Menezes Cordeiro expressamente se assume como inserida numa certa linha de pensamento, mais propriamente numa linha de pensamento que se assume como interessada em compreender o direito subjectivo enquanto situação jurídica compreensiva. Mas ele próprio admite a existência de uma visão centrada nas situações analíticas, isto é, aquelas que pretendem reduzir as realidades jurídicas às suas componentes elementares (Tratado, cit., p. 104).

Esta tendência encontra o seu maior expoente num autor americano do princípio do século vinte Wesley Newcomb Hohfeld, que escreveu, em 1913, um texto fundamental: *Os Conceitos Jurídicos Fundamentais Aplicados na Argumentação Judicial*⁷³. Nesta tradição de pensamento tende-se a rejeitar a procura de uma definição compreensiva, procurando-se pelo contrário apurar o significado de termos gerais como «direito» e «dever» nos diversos contextos em que são usados.

Segundo Hohfeld, todas as relações jurídicas complexas, como por exemplo a propriedade, reconduzem-se a quatro tipos de relações entre duas pessoas: o direito (*claim right*) de uma pessoa a que outra pratique uma determinada acção, a que corresponde o dever de praticá-la por parte desta última; o privilégio (*privilege*) ou liberdade de uma pessoa praticar uma acção em face de outra, a que corresponde, por parte dessa outra pessoa, a ausência de um direito a que o agente deixe de praticar a acção em causa (*no-right*); o poder (*power*) de uma pessoa alterar a situação jurídica de outra através de uma determinada acção, a que corresponde a sujeição dessa outra pessoa à prática da acção em causa (*liability*); a imunidade (*immunity*) de uma pessoa à tentativa de uma outra alterar a sua situação jurídica através de uma acção, a que corresponde a ausência de um poder dessa outra pessoa tendo em vista a alteração em causa (*disability*)⁷⁴.

É necessário ter presente que no texto se contrapõem os designados “correlativos jurídicos” (*jural correlatives*), não os “opostos jurídicos” (*jural opposites*)⁷⁵.

⁷³ Tradução de Margarida Lima Rego, FCG, Lisboa, 2008.

⁷⁴ Cfr. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions*, pp. 36 e ss.

⁷⁵ Cfr. Hohfeld, *ob. cit.*, pp. 36 e 65.

Assim, ao direito de um corresponde o dever de outro, ou outros; ao privilégio, ou liberdade, de um corresponde a ausência de direito de outro. Ao mesmo tempo, o direito opõe-se à ausência de direito e o privilégio opõe-se ao dever.

De igual modo, ao poder de um corresponde a sujeição de outro; à imunidade corresponde a ausência de um poder. Ao mesmo tempo, o poder opõe-se à ausência de poder e a imunidade opõe-se à sujeição.

Glanville Williams esquematizou estas relações de oposição e correspondência num quadro em que os correlativos jurídicos são representados verticalmente e os opostos jurídicos são representados diagonalmente⁷⁶. O resultado é uma tabela em que são apresentados oito conceitos e oito relações jurídicas fundamentais, quatro de correlatividade e outras quatro de oposição.

A partir desta análise é possível enunciar as suas características mais importantes:

- a) Cada relação jurídica diz respeito a uma actividade, ou omissão, de uma pessoa.
- b) Cada relação jurídica diz respeito a uma actividade, ou omissão, entre duas, e apenas duas, pessoas.
- c) A análise de uma relação jurídica ignora a questão das sanções.
- d) A análise preocupa-se com o efeito de todas as normas numa actividade ou omissão particular; não se preocupa com a apresentação do material de uma lei em particular.

Vejamos estas características mais em pormenor.

As características a) e b) significam que cada instituição jurídica, ou mesmo cada direito em sentido compreensivo na expressão de Menezes Cordeiro, pode ser decomposto num agregado de relações jurídicas. Vejamos o caso da propriedade

⁷⁶ Cfr. Andrew Halpin, *Rights and Law Analysis and Theory*, p. 30.

Hohfeld criticou expressamente algumas interpretações da tradicional distinção entre direitos *in rem* e direitos *in personam*, com base nas quais se estabelece a especificidade dos direitos de propriedade. De acordo com uma dessas interpretações, os direitos *in rem* seriam direitos sobre as coisas, enquanto os direitos *in personam* seriam direitos em face de pessoas. Mas esta seria uma interpretação errada: «uma pessoa pode manter relações físicas estreitas e benéficas com uma coisa física: ela pode controlar e usar fisicamente uma coisa, e pode fisicamente excluir outros de um semelhante controlo ou gozo. Mas obviamente, tais relações puramente físicas poderiam também existir à margem do direito de uma sociedade organizada, ou mesmo apesar dele: as relações físicas são inteiramente distintas das relações jurídicas. Estas tiram o seu significado do direito; uma vez que o propósito do direito consiste em regular a conduta dos seres humanos, todas as relações jurídicas devem, para serem claras e directas no seu sentido, ser predicadas de tais seres humanos»⁷⁷. Assim, todos os direitos *in rem* são direitos em face de pessoas. Uma segunda interpretação, igualmente errada, da distinção em análise consistiria em afirmar que o critério que a ela preside reside no número e indeterminação das pessoas visadas pelos direitos e deveres em causa. Assim, um direito *in rem* existiria indeterminadamente em face de todas as pessoas. Contra este modo de ver, afirma Hohfeld que «em vez de existir um único direito com um único dever correlativo impendendo sobre todas as pessoas contra as quais o direito se faz valer, existem muitos separados e distintos direitos, efectivos e potenciais, cada um dos quais tem um dever correlativo impendendo sobre uma pessoa»⁷⁸. O entendimento correcto da distinção seria o de a reconduzir à distinção entre *paucital* e *multital rights*: «uma pretensão ou direito paucital (direito *in personam*) é ou um direito único de uma pessoa (ou grupo de pessoas) que se faz valer contra uma única pessoa (ou um único grupo de pessoas), ou então é um de poucos direitos, fundamentalmente semelhantes mas separados, que se fazem valer sobre algumas pessoas definidas. Uma pretensão ou direito multital (direito *in rem*) é sempre um entre uma grande classe de direitos fundamentalmente semelhantes, mas separados, de que é titular uma pessoa única (ou um único grupo de pessoas), mas que é feito valer respectivamente contra pessoas constituindo uma grande e indefinida classe»⁷⁹. Segundo Hohfeld, nem sempre os *multital rights* são direitos respeitantes a coisas corpóreas. Eles abrangem ainda direitos respeitantes, nem a coisas corpóreas, nem a pessoas, como as patentes; direitos respeitantes à própria pessoa do titular, como o direito

⁷⁷ Cfr. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions*, p. 75. É de questionar se a passagem transcrita não exprime um *non sequitur*: de o direito regular as condutas dos seres humanos não se segue que todo o direito se exprima em relações estabelecidas entre seres humanos.

⁷⁸ Cfr. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions*, pp. 92 e 95.

⁷⁹ Cfr. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions*, p. 72.

à integridade física; direitos respeitantes a outra pessoa, diversa do titular, como o direito de um dos cônjuges à integridade física do outro; direitos que não respeitam directamente a uma pessoa ou a uma coisa corpórea, como o direito à reserva de intimidade⁸⁰.

Com base na consideração dos diversos aspectos mencionados, seria possível ter uma «visão analítica adequada da propriedade» enquanto agregado complexo de direitos (ou pretensões), liberdades, poderes e imunidades.

Assim, para que se possa falar de propriedade imobiliária deve existir, antes de mais, um direito multital a que outros, respectivamente, não entrem no imóvel, não lhe causem danos físicos, etc., sendo que sobre esses outros impendem os correlativos deveres.

Em segundo lugar, o dono deve ter um número infinito de privilégios de entrar no imóvel, usá-lo, causar-lhe danos, etc.; quer dizer dentro dos limites fixados pela lei na base de políticas económicas e sociais, o dono tem as liberdades de actuar no e com o imóvel de acordo com a sua vontade, sendo correlativos a todas esses privilégios os respectivos não-direitos das outras pessoas.

Em terceiro lugar, o dono tem o poder de alienar o seu «interesse jurídico» a outrem, isto é, de extinguir o seu agregado complexo de relações jurídicas e criar um agregado novo e similar em outra pessoa, bem como o poder de criar a favor de outra pessoa uma liberdade de entrar no seu imóvel, e assim indefinidamente. Posições correlativas a todos esses poderes são as sujeições de outras pessoas, submetidas *nolens volens* às modificações de relações jurídicas envolvidas no exercício dos poderes do dono.

Em quarto lugar, o dono tem um número indefinido de imunidades, no sentido de não-sujeição a um poder de outra pessoa. Assim, o dono tem a imunidade consistente em nenhum terceiro poder alienar o seu imóvel ou extinguir as suas liberdades de o usar. Correlativas a essas imunidades são as respectivas ausências de poder das outras pessoas em geral⁸¹.

Conforme referido na alínea c), quando se efectua uma análise das relações jurídicas ignoram-se as sanções. Isso não quer dizer que a existência de sanções seja posta em causa.

⁸⁰ Cfr. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions*, p. 85.

⁸¹ Cfr. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions*, pp. 96-97.

Quer apenas dizer que a aplicação de uma sanção deve ela própria ser analisada em termos de relações jurídicas fundamentais.

Finalmente, a característica mencionada na alínea d) significa que o propósito dos conceitos jurídicos fundamentais consiste em serem instrumentos para a compreensão e sistematização dos materiais jurídicos complexos.

A crítica da tese de Hohfeld passa pela apreciação do carácter verdadeiramente fundamental e irreduzível destes conceitos e relações.

O problema coloca-se a propósito da ambiguidade das relações opostas ou dos opostos jurídicos. Cumpre, antes de mais, chamar a atenção para a polissemia do conceito de oposição. Pensemos num exemplo: fruta verde. Podemos pensar num oposto de extremo e teremos fruta podre. Mas também podemos pensar num oposto de negação e teremos fruta madura. Finalmente, podemos pensar num oposto de alternativa, o que implica a presença de um termo incompatível com o primeiro, e teremos fruta congelada.

Ora, a verdade é que Hohfeld não é claro quanto à exposição das relações opostas. Pensemos, por exemplo, no caso da propriedade. Hohfeld diz que o oposto do privilégio ou liberdade que tem o proprietário de entrar na sua terra consiste no dever de ficar de fora. Só que o conteúdo destes dois opostos não é igual – entrar e ficar de fora, isto é, uma acção e uma omissão. Para que o conteúdo fosse igual teríamos de dizer que o oposto de um dever de ficar de fora é o privilégio de não ficar de fora ou, de outro modo, o oposto do dever de não entrar é o privilégio de entrar. Só que, deste modo, o oposto do dever de não entrar é o não dever de não entrar. Só deste modo há uma equivalência entre o sentido de oposto com o sentido de oposto entre direito e não-direito.

Além disso, o privilégio de entrar no terreno que assiste ao proprietário pressupõe o direito do proprietário, sob pena de não se distinguir do mesmo privilégio que assiste, por exemplo, ao arrendatário. Na verdade todos os conceitos jurídicos fundamentais avançados por Hohfeld em acréscimo aos conceitos de direito e dever são constituídos sobre estes últimos, são estes que revelam a extensão do privilégio ou o alcance do poder. Assim, embora o privilégio do proprietário seja igual ao do possuidor a sua extensão é diversa.

E assim regressamos à necessidade das situações compreensivas.

9. Direito e justiça

Última parte da matéria: relação entre direito e justiça. Já temos uma noção do que é o direito; antes de o relacionarmos com a justiça temos de ter uma noção do que é a justiça.

Uma análise do conceito de justiça pressupõe uma referência à literatura clássica sobre o assunto, a começar nos gregos e mais particularmente em Aristóteles.

Durante séculos o que se disse sobre a matéria baseou-se no livro V da *Ética a Nicómaco*, em que se trata dos conceitos de justiça como lei e como igualdade, das diversas formas de justiça, entre as quais as mais importantes são a justiça correctiva e a distributiva, e se distingue entre justiça estrita e equidade.

Com razão se observa que na idade moderna os grandes clássicos da filosofia política e jurídica, de Locke a Marx, não dedicaram grande espaço à análise do conceito de justiça. A investigação de Hume no livro III do *Tratado da Natureza Humana* diz mais respeito à origem da justiça que à sua natureza. Obras mais recentes, como *Uma Teoria da Justiça* de John Rawls tomam como ponto de partida e objecto exclusivo de análise apenas uma das formas de justiça, a justiça distributiva.

A fim de tentar uma aproximação ao conceito de justiça tentarei relacionar, na senda de Bobbio, este conceito com o de lei, de igualdade e de ordem.

9.1 Justiça e lei

O nexó entre justiça e lei já foi notado por Aristóteles, para quem um dos significados de justo é o de conformidade com a lei. Acção justa é a acção conforme à lei.

O que dizer, no entanto, deste significado de justo quando esteja em causa uma pessoa. Pessoa justa é tanto aquela que respeita a lei como aquela que distribui imparcialmente os bens e neste sentido a noção de justiça reclama a de igualdade. Esta ambiguidade é particularmente evidente quando a expressão justo vem referida a actos de sujeitos dotados

de autoridade: sentença justa tanto pode ser a sentença conforme à lei como a sentença que trata igualmente os iguais.

E que dizer da lei justa? Se consideramos como justa a acção conforme à lei será de considerar justa a acção conforme a uma lei injusta?

Lei justa, ou injusta, tanto pode ser a lei inferior conforme à lei superior, caso em que se respeita o significado de justiça como legalidade, como a lei em si mesma igualitária, que elimina uma discriminação, suprime um privilégio, ou inversamente. A primeira relação entre justiça e lei está presente em muitos outros domínios e, na verdade, em todos os domínios em que faz sentido a expressão «justo título»: do governante, mas também do proprietário ou do sucessor. São legítimos o governante que adquiriu o poder com base nas regras constitucionais, o proprietário que adquiriu segundo as regras previstas na lei e o sucessor que herdou segundo a lei.

Existe uma tendência clara para identificar processos de justificação e processos de legitimação. Assim, de modo evidente, no chamado despedimento com justa causa: só é justa a causa, e portanto justificado o despedimento, se a mesma estiver prevista na lei. Do mesmo modo, a guerra justa é aquela que realizada em conformidade com uma regra geral de direito.

Só que da identificação entre justificação e legitimação passa-se muitas vezes à redução da justificação à legitimação. É nisto que consiste a teoria legalística da justiça, segundo a qual é justo aquilo que é comandado pela lei, pelo simples facto de o ser. É esta a teoria de Hobbes: no estado de natureza não existe critério para distinguir o justo do injusto porque não existe lei válida e eficaz; no estado civil não faz sentido discutir autonomamente o justo e o injusto porque tendo sido instituído por acordo dos cidadãos um poder legítimo a justiça consiste simplesmente em observar as leis.

9.2 Justiça e igualdade

Passamos agora à relação entre justiça e igualdade e fazemo-lo notando que é precisamente através da lei que se obtém uma primeira compreensão dessa relação. A lei geral e abstracta é uma primeira forma de igualdade, a igualdade formal, entendida como igual tratamento

daqueles que pertencem à mesma categoria. Regra de justiça é, pois, a regra que trata igualmente o que é igual e desigualmente o que é desigual.

Da igualdade de tratamento inerente à lei, enquanto norma geral e abstracta, diferencia-se a igualdade em face da lei, segundo a qual todos os cidadãos devem ser tratados do mesmo modo. A lei diz-nos, na sua generalidade e abstracção qual seja a categoria a que deve ser reservado um determinado comportamento. O juiz, por seu turno, aplica a categoria. Mas quem decide sobre os limites, os contornos da categoria?

Temos aqui dois sentidos de igualdade: igualdade como imparcialidade, isto é, a lei deve ser aplicada do mesmo modo para todos; igualdade como não discriminação, isto é, a lei deve ser elaborada atribuindo direitos diferentes a pessoas com base na sua pertença a classes ou ordens diferentes, ou mesmo a raças diferentes.

Trata-se agora de saber quais os critérios para distinguir os iguais e os desiguais, já não da regra do igual tratamento de todos os que sejam incluídos numa ou outra categoria. Trata-se agora de saber porque é que se obtém o direito de voto aos 18 anos e não antes; porque é que só podem ser candidatos a determinados cargos políticos cidadãos nacionais e não estrangeiros; porque é que só podem casar pessoas de sexo diferente e não do mesmo sexo; porque é que só são obrigados a prestar serviço militar os homens e não as mulheres, etc.

Em sentido formal ou legal é justo que só os homens estejam obrigados ao serviço militar. Mas é também justo de um ponto de vista substancial.

O problema seria simples se as pessoas fossem de facto iguais, no mesmo sentido em que o são duas gotas de água, ou duas bolas de bilhar. Mas as pessoas não são iguais em tudo, são iguais e desiguais e nem todas são igualmente iguais ou igualmente desiguais. Duas pessoas podem ser iguais com base num critério e desiguais com base em outro.

Recorre-se às semelhanças relevantes para aplicar um critério: a estatura não é um critério relevante para ter o direito de votar, embora a idade já possa ser, mas pode ser relevante para a prestação do serviço militar. E o que é relevante para obter um cargo público? Ou para casar?

Há uma tentação para pensar que existe uma tendência para excluir todas as desigualdades de tratamento, uma tendência histórica para a progressiva igualização de tudo e todos. Mas pode não ser assim: se fosse introduzida uma cláusula barreira no nosso sistema eleitoral, partidos que poderiam ter representação parlamentar poderia deixar de a ter.

9.3 Justiça e ordem

A justiça é entendida, desde Platão, como a virtude que preside à constituição de uma totalidade composta de partes e enquanto tal permite às partes de estarem em conjunto, de não se dissolverem e regressarem ao caos original. Nessa medida, a justiça é inerente a qualquer possível representação de uma ordem.

A este propósito é antes de mais relevante a distinção entre justiça distributiva e correctiva. A primeira preocupa-se das relações de cada uma das partes com o todo; a segunda com o equilíbrio das partes nas relações entre si.

Mas é também relevante a distinção entre a perspectiva daquele que é chamado a constituir a ordem e deve fazer respeitá-la e a perspectiva daquele que é chamado a suportar a ordem e deve conservá-la.

A ideia de justiça como ordem relaciona-se com as ideias de justiça como lei e como igualdade. A ordem é conservada através da emanação de leis cuja função é a de instituírem relações de igualdade entre as partes e o todo e as partes.

Finalmente, a imanência da justiça à ordem lava-nos à diferença entre justiça e liberdade: a primeira como valor da sociedade e mediatamente dos indivíduos que a compõem; a segunda como valor imediato dos indivíduos. O problema é que pode haver indivíduos livres numa sociedade injusta e sociedade justa com indivíduos não livres. Tudo isto se relaciona com a preeminência da justiça correctiva ou distributiva na organização da sociedade.

10. Os jusnaturalismos

Dois grandes modos de conceber o direito natural (artigo no Blackwell Companion etc.)

10.1 Direito Natural Clássico

O que têm de comum as concepções tradicionais é considerarem que existe um «direito superior» ao direito positivo e que, em caso de conflito, o primeiro prevalece sobre o segundo.

Qual o conteúdo do direito superior? A revelação divina, como por exemplo nos dez mandamentos, a natureza humana, a razão? É possível encontrar muitas respostas para estas questões, mas na tradição do pensamento de direito natural é a razão que ocupa o lugar privilegiado, como não podia deixar de ser. Com efeito, a revelação é ainda direito positivo e a natureza como fenómeno não é direito.

Cícero: o verdadeiro direito consiste na recta razão em conformidade com a natureza, a sua aplicação é universal e os seus comandos e proibições são imutáveis.

S. Tomás de Aquino: é um dos principais pensadores do direito natural, embora a ele se deva também a difusão da expressão direito positivo, de que viria a tomar o nome a corrente que nega o direito natural, o positivismo (John Finnis).

Em S. Tomás surge de modo particularmente claro o carácter específico da concepção tradicional do direito natural: a abordagem do direito surge aí no contexto de um projecto teológico mais amplo que oferece um sistema moral completo e abrangente.

Segundo S. Tomás, o direito positivo que seja justo é derivado do direito natural de duas formas:

- dedução lógica através de conclusões – proibição de matar.
- determinação de princípios gerais, em que há maior espaço para a escolha humana – por exemplo, regulação de tráfico.

A frase «*lex iniusta non est lex*» é muitas vezes associada a S. Tomás, embora ele não a tenha formulado nestes precisos termos.

O que significa?

a) A lei injusta não é lei. Objecção de John Austin: se um acto inócuo for proibido numa ordem jurídica com a pena de morte e eu cometer o acto não me servirá de nada dizer, no patíbulo, que estou a ser condenado sem fundamento na lei.

Exemplo da regra *three times you are out* e caso da fatia de pizza (*Harsh Justice* de James Whitman)

É certo que esta objecção tende a confundir questões de validade com questões de poder, mas elas chamam também, por sua vez, a necessidade de não confundir questões de validade jurídica com questões de fundamentação.

b) Uma lei injusta não é lei no sentido pleno. Se está presente a dimensão da validade jurídica, falta a da fundamentação material. Essa lei não tem a mesma força moral das outras leis e fundamenta um direito de resistência, pelo menos passivo, em certos casos.

S. Tomás pode ser interpretado neste sentido. Assim o interpreta, pelo menos, John Finnis, um dos maiores expositores do pensamento de S. Tomás na actualidade. Mas nem sempre assim aconteceu. A objecção dos positivistas (Faustino, mas também Kelsen) não tinha certamente em vista esta interpretação, sendo certo que para estes autores a questão do fundamento ético era, muitas vezes, tida por irrelevante (relativismo moral).

É preciso, no entanto, dizer que esta interpretação foi recuperada por um pensador mais recente, Gustavo Radares, como vamos ver adiante.

Para além de S. Tomás, também um outro importante teólogo e filósofo medieval, Guilherme d'Ockham desenvolveu uma teoria do direito natural, através da doutrina dos três modos do direito natural: 1.º tudo o que é conforme com a razão natural (dez mandamentos); 2.º aquilo que é observado por aqueles que seguem apenas a equidade natural, sem recorrer à cultura e legislação humanas (por exemplo, a comunidade dos bens e a liberdade); 3.º aquilo que se retira por razões evidentes do direito das gentes ou de outro

direito, a menos que o contrário seja adoptado com o consentimento dos interessados (restituição da coisa depositada ou legítima defesa).

Thomas Hobbes, John Locke, Hugo Grócio, Pufendorf, Suárez. A teoria tradicional conhece com estes autores um período de transição. As afirmações relativas ao direito natural tendem a deixar de fazer parte de um projecto teológico para passarem a integrar uma argumentação sobre os direitos individuais e limites ao poder político. Em Grócio é clara a afirmação do direito natural «*etiamsi Deus non daretur*».

10.2 Teorias Modernas do Direito Natural

As teorias modernas do direito natural constituem reacção ao positivismo de autores como Austin, Holmes, Adolf Merkl e Hans Kelsen. Traço comum: mais a oposição ao positivismo jurídico do que a ligação com as teorias tradicionais do direito natural. A partir daqui diversos pontos de partida.

1. Em um artigo escrito em 1946, logo um ano após o fim da II Guerra Mundial, Gustav Radbruch dizia o seguinte: «o conflito entre justiça e certeza jurídica pode ser bem resolvido do seguinte modo: o direito positivo, assegurado pela legislação e pelo poder, tem prioridade mesmo quando o seu conteúdo é injusto e não beneficiar as pessoas, a menos que o conflito entre a lei e a justiça chegue a um grau intolerável em que a lei, como uma “lei defeituosa”, deva clamar por justiça».

E acrescenta o autor: «é impossível traçar uma linha bem-definida entre casos de ilegalidade positivada e leis que são válidas apesar de seus defeitos. Uma linha de distinção, contudo, pode ser traçada com a máxima nitidez: quando não há nem mesmo uma tentativa de fazer justiça, onde a equidade, o âmago da justiça, é deliberadamente traída na essência do direito positivo, então a lei não é meramente uma ‘lei defeituosa’, ela perde completamente a real natureza de direito»⁸².

⁸² Radbruch, “Statutory lawlessness and supra-statutory law”, p. 7. É sintomática a diferença em relação a uma afirmação do mesmo autor de 1932: «é dever profissional do juiz (...) sacrificar seu proprio sentido do certo em prol do comando impositivo do direito, de perguntar apenas o que é legal e não se é também justo» (G. Radbruch, *Legal philosophy*, em: E. W. Patterson (ed.), *The legal philosophies of Lask, Radbruch, and Dabin*, Harvard, 1950, pp. 47-224, no §10, p. 119). Tudo isto parece estar muito distante da «fórmula» de Radbruch elaborada em 1946; cfr., no entanto, Paulson, *On the background and significance of Gustav Radbruch’s post-war papers*.

Parece claro que Radbruch pretendia que o segundo excerto tornasse mais claro o primeiro trecho, mas o resultado, na verdade, são duas formulações completamente distintas. A primeira formulação tem sido utilizada pelos tribunais, em parte, pode-se assumir, porque a segunda formulação poderia ser difícil de aplicar, a menos que se leia de um modo que ela possa ser mais ou menos equiparada à primeira formulação. Nos termos desta equiparação procura-se evitar uma leitura da segunda formulação como sendo dirigida ao legislador. Com efeito, que significado poderia ter para o legislador: «nem mesmo tentar fazer justiça» ou «trair deliberadamente a equidade»? Em quase todos os casos, os legisladores procuram fazer o que é certo, segundo a sua visão de mundo e concepção do que poderá ser certo e justo. Todavia, à luz de uma diferente e razoável leitura do texto, poder-se-ia / dever-se-ia falar mais das leis nazis como «nem mesmo tentando fazer justiça» e «traindo deliberadamente a equidade» – mesmo que embora os legisladores envolvidos possam ter subjectivamente acreditado que aquelas leis seguiram suas próprias ideias nazis de equidade e justiça – justamente porque as leis resultantes são claramente contrárias aos requisitos da justiça e da equidade.

Poder-se-ia, também, sustentar que a primeira fórmula é dirigida aos tribunais, enquanto a segunda é (simplesmente) uma declaração sobre a natureza do direito.

2. Depois temos o debate entre Herbert Hart e Lon Fuller, de 1958. Hart partia da separação conceptual entre direito e moral. Fuller opunha-se a uma separação radical entre ambos.

Segundo Fuller, o direito é uma forma de orientar o comportamento de pessoas que contrasta, por exemplo, com a administração ou a gestão empresarial. Assim, em alternativa à visão do direito oferecida pelo positivismo, assente no poder, em ordens e obediência, Fuller propõe uma análise baseada na moral interna do direito.

Esta consiste num conjunto de requisitos a que um sistema de normas jurídicas deve obedecer para poder ser identificado como Direito:

1. as leis devem ser gerais;
2. as leis devem ser publicitadas;
3. a retroactividade das leis deve ser minimizada;

4. as leis devem ser compreensíveis;
5. leis não devem ser contraditórias;
6. leis não devem fazer exigências para além das capacidades dos seus destinatários;
7. leis devem permanecer relativamente constantes;
8. congruência entre regime das leis e sua interpretação pelos operadores jurídicos.

O que está aqui em causa é uma teoria procedimental do direito natural, por oposição a uma teoria substantiva. Isso é verdade, mas também é verdade que: 1. seguir estes princípios procedimentais é, em si, um bem moral; 2. um governo ou poder político que segue estes princípios tenderá a seguir outros, de índole mais substancial; 3. seguir estes princípios impede, em si mesmo, a adopção de condutas abertamente imorais.

Mas isto parece, ainda assim, insuficiente como teoria do direito natural: basta pensar no exemplo da África do Sul, no tempo do apartheid. Preocupação procedimental coexistia com injustiça substancial.

3. Ronald Dworkin – distinção princípios / regras: estas aplicam-se em termos de tudo ou nada, aqueles envolvem uma dimensão de ponderação, o que significaria que ao aplicar princípios o juiz teria de apelar necessariamente a valores morais sem fazer uso de qualquer poder discricionário (nem sempre as regras são questões de tudo ou nada); – teoria da única resposta correcta: atendendo a esta conexão entre princípios e teoria moral, quando o juiz decide nos chamados *hard cases* o juiz escolhe a teoria melhor do ponto de vista moral.

4. Robert Alexy

Principal questão da filosofia do direito: qual a natureza do direito; quais as propriedades necessárias do direito? As propriedades necessárias são a coacção e a correcção, o que tem importantes consequências para o conceito de direito.

Alexy descreve o conceito de direito através de três elementos

1. Promulgação adequada
2. Eficácia social
3. Conteúdo aceitável, isto é, a norma não é extremamente injusta.

Enquanto (1) e (2) se relacionam com a propriedade do direito que o relaciona com a coerção (3) diz respeito à propriedade relativa à correcção. Todas as teorias sobre a natureza do direito, por exemplo no contexto da discussão positivismo versus direito natural podem ser analisadas neste quadro. Os positivistas baseiam-se apenas em (1) e (2) para a sua definição, enquanto os jusnaturalistas incluem (3). Uma das questões críticas em relação à coerção consiste em saber se as razões conceptuais para a sua existência (não concebemos um sistema normativo que em caso algum recorre à coerção) são suportadas por necessidades práticas (o direito, enquanto prática social, não pode desempenhar as suas funções se não existir um elemento de coerção). A outra propriedade necessária do direito, a correcção, opõe-se significativamente à coerção. Enquanto esta decorre de uma necessidade prática, definida por uma relação meios-fins, a necessidade da pretensão de correcção resulta da estrutura do actos jurídicos e do raciocínio jurídico, revestindo um carácter deontológico. Tornar explícita esta estrutura deontológica implícita no direito é uma das mais importantes tarefas da filosofia do direito (Id., 164).

Um conceito de direito que não dê conta da tensão entre coerção e correcção não é adequado ao seu objecto. Isto constitui uma instância da tese do carácter especial do direito em relação à moral. Como parece evidente, identificar a correcção como uma propriedade necessária do direito implica a rejeição do positivismo, que, por sua vez, exige-nos que explicitemos em que medida a filosofia do direito se relaciona com a filosofia moral («tese da relação especial»).

Segundo Alexy, há três problemas que a inclusão da moral pode ajudar a resolver:

- O problema das avaliações básicas que subjazem ao direito e o justificam (e.g., são os fins que as leis devem perseguir externos ao direito?);
- O problema da realização da pretensão de correcção na criação e aplicação do direito (e.g., raciocínios nos casos difíceis); e
- O problema dos limites do direito (e.g., invalidação de leis iníquas ou injustas em extremo).

Ao mesmo tempo, incluir a moral no direito, ou estabelecer uma conexão próxima entre ambas as realidades, coloca também problemas complexos. Assim, por exemplo, existem muitas questões em relação às quais os juízos morais não podem ser estabelecidos por consenso. Na verdade, o raciocínio moral, por causa da sua natureza fortemente valorativa, pode ser perigoso. O direito enquanto sistema social socialmente diferenciado constitui uma reacção a uma sociedade que não podia mais ser disciplinada por códigos morais e

religiosos, exigindo um processo de decisão institucionalizado «não valorativo». Deste modo, pode sustentar-se que importar o raciocínio moral para o direito pode ameaçar as funções do próprio direito, ao mesmo tempo que confronta o direito com sérios problemas epistemológicos de conhecimento moral e justificação (uma argumentação neste sentido parece ser a desenvolvida pelo funcionalismo sistémico de Luhmann, adiante abordado).

Especificidade das teorias modernas do direito natural: afirmam a existência de uma conexão necessária entre direito e moral, mas não a subordinação do direito à moral.

11. Positivismos

11.1 Introdução

Positivismo jurídico – duas teses principais: a) tese do carácter social do direito, segundo a qual a existência do direito depende de factos sociais e não dos seus méritos; b) tese da separação, segundo a qual não existe qualquer conexão necessária entre moral e direito.

John Austin (1790-1859): «A existência do direito é uma coisa; o seu mérito, e demérito, são uma coisa distinta. Existir ou não o direito configura um tipo de investigação; ser ou não o direito conforme a um padrão assumido é outro tipo de investigação».

Positivismo não diz, ou não diz necessariamente, que os méritos da lei são irrelevantes, diz apenas que não determinam se a lei existe. Saber se a lei existe depende de actos legislativos, decisões judiciais, convenções sociais. O direito, de acordo com o positivismo, consiste num conjunto de normas positivadas – ordenadas, decididas, praticadas, toleradas, etc.

Positivismo clássico – nas filosofias políticas convencionalistas de Thomas Hobbes e David Hume, na posterior elaboração de Jeremy Bentham, popularizada, adoptada e modificada por John Austin: direito é o comando de um soberano sustentado na força.

Positivismo moderno – a ênfase nas instituições legislativas é substituída por uma maior atenção pelas instituições que aplicam o direito, os tribunais, e a importância dos aspectos coercivos é complementada pelo realçar da dimensão normativa e sistemática do direito.

Kelsen (1881-1973); Herbert Hart (1907-1992); Joseph Raz; teoria social de Marx, Weber, Durkheim; realistas jurídicos americanos e escandinavos

Superar visão comum – segundo a qual o positivismo é a doutrina que sustenta que o direito ou é claro ou não é direito e, sendo claro, mesmo errado, deve ser aplicado em termos rigorosos pelos órgãos aplicadores do direito e obedecido pelos destinatários.

Em vez disso, é preciso compreender que o positivismo jurídico é, em grande medida, produto de duas outras correntes de pensamento:

- a) Positivismo lógico – o significado de uma afirmação ou proposição consiste no seu modo de verificação;
- b) Positivismo sociológico – fenómenos sociais podem apenas ser estudados segundo os métodos das ciências naturais.

Para além disso, é ainda necessário ter presente a distinção entre positivismo ideológico (o direito positivo, pelo simples facto de ser positivo, é justo; o direito, independentemente do seu valor moral intrínseco, serve a ordem e a certeza) e positivismo metodológico (o conceito de direito não deve caracterizar-se segundo propriedades valorativas, mas tão só descritivas). Origens desta distinção em Norberto Bobbio (*Il Positivismo Giuridico*), retomada por Carlos Nino, *Introducción al Análisis del Derecho*, pp. 32 e 37).

11.2 Existência e fontes do direito

Bentham e Austin – direito é fenómeno de sociedades dotadas de um poder político soberano

- leis como espécie do género comando soberano

- teoria monista – representa todas as normas de um sistema jurídico como tendo uma única forma – impondo obrigações aos seus destinatários, garantidas por sanções, mas não ao soberano. Reconhece que: a) poder legislativo pode auto-limitar-se ou ser limitado

externamente pela opinião pública; b) sistema contém disposições que não são imperativas, como as permissões e as definições. Todavia, estas disposições não são necessárias para a definição do direito.

- teoria reducionista – linguagem normativa usada para definir e descrever o direito (autoridade, direitos obrigações) pode ser analisada em termos não normativos.

Crítica: – quanto à teoria monista, é necessário reconhecer que a mesma não explica todas as normas, designadamente as normas de competência e, além disso, há obrigações sem sanções; – quanto à teoria reducionista, parece desconhecer a distinção entre o plano do «ser» e do «dever».

Kelsen – monismo dos imperativistas sem reducionismo

- forma de toda a lei – comando condicional dirigido aos tribunais para aplicar sanções se um certo comportamento (delito) for adoptado. A lei não visa, em primeira linha, dizer aos destinatários o que fazer, mas aos agentes aplicadores do direito. Assim, o dever de não matar é simples correlato de norma primária que estipula sanções por matar. Crítica: perde-se o essencial. Qual a razão de ser da proibição de matar? São os tribunais indiferentes a que as pessoas não matem ou que sofram as consequências se matarem?

- crítica de Kelsen ao reducionismo – direito é normativo. Kelsen acusa os positivistas tradicionais de reduzirem a validade das normas jurídicas a uma questão de simples factos sociais. Kelsen procura estabelecer que a validade de qualquer sistema jurídico depende de uma norma fundamental. Esta norma hipotética exige que seja atribuída validade aos sistemas jurídicos que sejam efectivos. A norma fundamental é entendida por Kelsen como uma condição transcendental para a descrição de um sistema jurídico.

Teoria da norma fundamental, direito é um sistema. A constituição originária deve ser obedecida. Problemas: devolução – como explicar a autonomia dos sistemas jurídicos dos países ex-coloniais, quando a independência destes tenha sido concedida por um acto jurídico da antiga metrópole? Onde reside a autoridade do direito se não é a força, como pretendiam Bentham e Austin?

Hart – resposta aos problemas de Kelsen: em vez de solução transcendental de inspiração neo-kantiana, temos solução empírica, de inspiração designadamente weberiana. A autoridade do direito é social, advém de uma prática social, o direito assenta no costume.

Regras primárias e secundárias. Entre estas, regras que determinam quem decide (regras de julgamento), com base em que fonte (regra de reconhecimento) e como podem as fontes ser modificadas (regras de alteração). A principal é a regra de reconhecimento, que especifica os critérios de validade última das normas. O direito existe por que é praticado e na medida em que o é pelos oficiais do sistema. Trata-se de uma visão convencionalista.

Validade sistémica ou jurídica e validade no sentido de eficácia ou validade social. Não chega.

Positivismo inclusivo: considerações morais fazem parte do direito, mas apenas porque são implícita ou explicitamente incorporadas pelas fontes. São as fontes que tornam o mérito do direito relevante. Mas pergunta-se: é razoável pensar que a justiça e a moral afectam o direito só porque o direito as decidiu englobar? Dizer que são as fontes que tornam a moral relevante é apenas compreensível quanto à moral positiva.

Para o positivismo exclusivo, o conteúdo moral do direito é, enquanto moral, irrelevante. Os seus defensores apresentam três razões para o efeito: 1. Antes de mais, só assim seria possível distinguir uma decisão má por causa das fontes e decisão má por má escolha moral do juiz. Ora esta é uma distinção que fazemos usualmente e que não temos qualquer razão para abandonar. 2. Existência do direito enquanto tal só se justifica se for independente de razões morais, na verdade, se o direito for entendido como razão excludente para agir (isto é, uma razão que afasta todas as outras, incluindo de índole moral), segundo advoga Raz. 3. Princípio de Midas – tal como tudo o que o Rei Midas tocava se transformava em ouro, assim também tudo aquilo em que o direito toca se torna direito, isto significa que o direito pode obrigar os órgãos de criação e aplicação das normas a respeitar certos princípios morais e transformar mesmo esses princípios em normas jurídicas, fazendo deles fontes do direito (procurar referência em Kelsen).

12. Funcionalismo jurídico

12.1 Análise económica do direito

A análise económica do direito encara os direitos como instrumentos de eficiência: o que importa não são tanto os direitos, mas o seu uso eficiente. Nesta medida, a concepção de direitos subjacente à análise económica do direito é uma concepção teleológica. O propósito da aquisição dos direitos de propriedade consiste em facilitar o comportamento económico dos indivíduos, isto é, em diminuir os seus riscos de perda e melhorar as suas perspectivas de maximização de utilidades. A função primária dos direitos de propriedade consiste na “interiorização das exterioridades”, isto é, no processo que torna relevantes para as pessoas que interagem, através da constituição ou modificação de direitos de propriedade, todos os custos e benefícios inerentes às relações de interdependência social. Para além disso, e na sequência disto, a análise económica do direito caracteriza-se por uma tendencial supressão do titular dos direitos, ou, melhor dito, dos direitos como manifestação da liberdade do sujeito de direito.

Uma visão dos principais traços da análise económica do direito é-nos dada pelo teorema de Coase.

A ideia básica do teorema é a de que a estrutura das regras com base nas quais são inicialmente atribuídos os direitos de propriedade e a responsabilidade é indiferente desde que os custos de transacção sejam iguais a zero; a negociação entre os interessados terá um resultado eficiente independentemente de saber quem é o titular dos direitos de propriedade ou aquele sobre quem recai a responsabilidade. A conclusão a extrair é a de que a atribuição de direitos de propriedade e a imputação da responsabilidade deve ser decidida de forma a minimizar os custos de transacção, uma vez que isso promoverá resultados eficientes no processo de negociação entre os interessados. A compreensão do problema é ajudada através de um exemplo, adaptado a partir daqueles que são formulados pelo próprio Coase. Imagine-se que uma linha de comboio corre junto de uma quinta. Os comboios emitem faúlhas que causam danos nas colheitas da quinta. O que deve fazer-se? Segundo Coase, a resposta comporta duas dimensões. Em primeiro lugar, não interessa como são atribuídos os direitos de propriedade e imputada a responsabilidade pelos danos causados, desde que tais atribuição e imputação ocorram de forma clara e que os custos de transacção sejam iguais a zero. Segundo Coase é incorrecto pensar na companhia

ferroviária ou no agricultor como “agressor” e “vítima”, respectivamente. Como afirma o autor, «A questão é comumente pensada em termos de saber se A provocou danos a B, devendo ser decidido como actuar sobre A. Mas isto é errado. Lidamos aqui com um problema de natureza recíproca. Para evitar os danos de B temos de infligir danos a A. A verdadeira questão a decidir é a de saber se deve ser permitido a A infligir danos a B, ou se deve ser permitido a este causar prejuízos àquele. O problema consiste em evitar o prejuízo mais grave». Para além disso, atendendo ao igual estatuto moral de A e B, para a questão da atribuição de recursos económicos a um ou outro não interessa a quem tenham sido inicialmente atribuídos direitos de propriedade. Suponhamos que o custo de um aparelho que evita a emissão de faúlhas (AEF) é, para a companhia ferroviária, A, de 750, e o montante dos prejuízos sofridos pelo agricultor, B, é de 1000. Se A for considerada responsável pelos danos nas colheitas, deverá instalar um AEF ou cessar a sua exploração; se A não for considerada responsável, B pagar-lhe-á uma soma entre 750 e 1000 de forma a que A instale um AEF. Em ambos os casos o AEF é instalado. Imaginemos agora que ordem dos montantes é inversa: os danos na colheita são de 750 e o AEF custa 1000. Se A for responsabilizada pagará a B 750, mas não instalará um AEF. Se A não for considerada responsável, B não poderá pagar-lhe o suficiente para que A instale um AEF. Uma vez mais, ambos os cenários conduzem a um resultado igual: não será instalado um AEF. Assim, independentemente da atribuição inicial dos direitos de propriedade a repartição dos recursos económicos será a mesma. O segundo aspecto a considerar prende-se com a dimensão normativa da construção de Coase, para os casos mais realistas em que os custos de transacção são relevantes: os tribunais devem atribuir direitos de propriedade e imputar a responsabilidade entre partes em litígio de forma a maximizar a riqueza ou o valor da produção. Em relação ao caso considerado, isso significa que se o custo do AEF for menor do que valor dos danos na colheita, o tribunal deverá decidir a favor do agricultor contra a companhia ferroviária. Inversamente, se o custo do AEF for superior ao valor dos danos na colheita, o agricultor deverá ser responsabilizado. Do mesmo modo, o teorema sugere uma nova forma de compreender a emergência dos direitos de propriedade: estes tenderão a surgir mais cedo quando possam ser estabelecidos com custos relativamente baixos. Os «direitos de propriedade surgem quando se torna económico, para os que são afectados por exterioridades, interiorizar os custos e benefícios».

É possível formular quatro críticas, segundo Walter Block, às ideias de Coase: (i) Mesmo assumindo nenhuns custos de transacção é relevante para efeitos de atribuição de recursos

saber quem ganha um litígio relativo a direitos de propriedade, uma vez que não existe nenhuma garantia que o perdedor tenha os fundos necessários para “subornar” o vencedor, mesmo que valorize o feixe de direitos em litígio num mais alto grau do que este último. A suposição de que o pagamento ao vencedor pode ser financiado com base no maior valor atribuído ao feixe de direitos em causa não toma em consideração a possibilidade de este revestir um carácter psíquico (não pecuniário). (ii) É impossível para quem quer que seja, mesmo um magistrado, saber qual o utilizador mais eficiente de um recurso; impor ao sistema judicial esse encargo seria sobrecarregá-lo com uma tarefa semelhante à das entidades encarregadas do planeamento central nos países comunistas. (iii) É moralmente problemático subverter os direitos de propriedade, ainda que com o propósito de promover a utilidade, tal como é moralmente questionável adoptar decisões judiciais, não com base na justiça, mas na maximização da riqueza. (iv) É errado partir do pressuposto de que não existem agressor e vítima num litígio: causa e efeito, não reciprocidade, constituem as únicas bases para resolver disputas sobre direitos pessoais ou reais.

12.2 Luhmann e o Direito

Análises anteriores: prevalência do aspecto estrutural – como se cria ou faz o direito – sobre o aspecto funcional – para que serve o direito. Isto seria patente sobretudo no positivismo kelseniano.

Para Kelsen o direito é um instrumento específico que não tem uma função específica, mais do que isso a sua especificidade consiste em ser um instrumento disponível para as mais diversas funções.

Esta quase irrelevância do tema das funções do direito manifesta-se nas seguintes indecisões: a) O direito tem uma ou mais funções – faz sentido limitar a função do direito nas sociedades post-industriais a uma função repressiva? b) Essas funções são positivas ou negativas, isto é, visam a mera conservação do aparato da força (função negativa) ou também a transformação da sociedade (função positiva). c) Para além de uma função de manutenção da ordem e paz social, não faz também sentido falar de uma função distributiva do direito? Em que medida? d) Como são exercidas as funções do direito – apenas através de sanções negativas, envolvendo o uso da força, ou também através de sanções positivas, através do direito premial?

Estas indecisões só podem ser superadas, no pensamento de Bobbio, pelo reconhecimento de que à função tradicional de controlo social, ao direito acresce hoje a função de dirigir os comportamentos para certos objectivos pré-estabelecidos. A análise estrutural do direito, presente em Kelsen de modo especialmente visível, tendia a acentuar a função negativa do direito. Em vez disso, torna-se necessário um maior equilíbrio entre a análise estrutural e a análise funcional do direito.

Luhmann, pelo contrário, nega este equilíbrio possível que permitiria afirmar, ao lado de uma função de manutenção da ordem, um função dirigista do direito. Ao direito cabe apenas a função de estabilizar e assegurar em termos normativos as expectativas. Assim, o direito tem como função uma «generalização congruente de expectativas normativas» (cfr. Castanheira Neves, p. 18).

O grande interesse da construção de Luhmann é o de assinalar ao direito uma função particular no todo do sistema social. Nesta medida, cabe distinguir, na linha de Castanheira Neves, entre o funcionalismo jurídico material, que caracteriza a função do direito pelos objectivos políticos, económicos, sociais ou culturais que deve assumir – na aula anterior vimos um exemplo de funcionalismo jurídico material, que sustenta que o direito deve assumir um objectivo económico – e um funcionalismo jurídico sistémico.

O elemento central da teoria de Luhmann é a comunicação. Os sistemas sociais são sistemas de comunicação, sendo a sociedade o sistema social mais abrangente. Um sistema é definido por uma fronteira entre si mesmo e o seu ambiente ou meio exterior, fronteira essa que delimita o sistema de um exterior infinitamente complexo. É graças a essa delimitação que o interior do sistema se torna uma zona de complexidade reduzida. A comunicação no interior de um sistema opera através da selecção de uma quantidade limitada de informação disponível no exterior. A isto chama-se redução da complexidade.

Cada sistema tem uma identidade distinta que é constantemente reproduzida na sua comunicação e depende do que é considerado com sentido para o sistema e do que não é. Se um sistema deixa de manter essa identidade cessa de existir como tal e dissolve-se no meio exterior de que emergiu. Este processo de reprodução de elementos filtrados de um ambiente complexo chama-se autopoiesis ou auto-criação. Os sistemas são

autopoieticamente fechados na medida em que usam recursos do exterior mas esses recursos não se tornam parte do sistema.

Como podemos compreender isto? Duas notas talvez ajudem.

A primeira para esclarecer que a diferenciação de sistemas, como o direito, a economia, a ciência, a religião, a política, a arte, o amor, etc., é um processo próprio da modernidade. Antes da modernidade não existia essa diferenciação e é por isso que o monarca era simultaneamente o detentor do poder político, jurídico e religioso. Era por essa razão que existia «arte sacra» ou algo como uma doutrina do preço justo no âmbito da economia.

A segunda nota, para esclarecer que a diferenciação como um processo próprio da modernidade entre sub-sistemas funcionais se pode descrever segundo o modelo de produção pelo sistema daquilo que o constitui e daquilo que o limita. Uma vez que o sistema social é constituído pela comunicação a evolução em direcção à diferenciação depende da produção de semânticas autónomas e traduz-se pelo surgimento de sequências de comunicação próprias de cada sistema. Para além disso, cada sub-sistema observa a sociedade a partir da sua própria função. Esta observação é estruturada por uma distinção binária, designada como o código. O sistema científico tem assim por código a distinção verdadeiro/falso; o sistema jurídico a distinção legal/ilegal; o sistema económico a distinção ter/não ter, etc.

O núcleo da sociedade, o que permite constitui-la e diferenciá-la como sistema, não reside pois nas pessoas, nem nas suas acções e intenções, mas nas comunicações. O direito não é instrumento de nada, mas é instrumento de si próprio. Consequências: (i) direito não tem transcendência; (ii) unidade do sistema não decorre de princípios jurídicos que lhe conferem validade, no sentido de justificação material, mas reside no próprio sistema, positivamente expresso; (iii) justiça não exprime a essência ou natureza do direito, mas a sua contingência.

Referência à polémica Luhmann – Habermas.