

Introdução ao estudo do Direito II - Resumo
Turma B – Ano lectivo 2010/2011
2.º Semestre
Regente: Prof. Dr. Lima Pinheiro

RAMOS DO DIREITO

Noção de ramo do Direito

Subsistema normativo, formado por normas, princípios e nexos intrassistemáticos. Todo o subsistema carece, para se individualizar dentro do sistema normativo, de uma delimitação e de uma ordenação. Ele é ordenado na medida em que as normas que o integram são reconduzíveis a princípios jurídicos gerais e estão articuladas entre si por nexos intrassistemáticos, portanto por nexos que se estabelecem entre as normas jurídicas e os princípios. Este subsistema, constitui uma parte do Sistema Normativo.

Direito privado e Direito público

Esta distinção entre Direito Privado e Direito Publico é uma distinção fundamental no sistema romano-germânica.

Existem três critérios tradicionais de distinção:

1. **CrITÉRIOS DOS INTERESSES** – Atende ao carácter público ou privado dos interesses prosseguidos por ramo do direito. Portanto o Direito Publico prosseguiria interesses públicos, o Direito Privado prosseguiria interesses privados. É um critério originário do Direito Romano. No entanto, este critério dos interesses é muito relativo porque também no Direito Privado se prosseguem interesses gerais ou colectivos, por exemplo em matéria de tutela, protecção dos interditos, em direito da família, verifica-se a prossecução de interesses colectivos.
2. **CrITÉRIO DA QUALIDADE DOS SUJEITOS** – segundo este critério, é publico o direito que regular a organização do Estado ou outro Ente publico, bem como as relações em que um dos sujeitos seja um estado ou um ente publico. Entendido literalmente, este critério é obviamente criticável: pois o Estado e os Entes públicos autónomos podem estabelecer relações com particulares sujeitos ao direito privado, por exemplo quando o Estado arrenda um imóvel para nele instalar um serviço publico, temos aí um contrato de arrendamento regido pelo Direito Privado. Portanto, o Direito Publico não seria o Direito regulador de todas as relações estabelecidas pelo Estado ou por entes públicos autónomos, mas apenas daquelas relações em que o sujeito publico intervém na sua qualidade própria. E, assim as normas que regulam relações em que intervêm entes públicos, serão de Direito Privado, quando estes entes públicos não intervenham como titulares de poderes de autoridade.

3. **Crítério da posição dos sujeitos ou subordinação** – segundo este critério é publico o direito que constitui e organiza o Estado e outros entes públicos, e regula a sua actividade dotada de *ius imperi*, isto é a sua actividade em que o Estado dispõe de poderes de autoridade. Estes poderes de autoridade podem ser materiais – a possibilidade de utilizar a coerção material ou podem ser poderes de autoridade jurídicos – a possibilidade de unilateralmente constituir, modificar, ou extinguir uma relação. Já é de Direito Privado, o que regula as relações em que intervêm um sujeito publico em posição de paridade com um particular. E portanto, no direito publico tende a prevalecer a subordinação, no direito privado tende a prevalecer a paridade, a igualdade.

Cabe analisar as características que individualizam os subsistemas públicos e privados no seio do sistema jurídico, são elas:

- **Formais** – designadamente, atendemos às definições legais e à delimitação da competência da jurisdição administrativa.
- **Materiais** – podemos atender fundamentalmente a duas notas: **uma nota estatutária**, segundo a qual é do direito publico o que regula a organização e a constituição do Estado e entes públicos autónomos, e que regula as actividades do Estado e de Entes públicos autónomos, em virtude de valorações específicas que estão submetidas a um regime específico; e **uma nota ligada à subordinação e vinculação** – atrás foi referido, que no direito publico prevalece a subordinação e que no direito privado prevalece a paridade. Mas alem da subordinação, importa atender à vinculação à lei: a vinculação é uma característica mais geral do que subordinação. O Direito privado é dominado por decisões livres, que se baseiam na autonomia negocial e nos poderes atribuídos aos titulares de direitos subjectivos. Estas decisões de Direito privado, não estão sujeitas obrigatoriamente a uma fundamentação. Ora, o Direito publico é dominado pela decisão vinculada, isto é, pela decisão fundamentada na lei. As decisões dos órgãos públicos têm que ter um fundamento legal. Assim, em geral, podemos dizer que o Direito Privado é pautado pela igualdade e liberdade; e o Direito Publico pela tendencial subordinação e pela vinculação à lei.

Direito Internacional Público

O adjectivo público é enganador: o Direito Internacional além de regular relações entre Estados, relações entre organizações internacionais, também regula relações de Direito Privado. E o que se passa com as convenções internacionais, que unificam o regime aplicável a certos contratos de transporte internacional ou à compra e venda internacional. Temos aqui, fontes de Direito Internacional Publico que regulam relações privadas.

Crítérios caracterizadores do Direito Internacional Publico:

1. **Crítério dos sujeitos** – diz-nos que os sujeitos de DIP são principalmente os Estados soberanos mas também organizações internacionais. O problema deste critério, é porque depende do DIP determinar quais são os seus sujeitos. Ora nós não podemos definir DIP só com base no critério dos sujeitos, porque quais são os sujeitos de DIP depende do próprio DIP;

2. **CrITÉrio dos interesses** – os interesses protegidos pelo DIP seriam interesses da comunidade internacional e de cada Estado como Ente soberano. Este é um critÉrio claramente impreciso e insuficiente porque nos verificamos que há normas indiscutivelmente de DIP que protegem os direitos dos estrangeiros e também que protegem certos direitos fundamentais independentemente de se tratar de nacionais ou de estrangeiros.
3. **CrITÉrio das fontes** – o DIP resulta de processos específicos de criação de normas: costume internacional, os tratados internacionais, os actos normativos das organizações internacionais, a jurisprudência internacional. Este critÉrio das fontes é um critÉrio importante mas demasiado formal, pois diz-nos como o DIP se forma, mas não nos diz qual é o seu sentido e o seu alcance.
4. **CrITÉrio da comunidade internacional** - também aqui nos deparamos com dificuldades. Em primeiro lugar, historicamente, o Direito Internacional surgiu a partir das soberanias dos Estados, a partir dos seus interesses e vontades; e ainda hoje não se pode negar o peso decisivo que os Estados têm dentro da comunidade internacional. Em segundo lugar, pode dizer-se que há, não uma só, mas várias comunidades internacionais, regionais ou sectoriais. Finalmente que ao conceito de comunidade pode subjazer uma visão ideológica ou metajurídica.

Mas nenhuma destas formas, se afigura, suficiente ou suficientemente precisa, embora cada qual forneça contributos que devem ser retidos. Deste modo, tendemos sobretudo a conjugar os dois últimos critÉrios, fixando um elemento formal, atinente aos modos de formação e de revelação das normas, fontes de direito, e um elemento material concernente ao substrato dessas normas e à realidade de facto que as origina.

Direito da União Europeia

O Direito da União Europeia é o complexo normativo formado pelos tratados constituintes da EU, pelo direito derivado emanado pelos órgãos da EU e por outras fontes reconhecidas pela comunidade jurídica da EU.

Direito Internacional Privado

É um ramo do Direito que regula situações transnacionais através de um processo conflitual. São situações que por terem um contacto relevante com mais de um Estado soberano colocam um problema de determinação do direito aplicável que deve ser resolvido por este ramo de Direito.

Exemplo: Qual o regime aplicável às relações conjugais entre um português e uma espanhola que casam e vivem em Roma. Será aplicado a lei portuguesa, italiana ou a espanhola? Problema para o qual o Direito Internacional responde. No entanto, o Direito Internacional Privado não regula directamente as situações transnacionais, ele regula estas situações através de **normas de conflito**.

As normas de conflito – são proposições jurídicas que perante uma situação que tem contacto relevante com mais de um Estado soberano determinam o Direito aplicado, é o direito para que remete as normas de conflito que vai disciplinar materialmente a situação.

Estas normas de conflito, são normas remissivas, regulam indirectamente através da remissão para um determinado direito que tradicionalmente, mas não em todos os casos também são **normas de conexão** porque utilizam elementos de conexão como por exemplo, a nacionalidade ou a residência habitual e também na maioria mas não em todos os casos são **normas essencialmente formais** porque não escolha de direito aplicável não atendem a solução material a que conduz cada um dos sistemas em presença, atendem sim à conexão existente entre os sistemas em presença e as situações transnacionais. **Por exemplo**, de uma norma de conflitos que resulta de conjugação **do artigo 25 com o artigo 31.º/1 do CC** que dispõe que o Estado, a capacidade, as relações de família, e as sucessões por morte são reguladas pela lei da nacionalidade dos interessados.

Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado

O Direito Internacional Privado não se pode distinguir do Direito Internacional Público pelo critério das fontes visto que o Direito Internacional Privado tem não só fontes internas mas também fontes internacionais, fontes comunitárias, fontes transnacionais.

A diferença entre Direito Internacional Público e o Direito Internacional Privado encontra-se antes no objecto destes ramos do Direito.

O Direito Internacional Privado distingue-se do Direito Internacional Público porque a maioria das situações transaccionais que são reguladas pelo Direito Internacional Privado não tem relevância isto é, não tem relevância na ordem jurídica internacional, por outras palavras o Direito Internacional Público não regula directa e imediatamente a maioria das situações transnacionais.

Ramos do Direito público:

Direito Constitucional – é o ramo do Direito que rege o próprio Estado enquanto comunidade e enquanto poder. O Direito Constitucional abrange além das regras fundamentais da organização política, mas também hoje os Direitos fundamentais e as normas sob a organização económica.

Direito Administrativo – ramo do Direito que regula a organização da administração pública e actividade que ela realiza na sua qualidade própria por exemplo a lei orgânica do Ministério que regula as atribuições, a competência dos diversos órgãos e as relações hierárquicas no quadro desse Ministério, o regime de um contrato administrativo por exemplo, o regime do contrato de empreitada de obras públicas.

Numa orientação mais recente, de MARCELO REBELO DE SOUSA E SALGADO DE MATOS, o Direito Administrativo, é encarado de modo mais amplo como Direito da **função administrativa**.

- A função administrativa é a função do Estado em que se prossegue os interesses públicos correspondentes às necessidades colectivas prescritas pela lei.

Perante esta orientação o Direito Administrativo não regula apenas a organização administrativa, ou seja o modo de estruturação institucional das pessoas colectivas dos órgãos e serviços da administração em sentido orgânico; mas também o funcionamento da administração pública, isto é os processos de formação das decisões administrativas e, ainda, o relacionamento da administração pública com os particulares através do exercício

pela administração de poderes de autoridade, da submissão da administração, especiais vinculações impostas pelo interesse público e ao respeito dos interesses dos particulares.

E, ainda o Professor **LIMA PINHEIRO considera o Direito Penal, um ramo do Direito Público**, porque entende que o Direito Penal ao proibir determinadas condutas ou a impor determinadas condutas é caracterizado pela vinculação e não pela aquela igualdade e liberdade que caracterizam o Direito Privado.

Assim sendo, o Direito Penal – define condutas por constituírem uma grave violação de bens jurídicos fundamentais que são consideradas crimes e desencadeiam a aplicação de sanções punitivas. Bens jurídicos fundamentais são por exemplo a vida, a integridade física, a honra, a segurança pública e o património.

A conduta pode ser intencional ou dolosa ou meramente negligente:

- **Na conduta dolosa** – o agente age com intenção de realizar um facto que preenche um tipo de crime;
- **Na conduta meramente negligente** – não há aceitação do resultado, mas este era evitável se o agente tivesse agido com a diligência devida.

Direito Privado e Direito Civil

O Direito privado divide-se em Direito privado comum ou Direito Civil, e em Direitos privados especiais, **exemplo:** Direito Comercial e o Direito do Trabalho; perante situações carecidas de regulação jurídica que não relevem do Direito público e que não sejam reguladas por um Direito privado especial, nós temos de recorrer ao Direito Civil ou Direito privado comum.

A classificação germânica dos ramos do Direito Civil. Remissão

O Código Civil segue a classificação germânica das relações jurídicas distinguindo de entre quatro categorias que correspondem a outros tantos livros do CC, o Direito das Obrigações, o Direito das Coisas, o Direito da Família e o Direito das sucessões.

Direito das Obrigações - Consta principalmente do livro II do CC. E regula as relações em que uma pessoa está vinculada perante outra a realizar uma prestação, isto é a fazer uma acção ou a entregar uma coisa, artigo 397.º do CC. O sujeito activo, credor, tem um Direito de crédito, o sujeito passivo, o devedor, tem uma obrigação. As obrigações podem ser voluntárias quanto têm por objecto um negocio jurídico designadamente quando têm por objecto um contrato. As obrigações podem ser involuntárias designadamente quando são geradas pela violação de um Direito ou interesse juridicamente protegido. Por isso, o Direito das obrigações também compreende responsabilidade civil extra-contratual; instituto que regula a obrigação de reparar os danos resultantes da violação de um Direito ou de um interesse juridicamente protegido de outra.

Direito das Coisas - É objecto do livro III do CC, o Direito das Coisas regula a afectação de uma coisa corpórea aos fins das pessoas individualmente consideradas de modo que o que a pessoa fica com um Direito oponível a terceiros. O Direito real paradigmático é a propriedade, que é o Direito real de gozo pleno; também temos Direitos reais de gozo limitados como usufruto que consiste no Direito temporário de gozo de uma coisa.

Direito da Família - O Direito da Família regula a constituição da família e as relações que se estabelecem no seio da família. Tradicionalmente, as relações de família resultam do casamento, da procriação e da adopção.

Direito das Sucessões - O Direito das sucessões regula a transmissão por morte do património de uma pessoa. Há várias espécies de sucessão atendendo ao tipo do que os sucessores são chamados. Assim, temos a **sucessão voluntária**, em que o título é um negócio jurídico, principalmente o testamento de sucessão voluntária e temos a **sucessão legal** em que o título é a lei, o título em que sucede os bens da pessoa falecida é a lei.

A sucessão legal divide-se em sucessão legitimária e sucessão legítima:

- **Sucessão legitimária** – opera em favor dos herdeiros legitimários mesmo contra a vontade do autor da sucessão, no Direito português são herdeiros legitimários, os cônjuges, os descendentes e os ascendentes.
- **Sucessão legítima** – opera a favor dos familiares e do Estado segundo o esquema supletivo fixado pela lei portanto esquema supletivo que funciona quando o autor da sucessão não manifestou nenhuma vontade sob o destino dos seus bens em relação aos bens não abrangidos pela sucessão legitimária, portanto relativamente à sua chamada cota disponível o autor da sucessão pode dispor sob o seu destino dos bens em caso de morte, mas se não o fizer aplicam-se as regras de sucessão legítima.

Direito da Personalidade – no CC encontramos os Direitos de personalidade no âmbito da parte geral a propósito das pessoas singulares na secção II do capítulo I, do subtítulo I, do título II do livro I. Ai encontramos uma regra geral sob a tutela da integridade física e da integridade moral, sobre a tutela da personalidade física ou moral, e encontramos preceitos sobre determinados Direitos da personalidade sobre o Direito à imagem, sobre o Direito à reserva da intimidade da vida privada – **artigo 70.º e ss.** Estes Direitos de personalidade são tutelados pelo instituto da responsabilidade civil, **artigo 70.º/2 do CC.**

Direitos privados especiais - o Direito Comercial

Em certos sectores de vida social, verificam-se circunstâncias especiais, que justificam valorações específicas e com elas a criação de um Direito especial, é assim que surgem Direitos privados especiais que se contrapõem ao **Direito privado comum que é o Direito Civil.**

Com a actividade económica surgiu um Direito especial, o Direito comercial que é em parte justificado pelas características da actividade económica realizada com carácter

empresarial, noutra parte resulta mais de factores histórico-culturais do que razões objectivas. É aplicável também aos não comerciantes que praticam actos de comércio. Este Direito, regula também os tipos de credito designadamente as letras, as livranças e os cheques.

Para o Professor LIMA PINHEIRO, o Direito Comercial não é hoje propriamente um ramo do Direito, mas um conjunto de matérias agrupadas segundo diversos critérios, mais marcados por condicionamentos histórico-culturais, que por considerações funcionais e sistemáticas.

Direitos privados especiais – o Direito do Trabalho

O Direito do Trabalho tende a ser encarado como predominantemente Direito Privado, embora contenha algumas normas de Direito Público, por exemplo: em matéria de higiene e segurança no trabalho. Ele pode ser encarado predominantemente como um Direito Privado Especial. Tem principalmente por objecto o contrato de trabalho, e por isso a sua especialidade recorta-se principalmente relativamente ao Direito das Obrigações.

Direito Processual

O Direito processual regula o processo, isto é, o conjunto dos actos praticados pelos tribunais no exercício da função jurisdicional e pelos particulares que perante eles actuam. É tradicional contrapor o **Direito Processual** como **Direito Adjectivo** ao restante Direito que é designado de **Direito Substantivo**. **E com isto quer-se exprimir a instrumentalidade do Direito Processual relativamente ao Direito Substantivo.**

O Direito Substantivo – define a relação material controvertida designadamente através da atribuição de poderes e deveres aos sujeitos da relação por exemplo: o direito estabelece que A deve 10.000£ a B ou de que A é proprietário do prédio rústico X.

O Direito Adjectivo – além de regular a organização e a competência dos tribunais, também atribui direitos e impõe deveres às partes, mas, então trata-se de regular a relação processual que cada uma das partes estabelece com o tribunal. Tradicionalmente considera-se o Direito Processual como Direito Publico, porque regula a actividade de órgãos públicos, os tribunais. Diferentemente uma parte da doutrina alemã, entende que a divisão entre Direito Publico e Direito Privado só se aplica ao Direito Substantivo. Logo esta divisão não se aplica ao Direito Processual, posição por exemplo de LARENZ. **De acordo com o Professor LIMA PINHEIRO, é de preferir esta posição, porque o Direito Processual nem sempre regula a actividade de órgãos públicos. Nem todos os tribunais são públicos, os Tribunais de Arbitragem Voluntária, não são órgãos públicos. Mas esses tribunais também podem ser sujeitos a regras processuais, assim a Lei da Arbitragem Voluntária estabelece certos princípios fundamentais em matéria de processo que têm de ser observados pelos Tribunais Arbitrais, que não são órgãos públicos.**

O Direito Processual não é um ramo do Direito, a cada ramo do Direito Substantivo corresponde em princípio um ramo do Direito Adjectivo ou Processual. Temos assim designadamente para o Direito Internacional Publico o Direito Processual Internacional, designadamente quando se actua perante o Tribunal Internacional de Justiça; para o Direito

Constitucional o Direito Processual constitucional, quando se actua perante o Tribunal Constitucional.

CAP. II – CODIFICAÇÃO E TÉCNICAS LEGISLATIVAS

Noção de código e lei avulsa

Código é uma lei. Distingue-se entre as leis por ser **global**, contém as principais regras de um ramo do Direito; ser **sistemático** porque se trata de um complexo de normas organizado e unificado em torno de um núcleo de princípios fundamentais por forma coerente; ser **científico**, as matérias encontram-se repartidas e ordenadas segundo um plano elaborado pela Ciência do Direito.

Leis avulsas – são leis que alteram os códigos ou que vão para além destes, sem serem neles integradas, por exemplo, as disposições do CC sobre arrendamento rural foram revogadas pelo Decreto-Lei n.º 201/75 de 15 de Abril e constam hoje do Decreto-Lei n.º 294/2009 de 13 de Outubro.

Entre as **leis avulsas** contam-se os **estatutos** e as **leis orgânicas**. **Os estatutos** são diplomas que regulam certa matéria de modo unitário, mas esta matéria não tem a dignidade ou a amplitude suficiente para que se justifique a designação de Código, por exemplo: leis que regulam por forma sistemática e unitária uma determinada actividade, carreira ou profissão, o estatuto do artesão ou o estatuto dos magistrados judiciais. **As leis orgânicas** são leis que regulam a organização e o funcionamento de um serviço público, por exemplo: a lei orgânica do Ministério das Finanças ou a lei sobre a organização e o funcionamento dos Tribunais Judiciais.

Significado e valor da codificação

O movimento codificador surgiu no Século XVIII como resultado de três factores principais:

- **A difusão do iluminismo;**
- **A unificação política dos Estados Europeus;**
- **O labor de sistematização realizado pela Ciência Jurídica.**

O movimento iluminista conheceu expressão na Ciência do Direito e na filosofia do Direito, no **Jusracionalismo**. O Jusracionalismo critica o Direito tradicional pela sua casualidade histórica, pelas suas particularidades irracionais e por sujeita os cidadãos à arbitrariedade do juiz. Acresce que os cidadãos deveriam poder conhecer as regras jurídicas, razão que elas deveriam ser formuladas de forma clara e sistemática e ser escritas em linguagem compreensível e transparente. O Jusracionalismo estuda também a reforma do Direito existente. Defendeu que as leis deveriam estabelecer a igualdade e a liberdade dos cidadãos. Ao Código Civil caberia regular as relações que dizem respeito a todos os cidadãos. O CC seria acompanhado de leis especiais para profissões ou matérias particulares, como por exemplo, o Código Comercial.

Como outro factor que impulsionou a **codificação refira-se a unificação política**. A codificação significa a eliminação ou a subalternização das leis ou costumes locais. Portanto a codificação constituiu em Estados como a França, Espanha, Itália e a Alemanha um instrumento para a preparação, ou a consolidação da unidade política. Estas codificações só foram possíveis porque a Ciência Jurídica desde há dois séculos estava por uma apresentação sistemática do Direito em torno a princípios. A codificação pressupõe um determinado estágio de desenvolvimento científico na análise e na organização do material jurídico que só se atingiu no final do século XVIII.

Hoje a codificação é típica dos países Romano-Germanico.

Tem havido grandes disputas quanto ao mérito da codificação. Hoje a controvérsia não surge tanto no domínio do Direito Privado, quanto do domínio do Direito Administrativo.

As vantagens da codificação resultam:

- Conhecimento fácil e o carácter sistemático que evita incoerências, ajuda a interpretação e integração de lacunas e facilita a contrição científica do Direito;
- A sistematização científica facilita a busca das soluções, no dizer de OLIVERIA ASCENSAO “**ao interprete um mapa onde situar facilmente cada novo caso, perante casos omissos este mapa constituído pelo Código pode também representar um ponto de partida para a integração da lacuna**”

As desvantagens da codificação resultam:

A Rigidez. O Código representa um grande esforço que deve ser respeitado. Não é de ânimo leve que deve ser alterado um Código. Por isso, a codificação pode ser um obstáculo à evolução futura da legislação. Também pode influir negativamente na evolução da Ciência Jurídica. Mas o Código não pode ser encarado uma “tábua sagrada”, a adaptação tem de ser feita frequentemente porque a vida muda constantemente. Embora as alterações do Código devam ser cuidadosas e bem reflectidas.

Em suma, pode se dizer que as vantagens suplantam as desvantagens. Em todo o caso, constitui um bom princípio de técnica legislativa que os códigos se circunscrevam às matérias mais estáveis e se deixe para as leis avulsas aquelas matérias que estão mais sujeitas a alteração.

Principais códigos em vigor

- **A Constituição;**
- **O Código Civil,** aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47/344, 25 de Novembro de 1966 e que foi reformado pelo Decreto-Lei n.º 496/77 de 25 de Novembro tendo em vista designadamente a sua conformação com a Constituição de 1976;
- **No Direito Privado:**

Código Comercial – aprovado em 1888;
Codigo do Trabalho de 2009;
Código da Propriedade Industrial de 2003, etc.

- **No Direito Publico:**

Código Penal de 1982;
Código de Processo Civil de 1961;
Código de Processo Penal de 1987.

Partes gerais

O CC apresenta a seguinte sistemática:

- Livro I – Parte Geral;
- Restantes livros há divisões do Código subordinadas à epígrafe disposições gerais.

Tanto num caso como noutro se trata de partes gerais, estas partes gerais constituem um imperativo de técnica legislativa, parte-se do geral para o particular, começando pelas disposições comuns e com isto evitam-se repetições desnecessárias, por exemplo: o contrato e compra e venda é regulado **no Livro II do CC, nos artigos 874.º e ss.** Mas a maior parte dos requisitos de validade do contrato de compra e venda são comuns e outros contratos e mesmo à generalidade dos negócios jurídicos. É o que se verifica com a capacidade negocial das partes e com os requisitos da validade de objecto e do fim do negócio. Por isso, este requisitos são regulados **na Parte Geral do CC, no Título II do Livro I, artigos 67.º ;122.º e ss; 280.º e 281.º. quanto à forma do contrato de compra e venda** no Livro II também só encontramos uma regra que estabelece forma legal para o contrato de compra e venda de imóveis **o artigo 875.º,** no que toca à compra e venda de imóveis, às consequências da inobservância da forma e ao âmbito da forma legal temos

também de recorrer à Parte Geral, mais precisamente **nos artigos 219.º e ss. O Livro I do CC não contém apenas disposições comuns aplicáveis aos diferentes ramos do Direito Civil, ele também contém algumas regras ou princípios que são comuns ao Direito Privado e ao Direito Público.**

Remissões

A Remissão é uma técnica legislativa que o legislador se socorre para evitar repetições. Por exemplo: quanto aos efeitos da resolução do contrato entre as partes, **o artigo 433.º do CC.** Pois nos termos deste artigo, para sabermos quais são os efeitos da nulidade ou anulabilidade do negócio jurídico, **artigo 289.º do CC.** No n.º3 do mesmo artigo, encontramos uma nova remissão para o disposto dos **artigos 1269.º e ss do CC** em matéria de efeitos da posse.

A remissão resulta de uma proposição remissiva, isto é, uma proposição que em lugar de estabelecer o regime para a situação descrita na sua previsão, manda aplicar outras normas ou outros complexos normativos à situação descrita na sua previsão. Podemos contrapor as normas remissivas às normas materiais: as normas materiais são aquelas que disciplinam directamente as situações descritas na sua previsão.

Podemos distinguir ainda:

- **Remissão integradora** – que se destina a suprir as lacunas na regulação de um instituto que dispõe em princípio do regime próprio;
- **Remissão total** – quando o regime do instituto é primariamente definido por via remissiva.

Ficções legais

A **ficção legal** é uma técnica pela qual se estabelece que um facto ou situação a regular se considera juridicamente igual a outro facto ou situação. Que se encontra legalmente regulada. **Por exemplo: artigo 865.º/2 c),** estabelece se o próprio devedor impedir a interpelação, se considera interpelado na data em que normalmente o teria sido. Portanto, nas obrigações sem prazo certo e que não resultam de actos ilícitos, o devedor só fica constituído em mora e portanto, só fica obrigado a reparar os danos causados ao credor depois de ter sido interpelado. A interpelação é o acto pelo qual o credor comunica ao devedor que ele deve cumprir a obrigação, ou seja, a vontade do credor de receber a prestação. Portanto, a lei prevê um facto: a interpelação do devedor e estabelece uma consequência em caso de incumprimentos da obrigação: a constituição em mora. Para isso é necessário que o devedor seja então interpelado. Mas se o devedor se furtar à interpelação ou por outra forma impedir a interpelação, considera-se a interpelação verificada. Equipara-se juridicamente a tentativa frustrada (pelo devedor) de interpelação. Exemplo: **artigo 235/2 do CC,** que determina que se a verificação da condição for impedida contra as regras da boa fé por aquele a quem prejudica tem-se por verificada. Se for provocada nos mesmos termos, por aquele a quem aproveita, considera-se como não verificada. Há aqui uma

assimilação jurídica de realidades factuais diferentes, para as submeter ao mesmo regime jurídico. Ao mesmo resultado se chegaria mediante uma preposição remissiva que mandasse regular o facto ou situação pelas normas aplicáveis a outro facto ou situação.

Nota: o intérprete nunca deve recorrer a ficções. A aplicação de uma norma a uma situação que não se encontra prevista deve basear-se em analogia e não em ficções legais.

Definições e classificações legais

As definições e classificações são técnicas frequentemente utilizadas na legislação. **Por exemplo: artigo 202.º - noção de coisa; 874.º - noção de compra e venda, etc.**

As preposições que estabelecem definições e classificações são **preposições jurídicas incompletas, e portanto** não são normas. Geralmente as definições e classificações são preposições que servem para determinar o sentido e alcance da previsão de normas jurídicas. Assim, por exemplo, a norma contida no **artigo 875.º do CC** sujeita o contrato de compra e venda de imóveis a uma determinada forma legal: escritura pública ou documento particular autenticado. A previsão desta norma é o contrato de compra e venda de imóveis. Para determinarmos o conteúdo dos conceitos de contrato de compra e venda e imóvel, temos de recorrer ao artigo 874.º e 204.º

Ponto controverso é o **carácter prescriptivo da definição**, por exemplo: se o legislador dá uma noção de contrato de sociedade no artigo 980.º do CC, o julgador será obrigado a aplicar o regime contido nos artigos seguintes a todos os contratos que preenchem essa noção legal e a não aplicar directamente esse regime quaisquer outros contratos? Para OLIVEIRA ASCENSÃO, a definição é um elemento de orientação, mas não decisiva, o regime é que é decisivo e por isso prevalece sobre a definição. OLIVEIRA ASCENSÃO Acrescenta que a definição é uma operação extremamente delicada que deve ser evitada. Isto significa que para delimitarmos a realidade que esta sujeita a determinado regime, temos de atender principalmente ao regime estabelecido. Por exemplo: para saber se um contrato deve estar estabelecido ao regime do contrato de sociedade, não basta verificar se apresenta as notas típicas contidas na noção legal. É preciso também verificar se ele apresenta as notas típicas que se inferem do regime jurídico estabelecido para esse tipo de contratos.

Segundo, o Professor LIMA PINHEIRO – o legislador tem a opção de fixar taxativamente os pressupostos de aplicação de um determinado regime ou de fornecer uma mera orientação deixando ao intérprete a missão de a concretizar. Normalmente, quando o legislador pretende estabelecer uma mera orientação, utiliza um conceito indeterminado, ou uma tipologia não taxativa, sito é, uma enumeração não exaustiva das situações em que se aplica o regime em causa, por isso, as definições legais têm um certo valor prescriptivo.

Presunções

Segundo a noção do artigo 349.º do CC, as presunções são as elações que a lei ou o julgador tira de um facto conhecido para firmar um desconhecido. O Código Civil acolhe assim a distinção entre presunções legais/*júris* e presunções judiciais.

Nas presunções legais o legislador supõe que um facto desconhecido, o presumido, acompanha um conhecido. Por outras palavras, as presunções legais são elações que no plano dos factos, a lei retira certo evento já demonstrado. **Assim, por exemplo, o artigo 441.º do CC**, contrato de promessa de compra e venda, se presume que tem carácter de sinal, toda a quantia entregue pelo promitente comprador ao promitente vendedor. Quer isto dizer que se o promitente comprador entrega uma quantia ao promitente vendedor, ainda que a título do principio do pagamento, se supõe que esta quantia tem o carácter de sinal, isto é, de uma garantia de cumprimento. De forma que se o promitente comprador não cumprir o contrato de promessa o promitente vendedor por fazer seu o sinal. Inversamente, se o promitente vendedor não cumprir o contrato de promessa, o promitente comprador tem a faculdade de exigir a restituição em dobro do sinal (**artigo 442.º/2**).

As presunções legais relacionam-se com o regime do ónus da prova, que se encontra **regulado no artigo 342.º e seguintes do CC, conforme dispõe o artigo 350.º/1, quem tem a seu favor a presunção legal, escusa de provar o facto a que ele conduz**. Dadas as dificuldades de prova de certos factos em determinadas situações a lei vem em socorro de uma das partes, estabelecendo a seu favor uma presunção legal.

- **Preposições iuris tantum** – são presunções que admitem, em regra, prova em contrário, prova de que o facto presumido não acompanhou o facto que serve de base à presunção, o que resulta do artigo 350.º/2 do CC.
- **Preposições iuris et iure** – são as presunções que não admitem prova em contrário. **Por exemplo, o artigo 243.º/3**.
- **Presunções judiciais** – são as elações com base num facto já apurado, que o julgador considerando outros factos como demonstrados. Não são elações feitas pela lei, mas pelo julgador. Estas presunções traduzem um afloramento da regra de livre apreciação da prova. A estas se refere **o artigo 361.º do CC**, quando dispõe que as presunções legais só são admitidas nos casos em que seja admissível a prova testemunhal.

Conceitos indeterminados

O conteúdo dos conceitos utilizado pela grande maioria das normas materiais, pode ser delimitado em abstracto, isto é, independentemente de uma situação concreta com razoável precisão. Neste sentido, pode dizer-se que são conceitos indeterminados. **Exemplos: segundo o artigo 762.º/2, no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de “boa fé”, este conceito é um conceito indeterminado. Assim, como os conceitos “bons costumes” e “ordem publica” presentes no artigo 280.º/2.**

Cláusulas gerais

Em regra, a previsão das normas reporta-se a uma categoria de situações, ou a um aspecto típico de situações da vida, por exemplo, as normas que se reportam ao contrato de compra e venda, à propriedade, ao casamento e à sucessão por morte. Estas situações são delimitadas com recurso a notas típicas ou características e por isso pode dizer-se que estas normas têm uma previsão tipificadora. Diferentemente algumas preposições jurídicas dispõem de uma previsão muito ampla que não é tipificadora, porque não se reporta a uma categoria de situações da vida, ou a um aspecto típico das situações da vida, falava-se a este respeito de cláusulas gerais.

Exemplo: artigo 384.º - estabelece que é ilegítimo o exercício de um direito quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, os bons costumes, ou pelo fim social ou económico desse direito. Trata-se do instituto do abuso de direito, esta preposição reporta-se ao exercício de quaisquer direitos ou até quaisquer posições jurídicas e por isso, é considerada uma cláusula geral.

CAPITULO III - O Sistema

Sistema Legal. Sistema científico de conceitos. Sistema normativo

Para uma **introdução ao direito** que procure definir o seu papel na sociedade e abranger todas as suas dimensões e impõe-se a perspectiva mais abrangente falar-se-á no **sistema no sentido de ordem jurídica com todos os seus elementos**.

Para a dogmática a perspectiva mais importante é a do **sistema científico dos conceitos**.

A ciência jurídica se ocupa da interpretação e aplicação do direito, da integração de lacunas, da resolução dos problemas suscitados pelo concurso de normas. A perspectiva fundamental, é a última. **Encara-se essencialmente o sistema normativo como um sistema normativo**.

No desenvolvimento desta questão do sistema jurídico, o Professor LIMA PINHEIRO, dará mais atenção ao sistema normativo. Mas antes de estudar o sistema normativo procederá a um exame de: conceitos jurídicos do sistema científico de conceitos e das operações metodológicas que estão associadas **ao sistema científico de conceitos e construção**.

Conceitos jurídicos. Sistema Científico de conceitos. Construção

As regras jurídicas visam conceitos para delimitar a sua previsão e para formular a sua estatuição. **Assim, por exemplo, o artigo 502.º do CC determina** que quem no seu próprio interesse utilizar quaisquer animais responde pelos danos que eles causarem, desde que os danos resultem do motivo especial que envolve a sua utilização. Encontramos aqui vários conceitos de previsão que tem interesse próprio, animal, utilização e perigo especial, na estatuição temos danos e responde pelos danos. **Alguns destes conceitos são essencialmente fácticos ou prescritivos:** animal, utilização e perigo especial. Para determinar o conteúdo destes conceitos o intérprete atende sobretudo a sua experiência e aos usos linguísticos gerais.

Outros conceitos já são técnico-jurídicos normativos porque a determinação do seu conceito exige o recurso a outras normas ou a elaboração realizada pela ciência jurídica. O significado de responder pelos danos só se obtém diante a inserção da regra contínua, o artigo 502.º do CC, no contexto de regime de responsabilidade pelo risco e mais em geral no contexto de normas sobre a responsabilidade civil. É desta sanção que resulta que a pessoa que utiliza animais no seu próprio interesse é obrigada a indemnizar os prejuízos causados e que esta responsabilidade, é uma responsabilidade objectiva, uma responsabilidade independente de culpa.

Outras regras utilizam exclusivamente conceitos normativos, **por exemplo, o artigo 879.º do CC estabelece** que a compra e venda têm efeitos especiais, isto é, a transmissão da propriedade da coisa e obrigação de pagar o prelo. **Tudo isto são conceitos normativos técnicos-jurídicos.**

Tradicionalmente, com grande importância na formação dos conceitos normativos, o processo de abstracção: permite que a interpretação e aplicação da lei se baseiem na definição de conceitos utilizados na previsão das normas e no silogismo que se usam. **Portanto,** numa primeira aproximação pode dizer-se que a norma se aplica quando as notas contidas no conceito permite a sua previsão estão presentes na situação em causa.

Para a **Jurisprudência dos Conceitos,** seria possível extrair todo o sistema de um conceito, do sistema seria possível extrair através do processo lógico formal sem qualquer valorização de novas proposições jurídicas. Esta concepção foi objecto de crítica por outras concepções que entenderam melhor à realidade jurídica e que, portanto, tem um certa supressão do processo lógico formal.

Portanto, através de um processo de abstracção podíamos construir um sistema de conceitos em que esses conceitos vão evoluindo à medida que se tornavam mais abstractos e que isso deu origem ao chamado pensamento lógico-conceptual, segundo o qual, seria possível retirar desses conceitos a solução para todos os problemas de regulação jurídica. Isto foi defendido pela jurisprudência dos conceitos segundo a qual seria possível deduzir todo o sistema de um conceito supremo. Um sistema que seria possível extrair através de processos de lógica formal sem qualquer valoração de novas proposições jurídicas.

Ora ao longo do século XX diversas correntes do pensamento jurídico começando pela jurisprudência dos interesses e pela escola do Direito livre vieram demonstrar que a interpretação e aplicação do Direito colocam questões que não se deixam resolver só por operações de lógica formal.

Primeiro, muitas das palavras utilizadas pelas normas têm vários sentidos possíveis dando origem a problemas de interpretação.

Segundo, o Direito positivo é lacunar e a integração de lacunas não pode ser feita através de uma dedução. A integração de lacunas requer uma valoração, seja para estabelecer uma analogia ou se isso não for possível para criar uma solução compatível com o sistema. Enfim, em geral o pensamento lógico conceptual tem sido criticado por dar primazia a lógica formal designadamente aos mecanismos dedutivos em prejuízo da lógica dos fins e em prejuízo da ética jurídica da consideração dos valores do direito.

Num ponto de vista teórico o sistema jurídico não pode ser concebido da forma como era concebido pela jurisprudência dos conceitos porque as normas jurídicas na sua imensa variedade não podem ser deduzidas através da dedução a partir de um conceito supremo ou de um axioma.

Do ponto de vista prático, o pensamento lógico conceptual conduz resultados indesejáveis uma vez que se alheia da adequação das soluções para a realização dos fins do direito.

Do exposto não decorre que o método lógico-conceptual seja pura e simplesmente posto de parte mas antes a necessidade de o conjugar com outros modos de pensamento na resolução de questões jurídicas o método lógico conceptual continua a ser necessário quer na actividade legislativa quer na elaboração científica.

E na formação destes conceitos o legislador da ciência jurídica não se limitam a sucessivas operações de abstracção em conceitos como personalidade e direito subjectivo também se projectam valorações e concepções jurídicas gerias não são pois conceitos que se possam dizer neutros. Acresce que na formação destes conceitos se atende aos nexos com outros conceitos e ao conjunto da ordem jurídica. **Assim, os conceitos são instrumentos de trabalho, mas são mais do que instrumentos de trabalho, são quadros de pensamento que podem influenciar a conduta humana mas a lei também utiliza conceitos de outro tipo como, os conceitos indeterminados e as cláusulas contratuais gerais.**

O sistema científico de conceitos revela ainda para a ciência jurídica com respeito a uma operação metodológica que podemos designar por construção jurídica. Tradicionalmente fala-se mais de determinação da natureza jurídica e o que está em causa é a mesma coisa é determinar a natureza jurídica ao proceder a uma construção jurídica, por exemplo, fala-se em determinar a natureza jurídica de um contrato, de determinar a natureza jurídica de um instituto jurídico. **A construção consiste na recondução de uma realidade jurídica a um conceito científico, isto é, a um conceito que faz parte de um sistema, conceitos de ciência jurídica.** Por exemplo, o instituto da posse, a posse é definida pelo artigo 1251.º do CC, como o poder que se manifesta quando alguém actua por forma correspondente ao exercício do direito de propriedade ou de outro direito real. Por exemplo, uma pessoa actua relativamente a uma coisa, os poderes que assistem ao proprietário porventura convencido de que é o proprietário sem que o seja, ele

exerce os poderes correspondentes a propriedade e não é no entanto titular da propriedade ou dessa coisa. A posse está regulada nos artigos seguintes, pois tem se discutido se a posse é um direito subjectivo e no caso de ser um direito subjectivo se é ou não um direito real, aqui já é um problema de construção.

Atenção: a construção, nada tem a ver, pelo menos directamente, com a determinação do regime aplicado, por exemplo, a partir do momento que se preenche o conceito do **artigo 1251 do CC aplica-se,** (e portanto, se faz uma qualificação de uma determinada situação como da situação de posse), o regime dos **artigos 1252.º e seguintes do CC.** A construção da posse como direito real ou como direito subjectivo de outra natureza é em princípio irrelevante para a determinação do regime aplicado.

Não pode basear-se a determinação do regime, na construção inversamente é antes a construção que pressupõe que anteriormente se determine o regime aplicado. Com afeito só depois de determinar o regime aplicável se conhecem os traços caracterizadores do instituto e se pode averiguar se o instituto se integra neste ou naquele instituto científico.

Principais concepções sobre o Sistema Normativo

O sistema normativo numa primeira aproximação, apresenta-se como um conjunto de proposições jurídicas que regulam a vida em sociedade mas que a doutrina diverge sobre os elementos deste sistema e sobre a sua caracterização.

Impõe-se por isso, importante começar esta matéria expondo as concepções sobre o sistema normativo, e em seguida enunciar a posição adoptada pelo Professor LIMA PINHEIRO, e com esta posição examinar os princípios jurídicos enquanto um dos elementos do sistema normativo e a relevância prática do sistema normativo.

- **Moderno Pensamento Jurídico**

A importância do sistema para o moderno pensamento jurídico revela-se logo a propósito da identificação das normas jurídicas. Pois, a norma é jurídica se pertence ao sistema jurídico.

O critério de identificação é um critério que pertença ao sistema. Nisto convergem as mais diversas correntes, desde o pensamento normativo de KELSEN ai institucionalismo de SANTI ROMANO.

Segundo uma solução muito divulgada que é adoptada pelo positivismo normativo, nomeadamente, por KELSEN, o sistema jurídico normativo é formado por normas e pode ser de dois tipos que KELSEN distingue:

Num sistema que se designa por estático, as normas que constituem o sistema, podem ser deduzidas numa norma fundamental que contam um postulado ético. Neste tipo de sistema

as normas se encontram associadas umas as outras pelo seu conteúdo, pois cada, uma delas é uma concretização do postulado ético ou moral contido na norma fundamental. Seria esta a concepção própria daqueles que procuram construir o sistema jurídico, com base na razão pura. Podemos dizer que o critério de pretensão da norma ao sistema é um critério material diz respeito ao conteúdo da norma.

O sistema dito dinâmico é outro tipo de sistema: DOBBIO, exposto da seguinte forma: normas que integram o sistema derivam umas das outras através de sucessivas delegações de poder de tal modo que partindo da norma emanada pela autoridade inferior para a norma emanada pela autoridade imediatamente superior, se chega a norma fundamental que constitui a base de validade de todas as normas do sistema.

Esta norma fundamental não tem outro conteúdo senão a atribuição de poder a autoridade legislativa máxima. O critério de integração das normas nesse sistema não diz respeito ao seu conteúdo mas ao facto de serem emanadas ao abrigo de sucessivas delegações de poder a partir de uma autoridade máxima. Podemos dizer que não é um critério material que é um critério genético.

Segundo o Professor LIMA PINHEIRO, como anteriormente foi referido, ao sistema lógico conceptual da jurisprudência dos conceitos decorre já que o sistema jurídico não pode ser encarado como um sistema axiomático e mais em geral como um sistema dito estático. Assim como não é possível que as soluções para todos os problemas de regulação jurídica sejam deduzíveis de um conceito supremo também não é possível deduzi-las de uma norma fundamental. **Mas há outras razões porque o sistema normativo não pode ser concebido como um sistema dito estático.** É que um sistema deste tipo não admite contradições e é caracterizado pela plenitude, ora no sistema jurídico, pode haver contradições, mesmo que nós possamos resolver as contradições entre normas através dos critérios que orientam, a resolução dos conflitos de normas. Podemos ter ainda contradições entre princípios jurídicos. **E parece obvio que o sistema jurídico não se caracteriza pela plenitude, o sistema não dispõe de normas que resolvam todos os problemas de regulação jurídica, que regulem todas as situações carecidas de regulação jurídica.**

Por acréscimo o conteúdo da norma, nunca pode ser o único critério que pertence ao sistema, uma vez que há uma pluralidade de sistemas e que nestes sistemas vigoram normas de conteúdo semelhante. Portanto, o conteúdo de uma norma nunca nos diz se essa norma pertence ao sistema A ou pertence ao sistema B.

Já o sistema dito dinâmico permite, pelo menos a primeira vista resolver a questão que está apto colocar: a norma pertence ao sistema

A se for criada em conformidade com a sua norma fundamental, mas este conceito de sistema dito dinâmico também se depara com excepções. Algumas dessas objecções são formuladas por alguns autores que podemos designar como **neopositivistas**.

Assim, **HART** assinala que o sistema dito dinâmico quando entendido nos termos postos, não pode explicar a relevância do costume como fonte do direito, uma vez que as regras consuetudinárias não são criadas no exercício de uma competência normativa.

No entanto, **KELSEN** entende o sistema de tipo dinâmico, com efeito segundo o autor a norma fundamental tanto pode instituir como facto produtor de normas o facto normativo como um facto consuetudinário.

Mas ainda que entendido nestes termos surgem outras objecções designadamente as formuladas por **HART**.

Em primeiro lugar, o juspositivismo, para KELSEN a norma fundamental seria uma norma pressuposta, segundo o qual as normas devem ser criadas em conformidade com a primeira constituição histórica e com as normas constitucionais estabelecidas em conformidade com ela. Ao procurar justificar a norma fundamental, **KELSEN** argumenta que para interpretar uma ordem coerciva globalmente eficaz como um sistema de normas jurídicas válidas, temos de pressupor a norma fundamental. O que aparentemente significa que só depois de conhecidas as normas que compõe uma ordem jurídica se está em posição de conhecer o conteúdo da norma fundamental, mas se é assim então a norma fundamental, não constitui um critério de identificação das normas do sistema.

Uma outra objecção é a de que pode-se suceder que gradualmente venha afirmar-se uma nova fonte do direito no sistema jurídico. **Por exemplo, o gradual estabelecimento de um sistema de precedente vinculativo.** Neste caso não pode dizer-se que a jurisprudência é uma fonte de direito em conformidade com a primeira constituição histórica.

Mas este argumento suscita questões complexas pois é legítimo perguntar se as normas constitucionais sobre a construção do direito não podem ser modificadas em conformidade com a primeira constituição histórica.

Antes de examinar outras críticas que podem ser dirigidas a concepção de sistema do positivismo normativo convirá examinar algumas variantes desta concepção que se manifestam no neopositivismo ou em tendências ecléticas.

Para HART, o critério de identificação da norma jurídica, é fornecido pela regra de reconhecimento, a incerteza sobre a qual são as normas que fazem parte do sistema jurídico se verificava nas sociedades primitivas não é compatível com as exigências das sociedades modernas.

Segundo, **HART** para a existência de um sistema jurídico são necessárias e suficientes duas condições mínimas. Por um lado, que aquelas regras

de conduta que são válidas segundo os critérios de validade últimos do sistema sejam geralmente observados e por outro lado, que as regras de conhecimento especificando critérios da actividade jurídica sejam efectivamente aceites como padrões públicos comuns conduta oficial pelos órgãos de aplicação. **O que permite concluir não ser estritamente necessário que os particulares aceitem a regra de conhecimento como válida. Basta que os particulares observem as regras que os órgãos de aplicação identificam como válidas.**

Quanto ao fundamento da regra de reconhecimento o autor não é porem inequívoco. Por um lado afirma que a regra de reconhecimento é uma regra última porque a sua vigência não depende de qualquer outra regra.

A regra de reconhecimento existe como uma complexa mas normalmente concordante prática dos tribunais autoridades e particulares na identificação do direito por referência a determinados critérios. A sua existência é uma questão de facto, afirmar que a regra existe é fazer uma declaração sobre o modo como as regras num sistema eficaz são identificadas. **Mas o Professor LIMA PINHEIRO,** defende que a regra de reconhecimento, assim entendida não seria uma verdadeira regra, não seria uma proposição normativa que estabeleça como é que as proposições jurídicas devam ser identificadas. Seria, antes, uma proposição descritiva que descreveria o modo como as regras jurídicas se formam numa determinada sociedade. **Alguns autores como ROSS negam a existência de uma regra de reconhecimento e afirmam que o critério de pretensa de uma regra a um sistema jurídico é a pratica dos órgãos de aplicação do direito.**

Passemos agora a examinar as concepções de raiz jusnaturalista ou mais propriamente neo-jusnaturalista:

Portanto, à concepção de um sistema formado exclusivamente por normas, segundo um critério de identificação que é, em principio formal, vieram as modernas correntes neojusnaturalistas opor, não só a necessidade de atender a dimensão valorativa ou axiológica do direito, aspecto que nós já assinalamos anteriormente, mas também e em ligação com isto, ao importante papel desempenhado pelos princípios jurídicos.

Para a compreensão dos princípios jurídicos e do papel que se propõem atribuir-lhes convém recuar ate ao movimento codificador do século IX.

Segundo o positivismo legalista, os princípios do direito eram normas dotadas de elevado grau de generalidade, implícitas que só obtinham mediante sucessivas generalizações a partir de normas particulares do sistema.

Toda a evolução posterior do conceito de princípio jurídico, é marcada pela atracção exercida por cada um destes entendimentos:

- Um entendimento que vê no princípio jurídico uma preposição geral de direito positivo;
- Um entendimento que vê no princípio jurídico um princípio supra positivo.

No século XX a importância dos princípios jurídicos começa por ser assinalada por autores como ROSCOE POUND e HEINRICH STOLL que nada têm a ver com o jusnaturalismo. Nos anos 20 ROSCOE POUND avançou a ideia de sistema jurídico, seria concebido de forma demasiado restrita, se fosse representado como contendo apenas regras ligando consequências jurídicas precisamente definidas a situações de facto precisamente definidas e possibilitando que as decisões fossem obtidas e justificadas por simples subsunções a de casos concretos nessas regras, ROSCOE POUND no universo jurídico anglo-saxónico; HEINRICH STOLL na cultura jurídica germânica, representa uma das vertentes da jurisprudência dos interesses, acentuou a importância do sistema e da unidade do direito. Este autor STOLL, orientou-se no sentido de um sistema de nexos internos das preposições jurídicas e princípios gerais da lei a que sejam recondutivas as preposições singulares de modo coerente e permitindo o seu conhecimento unitário.

Mas o trabalho decisivo sobre a formação dos princípios e a sua função no processo judicial deve-se a ESSER, este autor verificou quando não é possível encontrar a solução do caso dentro dos quadros definidos pelo próprio texto da lei a jurisprudência faz frequentemente apelo a concepções jurídicas gerais ou a princípios que infere da lei ou alega inferido da lei. Este apelo a concepções jurídicas gerais que se inferem de certos trechos legais, é por ele considerado uma fundamentação aparente. Na verdade estes princípios vigorariam independentemente da lei, eles justificam-se-iam pela natureza das coisas ou do instituto em causa que constituiria uma peça funcional necessária para todas as soluções singulares que pertençam ao mesmo círculo problemático.

Este autor também procurou superar a oposição entre conceito positivo e supra-positivo de princípio. Para ESSER os princípios não são inferidos indutivamente a partir da legislação nem obtidos por dedução a partir de um sistema de direito natural ou uma ordem objectiva de valores, isto é, de uma hierarquia fixa de valores. **ESSER fez ainda apelo aos domínios pré-positivos de princípios ético-jurídicos e convicções gerais, que não pode deixar de significar para ele que o direito se fundamenta, pelo menos ate certo ponto, na moral.** (ver pagina, 56, da parte da jurisprudência, só para ter uma ideia)

Concepção de CANARIS E DE LARENZ

Segundo estes autores, a unidade inerente ao sistema jurídico reclama certos pontos centrais de referência aos quais possa reconduzir a diversidade do particular. Estes pontos centrais de referência são na linha defendido por essa, os princípios ético-jurídicos. Os princípios são pré dados ao ordenamento jurídico positivo e plasmam-se nele enquanto expressão do direito justo. Por isso são vistos por estes autores como uma mediação entre a ideia de direito como fundamento último da normatividade do direito e as regulações concretas do direito positivo. Afirma LARENZ que os princípios não se obtêm através de um procedimento generalizador a partir de regras jurídicas. A sua revelação exige antes uma viagem de retorno, desde as regras ate as ideias que as informam e a partir dos quais elas surgem como um conjunto dotado de sentido.

Para CANARIS, o sistema jurídico é composto exclusivamente por princípios. Os princípios jurídicos não vigoram sem exceções e podem entrar em oposição ou contradição, não reclamam a exclusividade, isto é, não podem ser formulados num esquema, só quando então, só revelam o seu conteúdo próprio num conjunto de recíprocos complementos e limitações, enfim carecem para a sua concretização de sub-princípios e de valorações particulares em conteúdo material próprio.

Para CANARIS, o sistema deve entender-se como um sistema aberto o que para o sistema interno, aquilo que o Professor LIMA PINHEIRO, designa por sistema normativo, significa a mutabilidade histórica das valorações jurídicas fundamentais. As valorações jurídicas fundamentais são modificáveis no tempo, evoluem.

- Assim sendo, concepções de raiz positivista ou neopositivista, nomeadamente, KELSEN e HART.
- Concepções de raiz neojusnaturalistas, designadamente ESSER, DWORKIN, CANARIS. E não esquecer, as referencias às posições de LARENZ, DE MENEZES CORDEIRO E DE OLIVEIRA ASCENSAO.

Na expressão de MENEZES CORDEIRO, o sistema é aberto em termos extensivos pela sua não plenitude, e em termos intensivos porque se compatibiliza mesmo nas áreas cujas as coberturas assegure com a inclusão de elementos materiais que lhe são estranhos. É móvel porque no seu seio as preposições não se encontrarem hierarquizadas, surgindo antes como permutáveis; é heterogéneo por apresentar no seu corpo áreas de densidade diversa desde coberturas integrais por preposições rígida, ate quebras intrasistematicas e lacunas rebeldes à analogia; e, finalmente, é cibernético por atentar nas consequências decisões que a legitime, modificando-se e adaptando-se em função desses elementos periféricos. Por seu turno OLIVEIRA ASCENSAO, considera a concepção de sistema adoptada por Menezes Cordeiro como conforme a doutrina moderna, embora discorde do papel central

atribuído por este autor à ciência jurídica, tornando constitutiva do próprio direito, uma vez que onde não há consciência de método, nem ciência jurídica, não deixa de haver direito. **Também para estes autores as normas não são elementos do sistema jurídico. Para OLIVERIA ASCENSAO,** a norma é um modo individual de expressão da ordem jurídica, entre outros modos de expressão. **Chega-se à norma, mediante a interpretação da fonte, mas a norma não é sequer um modelo pré-fixado e individualizado que o intérprete reconstitui.**

A posição de LARENZ, há uma certa hierarquização interna dos princípios mas também um conjunto de princípios com o mesmo valor. Assim por um lado, é claro que a constituição atribui um escalão mais elevado a valores como a vida, a liberdade e a dignidade humana, do que a bens materiais. Por outro lado, já não há uma ordem entre os princípios da autonomia privada da responsabilidade ou da confiança. Em muitos domínios manifesta-se uma conjugação dos diferentes domínios. **LIMA PINHEIRO, depende muito do conteúdo da mobilidade.**

LIMA PINHEIRO - os princípios jurídicos são uma preposição jurídica com elevado grau de indeterminação, que exprimindo directamente um fim ou valor da ordem jurídica, constitui uma directriz de solução. Concordando com HART, no caso de concurso real entre duas normas na resolução de um caso concreto pode ser necessário dar prevalência a uma delas que será considerada, neste caso a mais importante, sem que a validade da outra seja posta em causa. A norma que foi preterida neste caso poderá continuar a ser aplicada noutros casos em que não há contradição de normas ou mesmo em caso em que há contradição de normas, mas são casos diferentes em que essa norma deve ter prevalência.

Relativamente à concepção de CANARIS, ainda faltava apreciar o ponto relativo à mobilidade do sistema, que é um ponto controverso.

Ora, caso se entenda, como parece ser o caso de CANARIS, que o sistema só é móvel quando, em regra, há uma liberdade de apreciação do peso relativo de cada um dos argumentos que podem constituir critério de decisão, o professor LIMA PINHEIRO, defende que a mobilidade fundamental do sistema também é válida para o Direito +português. E isto, porque na maior parte dos casos tem peso decisivo nos modelos de decisão as normas jurídicas. E a necessidade de conjugar diferentes normas que estão ao mesmo nível hierárquico e de as interpretar à luz de valores e princípios, não significa, em regra, que o intérprete possa optar entre uma norma e outra norma ou princípio.

Em regra, o intérprete está vinculado à aplicação de uma determinada norma ou de determinadas normas. Mas isto, parece implicar a necessidade de considerar que as normas integram o sistema

normativo. Esta concepção de sistema (estamos ainda a falar da concepção de sistema de CANARIS) atribui múltiplos planos de relevância no plano da obtenção da solução do caso que vai além da relevância para a interpretação e para a integração de lacunas. **E oferece especial interesse o tratamento dado por CANARIS às normas contrárias ao sistema e às normas estranhas ao sistema.** Em primeiro lugar, relativamente às normas contrárias ao sistema, o autor centra a sua atenção **nas lacunas de colisão**. As lacunas de colisão surgem em caso de contradições normativas.

Quando é que nós temos uma contradição normativa?

Quando à mesma situação da vida são aplicáveis duas ou mais normas do mesmo diploma, estabelecem consequências jurídicas incompatíveis entre si. Portanto, temos uma situação, a essa situação são aplicáveis duas ou mais normas, estabelecem consequências incompatíveis entre si.

Ora, não sendo possível aplicar simultaneamente as duas normas, e se também não for possível dar primazia a uma das normas relativamente à outra, nós verificamos que as normas se anulam mutuamente, dando assim origem à chamada **lacuna de colisão**. **Para OLIVERIA ASCENSAO, trata-se neste caso de uma interpretação abrogante**, em que no processo interpretativo se conclui que há uma contradição insanável, de onde não resulta qualquer regra útil. **Estas contradições de que acabamos de falar são as contradições normativas.**

Mas também podemos ter contradições valorativas, quando as normas aplicáveis à situação exprimem valorações contraditórias. Neste caso, as consequências jurídicas das normas em presença não são incompatíveis entre si. **Trata-se antes de uma contradição, na forma porque são valorizadas as situações semelhantes ou análogas.**

Nas contradições valorativas, é possível aplicar as duas normas, elas não geram consequências incompatíveis, mas temos uma situação de “não deve ser assim”. Porque ao aplicarmos essas duas normas, nós estamos a valorar de forma diferente situações semelhantes e análogas.

Pergunta-se se no caso das contradições valorativas, nos também podemos entender que há uma lacuna de colisão, ou se pelo contrario, temos que respeitamos a decisão do legislador e devemos aplicar as duas normas apesar de elas valorarem, de forma diferente, situações semelhantes.

CANARIS, resolve este problema com recurso ao **princípio constitucional da igualdade**: as normas contrárias ao sistema, por exprimirem valorações contraditórias entre si, podem ser contrárias ao princípio constitucional invalidas. Com efeito, pode tratar-se de uma diferença de tratamento que viole a proibição de arbítrio legislativo. Mas segundo o Professor, isto não quer dizer que todas as normas que exprimam valorações contraditórias sejam inválidas, visto que a propósito dos valores do Direito, o princípio da igualdade quando proíbe o arbítrio legislativo, satisfaz por existência de um fundamento material bastante ou suficiente para a diferente de tratamento.

Mas além das normas contrárias ao sistema, nos também podemos ter **normas estranhas ao sistema**. Neste caso, não há uma contradição normativa, também não há uma contradição valorativa, simplesmente a norma não pode ser reconduzida a um princípio geral ou a uma ideia rectora do sistema. Portanto, a ratio da norma não possui suficiente

força persuasiva para poder valer como um enriquecimento dos valores fundamentais do domínio jurídico em causa. Ora, esta estranheza ao sistema não prejudica a vigência da norma, a menos que constitua uma violação do princípio constitucional da igualdade. Portanto, salvaguardada esta última hipótese de violação do **princípio constitucional da igualdade, a norma estranha ao sistema é uma norma válida, embora, segundo CANARIS, deva ser interpretada restritivamente, ou pelo menos, não deva ser interpretada extensivamente.**

E, ainda, CANARIS, não desempenha uma função identificadora dos elementos do sistema normativo nem a função individualizadora do sistema, porque entende que essas normas não fazem parte do sistema. A circunstância da norma para poder ser vista como concretização de um princípio do sistema não significa que ela faça parte desse sistema, porque ela pode fazer parte doutro sistema onde vigora um princípio idêntico. **Inversamente, a norma pode não ser reconduzível a nenhum princípio jurídico, ser uma norma estranha ao sistema, e no entanto, pertencer a esse sistema. Por sua vez, quando à identificação dos princípios do sistema, parece na concepção de CANARIS, ela fica dependente da referência à ideia de Direito e da referência às normas jurídicas em que os princípios se podem concretizar.**

Segundo, o Professor LIMA PINHEIRO, esta concepção de sistema também não fornece por si um critério capaz de identificar os princípios que formam um sistema. Esta concepção, não realiza a função individualizadora do sistema, porque os sistemas aparentados serão dominados basicamente pelos mesmos princípios.

POSICAO ADOPTADA

Como atrás se assinalou, o Direito pode ser concebido como sistema, segundo diversas perspectivas e planos. A escolha destas perspectivas e planos depende do fim que se tem em vista e das funções que se quer atribuir ao sistema.

Segundo, o Professor, há toda a vantagem em procurar conceber como um sistema o conjunto das proposições jurídicas que constituem o Direito objectivo. Sejam essas proposições jurídicas normas ou princípios.

Quer isto dizer que o modo como hoje se concebe o Direito como sistema normativo não constitui um modelo válido para todos os tempos e para todas as sociedades. Por outras palavras, não é o modelo inerente ao conceito de Direito.

Quer isto dizer também que este sistema dificilmente pode ser concebido como um conjunto de elementos que pelo seu conteúdo e pelo seu fim sejam reconduzíveis a um postulado fundamental. O que também não implica que se abstraia do sentido do Direito, quando tomado o seu conjunto do conteúdo das normas e dos valores que procuram realizar. É antes de reconhecer que o Direito pode servir para a realização de princípios e valores de diferente natureza e que diversos domínios jurídicos podem ser dominados por diferentes valores e princípios jurídicos.

Assim, alguns domínios jurídicos fundamentais são dominados por valores e princípios que têm uma base moral. É o que se passa com o Direito Privado; é o que se passa com o Direito Penal. Outros domínios jurídicos, além de valores e princípios com uma base moral também tem valores e princípios com carácter político, é o que se passa com o Direito Constitucional.

Deve ainda sublinhar-se que o sistema normativo concebido como um conjunto de normas e princípios que estão até certo ponto ligados entre si por nexos intrasistemáticos, está inserido naquele sistema mais amplo que corresponde à ordem

jurídica no seu conjunto e já vimos que o sistema normativo é apenas um dos elementos da ordem jurídica.

E, portanto, é através da inserção do sistema normativo da ordem jurídica no seu conjunto que ele estabelece relações com os valores da ordem jurídica, com as estruturas sociais juridicamente relevantes, com as situações jurídicas concretas.

A Jurisprudência desempenha um papel particularmente saliente no processo de revelação dos princípios, o que leva alguns autores (como ESSER) a entender que os princípios jurídicos se positivam tanto por meio de reconhecimento legal como por meio da prática jurisprudencial. Em conformidade com o disposto saber a questão de saber se a jurisprudência uniforme e constante é fonte do Direito, segundo o Professor não basta a prática jurisprudencial, é preciso algo mais. É preciso que o princípio esteja consagrado em determinado conjunto de normas jurídicas ou, se não houver essa consagração, que se forme um costume jurisprudencial, pelo qual um princípio seja reconhecido como vinculante perante a consciência jurídica geral.

Exigências materiais que devem ser colocadas às normas para que possam constituir elementos válidos do sistema:

Segundo, o Professor, a validade de uma norma jurídica não depende necessariamente de ser reconduzível a um princípio jurídico, nem é necessariamente prejudicada pela sua contrariedade a um princípio jurídico. Os limites materiais da validade das normas resultam hoje, principalmente das normas e princípios constitucionais, mas a inconstitucionalidade de uma norma não significa sempre a sua inexistência. Por conseguinte, mesmo a norma constitucional faz parte do sistema, pelo menos enquanto a sua inconstitucionalidade não for declarada com força obrigatória geral.

Assim sendo, segundo o Professor LIMA PINHEIRO, a pertença de uma regra a um sistema não depende, em princípio, de um critério material. Depende apenas da circunstância dessa regra, em princípio, ter sido criada segundo os processos reconhecidos como idóneos para a criação das regras, segundo a concepção normativa que é acolhida na consciência jurídica geral, em especial pela consciência da comunidade política.

Posição adoptada (continuação)

Tínhamos visto que para a função de individualização do sistema o mais importante era a sua inserção na ordem jurídica de uma determinada sociedade, era isso que permitia a individualização do sistema. E quando à identificação dos elementos do sistema tínhamos de atender à concepção normativa sobre os processos idóneos para a criação de regras e princípios vinculativos, face à consciência geral e mais precisamente à consciência da comunidade jurídica. Portanto as considerações sobre o conteúdo das normas, sobre os valores e sobre os princípios da ordem jurídica não são decisivas para a realização das funções de individualização do sistema e de identificação dos seus elementos.

Mas já assumem grande importância da realização de outras funções tais como:

•

A de permitir a construção do sistema como um conjunto coerente e ordenado por forma a **evitar contradições normativas e valorativas;**

- Orientar a resolução dos problemas suscitados pelas contradições que apesar de tudo ocorram;
- Fornecer critérios orientadores para a interpretação e para a integração de lacunas.

Estes elementos são ainda importantes para facilitar a apreensão do conjunto mediante a referência a ideias retoras, aos grandes vectores que dominam as soluções particulares.

Vejamos então quais são as características do sistema assim entendido:

1. Este sistema não pode apresentar aquela unidade que caracteriza um sistema de tipo estático, aquele em que todas as normas do sistema são reconduzíveis dum postulado fundamental. Há princípios e outras ideias retoras que dominam domínios jurídicos mais ou menos vastos mas não se exige que estas ideias retoras possam ser vistas como a concretização de um postulado fundamental.

Portanto o **sistema é heterogéneo**, mas a afirmação da heterogeneidade do sistema vai além das quebras intra-sistemáticas e das lacunas rebeldes à analogia, e significa também a inexistências de subsistemas relativamente autónomos no seu seio e de zonas de baixa densidade sistemática que não formam por si subsistemas.

2. **A coerência do sistema** é relativa uma vez que comporta contradições normativas e valorativas embora vise evitá-las e eliminá-las. A coerência do sistema e o próprio sistema não são nunca algo de acabado, estão sempre em permanente construção.

3. De acordo com aquilo que eu expus na última aulas, este **sistema é fundamentalmente imóvel**, significando isto designadamente que a maior parte dos critérios de decisão se baseia em regras jurídicas.

4. O **sistema é aberto**, porque não contém soluções para todos os problemas de regulação, podendo incorporar soluções que decorrem de valorações feitas pelo intérprete e de princípios descobertos através destas soluções.

5. Quanto ao **carácter cibernético** podemos dizer que há um processo de retroacção ou efeito de retorno, mediante o qual o sistema atende às consequências sociais das normas e decisões que produz, modificando-se e adaptando-se em função dessas consequências. É no entanto controverso se nós podemos designar esta característica como cibernética.

A importância dos princípios como pólos centralizadores de soluções singulares, e que nessa medida vem esclarecer os nexos intra-sistemáticos que ligam um conjunto de normas, não devem fazer esquecer a existência de outros nexos intra-sistemáticos que se estabelecem entre as normas. Enquanto alguns destes nexos se estabelecem ao nível dos valores que as normas visam realizar, são portanto nexos axiológicos, outros nexos podem ser em primeira linha lógicos embora nunca se possa abstrair completamente do aspecto valorativo. Alguns destes nexos são bem conhecidos embora não se tenha ainda alcançado um quadro claro e abrangente de todos estes nexos intra-sistemáticos.

Vou limitar-me a referir alguns destes nexos a título exemplificativo:

- Alguns deles já resultam de desenvolvimentos anteriores, é o que se passa com o **nexo de especialidade**, que nós já falamos, que se estabelece entre uma norma geral e uma norma

especial.

- Temos também o **nexo de subsidiariedade**, que geralmente se estabelece entre conjuntos de normas, nos termos deste nexo as normas subsidiárias são aplicadas a uma categoria de situações da vida ou a um aspecto destas situações quando existe uma lacuna no conjunto de normas primariamente aplicadas. Por exemplo: as normas reguladoras do contrato compra e venda são aplicáveis a outros contratos onerosos de alienação na medida em que sejam conformes com a sua natureza e não estejam em contradição com as disposições legais estabelecidas para estes contratos (artº 939º CC), portanto temos aqui um nexo de subsidiariedade quando se trate de outro contrato oneroso de alienação regulado na lei são subsidiariamente aplicadas as normas contidas no regime do contrato compra e venda.

- Mas há outros nexos a considerar. Um destes nexos é aquele que podemos designar de **nexo de pressuposição**, que é o que existe quando a previsão de uma norma de reporta a uma situação jurídica definida por outra norma ou normas. Por exemplo: o art. 1316º CC determina que o direito de propriedade se adquire por contrato, sucessão por morte, ocupação, acessão e demais modos previstos na lei. Portanto se admitirmos que a consequência jurídica é a aquisição da propriedade nós temos aqui conceitos utilizados na previsão (contrato, sucessão por morte, ocupação, acessão) que se reportam a situações jurídicas definidas por outras normas, pelas normas que regulam o contrato de venda, que regulam a sucessão por morte, que regulam a ocupação, que regulam a acessão.

- Outros dos nexos que tem sido referido pelo autores é o **nexo operativo**, este nexo estabelece-se entre duas normas quando a observância ou inobservância da norma que confere o poder de celebração do contrato obrigacional desencadeia a aplicação da norma que impõe a obrigação desencadeia a aplicação da norma que estabelece a sanção, para quem entenda que a proposição estabelece a sanção exprime uma norma independente. Forma-se assim um determinado tipo de conjunto funcional.

- Um terceiro nexo é o **nexo genético**, este nexo estabelece-se entre uma norma e as normas cuja validade depende dessa norma. Por exemplo: entre as normas de uma lei e a norma que atribui competência à AR; entre um regulamento e a lei com base na qual é editado.

- Também se pode falar de um **nexo hierárquico** entre norma, embora segundo um entendimento designadamente **Oliveira Ascensão**, a hierarquia entre fontes seja mais importante do que a hierarquia entre normas. Certo é que da superioridade da lei constitucional sobre a lei ordinária, e da lei ordinária sobre os regulamentos, também significa que as normas da lei ordinária têm de ser conformes com as normas da lei constitucional e que as normas regulamentares têm de conformar com as normas legais.

Frequentemente estabelece-se uma ligação entre este nexo hierárquico e o nexo genético, mas deixarei questão de saber se esta ligação é justificada para quando estudarmos a hierarquia das fontes e das regras.

- Especialmente importantes são, a **MEU VER (LIMA PINHEIRO)**, os nexos que se estabelecem entre as norma que regulam uma determinada situação típica, por exemplo: as normas que regulam o contrato compra e venda formam um conjunto; as normas que regulam o direito de propriedade formam um conjunto. Estas normas complementam-se e limitam-se reciprocamente, portanto isso não é uma característica privativa dos princípios. As normas complementam-se e limitam-se reciprocamente por forma a proporcionar uma disciplina da situação que ao mesmo tempo seja coerente e exprima adequadamente a ideia ou ideias reitoras que estão subjacentes. Encontramos aqui um outro tipo de conjunto funcional que é especialmente importante para a interpretação de cada uma das regras que o integra.

- Por fim observe-se que também se estabelecem nexos entre complexos normativas. Por exemplo: há um nexo entre o instituto da responsabilidade civil e as normas que atribuem e regulam direitos, que é também um nexo operativo.

Os princípios jurídicos

Analisemos agora em especial os princípios jurídicos. Os princípios jurídicos são, a par das regras jurídicas e de outros nexos intra-sistemáticos, elementos do sistema normativo. Nas últimas aulas nós tivemos ocasião de examinar o conceito de princípio jurídico, distinguir o princípio jurídico da regra jurídica e de falar sobre o seu modo de revelação e vigência. E vou agora resumir aquilo que foi dito a este respeito.

Afirmou-se que um princípio jurídico é uma proposição jurídica com um elevado grau de indeterminação que exprimindo directamente um fim ou valor da ordem jurídica, constitui uma directriz de solução. Disse que a diferença entre a regra e princípio reside na sua estrutura lógica, contrariamente à regra as consequências jurídicas não resultam automaticamente da verificação dos pressupostos de facto. O princípio é apenas um ponto de partida para encontrar a solução, aponta a direcção em que a solução deve ser encontrada. A indeterminação verifica-se quer quanto à previsão quer quanto à estatuição, não se encontra delimitada por forma rígida a categoria de situações a que se aplica o princípio. E a consequência jurídica também não é determinada com precisão, por isso se diz que o princípio aponta apenas o sentido, a direcção da solução.

Cabe agora acrescentar que embora caracterizados na sua generalidade pela referida indeterminação os princípios apresentam diferentes graus de concretização. Nos menos concretizados não há uma separação entre previsão e consequência jurídica há apenas uma ideia jurídica retora que orienta a concretização. É, por exemplo, o que se passa com o princípio da dignidade da pessoa humana. Outros princípios já apresentam um esboço de uma separação entre previsão e estatuição, é o caso do princípio da igualdade, consagrado no art. 13º CRP, é também o caso do princípio da confiança por exemplo quando se exprime um sub-princípio da não retroactividade da lei nova e no dever de actuar segundo a boa-fé. Estes princípios já não se apresentam muito longe de se constituírem em regras que podem resultar directamente a decisão de casos concretos.

Graças à sua indeterminação o princípio serve para a realização na medida do possível de um fim ou valor da ordem jurídica. Em sentido próximo a essa, é possível distinguir entre princípios directivos ou normativos, constituindo critérios autónomos de valoração orientam a obtenção da solução, e princípios descritivos cuja função é fundamentalmente descritiva das ideias retoras do sistema. Por exemplo: o princípio da autonomia privada é um princípio directivo porque em determinadas matérias, designadamente em matérias de obrigações voluntárias mas também em certa medida noutras relações disponíveis, aponta no sentido de permissão da auto-regulação pelos sujeitos das situações em causa. Mas já o princípio da liberdade contratual pode ser entendido como uma mera descrição da permissão de auto-regulação nas relações contratuais, aliás enunciada no art. 405º CC.

Além disso fala-se também de princípios organizatórios como por exemplo os princípios processuais e o princípio da divisão de poderes. Nesta ordem de ideias os princípios descritivos servem em primeira linha para representar um determinado conjunto de normas, e por conseguinte podem ser utilizados pela sistematização legal e pela sistematização científica. Subsidiariamente os princípios descritivos também podem desempenhar uma função na integração de lacunas. Os princípios directivos desempenham uma dupla função:

positiva e negativa. A função positiva consiste na já assinalada orientação do processo de obtenção da solução. Esta função é desempenhada na resolução de problemas de interpretação, especialmente quando se trata de conceitos carecidos de preenchimento valorativo, na integração de lacunas pelo menos quando não for possível suprir a lacuna mediante recurso à norma aplicável ao caso análogo. Função negativa dos princípios directivos: a não aplicação a uma situação de uma norma que em princípio abrangeria essa situação na sua previsão dando corpo ao chamado procedimento de redução teleológico. A função negativa poderia consistir, segundo alguns, ainda na invalidade da norma como incompatível com um princípio, o que de acordo com o anteriormente exposto **NÃO ME PARECE DE ACEITAR (L.P.)**. Esta função negativa é considerada específica do princípios directivos.

EU CREIO (L.P.) que a distinção entre princípios descritivos e princípios directivos só se tornará clara se identificarmos os princípios descritivos com as ditas regras gerais, isto é regras que se obtém através de um processo de abstracção e generalização a partir das normas singulares, e se entendermos os princípios directivos como directrizes de solução que exprimindo directamente o fim ou valor da ordem jurídica constituem comandos de optimização.

Isto não impede que os princípios descritivos enquanto regras gerais também expressem uma valoração, a distinção parte **A MEU VER (L.P.)** da estrutura destas proposições. Os princípios descritivos são afinal regras e por conseguinte não podem actuar como comandos de optimização. E por isso **EU LIMITAREI (L.P.)** a expressão princípios jurídicos aos princípios directivos e a noção, que já tinha apresentado anteriormente e hoje voltei a apresentar, de princípio corresponde apenas aos chamados princípios directivos.

Quanto à revelação dos princípios, já **AFIRMEI (L.P.)** anteriormente que os princípios não se obtém através de um processo generalizador a partir de regras jurídicas. Nós temos princípios que estão subjacentes a um determinado conjunto de regras jurídicas, nesse caso a revelação do princípio exige uma viagem de retorno desde a regra até à ideia retora que esta subjacente à regra e que dá a um determinado conjunto de regras um certo sentido. Esta retorno à *ratio legis* não se destina, como na obtenção de regras gerais, a esclarecer a *ratio* de uma regra mais ampla mas à revelação de uma directriz de solução que não é suficientemente determinada para constituir uma regra.

A maior parte dos princípios encontra-se hoje consagrada na lei, alguns destes princípios são expressamente referidos na Constituição e noutras leis. Por exemplo os princípio de Estado de Direito e da dignidade da pessoa humana decorrem desde logo dos arts. 1º e 2º da Constituição. Também o princípio da igualdade tem assento constitucional como há pouco vimos. O princípio da autonomia privada encontra assento em normas constitucionais e na lei ordinária.

Outros princípios são obtidos a partir de um exame das razões que justificam várias normas ou complexos normativos. Por exemplo: o princípio da confiança segundo sob certas condições deve ser tutelada a posição da pessoa com base em razões objectivas actua com base numa situação aparente que não corresponde à realidade.

Mas isto não significa, como já se advertiu, que o princípio seja uma regra geral que se obtenha através de um processo de generalização e abstracção a partir de cada uma das regras que o consagra. Mesmo que o princípio se encontre consagrado numa determinada série de regras, o princípio não se obtém por um processo de abstracção mas à luz da *ratio* das normas em presença, à luz da sua teologia, à luz dos fins e valores que essas normas

visam realizar. Mas além disso, como **ASSINALEI (L.P.)**, certos princípios são revelados de outro modo, são descobertos e formulados pela jurisprudência ou pela ciência jurídica com relação a determinados casos que não são descobertos como decorrência de um valor do sistema jurídico vindo depois a impôr-se na consciência jurídica geral graças à sua aptidão para a realização desse valor. Em qualquer dos casos o princípio vem a obter um modo de vigência no sistema jurídico.

Quanto às características dos princípios foram assinaladas com dispusa construção de Canaris as seguintes:

Os princípios não vigoram sem exceções e podem entrar em oposição ou contradição
Os princípios não reclamam exclusividade, isto é, não podem ser formulados segundo um esquema
Os princípios só revelam o seu conteúdo próprio num conjunto de recíprocos complementos e limitações
Enfim. Os princípios carecem para a sua concretização de sub-princípios e valorações particulares com conteúdo material próprio.

Também já decorre do anteriormente exposto que **A MEU VER (L.P.)** nem todas as características são distintivas dos princípios relativamente às regras. As regras também podem entrar em contradição ainda que esta contradição seja em certos casos resumida pelo próprio plano de interpretação. As regras quando integradas num conjunto funcional, como aquele que formam as regras que regulam uma determinada situação típica, também se complementam e limitam reciprocamente. Enfim, certas regras *maxime* aquelas que utilizam conceitos indeterminados também requerem valorações particulares para a sua concretização.

Mas atendemos neste aspecto, no aspecto já anteriormente falamos das contradições de regras. Atentemos agora no aspecto de contradições de princípios. Em caso de contradição entre princípios não sendo possível estabelecer a superioridade de um princípio relativamente ao outro cada um deles deve ceder perante o outro na medida em que for exigida para a melhor realização possível de ambos. É a mesma ideia que está subjacente à resolução de conflitos de direitos no art. 335º CC. A determinação da medida em que cada princípio deve ceder uma ponderação dos valores que os princípios em presença vinculam, não se trata apenas de uma avaliação quantitativa, esta ponderação é o resultado de valorações que se tem de orientar não só critérios gerais mas também pelas circunstâncias da situação concreta.

Relevância prática do sistema normativo

E temos ainda algum tempo para falar da relevância prática do sistema normativo. O sistema normativo como atrás se assinalou é especialmente importante para a ciência jurídica prática, que além de apoiar a actividade legislativa se ocupa da adequação da solução aplicada no caso concreto. Os diversos planos de relevância prática do sistema já foram tocados na exposição que antecedeu, mas convirá agora recapitulá-los e tecer algumas considerações adicionais.

Esquemetizando podemos dizer que o sistema revela para a prática jurídica:

- ao permitir a identificação das regras e princípios jurídicos;
- ao enquadrar a produção jurídica por forma a evitar contradições normativas e

valorativas;

- ao orientar a resolução dos problemas suscitados pelas contradições que apesar de tudo ocorram;
- ao fornecer critérios orientadores para a interpretação e integração. Deponhamo-nos um pouco sobre cada um destes planos de relevância.

No que toca à identificação das regras e princípios jurídicos vimos que tem de se atender em primeiro lugar à concepção normativa sobre as fontes do direito que integra a consciência jurídica geral. É a esta luz que se poderá identificar quais as normas que vigoram como jurídicas, não prejudica aquilo que foi dito quando tratámos das fontes do direito sobre a relevância dos preceitos legais sobre fontes do direito para a definição da posição do poder político nesta matéria e designadamente para a actuação dos órgãos públicos de actuação do direito. Admitindo que no nosso sistema as fontes imediatas do direito são a lei, o costume e as decisões jurisprudenciais com força obrigatória geral, isto significa não só que as regras jurídicas vigentes são as que forem criadas por estas vias mas também que os princípios jurídicos vigentes são os que forem consagrados por estas vias.

Assim sendo, legislador deve atender às soluções desenvolvidas pela jurisprudência e pela doutrina, embora não esteja vinculado a estas soluções. Por último, o legislado não deve preocupar-se apenas com evitar contradições normativas mas também deve esforçar-se pela coerência valorativas, quer isto dizer que situações análogas não devem ser objecto de valorações jurídicas contraditórias. Se a lei x regula determinadas situações de um modo e o legislador entende que situações análogas devem ser reguladas de modo diferente, então não deve estabelecer uma lei y só para estas situações, o que ele deve fazer é revogar a lei x e estabelecer um regime para todas as situações que devem ser igualmente valoradas. Apesar de tudo não é possível evitar todas as contradições normativas e valorativas, o sistema pode então desempenhar o papel da sua resolução, no caso das contradições normativas o nexos das normas em presença pode justificar que uma norma prevaleça sobre a outra, por exemplo quando entre elas exista um nexos hierárquico. Não sendo possível resolver a contradição desta forma surge uma lacuna de colisão para cuja integração, o sistema não deixará de ser relevante. Já as contradições valorativas, de acordo com o anteriormente exposto, nem sempre prejudicarão a aplicação das normas em presença. As contradições valorativas só fundamentam a inaplicabilidade das normas quando a diferença de tratamento que delas resulta, violar o princípio constitucional da igualdade. Isto verificar-se-á quando a diferença de tratamento constituir um arbítrio legislativo por não ter fundamento material bastante ou suficiente.

PARTE II – TEORIA GERAL DO DIREITO (CONTINUAÇÃO)

TÍTULO IV – A REGRA JURÍDICA

CAP. II – CLASSIFICAÇÃO DAS REGRAS JURÍDICAS

147. Regras primárias e regras secundárias

Quando de uma regra preexistente se retira uma regra ulterior, pode denominar-se a primeira principal e a segunda derivada.

Por exemplo, podem obter-se, a partir de uma regra dada, regras derivadas, tendo em conta o princípio de que a lei que reconhece um direito legitima os meios indispensáveis para o seu exercício. A regra principal é aquela que outorga o direito: o que o legislador queria dizer era apenas, e só que outorgava esse direito. Mas por dedução lógica, não contrariada pela finalidade do preceito, podemos chegar até outras regras, diversas da regra principal mas dela derivadas.

148. Regras de conduta e regras de decisão

Regras de conduta – regra pela qual se pautam condutas humanas

Regras de decisão – para o Direito a regra é necessariamente um critério de decisão. A regra surge como medianeira da solução jurídica de casos concretos. Dá ao intérprete o critério pelo qual ele pode julgar ou resolver.

149. Regras injuntivas e dispositivas

Regras injuntivas:

- proibitivas
- preceptivas

Regras dispositivas:

- permissivas
- interpretativas
- supletivas

A primeira distinção faz-se entre ***normas imperativas***, também denominadas ***cogentes*** ou ***injuntivas*** quando a conduta que estatuem é obrigatória, verificada a sua previsão (GMS). Exemplo: artº 1877º: “os filhos estão sujeitos ao poder paternal até à maioridade ou emancipação”; artº 1874º: “pais e filhos devem-se mutuamente respeito, auxílio e assistência” (GMS).

A norma diz-se dispositiva quando pode ser afastada pela vontade dos interessados, estabelecendo eles próprios a regulamentação das suas relações (GMS).

As normas imperativas podem ser preceptivas ou proibitivas, conforme já acima referimos. As normas dispositivas podem ser facultativas ou permissivas, interpretativas e supletivas (GMS).

Regras injuntivas são as que se aplicam haja ou não declaração de vontade dos sujeitos nesse sentido. Exemplos de regras injuntivas encontram-se facilmente nas que regulam o trânsito, a previdência social, o estado de sítio.

Regras dispositivas são as que só se aplicam se as partes suscitam ou não afastam a sua aplicação. Têm portante entre os seus pressupostos uma posição da vontade das partes quanto a essa aplicação.

Exemplo: assim estabelece o art. 582 que “na falta de convenção em contrário, a cessão do crédito importa a transmissão, para o cessionário, das garantias...”. Expressamente se diz que o preceito só se aplica tal qual na falta de estipulação em contrário. As partes têm pois a possibilidade de fixar regime diverso.

150. Modalidades de regra injuntiva. Regras preceptivas e proibitivas

São regras de conduta.

A ordem jurídica *ordena, proíbe* ou *permite* e fá-lo através de *normas preceptivas*, de *normas proibitivas* e de *normas permissivas*, respectivamente (GMS).

Quando a ordem jurídica ordena ou proíbe fá-lo através de *imposições*. Assim, **as normas que obrigam a pagar impostos ou que nos obrigam a circular pela direita são normas preceptivas; as que punem o homicídio, as ofensas corporais, o furto ou o roubo, são normas proibitivas (GMS).**

Regras preceptivas – são as que impõem uma conduta. Por exemplo, as normas que impõem a comparecimento em juízo ou a entrega de certos produtos em armazéns gerais, são preceptivas.

Regras proibitivas – são as que vedam condutas. Quase todas as normas penais são proibitivas.

151. Modalidades de regra dispositiva. Regras permissivas

São regras de conduta.

Além das imposições (ordens ou proibições), a ordem jurídica também autoriza certos comportamentos, concedendo aos sujeitos determinados poderes (direitos, permissões) e por isso as respectivas normas tanto se designam por normas permissivas como por normas concessivas. Esta permissão pode ser uma permissão pura, dirigida a actos materiais (ex: artº 1450º) ou a concessão de autonomia da vontade para produção de efeitos

jurídicos (exemplo: norma que concede autonomia à vontade dos interessados para produzirem efeitos jurídicos é a do artº 405º). Outros exemplos: artº 1698º, 339º e 337º. As **normas permissivas** são também, em certas condições, designadas por normas justificativas, quando permitem em certas condições, praticar actos que, se não fosse a permissão contida nessas normas, seriam proibidos, ilícitos, como é o caso dos exemplos acima referidos do direito de necessidade e da legítima defesa (**GMS**).

São as que permitem certa conduta. Assim, a norma que atribui ao proprietário faculdades de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertencem é uma regra permissiva; como permissiva é a regra que autoriza a feitura de testamento.

152. Modalidades de regra dispositiva (cont.). Regras que definem estados e qualidades jurídicas

153. Modalidades de regra dispositiva (cont.). Regras interpretativas

Normas interpretativas são as normas cuja função é determinar o alcance e sentido de certas expressões ou de certas condutas declarativas ou actos das partes, em caso de dúvida. Entre as normas interpretativas salientam-se as definições legais (ex: artºs 1º nº2, 349º e 363º) e as enunciações legais de categorias compreendidas num conceito (arts 1º, 1363º nº1).

Regra interpretativa é a que se limita a fixar o sentido juridicamente relevante de uma declaração preceptiva já produzida ou futura. A regra interpretativa pode ainda destinar-se a fixar o sentido de:

- fontes do direito
- negócios jurídicos.

154. Modalidades de regra dispositiva (cont.). Regras supletivas

Normas supletivas são as normas que se destinam a suprir a falta de manifestação da vontade das partes sobre determinados pontos do negócio que carecem de regulamentação. Exemplos: artº 772º nº1: “na falta de estipulação ou disposição especial da lei, a prestação deve ser feita no lugar do domicílio do devedor”; artº 1717º: “na falta de convenção antenupcial, ou no caso de caducidade, invalidade ou ineficácia da convenção, o casamento considera-se celebrado sob o regime da comunhão de adquiridos” (**GMS**).

As partes não estão em condições de antecipar em seus negócios uma disciplina completa da relação, e mesmo que o pudessem fazer não seria prático repetir em todas as ocasiões os mesmos preceitos. A lei acode a esta deficiência, estabelecendo em todas as categorias de negócios mais importantes um regime normal, que se aplicará sempre que as partes nada dispuserem em contrário.

Exemplo: Seja a celebração de uma compra e venda. Em geral, as partes limitam-se a indicar o que é específico daquela compra e venda – a coisa vendida, o preço, as condições de entrega e pagamento... – deixando tudo o resto para as regras normais da compra e

venda, que são automaticamente aplicáveis no seu silêncio. Se, por exemplo, a coisa vendida tiver defeitos, aplicam-se as disposições supletivas da lei. Na mesma posição estariam as regras respeitantes ao regime de bens do casamento, que se aplicam quando os nubentes não celebram convenção antenupcial.

A lei não estabeleceu a regra supletiva para homenagear a vontade das partes; estabeleceu-a, sim, porque considerou que aquele era o processo mais adequado de resolver aquela situação – seja ou não de presumir que as partes teriam disposto da mesma forma se tivessem considerado expressamente aquele ponto.

155. Regras materiais e regras remissivas. Regras de conexão

Nota:

Deve-se distinguir ainda entre regras autónomas e não autónomas

A **regra autónoma** é a que tem por si um sentido completo: a não autónoma é a que só o obtém em combinação com outras regras.

As **normas não autónomas** terão de ser por natureza proposições normativas, com as características gerais de toda a norma jurídica; mas o seu sentido completo só se obtém por comparação com outras normas jurídicas. Exemplos: as regras restritivas ou ampliativas de preceitos anteriores; as regras remissivas.

Regras remissivas – há uma regra remissiva sempre que numa regra o antecedente ou o consequente não estão directamente determinados. O seu sentido completo só se obtém através do exame de outro preceito, para que a regra remissiva aponta.

As regras remissivas podem ser regras de devolução, ficções e presunções absolutas.

Regras de devolução – a principal é constituída por aquilo a que podemos chamar as regras de devolução. É regra de devolução a que não regula directamente determinada matéria, antes remete para uma fonte que contém o regime aplicável.

Ficções- A regra de devolução funciona mediante a identificação dos consequentes das normas: a A deve aplicar-se o mesmo consequente que está estabelecido para B. Mas pode obter-se o mesmo resultado através da identificação dos antecedentes: dir-se-á então que A=B, e se A é igual a B necessariamente se lhe aplica o consequente que para B está estabelecido. Exemplo: contém uma ficção o art. 275/2.

Presunções absolutas – presunções absolutas, ou presunções *iuris et de iure*, são as que são estatuídas sem possibilidade de prova em contrário.

156. Regras gerais, especiais e excepcionais

As **normas gerais** constituem o *regime-regra* para o sector da vida que regulam.

As **normas excepcionais** recortam uma parte daquele sector e estabelecem para essa parte restrita, por razões privativas dele, um *regime oposto aquele regime regra (GMS)*.

Exemplo: o artº 219º estabelece o regime-regra da *consensualidade* da declaração negocial, ou seja, a declaração negocial não está sujeita a formalidades especiais, mas o artº 1143º estipula que o contrato de mútuo superior a um certo valor só é válido se for celebrado por escritura pública. O artº 219º é uma norma geral, estabelece o regime regra; o artº 1143º é regra excepcional, estabelece um regime oposto ao regime regra para aqueles contratos em particular.

A distinção é muito importante porque o artº 11º dispõe que “*as normas excepcionais não comportam aplicação analógica*” (GMS).

As **normas especiais** regulam um facto ou situação que já caberia na norma geral, se a especial não existisse, para lhe dar uma regulamentação diferente, atendendo a circunstâncias várias.

Exemplo: o crime de homicídio está previsto no artº 131º CP “quem matar outra pessoa é punido com pena de prisão de 8 a 16 anos”. Depois, o artº 132º dispõe que se o homicídio for praticado em circunstâncias que revelem especial censurabilidade, a pena é de 1 a 25 anos de prisão. Não há contradição de regimes; há é um regime especial para um facto ou situação que se não fosse objecto da norma especial caberia inteiramente na norma geral (GMS).

Uma **regra é especial** em relação a outra quando, sem contrariar substancialmente o princípio naquela contido, a adapta a um domínio particular.

Exemplo: O Direito Comercial não é um direito excepcional em relação ao Direito Civil: não representa uma excepção aos princípios fundamentais deste. Como o Direito Civil não estava apetrechado para o desempenho destas funções, o Direito Comercial adapta o Direito Civil à vida comercial, especializando-o de harmonia com as necessidades desta. O Direito Comercial é, em conjunto, um direito especial, em relação ao Direito Civil.

157. “Regras comuns” e “regras particulares”

As regras jurídicas podem ser:

- **particulares**, quando se aplicam apenas a certas categorias de pessoas
- **comuns**, quando se aplicam à generalidade das pessoas.

158. “Regras gerais” e “regras locais”

As regras podem ser:

- **universais ou nacionais**, quando se aplicam a todo o território nacional
- **locais**, quando se aplicam só a zonas delimitadas.

Exemplos: é fácil apresentar exemplos de regras locais – todas as constantes de posturas ou

outras fontes municipais, por exemplo. Na verdade, as normas resultantes da actividade de órgãos locais são necessariamente regras locais.

Mas também da actividade dos órgãos da administração central podem resultar regras locais. Assim acontece na legislação referente a uma zona só do país – a legislação provocada pelas secas no Alentejo, por exemplo.

Para a classificação que nos ocupa só interessa o âmbito de aplicação da regra. Se esse âmbito é local, a regra é local, quer emane de um órgão local quer de um órgão central. Se esse âmbito é nacional a regra é universal, seja autárquico ou não o órgão do poder central de que emana.

159. Da recondução das regras “particulares” e “locais” à categoria das regras especiais

Há outro aspecto da relação entre lei geral e lei especial que se reveste de considerável importância: é o que respeita à revogação.

Podem as várias leis ser compatíveis: assim acontece se a lei nova aditou uma consequência jurídica, geral ou especial, ao regime anterior, sem haver contradição. Neste caso, não há que falar em revogação.

Quanto à pergunta sobre a revogabilidade da lei especial pela lei geral, a resposta é tendencialmente negativa. A afirmação aparentemente lógica de que a lei geral, por ser mais extensa, incluirá no seu âmbito a matéria da lei especial, ficando esta revogada, não se sobrepõe à consideração substancial de que o regime geral não toma em conta as circunstâncias particulares que justificaram justamente a emissão da lei especial. Por isso não será afectada em razão de o regime geral ter sido modificado. Uma lei sobre o turismo não afectará uma lei especial sobre o turismo de montanha.

Não acontecerá assim se se retirar da lei nova a pretensão de regular totalmente a matéria, não deixando subsistir leis especiais. Haverá então circunstâncias relevantes, em termos de interpretação, que nos permitam concluir que a lei geral nova pretende afastar a lei especial antiga. Pode, por exemplo, a lei nova ter por objectivo justamente pôr termo a regimes especiais antigos que deixaram de se justificar. Se se puder chegar a esta conclusão, a lei especial antiga fica revogada pela lei geral.

A lei especial nunca pode revogar a lei geral. Referindo-se a um ponto particular, deixa intocada a ordenação geral da matéria.

A lei especial posterior derroga a lei geral. Se essa lei for substituída por outra lei especial, que não refira a matéria que fora objecto de derrogação, ainda assim esta se mantém. Se porém a lei especial é revogada sem ser substituída por nenhuma outra, voltam a aplicar-se

os preceitos da lei geral, pois deixa de verificar-se o obstáculo resultante da vigência da lei especial.

O art. 7/3 consagra a solução que acabamos de expôr. Proclama categoricamente que a lei geral não revoga a lei especial. Mas admite que assim não acontece, recorrendo à fórmula: “excepto se outra for a intenção inequívoca do legislador”.

Outro problema: o princípio que a lei geral não revoga a lei especial abrange só a relação entre o que designámos a lei geral e a lei especial? Ou também a lei comum posterior não revoga a lei particular, nem a lei universal revoga a lei local?

Dentro da especialidade em sentido amplo, poderemos sempre distinguir, a especialidade:

- material
- pessoal
- territorial.

Exemplos:

- uma lei reguladora do comércio na Cova da Beira, essa lei não é atingida pela alteração da lei universal sobre o comércio. O regime do art. 7/3 adapta-se portanto perfeitamente a esta situação.
- a mesma adequação encontramos para as normas comuns e particulares: uma lei sobre o casamento dos índios, por exemplo, não é atingida pela alteração da lei comum sobre a família.

Igualmente parece ser aplicável a estes casos a restrição que se defronta quanto à não revogação da regra especial: a regra local e a regra particular já serão afastadas se essa for a intenção do legislador.

CAP. III – HIERARQUIA DAS FONTES E DAS REGRAS

160. Identificação do problema

É certo que, se as regras derivam das fontes, a hierarquia das regras poderia ser uma resultante da hierarquia das fontes. A própria afirmação de uma hierarquia pode ser posta em causa. Pode afirmar-se que o complexo das regras forma um tecido unitário e coerente. Não há como estabelecer uma hierarquia entre elas, pois por natureza todas as regras vinculam. Pode haver dúvidas quanto à afirmação de uma hierarquia de normas; mas não há quanto à da hierarquia das fontes. Todavia, dado que ela reveste particular gravidade no âmago das fontes intencionais, há a tendência para o examinar sob a referência à “hierarquia

das leis”. A epígrafe é demasiado estreita, pois como sabemos a lei é apenas uma das fontes do direito, e todas devem ser hierarquizadas.

Dissemos que por fonte do direito pode entender-se o modo de formação ou o modo de revelação de regras jurídicas; e que teríamos em conta preferentemente, ao falar de fonte do direito, os modos de revelação de regras jurídicas. Neste capítulo da hierarquia, porém, o ângulo de visão deve alterar-se. Não são os modos de revelação das normas jurídicas em si que são ou não hierarquizáveis, mas os modos de formação destas, os factos normativos em que consistem.

161. Hierarquia das fontes

As diversas fontes, quer na ordem interna, quer na ordem internacional são hierarquizadas, hierarquia de fontes que corresponde ora à hierarquia dos seus autores, ora ao próprio conteúdo das normas editadas. Aquela, a que corresponde à hierarquia dos autores das normas, diz-se *hierarquia formal* ou *orgânica*, também simplesmente designada por *hierarquia das fontes*, esta, a que atende ao conteúdo, diz-me *hierarquia material*, também designada por *hierarquia das normas*.

Se todas produzem normas jurídicas, como escolher as que valem, que predominam, se forem conflitantes? É por isso necessário determinar critérios para resolver os potenciais conflitos e esses são o que se chama *hierarquia das fontes*, hierarquia que tem também dois significados: de *fonte em sentido político*, a origem da norma (Assembleia da República, Governo, Ministros, Autarquias locais e institucionais), e *fonte em sentido instrumental ou material* (*Leis e Decretos-Leis, Decretos Regulamentares, Portarias, Regulamentos, etc*), que determina a prevalência de umas regras sobre as outras em razão da sua natureza e que denominamos *hierarquia das normas*. Em regra a hierarquia das fontes em sentido político corresponde a hierarquia em sentido material, ou hierarquia das normas, mas não é sempre assim (GMS).

Temos de estabelecer o valor relativo de fontes do direito, ou factos normativos: e, como se confrontam tipos abstractos de factos diremos que antes de mais se tem de traçar uma *hierarquia abstracta* de fontes. É assim que se diz, por exemplo, que um decreto não pode revogar uma lei. Um acto de produção normativa de certo tipo não pode revelar para a ordem jurídica se se lhe opuser uma regra cujo título de validade é superior, ou seja, se contrariar uma regra proveniente de fonte mais valiosa.

| |
|-------------------------------------|
| Constituição |
| Convenções Internacionais |
| Leis e Decretos-Lei |
| Decretos Regionais |
| Decretos Regulamentares |
| Decretos Regulamentares Regionais |
| Resoluções do Conselho de Ministros |
| Portarias |
| Despachos |

As Leis de Hierarquia inferior não podem contrariar as leis de hierarquia superior.

Leis ou Normas Constitucionais

São aquelas que estão contidas na Constituição. Poder constituinte é o poder de estabelecer normas constitucionais, denomina-se Constituição a lei fundamental de um Estado.

Leis ou Normas Ordinárias

Leis ou Normas Ordinárias Reforçadas, estas provêm de órgãos com competência legislativa, AR (leis), Governo (decretos-lei) e Assembleias Legislativas Regionais (decretos legislativos regionais). As leis e decretos-lei têm o mesmo valor e a mesma força obrigatória.

Leis ou Normas Ordinárias Comuns, estão subordinadas às leis ordinárias reforçadas, é o caso dos decretos e decretos regulamentares.

- Fontes internacionais

Os tratados internacionais, acordos celebrados entre Estados sobre as mais diversas matérias, encontrar-se-ão logo abaixo da CRP.

Em seguida vêm as leis ou normas ordinárias:

- Reforçadas – imediatamente abaixo das leis constitucionais. São verdadeiros actos legislativos e provêm de órgão com competência legislativa (AR, Governo ou Assembleias Legislativas Regionais). São as Leis e os Decretos-Lei.
- Comuns – subordinadas às reforçadas. São os decretos e os decretos regulamentares. O Governo, para além das suas funções legislativas, exerce também uma função regulamentar.

É à **Assembleia da República** que compete, por excelência, o primeiro papel legislativo. Tem a competência para elaborar alterações à Constituição, há matérias importante de que possui reserva absoluta para legislar, e sobre outras matérias importantes (reserva relativa) pode autorizar o Governo a legislar.

- O costume

Está em posição paralela à da lei; a toda a lei, note-se, nomeadamente à lei constitucional;

- Acórdãos com força obrigatória geral

Em posição paralela à lei estão também as decisões jurisprudenciais com força obrigatória geral. Se a função destas é interpretar autenticamente outras fontes, não lhes são superiores (por isso podem ser revogados) nem inferiores (por isso daí por diante o que estabelecem é decisivo). Isso não impede que estas fontes tenham carácter instrumental ou complementar em relação às restantes fontes, como resulta do seu carácter jurisprudencial. Mas não se traduz por um nexo hierárquico entre elas. Acontece é que as decisões com força obrigatória geral não revogam as fontes anteriores, antes acrescem ao título destas;

Os **regulamentos** destinam-se a pormenorizar a lei, assim como apoiar a sua execução. Poderão ser:

- - Decretos regulamentares – diplomas emanados pelo Governo e promulgados pelo PR.
 - - Resoluções do Conselho de Ministros – não têm de ser promulgadas pelo PR, tendo assim um estatuto hierárquico inferior ao dos decretos regulamentares.
 - - Portarias – ordens do Governo, dadas por um ou mais ministros. Não necessitam de ser promulgadas.
- Despachos, Instruções e Circulares – diplomas dados pelos ministros aos seus subordinados, valendo unicamente dentro do Ministério a que se reportam.

No que respeita às disposições de **entes intermediários**, como organismos profissionais, a disciplina que estabelecem está hierarquicamente subordinada à das leis do Estado.

Em igual posição de subordinação hierárquica estão os diplomas das **autarquias locais**. **Posturas** – Regulamentos emanados das autarquias locais.

E que dizer da relação das disposições dos entes intermediários com os diplomas das autarquias locais?

Subsistirá o conceito de bem comum *territorial* perseguido pelas autarquias locais, porque universal, ou seja, referido a todos os aspectos em que as pessoas estão socialmente implicadas, supera os bens categoriais prosseguidos por outros organismos intermediários. Devem portanto prevalecer os diplomas das autarquias locais.

- Leis do Estado:

- 1) Lei constitucional
- 2) Lei ordinária formal ou solene
- 3) Lei ordinária comum ou não solene

1) A lei constitucional revoga quaisquer outras e não pode ser revogada por elas.

2) Dentro das leis formais, às quais cabe especificamente a definição e a inovação dentro da ordem jurídica e para que remetem normalmente as reservas de lei constantes das constituições, encontramos as várias categorias referidas já.

Todas estas espécies, em princípio, ocupam o mesmo grau hierárquico. Assim acontece com a lei e o decreto-lei, não obstante haver desequilíbrios ora em benefício da lei ora em benefício dos outros.

3) Distinguímos atrás, dentro desta categoria de leis do poder central, as leis emanadas:

- dos órgãos centrais
- dos órgãos locais
- de entidades autónomas.

Dá-se a prevalência aos diplomas derivados dos órgãos centrais, qualquer que seja a sua natureza, sobre os dos órgãos locais. Esta prevalência é facilmente justificável pela

subordinação hierárquica ou, se quisermos, por uma hierarquia de competências. Em situação paralela à dos diplomas locais se encontram as disposições de entidades autónomas com funções de disciplina económica, promoção social ou qualquer outra, que têm o poder de elaborar os seus regulamentos. Estas também se subordinam às regras ministeriais.

Dentro das leis centrais do Estado ocupa lugar prevalente o decreto. Para efeitos hierárquicos não interessa a distinção das várias categorias de decretos, pois o grau de todos eles é idêntico – as portarias e os despachos normativos são hierarquicamente equivalentes.

Mesmo em abstracto, devemos reconhecer que só há duas fontes cuja valia é independente do conteúdo dispositivo: a lei constitucional e o costume. Nas outras há já restrição das matérias que podem conter, ao menos em princípio. Não basta dizer que um decreto não pode violar fonte hierarquicamente superior; para o decreto ser válido, deve ainda referir-se a matérias determinadas (sobre que não haja, por exemplo, uma reserva de lei).

Em abstracto, um decreto pode fixar as matérias dos concursos a que os funcionários públicos se devem submeter para serem promovidos – mas já o não poderá fazer se essa matéria tiver sido fixada por uma lei.

Portanto, verificamos que um acto normativo é ou não lícito consoante houver ou não regra contrária fundada em título hierarquicamente superior.

Pode a hierarquia abstracta ser afastada, nos casos em que uma regra sobre a produção jurídica permite que uma fonte hierarquicamente inferior actue sobre outra fonte que (ainda em abstracto) seria hierarquicamente superior. Este fenómeno, aparentemente anómalo, manifesta-se por exemplo em leis solenes em que se estabelece que determinados preceitos seus podem ser revogados por simples regulamentos. Outro embotamento da hierarquia abstracta verifica-se quando um diploma é modificado por diploma de nível hierárquico superior.

TÍTULO V – A DETERMINAÇÃO E APLICAÇÃO DAS REGRAS

CAP. I – GENERALIDADES

162. Identificação do problema

A regra jurídica destina-se, em última análise, a tornar possível a solução de casos reais. A interpretação é logicamente prévia à aplicação: só depois de conhecer a regra poderemos valorar juridicamente o caso singular.

163. O esquema lógico da interpretação e aplicação da Regra

O silogismo judiciário e a subsunção (mera operação lógica, pela qual o intérprete se limita a verificar a correspondência daquela situação à descrição abstracta que consta na lei) são actualmente rejeitados.

Em certas hipóteses, a solução do caso pode realizar-se em termos de autêntica subsunção. Suponhamos a regra que determina que a maioria se atinge aos 21 anos. Perante ela, nada mais há a fazer do que um mero silogismo. Se A tem 21 anos, A é maior. A conexão lógica é suficiente.

Porque é suficiente aqui e não nos outros casos? Porque aqui tudo se esgota numa mera descrição, sem ser necessário o recurso a elementos valorativos. A circunstância de A ter ou não 21 anos é uma realidade naturalística, que nada acrescenta à interpretação da lei. Logo, provada ela, necessariamente A é maior.

164. A “estrutura” circular do compreender e a importância da “pré-compreensão”

O momento da interpretação (em sentido amplo) é autónomo perante o momento da aplicação; mas resulta também que a interpretação é inidónea para responder a todas as questões que se podem suscitar. A determinação da regra aplicável, mesmo se levada até ao fundo, deixa sempre um resto, que não é resolúvel senão mediante a própria aplicação. Não se pode esperar que esta se reduza, para além de hipóteses marginais, a uma verificação mecânica de pressupostos de facto e a uma sua integração meramente lógica na previsão normativa.

Esse a mais próprio do momento da aplicação encontra-se por exemplo naqueles elementos que estão dependentes de maneiras de ver sociais ou de juízos de valor. É preciso apurar, perante o caso concreto, se subsiste ou não a conformidade daquela situação à regra.

165. A interpretação e aplicação das normas como processo dialéctico

A aplicação da regra pode ser:

- dependente de um acto jurídico individualizador constitutivo da situação jurídica
- independente de qualquer acto

No primeiro caso a previsão normativa não se concretiza sem o acto de aplicação. Como sem este os efeitos se não produzem, dizemos que em técnica jurídica esse acto é constitutivo.

Assim, a actuação de uma entidade munida de autoridade pode ser por vezes o veículo único de certa aplicação de uma regra jurídica.

Portanto, nesta categoria da aplicação constitutiva, verificamos que o sujeito da aplicação pode ser qualquer pessoa quando a lei não a restrinja a sujeitos determinados. A idêntica conclusão devemos chegar quando a aplicação se faz independentemente da prática de um acto jurídico a isso destinado.

166. A conformação e apreciação jurídica da situação de facto. A qualificação

Resulta já do que dissemos anteriormente que a aplicação traz necessariamente um excesso de conteúdo em relação à interpretação. Interpretada a fonte, oferece-se ainda a necessidade de adequar a regra apurada às circunstâncias concretas. E isto verifica-se perante as previsões aparentemente mais simples.

Assim, o art. 1484/2 regula o direito de habitação: direito real de habitar gratuitamente “casa de morada”. O que é, aqui, casa? Por interpretação, poderemos concluir que casa não é simplesmente a moradia ou habitação isolada, é também a fracção em edifício de apartamentos. Por interpretação também poderemos determinar que uma fábrica não deve ser considerada uma casa, porque não é destinada a habitação. Mas saber se uma construção em ruínas é ainda casa; se é casa um barraco; se é casa a cabana construída em cima de uma árvore; se é casa uma roulotte – essencialmente são problemas, não já de interpretação, mas de aplicação. É como se a lei chegasse tão-somente até certo ponto, e daí por diante deixasse um espaço vazio, que terá de ser preenchido pela valoração das circunstâncias.

A esta tarefa se chama por vezes de adaptação da lei ao caso concreto. E com base nele se tem defendido o carácter necessariamente criador da jurisprudência.

Esta apreciação do caso concreto envolve uma operação de *qualificação*.

Qualificar é determinar categoria jurídica em que dada realidade se integra.

Exemplo: As partes celebraram um contrato, ajustaram as suas pretensões. Que espécie de contrato é esse? É uma compra e venda? É uma sociedade? Quer as partes o tenham nominado quer não, isto não é definitivo, pois é a lei quem determina qual a qualificação adequada. Não se vão aplicar as regras da locação a um empréstimo só porque as partes lhe chamaram locação.

Como dissemos, este trabalho de qualificação é em regra necessário e prévio à aplicação da norma ao caso singular. Podemos efectivamente generalizar: há qualificação sempre que se determina a categoria típica correspondente a uma situação concreta.

A qualificação à luz de uma regra jurídica não é substancialmente diversa da aplicação. Para a aplicação, é irrelevante que se parta do facto e se procure a norma aplicável ou que se parta da norma para enquadrar os factos por esta abrangidos. Mas no primeiro caso há a tendência para falar em qualificação, no segundo em aplicação.

CAP. II – INTERPRETAÇÃO

167. A função da interpretação no processo de aplicação da lei

O nº 3 do artº 9º do Código Civil define a interpretação da lei. A interpretação consiste precisamente na determinação do sentido e alcance da lei ou, na expressão pouco clara do nº 1 do mesmo artigo, do pensamento legislativo. A técnica de interpretação chama-se hermenêutica (GMS).

Toda a fonte necessita de ser interpretada para que revele a regra que é o seu sentido. Partindo da fórmula, deverá determinar qual o sentido autêntico da disposição legal. Nesta base, é compreensível que a interpretação seja uma tarefa sempre presente, pois é condição imprescindível da determinação de toda a regra.

A interpretação parte de um elemento determinado – de uma fonte – e procura exprimir a regra que daquela é conteúdo. Mas isto não nos pode fazer esquecer que a interpretação é necessariamente uma tarefa de conjunto: pano de fundo da interpretação é sempre o ordenamento em globo. O sentido de cada fonte está em necessária conexão com o de todas as outras, pelo que será adulterado se o pretendermos tomar isoladamente.

De facto, a interpretação é sempre revelação de um trecho da ordem global, pelo que esta é condição da relevância de cada elemento, e determina o seu significado. Interpretar é pois, situando a lei na ordem social, procurando à luz desta o seu sentido. A interpretação deve reconstituir a unidade global da realidade, exprimindo através de normas a síntese que lei e ordem social tornam possível.

Devemos recordar que a interpretação jurídica se qualifica como uma interpretação com função normativa. A interpretação jurídica não se destina a uma reconhecimento dum qualquer conteúdo já pensado, mas sim a formular princípio para a acção, regras. Não basta pois descrever, tem de se dizer o que resulta de novo para a ordem jurídica.

Como se faz a interpretação? A que elementos se pode recorrer?

Fala-se normalmente na letra e no espírito ou pensamento do legislador (ou ainda pensamento legislativo, como se faz no art. 9/1 CC), como aspectos ou elementos da interpretação. O ponto de partida da interpretação da lei tem de estar no texto, deve assentar nas suas palavras, veículo indispensável para a comunicação dum sentido.

Elementos de interpretação são os vários factores ou critérios de que se socorre o intérprete para determinar o verdadeiro sentido e alcance da lei.

Os princípios, regras que constituem a metodologia da interpretação da lei são conhecidos por Hermenêutica Jurídica.

168. Interpretação doutrinal e interpretação autêntica

A interpretação é, como referimos, a fixação do sentido e alcance da lei, sentido e alcance que hão-de corresponder ao pensamento legislativo. É esse pensamento que o intérprete procura descobrir no texto da lei, recorrendo a vários elementos interpretativos. **A essa interpretação chama-se interpretação doutrinal (GMS).**

Doutrinal: é a efectuada por juristas ou outras pessoas não revestidas de autoridade. Não tem força vinculativa, mas apenas a força ou poder de persuasão que resulta do prestígio do intérprete ou da utilização de uma metodologia jurídica correcta.

Sucedem, porém, que o órgão que cria uma lei tem também competência para a interpretar, modificar, suspender ou revogar. Por isso que se depois de publicada uma lei se suscitarem dúvidas acerca do seu sentido e alcance, o órgão que a criou tem competência para lhe fixar o sentido e alcance através de uma nova lei (lei interpretativa). **É a isto que se chama interpretação autêntica**, mas que não é a verdadeira interpretação (GMS).

Autêntica: é a realizada pelo próprio órgão legislador, mediante uma lei de valor igual ou superior à lei interpretada. A essa lei, que fixa o sentido decisivo da lei interpretada, chama-se lei interpretativa. Esta forma de interpretação é vinculativa, isto é, tem a força vinculante da própria lei.

169. Elementos e critérios de interpretação

Tradicionalmente os elementos de que o intérprete se serve para determinar o sentido da lei são o *elemento literal* ou *gramatical* e o *lógico*. O ponto de partida é sempre o elemento literal, a letra da lei, mas a interpretação visa determinar a partir do texto o pensamento legislativo e para tanto é necessário submeter a contraprova o significado ou significados que resultam das palavras da lei para determinar aquele pensamento. É esta contraprova da interpretação literal que se faz com recurso a vários elementos (racional, histórico e sistemático) que denomina por interpretação lógica. Interpretação literal e interpretação lógica são, pois, duas fases ou momentos da interpretação, ambas buscam a determinação do sentido da lei, do pensamento legislativo (GMS).

170. O sentido literal e o contexto significativo

O primeiro elemento a considerar na interpretação é a letra da lei, ou seja, o sentido das diversas palavras que a compõem e a sua conjugação sintáctica. A interpretação baseada na letra da lei chama-se também *interpretação literal* e *gramatical* ou *exegese*.

O **elemento literal** é *necessário*, mas *não é suficiente*. A interpretação das leis não consiste só na sua leitura, mas na compreensão do seu significado.

O artº 9º do Código Civil dispõe expressamente no seu nº 2 que não pode ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo “que não tenha na lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso” (necessidade do elemento literal), mas acrescenta no nº 1 que a “interpretação não deve cingir-se à letra da lei” (insuficiência da letra da lei) (GMS).

No entanto do exame literal não resulta ainda a interpretação do texto:

- Desde logo, o elemento literal pode ser ambíguo. Há palavras com várias acepções; e da conjugação de palavras, mesmo unívocas, podem resultar várias acepções literais possíveis. Assim, se a lei fala em móvel, o que se deve entender por tal? Será, na acepção mais corrente, uma peça de mobiliário? Será, no sentido técnico jurídico mais preciso, toda a coisa que não estiver integrada na terra ou noutra imóvel com carácter de permanência?

- Mas – mais grave ainda – letra e espírito podem não coincidir. O espírito prevalece então sobre a letra. Quer dizer, directamente se reconhece a tensão entre letra e espírito, e se privilegia o espírito; com a reserva apenas de que esse espírito deve encontrar na letra um mínimo de correspondência (art. 9/2).

Mas há um elemento favorável à letra. Deve-se presumir, não só que o legislador consagrou

as soluções mais acertadas, como ainda que *soube exprimir o seu pensamento em termos adequados* (art. 9/3). É todavia necessário não exagerar o alcance deste preceito. Semelhante presunção não dispensa todas as outras tarefas de interpretação que referiremos, e só em conjunto com os seus resultados pode ser devidamente utilizada. Não se esqueça ainda que do mesmo texto legal consta outra presunção, respeitanto ao espírito, a que aquela se subordina: a de que o legislador consagrou as soluções mais acertadas.

O Elemento Gramatical consiste na utilização das palavras da lei, para determinar o seu sentido possível.

Este tem como função, a de excluir os sentidos da lei que não tenham qualquer apoio ou correspondência nas suas palavras, e também, sugerir para as normas que comportam mais que um sentido aquele que mais correctamente se encaixa.

171. A intenção reguladora do legislador histórico e os critérios teleológico-objectivos

Para além da letra, é decisivo prescrutar o *sentido* ou *espírito* da lei.

É que neste domínio se defrontam uma orientação subjectivista e uma orientação objectivista. Para a primeira, o sentido da lei será o sentido do legislador. Para a segunda, o sentido da lei é um sentido objectivo, que não está condicionado por aquilo que foi o intento do legislador histórico.

Críticas à orientação subjectivista:

- A vontade do legislado histórico é com frequência incognoscível.
- Pode haver intervenção de várias pessoas na feitura da lei, qual das intenções, que podem ser inteiramente divergentes, deve ser considerada a intenção do legislador?

Oliveira Ascensão defende a tese objectivista:

Para além das razões já atrás apontadas, parece-nos decisivo o facto de a lei só valer uma vez integrada na ordem social. É uma fórmula produzida para vigorar aí, e cujo sentido é condicionado pela repercursão que tem nessa ordem. Esta integração da lei na ordem social importa o apagamento do legislador após o acto de criação normativa. Torna-se mais importante verificar qual o sentido que a fonte toma na ordem social que visa compor, do que o sentido pretendido pelo criador histórico.

Actualismo

Pode ainda entender-se que o sentido da lei é:

- o sentido actual
- o sentido histórico, portanto o sentido próprio do momento da criação da lei.

Assim se contrapõe uma orientação actualista a uma orientação historicista. As orientações historicistas são objecto de muitas críticas. Nota-se sobretudo que teriam de se considerar no momento presente caducas muitas das leis que todos entendem em vigor, porque as circunstâncias de hoje eram imprivisíveis na altura da sua formação.

A interpretação lógica é a que procura a contraprova ou complemento do significado literal da fórmula legislativa, procura através de outros elementos, que não só os literais, determinar o sentido da lei. Esses elementos a que a chamada interpretação lógica recorre são o elemento racional ou teleológico, o elemento histórico e o elemento sistemático (GMS).

Elementos lógicos:

- **sistemático**
- **histórico**
- **teleológico**

O **elemento racional ou teleológico** consiste no *fim* visado pelo legislador ao fazer a lei, na razão de ser da lei (*ratio legis*). A lei deve ser entendida da maneira que melhor corresponda à realização do fim que o legislador pretendeu.

Como é que, porém, se descobre o fim que o legislador pretendeu? Em princípio, atendendo às circunstâncias políticas, sociais e económicas, morais e outras em que a lei foi elaborada e que justificaram a elaboração da lei. A estas circunstâncias chama-se *occasio legis* e são expressamente referidas no nº1 do artº 9º (“circunstâncias em que a lei foi elaborada”) como elementos a que o intérprete deve atender (GMS).

Enfim, é elemento a ponderar na interpretação o que podemos chamar a justificação social da lei. A finalidade porposta carece de ser tida em conta. Por isso, enquanto se não descobrir o *para quê* duma lei, não se detém ainda a chave da sua interpretação.

Exemplo: há um preceito em matéria de seguros, segundo o qual o segurado não pode, sob pena de nulidade, fazer segurar segunda vez pelo mesmo tempo e risco objecto já seguro pelo seu inteiro valor.

Para resolver as dificuldades de entendimento desta disposição não pode deixar de se perguntar para que se impôs semelhante proibição. Foi porque se quis impedir que o seguro se torne para o segurado um negócio lucrativo. Por outro lado, é finalidade da lei prevenir fraudes que doutra forma frequentemente se verificariam.

O art. 9/1 fá-lo ao mandar considerar “as condições específicas do tempo em que é aplicada” a lei. Directamente, este preceito consagra o actualismo, como vimos, mas dele poderemos também inferir que a justificação social da lei é tida em conta como elemento de interpretação.

Ratio Legis- Da conjugação de todos estes elementos resulta o sentido, espírito ou razão da lei, que é o elemento decisivo para se fazer a interpretação. Tradicionalmente designa-se este sentido por *ratio legis*.

Será pois a *ratio legis* que nos permitirá enfim iluminar os pontos obscuros e chegar à norma que se encerra na fonte. Não se confunde com o elemento teleológico da interpretação: este pode ser concebido como o motivo de política legislativa que ditou a regra, enquanto que a *ratio legis* se separa daquelas considerações para dar a razão ou sentido intrínseco da lei.

A *ratio legis* será pois a resultante de todos os elementos, mas iluminada por uma pretensão de máxima racionalidade, que permitirá escolher entre possibilidades divergentes de interpretação.

Elemento histórico- Outro factor a que o intérprete recorre para determinar o sentido da lei é a sua história. Na sua grande maioria as leis não surgem de modo espontâneo, têm antecedentes, têm uma história mais ou menos próxima e uma história legal e social. Com efeito, a maioria das leis alteram outras mais ou menos antigas e os antecedentes permitem compreender mais facilmente qual o fim visado pelo legislador. O elemento histórico reforça o elemento racional ou preenche a sua deficiência.

Os antedentes remotos da lei, constituídos por outras leis que a precederam o modo como foram interpretadas, as críticas que suscitaram, os motivos que determinaram que fossem revogadas ou alteradas e substituída pela nova lei, tudo são elementos que ajudam a determinar qual o sentido da nova lei.

Também a história recente da lei é de considerar. Muitas vezes estão publicados os trabalhos preparatórios, constituídos por estudos, anteprojectos, projectos, discussão pública, preâmbulos e relatórios presentes em diplomas (entre outros) e todos esses elementos ajudam a esclarecer o sentido da lei (**GMS**).

Devem-se também ter em conta todos aqueles dados ou acontecimentos históricos que expliquem a lei. O art. 9/1 do CC remete para “as circunstâncias em que a lei foi elaborada”. Podemos distinguir dentro do elemento histórico:

- precedentes normativos
- trabalhos preparatórios
- *occasio legis*

Precedentes normativos: são constituídos tanto pelas normas que vigoram em períodos anteriores e que são objecto da História do Direito, como pelas normas de Direito estrangeiro que tiveram influência na formação da lei.

Trabalhos preparatórios: são os estudos prévios, os anteprojectos e projectos da lei, as respostas a críticas feitas aos projectos, as actas das comissões encarregadas da elaboração do projecto ou da sua discussão, que precedem a lei e documentam o processo da sua elaboração.

Occasio legis – Assim se designa todo o circunstancialismo social que rodeou o aparecimento da lei. É este até o aspecto para que preferentemente aponta o art. 9/1 do CC. Exemplo: Suponhamos que, perante uma vaga de terrorismo, é promulgada legislação extremamente severa sobre deslocações de pessoas e veículos. Passada essa vaga, a legislação fica em vigor, mas aplicada a circunstâncias normais, enquanto não for revogada. Isto cria necessariamente um desfasamento. O intérprete não pode deixar de ponderar o circunstancialismo muito especial que forçou o aparecimento dessa legislação e interpreta-a à luz desse condicionalismo. Pode assim concluir que se excluem hipóteses que, embora formalmente abrangidas, estarão fora da justificação da lei.

Elemento sistemático- A norma a interpretar não existe isolada, mas integrada num sistema coordenado de que normas que, em princípio obedecem a um pensamento comum, uma ordem, não sendo de admitir contradições entre as várias normas que integram o mesmo sistema. Cada norma tem de ser por isso relacionada com o conjunto em que se integra: desde o diploma de que faz parte, à epígrafe do preceito, ao capítulo, às normas que estão antes e depois, aos lugares paralelos, isto é, a outras leis que regulam problemas afins (GMS).

A interpretação deve ter em conta “a unidade do sistema jurídico” (artº 9/1 do CC). Toda a fonte integra-se numa ordem, que a regra é modo de expressão dessa ordem global. Por isso a interpretação dum fonte não se faz isoladamente, quiçá atendendo a um texto como se fosse válido fora do tempo e do espaço. Resulta pelo contrário da inserção desse texto num contexto dado. As relações que se estabelecem entre as várias disposições podem ser de:

- subordinação
- conexão
- analogia

172. Conformidade com a Constituição

O princípio da interpretação conforme com a Constituição – A coerência da ordem jurídica e o princípio da conservação das leis levam a partir do princípio, de uma compatibilidade das leis com regras hierarquicamente superiores. Por isso deve preferir-se uma interpretação que conduz àquela harmonia, enquanto isso for compatível com a própria natureza da interpretação.

173. Interrelação dos critérios de interpretação

Antes devemos distinguir uma apreensão literal do texto, que é o primeiro e necessário momento de toda a interpretação da lei, pois a letra é o ponto de partida. Procede-se já a interpretação, mas a interpretação não fica ainda completa. Há só uma primeira reacção em face da fonte, e não o apuramento do sentido. E ainda que venha a concluir-se que esse sentido é de facto coincidente com a impressão literal, isso só se tornou possível graças a uma tarefa de interligação e valoração, que excede o domínio literal.

Inversamente, não há nenhuma interpretação lógica que se separe da análise do texto. Após aquela primeira impressão todo o progresso no caminho da apreensão do significado do texto se faz mediante uma interacção constante do texto e de outros elementos de esclarecimento, até se chegar à determinação do espírito. A apreensão do sentido literal é necessariamente acompanhada de uma elaboração intelectual mais ampla. Pode recorrer-se aqui à categoria da pré-compreensão (Es-ser): há logo um pré-entendimento, que precede a análise individualizada de cada elemento.

Estas dificuldades evitam-se se falarmos, não numa interpretação literal e numa interpretação lógica, mas na interpretação como operação incindível, que assenta num elemento gramatical ou literal e em elementos lógicos. O elemento gramatical é a letra, com o seu significado intrínseco: os elementos lógicos são todos os restantes factores a que se pode recorrer para determinar o sentido.

174. Resultados da interpretação: interpretação declarativa, restritiva e extensiva

Consoante o resultado, chega-se então à interpretação:

- **declarativa**
- **extensiva**
- **restritiva**

A **interpretação declarativa** é a que fixa à norma, como seu verdadeiro sentido, o *sentido ou um dos seus sentidos literais*. Se a interpretação conclui que o sentido exacto é o mais amplo que o texto comporta, chama-se *interpretação declarativa lata*; se se conclui que o sentido é o mais restrito, chama-se *interpretação declarativa restrita*.

Exemplo: artºs 1320º nº1, 1326º nº1, etc – a palavra homem. Esta palavra tanto significa o ser humano (sentido mais amplo) como apenas o ser humano masculino (sentido mais restrito). Se se interpretar aquela palavra, no contexto da norma de que faz parte, com o sentido de ser humano (como deve interpretar-se), estamos perante uma *interpretação declarativa lata*.

Exemplo: artº 1827º nº1 – a palavra paternidade. Esta palavra é susceptível de um sentido amplo (abrangendo pai e mãe) e um sentido restrito (abrangendo apenas o pai). Se em resultado da interpretação chegarmos à conclusão (como devemos) de que o sentido exacto da palavra é apenas o de pai, teremos uma *interpretação declarativa restrita (GMS)*.

Em suma: Interpretação declarativa – na perspectiva hermenêutico-cognitiva – importava que houvesse sempre um equilíbrio entre a letra e o espírito da lei e se o intérprete fosse analisar aquela norma e chegasse à conclusão de que a letra da lei e o espírito estavam em equilíbrio, limitava-se a declarar isso mesmo, que a letra e o espírito estavam em equilíbrio e então faziam uma interpretação declarativa.

Interpretação declarativa: diz-se que há interpretação declarativa quando o sentido que o intérprete fixou à norma coincide com o significado literal ou um dos significados literais que o texto comporta, por ser o que corresponde ao pensamento legislativo.

A letra pode ser susceptível de diversos entendimentos: pode haver uma ambiguidade que a análise literal não logre superar. Se apurarmos que um desses entendimentos deve definitivamente ser acolhido, a interpretação é quanto ao seu resultado declarativo.

Na **interpretação restritiva** o resultado da interpretação é mais restrito do que o sentido que resulta do texto da lei. Diz-se então que o legislador disse mais do que queria dizer (*maius dixit quam voluit*).

Exemplo: o artº 125º refere-se aos negócios jurídicos celebrados pelo menor. Se se concluir pelos demais elementos de interpretação que o sentido da lei é o de abranger apenas os menores não emancipados (como parece ser), então estaremos perante um caso de interpretação restritiva (GMS).

Aplica-se este processo quando se chega à conclusão de que a lei utilizou uma fórmula demasiado ampla, quando o seu sentido é mais limitado. Deve-se proceder então à operação inversa: restringir o texto para exprimir o verdadeiro sentido da lei.

Exemplo: Suponhamos a regra: “O casamento é indissolúvel.” Mas é óbvio que o casamento seria sempre dissolúvel pela morte de um dos cônjuges: ninguém negou que o viúvo pode contrair novo casamento, sem receio de bigamia. O sentido da regra é claro, não obstante a fórmula muito ampla que fora adoptada: queria-se dizer que o casamento é indissolúvel por divórcio. Por interpretação restritiva proclamamos assim o verdadeiro sentido, preferindo o espírito à letra da lei.

Em suma: Interpretação restritiva: a letra vai além do seu espírito, porque o legislador disse mais do que aquilo que pretendia. O intérprete deve então restringir o texto, isto é, encurtar o significado das palavras utilizadas pela lei, de modo a harmonizá-las com o pensamento legislativo.

A **interpretação extensiva** [quando o sentido do espírito for mais amplo do que o atribuído à letra] - é a que fixa à norma um sentido mais amplo que aquele que resulta do texto da lei. Diz-se então que o legislador *minus dixit quam voluit* (disse menos do que queria dizer).

Exemplo: o artº 877º nº1, dispõe que “os pais e avós não podem vender a filhos ou netos, se os outros filhos ou netos não consentirem na venda”. A questão que se discute e que tem a ver com a interpretação daquela norma é a de saber se haverá proibição relativamente aos bisavós. Se a conclusão for a de que o sentido real da norma abrange os bisavós, estaremos perante um caso de interpretação extensiva.

O artº 11º refere-se à interpretação extensiva para a admitir também relativamente às normas excepcionais (**GMS**).

O intérprete pode concluir que o legislador queria dizer uma coisa e as palavras traíram-no, levando-o a exprimir a realidade diversa. Se o sentido ultrapassa o que resultaria estritamente da letra, faz-se interpretação extensiva. Para obedecer à lei, o intérprete deve procurar uma formulação que traduza correctamente a regra contida na lei. A interpretação extensiva distingue-se da interpretação declarativa, pois na primeira o sentido não cabe dentro do texto legal.

Em suma: Interpretação extensiva: verifica-se quando o intérprete chega à conclusão que a letra da lei fica aquém do seu espírito, porque o legislador disse menos do que no fundo pretendia. Nestes casos, torna-se necessário alargar o texto legal dando-lhe um alcance conforme ao pensamento legislativo, fazendo corresponder a letra da lei ao seu espírito.

175. A dita “interpretação enunciativa”. O argumento “a contrario”

A **interpretação enunciativa** é ainda uma forma de interpretação extensiva, na medida em que o sentido da lei vai para além da sua letra.

Através da interpretação lógica chega-se à conclusão de que a letra da lei é mais restrita do que o seu sentido real, permitindo, nomeadamente através dos processos de dedução lógica, descobrir outras normas, afins ou periféricas (GMS).

Argumento a contrario sensu – Sabido que certa norma é excepcional, concluiu-se que a regra geral é a contrária, se não for objecto de uma outra norma excepcional. Este argumento é de utilização muito difícil porque implica a prévia qualificação da norma como excepcional, o que se revela muitas vezes de grande dificuldade (GMS).

176. “Interpretação correctiva” e interpretação ab-rogante

Interpretação correctiva - Pode acontecer que, como resultado da interpretação, concluamos que a lei tem um sentido nocivo. A razão da lei será contrária a interesses que se pretendem preponderantes. A fonte pode ser taxada de injusta ou inoportuna, representando um elemento negativo naquela comunidade.

Como proceder então? Admitem alguns que nestas hipóteses o intérprete poderia afastar a norma inadequada, considerando que o legislador certamente a não teria querido se tivesse previsto este resultado.

Dito por outras palavras, quando a lei é demasiado absoluta, por a aplicação a certas categorias de casos, que não são os que ditaram a regra, ir contra o bem comum – então o intérprete deve restringir o âmbito da lei para evitar esses resultados nefastos.

Sendo assim, a interpretação correctiva é inadmissível na ordem jurídica portuguesa. Ou o trecho do anteprojecto referia um fenómeno que cabe dentro da interpretação restritiva; ou, se levasse a afastar o verdadeiro sentido da lei, estaria em contradição com o art. 8/2 e com a estrutura geral da ordem jurídica portuguesa, que assenta numa prioridade do dado normativo sobre apreciações de razoabilidade.

A **interpretação abrogante** é aquela que permite concluir que a norma não tem sentido. Pode suceder quando no mesmo texto da lei se encontrem dois artigos contraditórios. O intérprete deve procurar resolver a contradição, mas isso pode ser impossível. “Então deve sacrificar a norma que lhe pareça menos adequada”, recorrendo ao elemento lógico da interpretação. O Prof. Castro Mendes indicava como exemplo de interpretação abrogante os arts 23º nº2 e 348º nº3 (GMS).

O intérprete não mata a regra, verifica que ela está morta – porque na realidade nenhum sentido alberga. Na conclusão do processo interpretativo, terá de concluir que há uma contradição insanável, donde não resulta nenhuma regra útil. A pretensa regra é um nado-morto. A fonte tem pois de ser considerada ineficaz.

Insistimos que não há nenhuma corecção da lei, nem nenhuma cessação de vigência duma regra. O que acontece é que, por ter escapado ao legislador uma incongruência no regime ou uma incompatibilidade entre vários textos, há desde o início uma falta de sentido. O intérprete contenta-se em reconhecer, no termo da sua tarefa, que esse texto proclamado como lei não contém, apesar das aparências, nenhuma regra. Na hipótese de haver conflito de fontes, pode mesmo chegar a considerar estéreis todas as fontes implicadas, afinal.

Exemplo: situação desta ordem poderá surgir perante as disposições do CC (arts. 2206/2 e 2208) que permitem fazer testamento cerrado a quem não saiba assinar e o proibem a quem não saiba ler. A previsão de quem saiba ler mas não saiba assinar vai contra o senso comum. Repare-se que o *não saber* surge em ambos os casos como figura distinta do *não poder* assinar.

No que respeita a Portugal, tendemos a pensar que ela não é admissível em caso nenhum. Se o legislador pôs simultaneamente em vigor duas regras, a valoração do intérprete não se pode substituir à do legislador, preferindo uma, ou considerando as duas liquidadas. Tem de admitir a coexistência de regras que exprimem valorações diversas, pela mesma razão porque não poderia fazer interpretação correctiva: porque não pode antepor um critério próprio ao critério da ordem jurídica objectiva.

177. Interpretação do Direito consuetudinário e dos precedentes

ANEXO

Casos práticos (realizados nas aulas práticos):

Hipótese 1

Em Janeiro de 2011, António celebrou com Bento verbalmente um contrato dito de aluguer do seu automóvel pelo prazo de 5 anos. Nos termos do contrato celebrado, A e B acordaram que o gozo do automóvel seria a título gratuito. Admitindo que:

- A noção de aluguer resulta dos art's 1022º e 1023º
- Nos termos da al. a) do artº 1038º é obrigação do locatário pagar renda ao aluguer
- A noção de comodato consta do artº 1129º
- Em 20 de Janeiro de 2010 foi publicado o DL X/2010 que dispõe que os contratos de cessão do uso de coisas móveis só são válidos se forem celebrados por documento

particular.

Responda justificadamente:

- a) O contrato celebrado entre A e B é válido atento ao disposto no DL X/2010 ?
- b) Independentemente da resposta à questão a), é válida a cláusula contratual que estabelece a gratuidade do contrato celebrado entre A e B?

Resolução:

a) Não, pois teria que ser celebrado por documento particular, tal como dispõe o DL X/2010 que entrara em vigor há 1 ano.

Regras injuntivas – não podem ser afastadas pelas partes

Regras dispositivas – poderão ser afastadas pelas partes e podem-se aplicar supletivamente

DL X/2010 – diz que “os contratos só são válidos se for por documento particular”

- artº 219º

- é uma questão de prova que também está em causa

- está aqui uma norma de interesse geral e não apenas uma norma especial

Por força do DL e do artº 220º a cláusula era inválida.

b) Não é, segundo os artºs 1022º e 1023º o aluguer de coisa móvel (neste caso) teria que proporcionar uma retribuição do locatário ao locador, sendo o gozo do automóvel a título gratuito, este contrato apenas se poderia incluir no regime de comodato e sendo obrigação do locatário pagar a renda ou aluguer ao locador como está disposto na al.a) do art. 1038º. O art. 1022º é uma definição.

Definição – definem regimes específicos, é relevante, é vinculativa.

Hipótese 2

António e Bento celebraram em 1995 um contrato que constitui usufruto de prédio urbano, propriedade do primeiro a favor do segundo (usufrutuário) pelo período de 20 anos. Segundo uma das cláusulas do contrato, António só podia realizar obras ou melhoramentos no prédio com o consentimento de Bento. Outra cláusula estabelece que as reparações ordinárias indispensáveis para a conservação do prédio que forem solicitadas por Bento ficam a cargo de António. Decorridos 15 anos, Bento reclama a realização de reparações ordinárias indispensáveis para a conservação do prédio, mas António recusa-se a fazê-las invocando o artº 1472º nº1. Simultaneamente António pretende iniciar a construção de um anexo ao prédio em que tenciona estabelecer a sua residência, uma vez findo o usufruto, deparando-se com a oposição de Bento. António considera que tem direito a realizar este melhoramento nos termos do artº 1471º.

Pronuncie-se sobre os direitos invocados por A e B, atendendo ao disposto no artº 1445º e admitindo que:

- A noção de usufruto consta do artº 1439º

- O contrato é o título constitutivo do usufruto
- Resulta dos trabalhos preparatórios do Código Civil que a disposição que veio a constar do artº 1471º exprime o interesse público no melhor aproveitamento económico da coisa
- Faltam elementos que permitam apurar a intenção legislativa subjacente ao artº 1472º nº1, mas a avaliação objectiva dos interesses em jogo indica que esta norma procura alcançar um justo equilíbrio dos interesses das partes.

Resolução:

Artº 1445º - se não houvesse sido estipulado no contrato, aplicava-se regras supletivas seguintes. O contrato é o título constitutivo.

Artº 1471º - é uma norma imperativa.

A cláusula podia ser considerada inválida e António não precisaria de autorização para fazer obras.

Valia o que a norma diz e não o que as partes estipularam.

O facto das normas dos artºs 1471º e 1472º serem imperativas surge através de uma construção doutrinária, especialmente pelo carácter de interesse público que está subjacente na letra dessas normas, embora o que diga no artº 1445º.

Ver pág. 522 Oliveira Ascensão.

Estamos a atender ao elemento teleológico.

A 1ª cláusula contratual por violar uma norma que é imperativa é inválida (artº 1471º)

artº 280º - “contrário à lei imperativa”

Quanto à 2ª cláusula:

aplicava-se o artº 1472º - reparação ordinária, reparação da utilização da coisa

Tinham acordado no sentido de que António é que faria as obras e a norma do artº 1472º podia ser afastada por ser supletiva.

Hipótese 3

Ana, alfarrabista, vende a Berta um livro antigo. O contrato foi celebrado e negociado através da Internet sem que A. e B. se tivessem chegado a conhecer. Ao receber o livro pelo correio, B. fica desapontada e pretende agora devolvê-lo a Ana, invocando para o efeito o artº 6º do DL 143/2001. Ana veio dizer que a pretensão de Berta não é procedente pois haviam acordado que não haveria livre resolução do contrato.

Pode Berta resolver o contrato?

Resolução:

DL 143/2001 vs Autonomia Privada

Temos que interpretar as normas, em especial o artº 6º do DL e verificar se ela é imperativa.

Tem que se ter em conta o conceito de “*occasio legis*” – contexto em que a lei foi elaborada.

Verificando segundo os elementos de interpretação, o DL 143/2001, artº 6º:

Elemento histórico – foi elaborada devido a uma particular situação socio-económica, norma de direito comunitário

Elemento teleológico – visa a protecção do consumidor; pois o vendedor tem mais poder negocial

Elemento sistemático – artº 60º da CRP

Interpretação da lei – artº 9º CC

Se a norma fosse supletiva podia ser afastada pelas partes, tal não é assim, ou seja, é imperativa.

O artº 6º do DL estabelece uma norma imperativa.

CAP. III - INTEGRAÇÃO DE LACUNAS

178. Interpretação e integração

Temos uma lacuna quando não encontramos através da interpretação das proposições jurídicas vigentes (sejam elas legais ou consuetudinárias) uma regra directamente aplicável a um caso carecido de regulação jurídica.

Há desde logo uma lacuna quando uma situação da vida carecida de regulação jurídica não é abrangida pelo sentido literal possível de qualquer proposição jurídica completa.

Neste caso, diz-se por vezes, que há silêncio da lei.

Mas se houver uma regra consuetudinária aplicável então também não há lacuna.

Por outro lado, pode suceder que uma situação seja abrangida pelo sentido literal possível de uma proposição jurídica, mas que os critérios teleológicos de interpretação nos levem a concluir que a situação não pode ser reconduzida à previsão da regra que se infere dessa proposição.

Portanto, há casos de silêncio da lei em que não há lacuna porque designadamente, há uma regra consuetudinária aplicável.

E há casos, em que apesar de não haver silêncio da lei, há lacuna porque na verdade nós temos que restringir o sentido literal da lei, ou um dos sentidos literais possíveis da lei.

Por tudo isto, a interpretação é prévia à integração de lacunas. Só depois de interpretadas as proposições jurídicas vigentes é que nós sabemos se há ou não uma norma aplicável ao caso.

Para haver integração tem de se partir da verificação de que não há regra aplicável, conclusão esta que supõe uma prévia interpretação. (O.A.)

A integração supõe a interpretação (em sentido restrito), mas não é ela própria interpretação. Supõe a interpretação, desde logo no momento da determinação da lacuna. Só após termos, pela interpretação, apurado qual o sentido das fontes existentes, podemos concluir que o caso não está especificamente regulado. Por exemplo, pode haver aparentemente lacuna, mas na realidade tudo se resolver por interpretação extensiva. **(O.A.)**

A delimitação entre interpretação e integração não se traça porém sem dificuldades e já contactámos com estas dificuldades a respeito da chamada interpretação extensiva e restritiva.

Segundo o entendimento corrente entre nós, uma proposição jurídica ainda é directamente aplicável a uma situação quando esta não cabe na letra da lei mas está compreendida no seu espírito. Seria um caso de interpretação extensiva. Só haveria lacuna quando a situação não fosse compreendida nem pela letra, nem pelo espírito da lei.

Pelas razões atrás expostas, considero preferível os entendimentos seguidos por autores como Larenz, segundo o qual há lacuna a partir do momento em que a situação carecida de regulação jurídica não cabe no sentido literal de qualquer proposição jurídica vigente.

Esta proposição parece-me defensável à face do artº 9º do CC, por quando o seu nº2 estabelece que: “não pode ser considerado pelo

intérprete, o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal.”

E, portanto, se nós verificarmos este mínimo de correspondência verbal pelo sentido literal possível, então podemos dizer que se a situação não é abrangida por nenhum dos sentidos literais possíveis, ainda que imperfeitamente expressos na letra da lei, então nesse caso teremos uma lacuna.

O costume não pode ser considerado meio de integração de lacunas. Se há costume, não há lacuna. Há lacuna quando determinada situação não é regulado por regra positiva, assente em fonte de direito vigente – e quando há um costume há uma regra (costumeira), por definição. A matéria não é pois lacunosa.

O equívoco deriva pois de se ter colocado a questão sob o ponto de vista da integração das lacunas da lei. O costume serviria então para integrar lacunas da lei. Mas o que interessa são as lacunas do direito ou do ordenamento jurídico. Quando não há lei mas há costume, o costume aplica-se pura e simplesmente, e se há fonte aplicável não há lacuna. A verdadeira lacuna só se suscita e só se pode pôr a hipótese duma integração (por analogia ou outro processo), quando uma determinada situação não for coberta por nenhuma fonte vigente.

Por outro lado, a integração não se confunde com a interpretação em sentido restrito. Está em causa sobretudo a interpretação extensiva. A interpretação extensiva pressupõe que dada hipótese, não estando compreendida na letra da lei, o está todavia no seu espírito: há ainda regra, visto que o espírito é que é o decisivo. Quando há lacuna, porém, a hipótese não está compreendida nem na letra nem no espírito de nenhum dos preceitos vigentes.

Se, a propósito de um desses tipos (ex. contratos, crimes, impostos, etc), surge uma disposição que falta num outro, por exemplo, se para a extinção da compra e venda se encontra uma previsão determinada e para a do depósito não, a regra será aplicável também ao depósito? Não se pode dizer que, por interpretação extensiva a regra abrange também o depósito? Que a letra da lei foi demasiado restrita, pois o seu sentido seria mais amplo?

A resposta é negativa. Quando se disciplina um tipo, o legislador não disse menos do que queria por não abranger outro tipo. Só a compra e venda poderia estar em causa, como resulta do elemento sistemático da interpretação. A disposição referente ao depósito deveria surgir no título do depósito e não surge. Logo, há uma lacuna.

Se considerarmos por hipótese que a regra da compra e venda pode ser aproveitada para o depósito estaremos preenchendo a lacuna em matéria de depósito por analogia, e de modo algum a fazer

interpretação extensiva.

O critério é em si seguro. Num caso estamos ainda a extrair a regra, implícita num texto imperfeito; no outro nada encontramos implícito, porque há uma lacuna. **(O.A.)**

179. O dever de integrar a lacuna

O órgão de aplicação do direito, tem o dever de integrar a lacuna perante uma situação da vida carecida de regulação jurídica que não seja abrangida por qualquer proposição jurídica normativa, o órgão de aplicação não pode negar a justiça, desde logo lido o artigo 8º nº1 do Código Civil, segundo o qual “o tribunal não pode abster-se de julgar, invocando a falta ou obscuridade da lei ou alegando dúvida insanável acerca dos factos em litígio.”

No mesmo sentido expõe o artigo 3º nº2 do Estatuto dos Magistrados Judiciais (aprovado pela lei nº21/85, de 30 de Julho). A denegação de justiça constitui mesmo um crime tipificado na lei, no artigo 369º nº1 do Código Penal.

L.P - Eu creio que este dever de integrar a lacuna tem mesmo um fundamento constitucional, pois o artigo 20º da Constituição refere-se ao acesso ao direito e à tutela jurisdicional efectiva dos direitos e interesses legalmente protegidos.

Em certas situações, entra também em jogo o princípio da igualdade, se surge um caso não regulado para o qual se revela adequada uma regulação que a lei estabeleceu sobre casos análogos verifica-se que se tratou desigualmente aquilo que é essencialmente igual. A integração da lacuna através da analogia constitui então uma decorrência do princípio constitucional da igualdade.

180. Lacuna e situação extrajurídica

Não basta dizer que a lacuna é o caso não previsto pelo direito ou não regulado normativamente. Porque a maior parte das situações da vida não são

previstas nem reguladas pelo direito.

A lei, ao impor ao juiz o dever de julgar mesmo quando houver lacuna, tem evidentemente em vista a verdadeira lacuna, e não a situação extrajurídica. Em ambas as hipóteses há falta de regra específica, mas só o caso lacunoso deve ser juridicamente regulado.

A lacuna pode ser:

- de previsão
- de estatuição.

No primeiro caso falha a previsão de um caso que deve ser juridicamente regulado.

No segundo, há previsão mas não se estatuíram os efeitos jurídicos correspondentes.

Perante a lacuna de estatuição, não há que distinguir se juridicamente há ou não lacuna. Ao prever a situação a lei já se pronunciou pela sua natureza jurídica. Só resta então a tarefa de determinar o regime que corresponde, por faltar a estatuição. Resta a lacuna de previsão. Como proceder então, para a determinar se há lacuna ou situação extra-jurídica? **(O.A.)**

Não há lacuna sempre que falta uma proposição normativa aplicável, só há lacuna se a situação não prevista carece de regulação jurídica.

Ora a maior parte das situações da vida não são previstas nem reguladas pelo direito, por exemplo se alguém se queixa que o vizinho não o cumprimentou quando se cruzou com ele na rua, parece evidente que esta situação não tem relevância jurídica. Trata-se de situações que são extra muros da ordem jurídica. Só há uma lacuna quando a situação deve ser juridicamente regulada.

Neste sentido expõe expressamente o nº 2 do art.º 3º do Estatuto dos Magistrados Judiciais.

Se uma norma não pode ser aplicada sem que se regule um caso omissos é inelutável que existe uma lacuna carecida de integração, por exemplo: se uma norma confere um direito de indemnização, mas não define quem está obrigado a indemnizar, há necessariamente uma lacuna.

No pólo oposto, as atitudes interiores que não se exteriorizam numa conduta socialmente relevante nunca são objecto do direito.

Há outras situações que são relevantes à face de regras religiosas, mas que por dizerem respeito à consciência religiosa de cada um, ou pelo seu sentido de transcendência também não relevam para o direito por forma óbvia, a este respeito remete-se para o que ficou dito quanto à delimitação entre o direito e as regras do trato social e as regras religiosas. Já noutros casos se suscitam dificuldades consideráveis, isto sucede designadamente naqueles casos em que a moral impõem uma conduta ou confere um direito.

Acrescente-se que para saber se a situação está abrangida pela ideia orientadora de um complexo de normas legais, não se deve só atender à intenção do legislador histórico mas também a critérios teleológico-objectivos, assim importa atender aos princípios e valores da ordem jurídica a que essas normas podem ser reconduzidas como sua concretização. Assinale-se ainda que o problema pode colocar-se relativamente a um complexo normativo em que parte ou mesmo todas as regras jurídicas não sejam fonte legal, claro é que não há lacuna quando o legislador conscientemente não regulou determinada situação ou não consagrou determinado instituto jurídico por considerar que essa situação não deve ser regulada pelo direito, ou que esse instituto jurídico não deve ser acolhido.

181. Espécies de lacunas e sua determinação. A redução teleológica

A literatura jurídica dá conta de diversas classificações de lacunas, Oliveira Ascensão distingue **Lacuna de Previsão** e **Lacuna de Estatuição**. Na primeira modalidade falha a previsão de um caso que deve ser juridicamente regulado, e temos uma lacuna de previsão. Na segunda modalidade há previsão mas não se estatuíram os efeitos jurídicos correspondentes, temos uma lacuna de estatuição.

O autor também se refere às **Lacunas Ocultas** que naturalmente se opõem às **Lacunas Patentes**. É esta a classificação mais importante e que em seguida será examinada mais detalhadamente.

L.P – Decorre do anteriormente disposto, que em minha opinião, só as contradições normativas – em que duas normas aplicáveis à mesma situação desencadeiam situações jurídicas incompatíveis entre si – podem gerar lacunas de colisão. Estas lacunas de colisão são determinadas quando a interpretação revele que há duas normas aplicáveis em oposição entre si, e quando não for possível resolver de outro modo o conflito que daí resulta.

A **lacuna patente** é frequentemente identificada com os casos de silêncio da lei. Pelas razões que atrás foram expostas, é mais rigoroso dizer que há lacuna patente, quando a situação não é abrangida pelo sentido literal possível de qualquer preposição jurídica normativa. A lacuna patente é determinada no início do processo de interpretação, uma vez que não se encontra qualquer preposição jurídica normativa que segundo o seu sentido literal – ou um dos seus sentidos literais possíveis – possa abranger a situação.

Há uma **lacuna oculta** quando uma situação é abrangida pelo sentido literal possível de uma preposição jurídica, mas por força de uma interpretação restritiva ou de uma redução teleológica vem a concluir-se que em última análise essa preposição jurídica não lhe é aplicável. Esta lacuna determina-se mediante um processo interpretativo que vem a resultar numa interpretação restritiva ou numa redução teleológica. A interpretação restritiva já foi atrás examinada, cabe agora caracterizar o procedimento de redução teleológica. Se a lei determinasse, em regra aparentemente genérica, a forma de celebração do casamento, e se viesse depois a aputrar que não era aplicável aos casamentos *in articulo mortis*: haveria lacuna quanto à forma de celebração destes, seria assim uma lacuna escondida ou oculta. **(O.A.)**

À semelhança do que se verifica com a interpretação restritiva, também o caso da **redução teleológica** é por força dos critérios teleológicos de interpretação que a situação é subtraída ao campo de aplicação da regra que

à primeira vista a regula. Só que na interpretação restritiva segundo o entendimento que perfilho, esta limitação da hipótese normativa ainda, corresponde a um dos sentidos literais possíveis ao passo que a redução teleológica fica aquém do sentido literal possível, ou seja, nós vamos excluir uma situação do âmbito de aplicação da regra sem que essa exclusão tenha qualquer ponto de apoio no texto da lei.

A redução teleológica é um importante instrumento de diferenciação do direito, com efeito ela permite estabelecer um regime jurídico diferente, para situações que à primeira vista se encontravam submetidas à mesma disciplina jurídica. Esta diferenciação é um corolário do princípio da igualdade, segundo o qual, aquilo que é desigual deve ser tratado desigualmente.

A redução teleológica pode em primeiro lugar ser prescrita pelo fim da própria norma a limitar, é o que se verifica quando se puder apurar que segundo a intenção do legislador histórico a norma não deve abranger uma situação que cabe na sua letra. Quando não puder ser demonstrada a intenção do legislador histórico, ou esta não for inequívoca, a redução pode também resultar da actuação de critérios teleológico-objectivos, o resultado é o mesmo e a intenção normativa leva a excluir do âmbito de aplicação da regra uma situação que segundo qualquer um dos sentidos literais possíveis seria por ela regulada. Não estará isto em contradição com o artigo 9º do Código Civil, quando dispõem que não pode ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei, um mínimo de correspondência verbal?

L.P - Não há contradição. O art.º 9º n.º 2 tem que ver com a interpretação e aqui já não se trata de interpretação. Se é permitida a aplicação analógica da regra por se entender que a intenção normativa abrange o caso omissis também deve ser permitida a redução teleológica que é o procedimento inverso. A intenção normativa, não abrange o caso previsto na regra. Ambos os procedimentos encontram o seu fundamento no princípio da igualdade. Claro é que a redução teleológica pode ser proibida, à semelhança da analogia, designadamente quando na matéria em causa os valores da

segurança, certeza e previsibilidade jurídicas exijam uma vinculação ao conteúdo inequívoco da norma. A redução teleológica também pode resultar de contradições normativas, por ventura da consideração de outros princípios e valores da ordem jurídica. Assim pode haver uma contradição com normas de escalão superior, relativamente a parte das situações reguladas pela norma, que leve a excluir essas situações do âmbito de aplicação da norma. Caso as normas superiores sejam normas constitucionais, teremos aqui um caso de inconstitucionalidade parcial de uma norma. Também se pode verificar uma contradição entre normas de igual valor relativamente a parte das situações reguladas por uma delas, que venha a conduzir a descoberta de uma lacuna de colisão relativamente a estas situações, portanto uma lacuna gerada por uma contradição normativa. Já se deve encarar com muita reserva a redução teleológica fundada em valores e princípio da ordem jurídica que se contraponham a intencionalidade da norma em causa e que não suscitem um problema de constitucionalidade, e isto porque, como atrás se assinalou as decisões tomadas pelo legislador devem em princípio ser respeitadas e a estranheza da norma relativamente ao sistema não coloca por si em causa a sua vigência. Quanto muito parece de admitir, que o desenvolvimento da ordem jurídica, posterior a criação da lei, ou erro solução social entretanto verificada, podem vir a justificar uma diferenciação. Mas então já não se trata de algo estranho à determinação da intencionalidade da norma em causa, mas da intervenção de critérios teleológico-objectivos, justificada pela evolução da ordem jurídica ou pela evolução do contexto social de aplicação da regra. Nem sempre a redução teleológica leva a descoberta de uma lacuna, pode suceder que a situação que é subtraída ao campo de aplicação de uma norma venha a cair no campo de aplicação de outra norma. É o que se verifica designadamente, com a redução teleológica de uma norma especial, excluída a situação do âmbito de aplicação da norma especial, ela cairá dentro do âmbito de aplicação da norma geral. Só não é assim se também tiver lugar uma redução teleológica da norma geral.

182. Integração de lacunas - em geral

artºs a ter em atenção: artº 8º e artº 10º CC

Já sabemos que o órgão de aplicação tem o dever de integrar a lacuna, também se fala por vezes em suprir ou colmatar a lacuna. Integrar a lacuna é obter a solução jurídica do caso. Para o órgão de aplicação, designadamente para o tribunal, isto significa achar o critério de decisão para o caso que lhe é submetido.

A missão de integrar a lacuna é confiada aos órgãos de aplicação do direito, mas à semelhança do que se verifica com a interpretação, também é confiada a todos aqueles que tenham que determinar a disciplina jurídica aplicável a uma determinada situação.

Oliveira Ascensão: Fala a este respeito de um processo normativo extra-sistemático de integração de lacunas. Outros processos extra sistemáticos seriam os **processos discricionários** e os **processos equitativos**. Estes processos seriam caracterizados por não assegurarem a conformidade da solução com o sistema, que contrapôr-se-iam aos processos intra-sistemáticos que são os que se encontram consagrados no artigo 10º do C.C. O **processo normativo** consiste em matar a dificuldade através da emissão duma regra que preveja aquela situação. Um órgão com competência legislativa teria a função de ditar a regra faltosa, à medida que os casos omissos se verificavam. As desvantagens deste sistema são manifestas, pois a mistura da solução do caso concreto e da função legislativa pode trazer más leis e más soluções do caso concreto. Por outro lado, semelhante processo deixava toda a vida jurídica dependente desta criação, e impedia os interessados de saber antecipadamente com o que poderiam contar.

Haveria um **processo discricionário** de lacunas, quando fosse confiada a uma entidade administrativa o poder de resolver, com base em razões de

conveniência, as situações em que não existisse regra. No entanto oferece dúvida, se se possa aqui falar de uma lacuna. Não se trata aqui de uma falha no plano do legislador, trata-se de um caso em que a lei atribui um poder de determinação de consequências jurídicas, cujo exercício não está submetido a regras, por outras palavras, parece tratar-se de um processo de solução de casos por via não normativa e não de um processo de integração de lacunas. O rei ou o governador, ou quem fosse competente, resolveria no sentido A ou no sentido B. Note-se que assim não se apagaria a lacuna do ordenamento jurídico, pois só se teria chegado à solução daquele caso concreto.

Processo Equitativo: atrás analisamos a equidade como uma solução por via não normativa, o acordo no julgamento de equidade é possível quer haja ou não, regras directamente aplicáveis ao caso, portanto é claro que a equidade transcende o problema da integração de lacunas.

A equidade representa o mais importante processo extra-sistemático de integração de lacunas, para **Oliveira Ascensão**.

Pode a equidade consistir um processo de integração de lacunas?

Não foi este o caminho seguido pelo legislador do novo código civil (1966), que determinou que na falta de casos análogos, a situação é resolvida segundo a norma que o próprio interprete criaria, se houvesse que legislar no espírito do sistema (art.º 10 n.º3). Assim na falta de analogia, o intérprete não fica colocado na posição de um tribunal que deva decidir segundo a equidade, fica colocado numa posição diferente que exige a formulação de uma proposição jurídica geral e abstracta que seja susceptível de aplicação em casos futuros. Ao passo que a equidade não é orientada à obtenção de uma solução susceptível de generalização, mas a uma solução puramente individualizadora. Portanto a equidade não é actualmente um processo de integração de lacunas no sistema jurídico português, como é reconhecido por autores (por ex. Oliveira Ascensão).

A resolução segundo a equidade tem incontestavelmente a vantagem de

permitir no caso concreto uma maior adequação. Mas tem inconvenientes graves, como aliás todos os processos extra-sistemáticos de integração. Semelhante regime em nada contribuiria para a definição da ordem jurídica. Após a solução dum caso litigioso tudo estaria na mesma, e cada novo caso que surgisse teria de ser decidido somente pelas suas particulares circunstâncias. (O.A.)

Restam-nos pois os processos intra-sistemáticos de solução, que são:

- a analogia (artº 10º CC)

- a norma que o intérprete criaria (artº 10º CC). (O.A.)

Perante uma lacuna que não possa ser integrada por analogia, deve procurar-se uma solução susceptível de generalização, isto é, uma solução que possa ser seguida em casos futuros que seja, semelhantes - neste sentido apontam os valores da igualdade e da certeza do direito objectivo, só assim se pode contribuir para tratar igualmente os casos semelhantes e para o estabelecimento de critérios de conduta para que os sujeitos jurídicos se possam orientar.

Não quer isto dizer porém que os processos de integração de lacunas correspondam a modelos inteiramente intra-sistemáticos de decisão e que as soluções a que chegam, constituam normas jurídico-positivas, que possam desempenhar, plenamente uma função orientadora de condutas.

A integração da lacuna vem a traduzir-se na apreciação de um caso segundo um critério jurídico, mas será este critério jurídico um critério normativo?

Quando a lacuna é integrada mediante a aplicação da norma que regula um caso análogo, o critério é normativo, mas há uma diferença fundamental entre a aplicação directa da norma e a sua aplicação analógica. É que o juízo feito pelo tribunal sobre a aplicação analógica da regra, não vincula o mesmo tribunal ou outros tribunais na decisão futura de casos semelhantes. Quando a lacuna é integrada mediante a concretização de um princípio geral, o critério não é normativo, porque não se baseia em qualquer norma jurídico-positiva.

Enfim quando a situação tiver que ser resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria, o tribunal tem que formular um critério de decisão sobre a forma de uma proposição jurídica geral e abstracta, mas parece claro que não se trata de uma proposição jurídico-positiva, que o mesmo tribunal ou outros tribunais estejam vinculados a aplicar na decisão de casos futuros. Portanto neste caso a decisão também não se baseia num critério normativo.

L.P - A decisão a que chego é que quando havendo uma lacuna, o critério de decisão nem sempre é um critério normativo. E a integração da lacuna também não altera por si a situação normativa existente. Após a integração continua a existir lacuna e se surgir seguidamente um caso idêntico ou semelhante, o problema volta a colocar-se e têm actuar os processos de integração de lacunas. Claro que a solução pode vir a ser positivada pela lei ou pelo costume, só então os sujeitos jurídicos dispõem de um critério jurídico seguro por onde se podem orientar, mas nesse momento deixará de haver lacuna porque se terá criado uma norma directamente aplicável ao caso.

L.P - Por outro lado na linha das considerações tecidas a propósito da relevância prática do sistema, não me parece que todos os processos de integração, considerados no artigo 10 do C.C. possam ser considerados como processos intra-sistemáticos. Já quando o intérprete procede a um raciocínio por analogia ou à concretização de princípios jurídicos, não há uma delimitação e hierarquização tão clara dos elementos relevantes como na decisão fundada na aplicação directa de regras jurídicas. Como se assinalou nem sempre se pode estabelecer uma hierarquia entre princípios jurídicos, o modelo de decisão caracteriza-se pela mobilidade mas aqui ainda é predominantemente intra-sistemático.

No caso da criação de solução do intérprete como se fosse o legislador, o modelo de decisão é a meu ver predominantemente extra-sistemático (**L.P**), o intérprete tem que atender aos princípios gerais e valores da ordem jurídica, mas por quando não é possível obter a solução a partir destes princípios e

valores, o intérprete tem uma larga margem de liberdade e tem que lançar mão de argumentos que não se baseiam no sistema.

183. Integração de lacunas: a analogia

A integração de lacunas através da aplicação da regra que julga um caso análogo é uma decorrência do princípio da igualdade – tratar do mesmo modo os casos semelhantes – é o que determina o art.º 10º n.º 1 do C.C, “os casos que a lei não preveja são regulados segundo a norma aplicável aos casos análogos”.

Quando é que dois casos são análogos? – O n.º2 do mesmo artigo procura dar uma resposta a esta questão, “há analogia sempre que no caso omissis procedam as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei”, **por outras palavras, os casos são análogos quando devem ser valorados da mesma forma, quando a valoração jurídica do caso regulado por uma norma também se justifica em relação ao caso omissis.** Para que os casos devam ser valorados da mesma forma, tem de haver semelhanças entre eles, mas se eles são apenas análogos e não idênticos, é porque também há diferenças entre eles. Assim se o caso regulado pela norma é caracterizado pelas notas 1, 2 e 3, o caso análogo será um caso em que se verificam as notas 1 e 2, mas não a nota 3. Para que o caso seja análogo é necessário que apesar de faltar a nota 3, a situação seja de valorar do mesmo modo que aquela em que se verificou também a nota 3. Isto significa que as notas comuns a ambos os casos são aquelas que relevam para a valoração jurídica.

O caso omissis tem necessariamente diversidade em relação ao caso previsto. É relativamente semelhante, mas é também relativamente diverso. O que a analogia supõe é que as semelhanças são mais relevantes que as diferenças. Há um núcleo fundamental nos dois casos que exige a mesma estatuição. Se

esse núcleo fundamental apesar mais que as diversidades, podemos então afirmar que há analogia. **(O.A.)**

Por exemplo, quando surgiu o transporte aéreo, enquanto este não foi objecto de regulação legal, colocou-se a questão de saber se seriam analogicamente aplicáveis as normas que regulavam o transporte marítimo.

As situações podem apresentar-se ao intérprete como muito parecidas e não haver analogia, porque aquilo que as distingue é decisivo para a valoração. Inversamente as situações podem à primeira vista ser bastante diferente e, em última análise vir a concluir-se que aquilo que as distingue não é relevante para a valoração. Num pensamento valorativo para se saber quais os elementos utilizados para delimitar a previsão da norma que são relevantes para a valoração jurídica, é necessário analisar os fins prosseguidos pela norma, a *ratio legis*. Aplica-se aqui, quanto foi exposto sobre os critérios teleológicos de interpretação, há que atender em primeira linha à intenção reguladora do legislador histórico, mas os critérios teleológico-objectivos também podem ser chamados a intervir quando tal intenção não puder ser demonstrada inequivocamente ou quando se tiver verificado uma evolução da ordem jurídica ou do contexto social. Enfim apurada a *ratio legis*, cabe provar se ela também procede relativamente ao caso omissivo.

Foi atrás assinalado que certos elementos lógicos podem ser relevantes para a integração de lacunas, referindo ao argumento *a minori ad maius* (a lei que proíbe o menos, proíbe o mais) e à *maiori ad minus* (a lei que proíbe o mais, proíbe o menos). Já não me refiro ao argumento *a contrario*, porque pelas razões já expostas não lhe encontro sentido útil. Já sabemos que estes argumentos lógicos tanto podem ser utilizados na interpretação como na integração de lacunas. Podem ser utilizados argumentos lógicos, mas os critérios decisivos são sempre teleológicos.

Os argumentos *a minori ad maius* e *a maiori ad minus*, não devem ser encarados como puros argumentos de lógica formal, mas antes relacionados

com a analogia. Podemos reconduzir estes argumentos ao argumento de maioria de razão, ou *a forciori*, segundo o qual a consequência jurídica estabelecida por uma regra para um determinado caso, deve valer por maioria de razão para um caso omissivo quando a *ratio legis*, se encontra ainda mais justificada para o caso omissivo do que para o caso previsto. O argumento por maioria de razão encontra à semelhança da analogia a sua justificação no princípio da igualdade, só que agora a diferença entre os casos em presença não justifica um tratamento diferente, torna ainda mais premente um tratamento igual, uma vez que a valoração subjacente à regra se justifica para o caso omissivo pode dizer-se que o caso regulado pela regra é um caso análogo e assim reconduzir os argumentos *a minori ad maius* e *a maiori ad minus* à analogia.

A integração dum lacuna pode fazer-se por analogia com qualquer regra actual (legal, consuetudinária ou jurisprudencial): toda a regra do ordenamento jurídico é utilizável. **(O.A.)**

184. Proibições do uso da analogia

Existe uma proibição da aplicação analógica de certas regras, é o que se verifica em primeiro lugar com as normas restritivas de direitos, liberdades e garantias: segundo o artigo 18º/2 da Constituição, a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

Como assinala o Prof. Jorge Miranda, as leis restritivas devem ser interpretadas se não restritivamente pelo menos com a exclusão da aplicação analógica e da interpretação extensiva. Isto explica-se pelo carácter restritivo das restrições aos direitos fundamentais. Só o legislador pode, dentro dos quadros traçados pela Constituição, estabelecer restrições aos direitos fundamentais. Aplicar por analogia ou por interpretação extensiva uma lei restritiva significaria que o direito fundamental, seria comprimido por casos que não foram previstos pelo legislador.

Em segundo lugar decorre do artigo 29º da CRP. e do artigo 1º do Código Penal, que não são aplicáveis por analogia as normas que codificam um facto como crime, definem um estado de perigosidade ou determinam a pena ou medida de segurança que lhes corresponde. Também neste caso, segundo o entendimento dominante, expresso nomeadamente por Figueiredo Dias e por Sousa Brito, a interpretação tem que respeitar o sentido literal possível das proposições jurídicas, e por isso a dita interpretação extensiva nos termos em que é tradicionalmente entendida entre nós, também está excluída, não só a aplicação analógica mas também a interpretação extensiva tal como ela é entendida tradicionalmente entre nós.

Neste sentido pode-se aliás invocar o artº 29º/3 da C.R.P., segundo o qual não podem ser aplicadas penas ou medidas de segurança que não estejam expressamente culminadas em lei anterior. Isto é justificado pelo princípio da legalidade em Direito Penal, que exprime as especiais exigências de segurança jurídica e de certeza do direito objectivo e a protecção dos direitos fundamentais que estão aqui em jogo. A responsabilidade criminal desencadeia sanções que são particularmente gravosas, designadamente sanções privativas da liberdade que constituem uma restrição ao direito de liberdade.

Pode então dizer-se, que então a aplicação analógica destas normas abrange a sua interpretação extensiva nos termos em que é tradicionalmente entendida entre nós.

No caso das normas excepcionais, como já sabem, proíbe-se a aplicação analógica mas admite-se a interpretação extensiva (artigo 11º C.C.). Esta admissibilidade da dita interpretação extensiva, pode ser entendida como um limite à proibição da aplicação analógica.

Como assinala o Prof. Oliveira Ascensão, surge em casos que apresentam mais semelhanças com os casos regulados de modo excepcional do que com os casos submetidos à regra geral. Importa então examinar se a valoração feita pelo legislador relativamente ao casos regulados pela regra excepcional se justifica também para outros casos. Aqui tem que entrar em consideração as valorações, os princípios gerais e outros critérios teleológicos em jogo, e é neste processo que a meu ver se pode dar consistência prática a uma excepcionalidade substancial.

Nesta ordem de ideias, a permissão de interpretação extensiva das regras excepcionais contida no artigo 11º do C.C., significa que estas regras podem ser aplicadas analogicamente às situações abrangidas pelo seu espírito mas não pela sua letra.

A justificação do princípio da proibição da analogia a partir de regras excepcionais parece fávul. Se há uma regra e uma excepção, e surge um caso cuja disciplina se procura, esse caso é naturalmente abrangido pela regra, como regra que é. A excepção está delimitada para os casos para

que foi estabelecida e não tem elasticidade para abranger novas situações.

Mas esta simplicidade é enganadora. Surgem casos que apresentam mais semelhanças com os regulados de modo excepcional que com os constantes da regra geral. A proibição da analogia, observa severamente Carnelutti, equivale a qualificar todos os casos que não sejam idênticos ao regulado pela regra excepcional como casos opostos. **(O.A.)**

185. Integração de lacunas: o recurso a princípios jurídicos. A dita analogia iuris, de Direito ou global

Perante uma lacuna, quando não se encontra uma norma aplicada ao caso análogo, o artigo 10º C.C., manda resolver a situação segundo a norma que o próprio intérprete criaria se tivesse que legislar dentro do espírito do sistema.

Alguns autores, porém distinguem da integração segundo a norma que o intérprete criaria, a integração mediante a analogia *iuris* de direito ou global.

Segundo este entendimento há lugar à analogia *iuris* quando a solução do caso pode ser encontrado mediante a concretização de um princípio jurídico. Esta dita analogia *iuris* distingue-se portanto da analogia anteriormente estudada, que é designada por estes autores por analogia *leges* ou analogia de lei.

A analogia de lei é aquela em que nós temos um caso omissa mas encontramos uma norma que é aplicada ao caso análogo.

Mais simples, costuma distinguir-se a analogia:

- da lei, ou *legis*
- do direito, ou *iuris*

No primeiro caso utiliza-se uma disposição normativa; no segundo um princípio normativo que foi necessário elaborar primeiro, e só através dele se chega à aplicação.

Assim, de uma hipotética disposição que estabelecesse que as obrigações contratuais se deviam exercer com boa fé, poderia por *analogia legis* concluir-se que também as obrigações que não derivassem de contratos se deveriam exercer com boa fé, dada a proximidade das situações; mas já não seria possível por *analogia legis* a aplicação ao exercício de direitos não obrigacionais.

Para concluir que um direito de personalidade, por exemplo, deveria ser exercido de boa fé teríamos de concluir primeiro pela existência dum

princípio geral de que devem ser exercidos com boa fé os direitos subjectivos. A extensão que eventualmente se fizesse seria então justificada por uma *analogia iuris*. **(O.A.)**

Na minha opinião (L.P.), a integração da lacuna mediante a concretização de um princípio jurídico, é um processo bastante diferente daquela integração, que embora dentro do espírito do sistema, não se possa fundamentar num princípio jurídico. Justifica-se portanto a autonomização do recurso a princípios jurídicos como modo de integração de lacunas.

No entanto tenho algumas dúvidas que este processo possa ser visto como uma modalidade de analogia. Estas dúvidas relacionam-se com a relação entre a analogia *leges* e a analogia *iuris*.

Esta distinção é feita nos seguintes termos: na analogia *leges* o intérprete conclui que a ração de uma determinada norma abrange o caso omissis. Na analogia *iuris* o caso omissis não é abrangido pela ração de uma norma singular, mas é abrangido pelo princípio geral que se obtém a partir de várias normas singulares.

Segundo o exemplo dado pelo Prof. Oliveira Ascensão, perante uma hipotética disposição de estabelecer as obrigações contratuais que iriam exercer com boa fé, poderia por analogia *legis* concluir-se que também as obrigações que não derivassem de contratos se deviam exercer com boa fé dada a proximidade das situações. Mas já não seria possível, por analogia *legis*, a aplicação desta norma ao exercício de outros direitos subjectivos não obrigacionais. Assim só seria possível sujeitar um exercício de direito de personalidade à boa fé se se pudesse inserir de várias disposições um princípio geral, segundo o qual os direitos subjectivos devem ser exercidos com boa fé. Tratar-se-ia de uma analogia *iuris*.

Para precisar melhor a distinção entre a analogia dita *legis* e o recurso a princípios jurídicos, creio que terá utilidade recordar a caracterização dos princípios jurídicos anteriormente feita. Disse que o princípio jurídico é uma proposição com elevado grau de indeterminação, que exprimindo directamente um fim ou valor da ordem jurídica constitui uma directriz de solução.

Os princípios assim definidos são princípios directivos, que actuam como comandos de optimização, isto é, orientam a obtenção da solução de forma a que se promova a máxima realização possível de um fim ou valor da ordem jurídica. Destes princípios distinguimos os princípios meramente descritivos que constituem regras gerais. Estas regras gerais obtêm-se através de um processo de abstracção e generalização a partir das normas singulares. Estas regras gerais são preposições determinadas, e por isso não podem funcionar como comandos de optimização.

Se a regra geral se obtém a partir das normas singulares, é uma regra vigente, então ela regula os casos que caem no âmbito da sua previsão

mesmo que eles não sejam abrangidos pelas normas singulares. O problema está em que o intérprete procede neste caso a uma generalização que não está contida no seu sentido literal possível das preposições singulares. O que permite encarar este processo de abstracção e generalização como um processo de integração de lacunas.

Por conseguinte, o recurso aos princípios jurídicos *strico sensu* é também um processo de integração de lacunas.

Trata-se também aqui de um raciocínio de analogia.

O princípio jurídico não apresenta uma previsão determinada, e portanto a sua aplicação não depende de um exame da semelhança entre os casos que são abrangidos pelas regras vigentes em que o princípio se manifesta e o caso omissivo de um ponto de vista valorativo. O que conta antes é o caso omissivo que diga respeito a um domínio jurídico em que vigora o princípio em causa.

Portanto nestes casos podemos dizer que não há propriamente uma analogia ou uma indução.

O artigo 10º do C.C. não se refere aos princípios jurídicos como processo de integração de lacunas. Mas não se deve retirar daí a inadmissibilidade deste processo de integração. Na verdade a formulação do artigo 10º/3 é suficientemente ampla para abarcar a integração da lacuna mediante a concretização de um princípio jurídico. De todo o modo observe-se que a formulação adoptada pelo legislador no artº 10º, tem por consequência que o intérprete quando recorra a um princípio jurídico não se pode limitar a fundamentar o caso concreto no princípio. O intérprete tem de enunciar sobre a forma de uma preposição jurídica determinada que constituirá então uma concretização do princípio jurídico, o critério da decisão do caso.

Para abranger nos princípios gerais os casos que se não deixam integrar nas regras, legais ou naturais, vigentes, esses princípios gerais do direito têm de ser concebidos, não como princípios materiais ou normas, mas como princípios formais. Assim, não determinam directamente condutas, mas estabelecem critérios que permitem, mediante uma valoração, disciplinar as condutas. Com isto fica definitivamente afastada a tentação de confundir os princípios gerais do direito com a *analogia iuris*. (O.A.)

186. Integração de lacunas: a criação de um critério de decisão pelo intérprete

Se não for possível encontrar uma norma aplicada ao caso análogo, nem obter por generalização soluções particulares de uma regra geral que abrange o caso, nem sequer dispôr de um princípio jurídico que

constitua uma directriz para a solução do caso, resta ao intérprete criar ele próprio o critério de decisão do caso.

Mesmo aqui a decisão não é arbitrária, desde logo porque o critério de decisão tem que ser um critério racional e ainda porque o intérprete não é inteiramente livre na formulação do critério. **Ele tem que proceder dentro do espírito do sistema.**

Na formulação do critério de decisão o intérprete tem que respeitar os valores e os princípios da ordem jurídica. Mas não existe qualquer valoração jurídica subjacente a uma norma vigente ou a um conjunto de normas vigentes que abranjam o caso nem existe um princípio jurídico que constitua uma directriz de solução. Portanto a solução não é justificada pelo sistema. Daí que me pareça mais próximo da realidade dizer que a solução tem que ser compatível como sistema, do que dizer que a solução tem que ser conforme com o sistema.

A decisão tem que se fundamentar, em boa parte, em argumentos exteriores ao sistema.

O intérprete deve respeitar as concepções dominantes na sociedade e deve ter em conta a idoneidade da solução para gerar o consenso social. Mas na maior parte dos casos parece inevitável a subsistência de uma margem de apreciação, em que têm que actuar as suas próprias convicções de justiça. Portanto a solução só em parte é controlável pelo sistema, que não deixará de se repercutir sobre os limites em que a decisão proferida por um tribunal neste quadro pode ser objecto de controlo por via de recurso.

O intérprete tem que formular o critério de decisão sobre a forma de uma preposição geral e abstracta. Sob a forma de uma regra que seja susceptível de ser seguida em casos semelhantes. E para o efeito deve tomar em conta as considerações de política legislativa e de técnica legislativa que são relevantes para o legislador.

Segundo **OLIVEIRA ASCENSÃO**, procurando interpretar esta fórmula, observamos que ela não pode significar:

- 1) uma remissão para o arbítrio do intérprete, pois isso seria absurdo;
- 2) um apelo para o sentimento jurídico, pois isso está excluído pelos marcos objectivos que no próprio preceito se estabelecem;
- 3) um recurso à equidade, porque se manda resolver segundo a norma que corresponda ao sistema, e não segundo as circunstâncias do caso concreto.

Este preceito traduz uma intenção generalizadora e não individualizadora. Resolver “segundo a norma” quer dizer resolver segundo a valoração que merece, não o caso concreto, mas a categoria de casos em que ele se enquadra.

E a referência ao acto de legislar conduz no mesmo sentido, pois supõe a anterioridade da demarcação da ordem jurídica objectiva sobre a solução do caso concreto.

Enfim, a exigência de que esse hipotético acto de legislar se processe dentro do espírito do sistema amarra o intérprete às valorações próprias do ordenamento, impedindo-o de se decidir autonomamente, pelo circunstancialismo do caso concreto. **(O.A.)**

A contradição entre agente e o critério de integração supera-se, se distinguirmos o que respeita ao agente do que respeita ao critério da integração.

Agente da integração é efectivamente toda e qualquer pessoa; todos nós temos de recorrer à integração quando apuramos quais as normas jurídicas vigentes.

O espírito do sistema, corresponde aos “juízos e valor legais”. Logo, mesmo quando os princípios substanciais de solução, ínsitos no sistema jurídico, não permitem encontrar uma solução para o caso, podemos e devemos recorrer aos princípios formais, ou juízos de valor, para por meio deles integrar afinal a lacuna. **(O.A.)**

Temos assim que o critério decisivo nesta última fase do processo da integração das lacunas é a *conformidade ao sistema* de uma norma que o intérprete deve determinar e lhe permitirá resolver os casos individuais. Isto significa que a fórmula do artº 10º/3 equivale a estoutra, mais simples: “Na falta de caso análogo a situação é resolvida segundo a norma que corresponder ao espírito do sistema”. **(O.A.)**

187. Limites à integração de lacunas

Em princípio todas as lacunas, quando há situações carecidas de regulação jurídica que não são previstas por nenhuma regra vigente, podem e devem ser integradas.

Nos casos de proibição de analogia, porém, não é permitido ao intérprete aplicar uma lei a uma situação que estaria abrangida por a sua intenção regulativa mas não o seu sentido literal possível. Isto significa à primeira vista que não tem liberdade para integrar a lacuna. É claro que se o intérprete não pode aplicar analogicamente uma lei, também não pode criar ele próprio um critério de decisão para o caso. Em última análise, o que está em causa, não é a integração da lacuna, mas a própria determinação da lacuna.

Quando na verdade exista uma lacuna que careca de integração, poderá suceder que esta integração seja impossível? A resposta é afirmativa.

Em certas situações muito raras a integração da lacuna pode ser impedida por aquilo que se designa por “obstáculo técnico insuperável”. Não há uniformidade na doutrina sobre apreciação deste ponto. **Por**

minha parte creio que só há um obstáculo técnico verdadeiramente insuperável quando a solução do caso depende de recursos materiais ou institucionais que não estão disponíveis, por exemplo, se a lei prevê a constituição de um determinado direito mediante a inscrição de um registo, mas o registo não se encontra organizado, existe uma lacuna que não é susceptível de integração.

CAP. IV - APLICAÇÃO DA LEI NO TEMPO

Aplicação da lei no tempo - prof. Miguel Teixeira de Sousa

A leitura desta parte da matéria não invalida o facto de se ter que estudar também a matéria leccionada pelo prof. Lima Pinheiro!

Enunciado do problema

As fontes do direito são produzidas num determinado momento e as regras que elas contêm entram em vigor num certo momento. Quando ocorre a vigência da LN (= lei nova) verifica-se a revogação da LA (= lei antiga) (artº 7º nº2 do CC). A revogação da LA pela LN permite assegurar a coerência do sistema jurídico, porque ela evita que vigorem duas leis sobre a mesma matéria, mas não resolve todos os problemas relativos à lei aplicável, já que - como é quase inevitável - há situações jurídicas que se constituíram na vigência da LA e que transitam para a vigência desta LN.

Princípios orientadores **Referências da LN**

Os problemas relativos à aplicação da lei no tempo decorrem da sucessão de leis para regular uma mesma realidade.

A LN pode referir-se a factos jurídicos isto é, a realidades que ocorreram num determinado momento e num determinado lugar. Nestes factos jurídicos, há ainda que distinguir duas modalidades:

- os factos instantâneos, ou seja, os factos de verificação instantânea; por exemplo: a celebração de um NJ, a conduta que provoca o fogo, a morte de uma pessoa;
- os factos duradouros (situações de facto), isto é, os factos que perduram no tempo; por exemplo: o tempo necessário para a aquisição

da propriedade por usucapião, os prazos de prescrição, a fofença prolongada que justifica a aposentação do funcionário.

A LN também pode referir-se a efeitos jurídicos:

- os efeitos instantâneos, ou seja, as consequências imediatas de factos jurídicos; por exemplo: o efeito translativo do contrato de compra e venda (Artº 879º al.a), do CC), os efeitos da morte;

- as situações jurídicas, isto é, as consequências duradouras de factos jurídicos; por exemplo: as relações patrimoniais entre os cônjuges, a situação de arrendatário ou de trabalhador, o direito de propriedade.

Fundamentos dos princípios

Segundo Baptista Machado, na resolução dos problemas relativos à aplicação da lei no tempo há que escolher entre um “interesse na estabilidade” e um “interesse na adaptação”. Sobre estes interesses conflitantes, Baptista Machado afirma o seguinte:

- o “interesse na estabilidade pode achar-se mais ou menos fortemente radicado: podem, designadamente, aparecer posições jurídicas particularmente merecedoras de tutela, como o seriam aquelas que certa doutrina qualifica de «direitos legitimamente adquiridos»”;

- o “interesse na adaptação pode ser mais ou menos premente, e tanto pode abranger o interesse de terceiros, o interesse da segurança do comércio jurídico, como um interesse público geral, a saber, um interesse geral da comunidade jurídica (interesse na adaptação às novas realidades sociais) ou um interesse de política legislativa (interesse na unidade e homogeneidade do ordenamento, factores de segurança e pressupostos da igualdade jurídica). Não é possível ao legislador renunciar à realização deste interesse, sob pena de protelar indefinidamente as reformas legislativas ou a vigência efectiva das suas novas leis, com o consequente agravamento dos males sociais a que se propôs dar remédio”.

Enunciado dos princípios

A resolução dos conflitos de leis no tempo orienta-se pelos princípios da não retroactividade da LN e da aplicação imediata da LN. A não retroactividade da LN constituiu um reflexo do interesse na estabilidade e é também uma garantia do Estado de Direito, dado que ela assegura que factos passados e efeitos já produzidos não são abrangidos pela LN. Em concreto, esta não retroactividade da LN significa o seguinte:

- a LN não se aplica a factos passados, isto é, a factos que ocorreram antes da entrada em vigor da LN;
- a LN não se aplica a efeitos passados, isto é, a efeitos que se produziram e se extinguíram durante a vigência da LA.

A aplicação imediata da LN reflecte o interesse na adaptação e constitui uma exigência do Estado de Direito e do carácter tendencialmente abstracto e genérico das regras jurídicas. Desta aplicação imediata da LN decorrem quatro consequências:

- a LN aplica-se a todos os factos futuros que venham a ocorrer na sua vigência;
- a LN aplica-se a todos os efeitos futuros que venham a produzir-se na sua vigência;
- a LN aplica-se a todos os factos jurídicos que se tenham iniciado na vigência da LA e que ainda estejam em curso no início de vigência da LN;
- a LN aplica-se a todas as situações jurídicas que se tenham constituído na vigência da LA e que não se tenham extinguido antes da vigência da LN-

Soluções de conflito

A resolução de um conflito de leis no tempo pode ser obtida através da aplicação imediata da LN, da sobrevigência da LA, da retroactividade da LN ou da retroconexão da LN.

Título constitutivo

Do exposto resulta que é importante determinar se a situação jurídica tem um conteúdo que depende do seu facto constitutivo ou se esse conteúdo é independente deste facto. Neste contexto, parece útil recorrer ao título que está na base de qualquer situação jurídica, devendo, então, admitir-se duas hipóteses.

Uma delas é aquela em que o título não modela a situação jurídica, ou seja, em que a situação jurídica tem sempre o mesmo conteúdo, qualquer que seja o título que a ela esteja subjacente. Por exemplo: o conteúdo do direito de propriedade é sempre o mesmo, independentemente do título da sua aquisição (que pode ser, nomeadamente, um contrato de compra e venda, um testamento ou a usucapião). Esta hipótese é a que está prevista no artº 12º, nº 2, 2ª parte do CC.

A outra hipótese é aquela em que o título modela a situação jurídica, isto é, em que o conteúdo da situação jurídica varia de acordo com o respectivo título constitutivo. Por exemplo: o conteúdo, definido pelas partes, de um contrato de comodato ou de mútuo determina os

correspondentes direitos e deveres. Esta hipótese é regulada pelo artº 12º, nº 2, 1ª parte do CC.

Aplicação imediata da LN

- Factos jurídicos:

O princípio da aplicação imediata da LN aos factos jurídicos encontra-se expresso no artº 12º nº1 1ª parte, ao estabelecer que a lei só dispõe para o futuro. Este preceito significa que a LN regula quer os factos jurídicos que ocorram após a sua vigência, quer os factos duradouros que se iniciaram na vigência da LA e que se mantenham no momento do início de vigência da LN. Por exemplo: a lei que altera a lista das doenças prolongadas que permitem que o funcionário requeira a sua aposentação é de aplicação imediata àqueles que se encontrem afectados por alguma dessas enfermidades.

- Efeitos instantâneos:

Quando referida a efeitos jurídicos instantâneos, a aplicação imediata da LN implica que são abrangidos pela LN os efeitos que se produzam (ou se modifiquem ou se extingam) depois do seu início de vigência.

A constituição de um efeito jurídico pode decorrer da conjugação de factos que ocorreram na vigência da LA e de factos que se verificaram na vigência da LN. Por exemplo: a atribuição a alguém da qualidade de herdeiro testamentário do *de cuius* pode resultar da elaboração do testamento na vigência da LA e da morte do *de cuius* na vigência da LN. Em hipóteses como a descrita verifica-se a formação sucessiva de um efeito jurídico, o que, todavia, não impede a aplicação imediata da LN. Assim, por exemplo, aquele que tinha sido designado como herdeiro em testamento elaborado na vigência da LA, e que deixa de o poder ser por imposição da LN que vigora no momento da abertura da sucessão, perde aquela sua qualidade.

- Situações jurídicas:

A regra da aplicação imediata da LN às situações jurídicas que se constituíram na vigência da LA e que transitam para o domínio da LN consta do artº 12º nº2 2ª parte. Para que se verifique a aplicação imediata da LN a essas situações jurídicas, é necessário, como se estabelece naquele preceito, que a LN disponha directamente sobre o conteúdo de certas situações jurídicas, abstraindo dos factos que lhes deram origem, ou seja, abstraindo do seu título constitutivo. Nesta hipótese, o título não modela o conteúdo da situação jurídica, pelo que nada obsta à aplicação imediata da LN.

Podem ser referidos alguns exemplos de aplicação imediata da LN que incide sobre o conteúdo de situações jurídicas, independentemente do título que lhe esteja subjacente:

- o direito dos familiares da vítima a uma pensão vitalícia, como reparação do acidente de trabalho, surge com a morte do sinistrado, momento no qual se criou, *ex lege*, uma situação jurídica, de natureza duradoura, sem qualquer conexão directa com o facto que lhe deu origem; assim, é imediatamente aplicável a LN;
- a LN sobre o regime da responsabilidade do empreiteiro pelos defeitos da obra perante os terceiros adquirentes do prédio, é imediatamente aplicável a favor destes adquirentes a LN sobre o regime da transmissão do direito ao arrendamento a quem viva em comum com o falecido arrendatário há mais de um ano, é de aplicação imediata aos contratos de arrendamento subsistentes à data da sua entrada em vigor;
- a denúncia do contrato de arrendamento é regulada pela lei vigente ao tempo em que é operada a declaração de denúncia do contrato;
- a qualidade de titular de direito de preferência deve ser apreciada perante a lei vigente na altura da alienação do prédio, pois que é nesse momento que se constitui o direito de preferência.

Sobrevigência da LA

A sobrevigência da LA está prevista no artº 12º nº 2 1ª parte: verifica-se a sobrevigência da LA sempre que a LN se referir às condições de validade de um acto jurídico ou ao conteúdo de situações jurídicas que não possam abstrair do seu título constitutivo.

Condições de validade

A sobrevigência da LA está estabelecida no artº 12º nº 2 1ª parte: quando a LN dispuser sobre as condições de validade substancial ou formal de quaisquer factos, entende-se, em caso de dúvida, que só visa os factos novos. Dito de outro modo: a essas condições de validade aplica-se a LA.

Como exemplos de sobrevigência da LA podem ser referidos os seguintes:

- a LA admitia a celebração de um determinado NJ por forma verbal; a LN passa a exigir a forma escrita na celebração desse negócio; os negócios que foram verbalmente celebrados durante a vigência da LA permanecem válidos;
- a LA exigia a escritura pública como forma de celebração desse negócio por forma verbal; os negócios que foram verbalmente celebrados durante a vigência da LA eram inválidos (artº 220º) e continuam a sê-lo depois da vigência da LN;

- a LA considera que um certo vício da vontade (erro, dolo, coacção moral) constitui causa de nulidade do negócio jurídico; a LN estabelece que essa mesma falta determina apenas a anulabilidades desse negócio; os negócios celebrados durante a vigência da LA permanecem nulos.

Conteúdo de situações

Quando a LN disponha sobre o conteúdo de uma situação jurídica e não seja possível abstrair do respectivo facto constitutivo, não pode verificar-se a aplicação imediata da LN, pois que a hipótese não é enquadrável no disposto no artº 12º nº 2 2ª parte; logo há que aplicar a essa hipótese o estabelecido no artº 12º nº 2 1ª parte, pelo que o conteúdo da situação jurídica continua a ser regulado pela LA. Dito de outra forma: quando a LN incide sobre o conteúdo de situações jurídicas, verifica-se a sobrevigência da LA se o título constitutivo dessas situações tiver um efeito modelador sobre o seu conteúdo.

Como exemplos de sobrevigência da LA sobre o conteúdo de situações jurídicas podem ser mencionados os seguintes: os efeitos da mora no cumprimento são regulados pela lei do tempo de celebração do contrato; os efeitos do não cumprimento ou do cumprimento defeituoso do contrato são regulados pela lei vigente no momento da sua celebração; os efeitos de uma conduta ilícita são definidos pela lei em vigor no momento da realização da conduta.

Retroactividade da LN

A LN é retroactiva quando ela se aplica a factos já ocorridos ou a efeitos já produzidos. Por exemplo: a LN que determina o montante indemnizatório que é devido pela prática de um facto ilícito anterior à sua vigência é uma lei retroactiva.

A LN também é retroactiva quando ela produz um efeito jurídico ou extingue um efeito jurídico produzido com base num título moderador anterior à sua vigência. Como, quando o título modela os efeitos, a regra é a sobrevigência da LA (Artº 12º nº 2 1ª parte), a produção de novos efeitos ou a extinção de efeitos já produzidos só podem ser obtidas através da retroactividade da LN. Por exemplo: o contrato celebrado pelas partes tinha produzido apenas um efeito jurídico; a LN que extrair um outro efeito jurídico do mesmo contrato é uma lei retroactiva.

O princípio é o da não retroactividade da LN (artº 12º nº 1 1ª parte), mas este princípio comporta duas excepções: a LN pode ter eficácia retroactiva (artº 12º nº 1 2ª parte) e a lei interpretativa tem carácter retroactivo (artº 13º nº 1).

Lei retroactiva

Quando a LN tenha eficácia retroactiva, presume-se que ficam ressaltados os efeitos já produzidos pelos factos que ela se destina a regular (artº 12º nº 1 2ª parte). Por exemplo, se a LN retroactiva regular o cumprimento de obrigações decorrente de contratos já celebrados, ela não afecta as obrigações já cumpridas.

(ver também Lei interpretativa)

Retroconexão da LN

A retroconexão decorre do preenchimento da previsão da LN com factos passados ou efeitos já produzidos. A retroconexão não conduz a qualquer alteração do passado, mas à definição do presente em função de factos ou efeitos do passado. Por exemplo: suponha-se que a LN passa a estabelecer a transmissão do arrendamento a quem viva, há mais de um ano, em economia comum com o falecido arrendatário; dado que esta lei é de aplicação imediata aos arrendamentos em curso (artº 12º nº 2 2ª parte), verifica-se uma situação de retroconexão quando esse prazo já se encontrar completado no momento em que aquela LN entrou em vigor.

Modalidades da retroconexão

A retroconexão pode ser total ou parcial. A retroconexão é total quando o facto ou o efeito que serve de previsão da LN já se verificou totalmente no passado. Por exemplo:

- a LN encurta o prazo da separação de facto que permite requerer o divórcio de seis para três anos; a aplicação da LN a um prazo que já se encontrar preenchido no momento do início da sua vigência implica a retroconexão total dessa LN;
- uma fundação institui um prémio para os estudantes de Direito que tenham obtido uma determinada classificação nos dois anos lectivos anteriores; nesta parte, o regulamento do prémio constitui uma hipótese de retroconexão total.

A retroconexão é parcial quando a previsão da LN engloba quer factos que ocorreram ou efeitos que se produziram na vigência da LA, quer factos ou efeitos que se verificaram na vigência da LN. Por exemplo:

- a conduta que desencadeou o dano na saúde do lesado foi praticada

durante a vigência da LA, mas este dano só se revelou na vigência da LN; a aplicação desta LN ao direito de reparação do lesado implica uma retroconexão parcial daquela LN;

- o acidente de trabalho ocorreu na vigência da LA, mas o direito à pensão nasceu na vigência da LN, o que pressupõe uma retroconexão parcial desta lei.

Limites da retroconexão

A retroconexão é distinta da retroactividade, mas alguns limites desta são extensíveis à retroconexão. Assim, por exemplo: a proibição da aplicação retroactiva da lei penal (artº 29º nº 4 da CRP) implica igualmente a impossibilidade de uma LN extrair, para o futuro, quaisquer consequências penais de uma conduta que era lícita quando foi praticada; a proibição da retroactividade das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias (artº 18º nº 3 da CRP) determina a impossibilidade de uma LN retirar quaisquer consequências do exercício lícito de um direito ou do gozo legítimo de uma liberdade ou garantia; a necessidade de a lei retroactiva respeitar o caso julgado (artº 282º nº 3 CRP) impede que uma LN o ignore para o futuro.

A retroconexão conduz à aplicação imediata da LN. Em concreto, na retroconexão total, a LN é aplicada imediatamente a factos ou a efeitos totalmente passados; na retroconexão parcial, a LN é imediatamente aplicada, em parte, a factos ou a efeitos passados e, em parte, a factos ou a efeitos presentes. Dado que a retroconexão pressupõe sempre a aplicação imediata da LN a certos factos ou efeitos (que, pelo menos em parte, já pertencem ao passado quando a LN entra em vigor), há que considerar que ela se encontra consagrada no artº 12º nº 1 1ª parte do CC.

CONTINUAÇÃO APLICAÇÃO DA LEI NO TEMPO - MATÉRIA DO PROF. LIMA PINHEIRO

188. Identificação do problema

A sucessão das normas no tempo coloca ainda a questão de se saber que determinado facto ou situação é regido pela norma antiga ou pela norma nova.

O problema coloca-se fundamentalmente com a sucessão de leis, e por isso é geralmente tratado como o problema da aplicação da lei no tempo.

É de certa forma intuitivo que, em princípio, os factos são valorados juridicamente pela norma que está em vigor no momento da sua ocorrência. No entanto pode colocar-se a questão de saber se uma lei nova é aplicável a factos ocorridos na vigência da lei anterior, ou por

outras palavras, se a lei nova é de aplicação retroactiva.

Por exemplo: A. pratica um acto que constitui um crime no momento da sua prática. Antes do julgamento entra em vigor uma nova lei que descriminaliza o acto. A deverá de ser condenado à pena prevista pela lei antiga? Ou beneficiará da aplicação da lei nova e por isso não será punido!?

O problema coloca-se principalmente com respeito a duas hipóteses diferentes. A primeira, que diz respeito às situações não conclusivas, é de facto que apenas preencheram parcialmente uma previsão normativa de realização continuada ou formação sucessiva da lei antiga quando tal espécie de factos desencadeia um efeito jurídico idêntico ou semelhante perante a lei nova. Por exemplo: há uma sucessão de leis em matéria de usucapião, isto é, a aquisição de um direito real por efeito da posse correspondente durante um determinado período de tempo. Suponha-se que a lei nova estabelece um prazo de usucapião mais longo que a lei antiga. Quando entra em vigor a lei nova ainda não decorreu todo o prazo previsto pela lei antiga. Será que o possuidor adquire o direito quando decorrer o prazo da lei antiga? Ou só quando expirar o prazo fixado pela lei nova?

A segunda hipótese que ainda é mais importante, é a de uma situação que se constituiu durante a vigência da norma antiga, e por isso é uma situação conclusiva, é uma situação já constituída, ainda não tiver esgotado a produção dos seus efeitos no momento da entrada em vigor da lei nova.

Por exemplo: A e B casaram na vigência de um determinado código civil sem terem celebrado convenção nupcial, isto é, sem terem estipulado o regime de bens de casamento. Mais tarde entra em vigor um novo código civil que define de outro modo os direitos e deveres dos cônjuges e que estabelece outro regime de bens supletivos, um regime de bens supletivo diferente. Com a entrada em vigor do novo código civil altera-se os direitos pessoais dos cônjuges e passam a ser regulados pelo novo código civil? Ou continuam a ser regulados pelo código civil antigo? E o regime de bens mantém-se ou é alterado?

189. Direito Intertemporal ou Transitório. Regras de conflitos gerais e especiais

Designa-se por direito inter temporal ou transitório o conjunto de normas e princípios que regulam a aplicação da lei no tempo, isto é, que determinam se um facto, uma situação ou um aspecto de uma situação são regulados pela lei nova ou pela lei antiga. Estas normas e princípios são em primeira linha de natureza conflitual, de direito transitório formal. Neste contexto

formal significa o mesmo que conflitual.

As regras de conflitos da lei no tempo podem ser gerais ou especiais. São gerais quando são aplicadas na generalidade dos ramos do direito ou a um ramo do direito no seu conjunto. São especiais quando regem a aplicação no tempo de uma determinada lei ou regra legal.

São em princípio aplicadas à generalidade dos ramos do direito as regras constantes nos artigos 12 e 13º do C.C.

Há regras gerais que se aplicam a certos ramos do direito, é o que se verifica como veremos com o direito processual e com o direito penal. Claro que estas regras são especiais relativamente às que constam no artº 12º do C.C., limitando a aplicação destas regras. Mas continuam a ser gerais relativamente às normas sobre a aplicação no tempo de uma determinada lei ou regra legal.

Temos um importante exemplo de regras de conflitos especiais no Decreto-lei nº47 344 que como sabem aprovou o Código Civil. A maioria dos seus preceitos é constituída por regras de conflito especiais.

Na maior parte dos casos as regras de conflito especiais representam aplicações das regras gerais em situações em que a sua actuação poderia suscitar algumas dúvidas. O legislador tentou consagrar a regra geral por forma a adiar tais dúvidas. Embora a formação de regras de conflito especiais seja vantajosa, porque evita as dificuldades das concretizações das regras gerais, não é a solução normal. A grande maioria dos diplomas não contém regras sobre a sua aplicação no tempo. Em muitos casos as regras de conflitos especiais contidas num diploma também não resolvem todos os problemas suscitados pela sua aplicação no tempo. São as regras gerais que por isso desempenham o principal papel na resolução do problema.

190. Regras materiais especiais

Mas também podemos ter regras materiais especiais. O legislador pode prescrever um regime material especial para situações que apresentam laços temporais significativos com a lei nova e com a lei antiga. E vou limitar-me a dar um exemplo: o art. 20º do DL 47000/334, sobre os filhos adulterinos, que determina que os assentos secretos de perfilhação de filhos adulterinos, validamente celebrados ao abrigo da legislação vigente, tornar-se-ão públicos mediante averbamento oficioso, sempre que sejam passadas certidões do respectivo registo do nascimento. Esta norma não aplica a lei nova (estabelece que os assentos são públicos) nem aplica a lei antiga (estabelece que os

assentos são secretos) – estabelece uma solução especial.

191. Princípio da irretroactividade. Determinações constitucionais

No direito inter-temporal vigoram, em minha opinião, dois princípios que temos de estudar antes de estudar as regras de conflitos gerais. O primeiro princípio está enunciado no art. 12º/1 do CC: a lei só dispõe para o futuro; ainda que lhe seja atribuída eficácia retroactiva, presume-se que ficam ressalvados os efeitos já produzidos. Este princípio fundamenta-se na ideia de supremacia de Direito, que está associada à ideia da actuação da norma como regra de conduta. A norma só pode determinar as condutas depois da sua entrada em vigor. Quando se aplica a factos que ocorreram antes da sua entrada em vigor, pode constituir um critério de decisão, mas não de conduta. Daqui decorre que os factos são valorados juridicamente segundo a lei em vigor no momento da sua ocorrência e que a nova lei não atinge os efeitos jurídicos já produzidos pela lei antiga. **Esta ideia constitui o núcleo do princípio da não retroactividade.** Porém, este é susceptível de limitações, admitidas pelo 12º/1. Acresce que o conceito de retroactividade não é inequívoco, o que também suscita dúvidas sobre o alcance do princípio. Os autores distinguem diversos graus de retroactividade, sem que haja uniformidade:

Na sistematização de OLIVEIRA ASCENSÃO, seguida por MARCELO REBELO DE SOUSA e MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, são quatro os graus de retroactividade:

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

Na retroactividade extrema, a lei nova é aplicada aos factos ocorridos antes da sua entrada em vigor, sem quaisquer limites, sem respeitar os casos julgados (o efeito de decisões jurisdicionais que já não admitam recurso ordinário). Esta não é constitucionalmente admissível.

Na retroactividade quase extrema o único limite à aplicação da lei nova é o caso julgado – logo, também se aplica às situações que se constituíram e se extinguíram ao abrigo de uma lei antiga. Por exemplo, uma lei que viesse reduzir a taxa de juro máximo e estabelecesse a sua aplicação a contratos, aplicava-se não só a contratos celebrados depois da sua entrada em vigor, mas também aos celebrados e executados antes da sua entrada em vigor, desencadeando, por isso, a obrigação de restituir os juros vencidos e pagos, ao abrigo da lei antiga.

Na retroactividade agravada, só respeita os efeitos que tiverem um título que lhes dê especial reconhecimento - é a retroactividade das leis interpretativas (13º CC).

Na retroactividade ordinária, são respeitados os efeitos produzidos pela lei antiga, no que toca aos factos que a lei nova vem regular. É a esta que se reporta a segunda parte do 12º, CC.

Este princípio suscita particulares dificuldades quanto às situações jurídicas constituídas ao abrigo da lei antiga. A situação jurídica constituída ao abrigo da lei antiga é produzida por um facto produzido durante a vigência da lei antiga. Mas o princípio da retroactividade nada nos diz quantos aos efeitos que estão ligados à situação, já depois da entrada em vigor da lei nova. Há efeitos que se prolongam no tempo e que não podem ficar imunes à lei nova. Se as leis novas não fossem directamente aplicadas a situações como a propriedade de imóveis, algumas áreas do direito vigente seriam completamente inoperantes. Parece óbvio que, em certos domínios, as leis novas, embora respeitem em princípio, as situações constituídas ao abrigo da lei antiga, têm de ser aplicadas ao contíguo destas situações. Assim, sem prejuízo de termos de distinguir diferentes domínios jurídicos, tende-se a distinguir entre a constituição da situação e o conteúdo da situação.

Quando a lei nova se aplica ao conteúdo, ela atinge as situações existentes no momento presente. Mas isto significa que os sujeitos destas situações se devem, doravante, orientar pela lei nova. Que o exercício dos poderes materiais que essas situações facultam se regem, doravante, pela lei nova. Isto conforma-se com o princípio da não retroactividade, nos termos atrás expostos.

Disse que este princípio admite limitações. Mas estas limitações não são admitidas em certos domínios em que a CRP proíbe a retroactividade. Certas constituições proíbem a retroactividade de forma genérica. Na CRP, apenas se encontra uma proibição de retroactividade em domínios bastante especificados. No entanto, é possível inferir, de várias das normas e princípios constitucionais, certos limites gerais.

Comecemos pelas proibições específicas:

O art. 18º/3 proíbe a aplicação retroactiva das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias. Encontramos outras duas proibições no domínio penal, 29º/1. Esta proibição é, no entanto, limitada pelo disposto no número seguinte, 29º/2.

Portanto, se A pratica um acto que não constitui crime perante a lei em vigor no momento da prática do acto, a lei posterior que incrimina a prática desse acto não lhe pode ser aplicada.

A outra proibição de domínio penal diz respeito à competência dos tribunais em matéria criminal. A lei sobre a competência dos tribunais

em matéria criminal não pode ser retroactiva visto que nenhuma causa pode ser retirada ao tribunal cuja competência esteja fixada em lei anterior – art. 32º/9 da CRP. Por fim, há uma proibição de retroactividade no domínio fiscal – 103º/3, CRP.

192. Princípio da continuidade das situações jurídicas. Teoria dos direitos adquiridos

A teoria dos direitos adquiridos foi superada e não vou falar dela. Um segundo princípio geral que, EM MINHA OPINIÃO, vigora é o da continuidade das situações jurídicas. Por isto entendo a proposição jurídica segundo a qual a destruição ou modificação essencial de situações constituídas ao abrigo da lei antiga tem de fundar-se em valores e princípios supra-ordenados às exigências gerais da segurança jurídica e à confiança dos sujeitos jurídicos, quando objectivamente justificada, na permanência da situação existente. Este princípio fundamenta-se no valor da segurança jurídica e no princípio da segurança – na relação dos cidadãos com a legislação. Pode ser visto como uma concretização do princípio do Estado de Direito. Este não se opõe em absoluto à destruição ou modificação essencial das situações pré-existentes – mas só o admite quando não haja uma confiança objectivamente justificada e merecedora de protecção, na permanência da situações por parte dos seus titulares ou quando tal seja exigido por valores e princípios supra-ordenados, relativamente às exigência da segurança jurídica e da protecção da confiança. Parece-me ser neste sentido que aponta a jurisprudência constitucional portuguesa, nos termos que atrás referi.

193. A teoria do facto passado

É hoje a mais amplamente aceite, em matéria de aplicação da lei no tempo. Segundo esta teoria, retroagir é agir sobre o passado. Como o passado se consubstancia em factos, retroagir é agir sobre factos passados. A não retroactividade significa, pois, que a factos passados se aplica a lei antiga e aos factos novos se aplica a lei nova. No modo como atrás formulei o princípio da não retroactividade já estava implícita esta teoria. Claro que o princípio, formulado com esta singileza, não resolve todos os problemas. Os factos de que falamos são factos jurídicos – factos aos quais a lei associa efeitos jurídicos. O problema da aplicação no tempo subsiste relativamente aos efeitos jurídicos. Mas na moderna

ciência jurídica, esta teoria é complementada pelo princípio da aplicação imediata da lei nova às situações em curso – as situações constituídas ao abrigo da lei anterior e que subsistem à data de entrada em vigor da lei nova. O art. 12º, CC, consagra esta combinação da teoria do facto passado com este princípio, na formulação que nos foi dada por ENNECERUS e NIPPERDEY.

194. Regras de conflitos gerais do art. 12.º CC

Para resolver os conflitos de leis no tempo, deve atender-se, primeiro, às normas de resolução de conflitos especiais constantes da lei nova. Só na insuficiência destas é que há que recorrer às normas de conflitos gerais. Em primeiro lugar há que atender às regras gerais que são privativas do ramo do direito em causa. Só depois há que recorrer ao art. 12º. Em caso de dúvida, deve entender-se que a lei não é retroactiva – é o que decorre do princípio da não retroactividade da lei, no quadro dos critérios teleológico-objectivos da interpretação. No que toca aos actos jurídicos, encontra-se estabelecido, expressamente, no art. 12º/2, primeira parte, que quando a lei dispõe sobre as condições de validade formal ou substancial ou dos seus efeitos, só visa os factos novos. Os factos visados neste preceito são os actos jurídicos porque só em relação a estes faz sentidos em falar de validade formal ou substancial. A retroactividade apresenta vários graus. Presume-se que é meramente ordinária – são ressalvados os efeitos já produzidos – 12º/1, segunda parte. Por conseguinte, a retroactividade agravada ou quase extrema tem de resultar de declaração expressa do legislador ou de uma norma implícita estabelecida com base em critérios de interpretação. Por exemplo, uma lei que venha fixar uma taxa de juro máxima inferior à até aí praticada e se declare aplicável aos contratos anteriores, não atinge, salvo declaração em contrário, os juros do passado – os efeitos são ressalvados. Quando a lei não se atribui, a si mesma, força retroactiva, é ainda necessário determinar o seu efeito de aplicação com respeito às situações em curso. A este respeito distingue-se conforme a lei dispõe sobre factos ou directamente sobre situações jurídicas.

Comecemos pelos casos em que a lei dispõe sobre factos. Segundo o princípio da não retroactividade, entende-se que a lei que dispõe sobre os factos só é aplicável aos factos novos – isto é, aos factos que ocorram após a sua entrada em vigor ou sobre os seus efeitos (12º/2, primeira parte). Assim, por exemplo, a lei que estabeleça o regime aplicável a um determinado tipo de contrato, quando não atribua a si própria eficácia retroactiva só é aplicada à validade e aos efeitos dos contratos celebrados depois da sua entrada em vigor. A lei que contenha o regime de responsabilidade civil por acidentes de viação, se não

reclamar eficácia retroactiva só é aplicável a acidentes ocorridos depois da sua entrada em vigor.

Voltemos aos casos em que a lei dispõe directamente sobre o conteúdo de uma situação jurídica. O princípio da não retroactividade já nada nos diz sobre o âmbito destas normas no tempo – isto é, de saber se se aplicam às situações que se venham a constituir no futuro ou também às pré-existentes. Deve entender-se, em caso de dúvida, que a nova lei é aplicável ao conteúdo de todas as situações da categoria referida que devam produzir efeitos na vigência da nova lei. Abrange, portanto, tanto o conteúdo das situações que se venham a constituir como o conteúdo das situações em curso. É o que resulta do princípio da aplicação imediata da lei nova às situações em curso (12º/2, segunda parte).

Por exemplo, se uma lei vem estabelecer normas sobre o conteúdo da propriedade horizontal, é de entender, se outra coisa não resultar inequivocamente da própria lei, que a lei se aplica quer aos direitos de propriedade horizontal que se venham a constituir no futuro, quer aos constituídos ao abrigo da lei antiga.

Por conseguinte, dizer que o conteúdo é regulado pela nova lei significa, do mesmo passo, dizer que os efeitos doravante ligados à situação são regidos pela nova lei.

Mas a distinção entre as normas que dispõe sobre factos e normas que dispõe sobre conteúdo de situações jurídicas suscitará sempre dificuldades. Esta distinção não deve ser feita tendo em conta apenas o teor literal das normas, mas também a matéria em causa. O conteúdo de certas situações jurídicas determina-se pelos factos constitutivos. É o que se verifica nas obrigações contratuais. Os direitos e obrigações gerados pelo contrato são, antes de mais, os que forem convencionados pelas partes. Assim, as normas sobre esta matéria são, geralmente, de entender como normas que dispõe sobre factos. Quando estas normas dispõem sobre o conteúdo da relação obrigacional, é de partir do princípio que não se abstraem do facto constitutivo que é o contrato e, por conseguinte, que não dispõe directamente sobre o conteúdo desta relação. De onde decorre que, se outra coisa não resultar da lei em causa, ela só é aplicável aos direitos e obrigações pelos contratos gerados pela sua entrada em vigor. Já o conteúdo de outras situações jurídicas é fixado quase exclusivamente pela lei – como as situações jurídicas familiares, os estados jurídicos gerais (ex: maioria) ou sobre os direitos reais. As normas que dispõe sobre o conteúdo destas situações ou qualidades jurídicas abstraem, normalmente, dos factos que lhes dão origem e, por isso, dispõe directamente sobre o seu conteúdo. De onde decorre que, se outra coisa não resultar inequivocamente da lei em causa, se aplica às situações que se constituam no futuro, quer às situações pré-existentes.

As normas sobre a constituição da situação, contidas na lei nova, só são, em princípio, aplicáveis às situações futuras. Por isso, a constituição das situações em curso continua a ser apreciada pela lei antiga. As normas que disponham directamente sobre o conteúdo da situação são aplicáveis às situações em curso – o conteúdo da situação passa a ser apreciado pela lei nova.

Poderão surgir algumas dificuldades no caso dos efeitos que pressupõe uma pluralidade de factos distanciados no tempo. Referirei apenas alguns princípios de solução. Quando um dos factos constitui o fundamento real do efeito jurídico e o outro facto constitui mera condição ou termo, cuja verificação determina o desencadear do efeito jurídico, será decisivo o momento da produção do primeiro facto. Assim, por exemplo, um negócio jurídico condicional estará, em princípio, submetido à lei vigente no momento do negócio e não à lei vigente no momento da verificação da condição. Noutros casos, será, em princípio, aplicável a lei em vigor no momento em que se completar o preenchimento da previsão normativa – no momento em que se verificar o último dos factos pressupostos da norma (ex: na sucessão hereditária, será aplicável a lei em vigor no momento da morte e não a lei em vigor no momento da constituição do vínculo de parentesco).

195. Leis sobre prazos. Previsões de realização continuada e de formação sucessiva

No 297º/1 e 2 do CC, encontramos normas da aplicação da lei no tempo das leis que estabelecem prazos. O nº 1 refere-se à hipótese da lei encurtar o prazo. Nesta hipótese, a lei nova aplica-se aos prazos em curso. Mas o novo prazo só se conta a partir do início de vigência da lei nova.

Por exemplo, se o prazo era de 5 anos e depois de decorrer um ano entrou em vigor uma lei que fixa o prazo em 2 anos, o prazo passa a ser de 2 anos, mas só se inicia a contagem a partir da entrada em vigor da nova lei. No entanto, quando o tempo que falta se completar o prazo fixado pela lei antiga for menos do que o prazo fixado pela nova lei, aplica-se a lei antiga. Assim, se o prazo era de 5 anos, já decorreram 4 anos e entra uma lei nova que determina 2 anos, o prazo conta-se a partir da lei antiga – basta que decorra mais um ano. A hipótese da lei nova alongar o prazo é contemplada pelo nº 2. Neste caso, aplica-se a lei nova, mas o tempo já decorrido na vigência da lei antiga é tomado em conta como se tivesse decorrido ao abrigo da lei nova. Se o prazo era de 2 anos, passou 1 ano, entrou em vigor uma lei que fixa o prazo de 5 anos, é o prazo de 5 anos que se aplica mas já se conta o prazo decorrido ao abrigo da lei antiga – faltam 3 anos.

A previsão das normas sobre prazos é de realização continuada. O problema da sua aplicação no tempo é um aspecto particular da problemática da aplicação no tempo das normas dotadas destas previsões ou de previsões de formação sucessiva.

As previsões de realização continuada são aquelas que se reportam a factos cuja verificação se prolonga no tempo – factos continuados.

As previsões de formação sucessiva são aquelas que se reportam a uma pluralidade de factos que devem acontecer em momentos sucessivos. Estes podem ser vistos como elementos de um facto complexo – facto de produção sucessiva.

Já decorre do exposto anteriormente que a teoria do facto passado tem sido entendida no sentido de um momento relevante para a aplicação da lei no tempo ser aquele em que se completa o preenchimento da previsão de realização continuada ou de formação sucessiva. Só não é assim quando o facto posterior constitui uma mera condição ou termo. Segundo este entendimento mais corrente, se o preenchimento se completou na vigência da lei antiga, estamos perante uma situação conclusa. Se esta situação não esgotou todos os seus efeitos na vigência da lei anterior, temos uma situação conclusa em curso – em princípio será aplicada a lei nova quanto ao conteúdo da situação, mas a sua constituição será apreciada pela lei antiga (princípio da continuidade das situações jurídicas). Se o preenchimento da previsão não se completou na vigência da lei anterior, temos uma situação inconclusa – é exclusivamente aplicável a lei nova. Pode suceder que a lei nova não atribua relevância jurídica ao facto continuado ou de formação sucessiva que se tenha verificado durante a vigência da lei antiga. Por exemplo, a lei antiga previa a prescrição requisitiva de um determinado direito que a lei nova não prevê. Se não foi adquirido à face da lei antiga, também não pode ser à face da lei nova.

É mais frequente, porém, que a lei antiga e a lei nova atribuam relevância a factos da mesma espécie. É o que se passa com a sucessão de leis sobre prazos. O facto “decorso do tempo” tanto releva face à lei antiga como à lei nova. Coloca-se a questão de qual a relevância perante a lei nova de verificação parcial do facto na vigência da lei antiga. Nem a teoria do facto passado nem o princípio da continuidade das situações jurídicas fornecem uma solução. Para a sua resolução, afigura-se antes decisiva a seguinte consideração: se tanto a lei antiga como a lei nova regulam no mesmo sentido, negar relevância à verificação parcial do facto ao abrigo da lei antiga constituiria uma contradição valorativa. A teoria do facto passado não pode ser entendida de forma conceptualista, que se traduz numa delimitação demasiado rígida entre situações conclusas e inconclusas e na negação

da relevância destas últimas. Em suma, as inconclusas também são relevantes quando a lei nova liga um efeito jurídico a factos continuados ou de produção sucessiva da mesma espécie dos previstos pela lei antiga. Nestes casos, os factos ou a parte do facto ocorrido na vigência da lei anterior terão o valor que lhes for atribuído pela lei nova – tudo se passará como se esses factos tivessem ocorrido durante a vigência da lei nova.

O entendimento que ACABO DE DEFENDER encontra-se consagrado com respeito à sucessão no tempo das leis sobre prazos. Como o prazo fixado pela lei anterior ainda não expirou no momento da entrada em vigor da nova lei, a situação é inconclusa. Por conseguinte, é em princípio aplicado exclusivamente a lei nova. Mas o tempo decorrido na vigência da lei antiga é relevante. No caso do prazo fixado pela lei nova ser mais longo, é este o prazo mas computa-se nele o tempo já decorrido na vigência da lei antiga. No caso do prazo fixado pela lei nova ser mais curto há um desvio aos princípios de solução expostos. O encurtamento do prazo podia ter efeitos de surpresa contrários à segurança jurídica (ex: casos de prescrição). Mas se o tempo fixado pela nova lei exceder o tempo previsto pela lei antiga, aplica-se a lei antiga. A ratio do art. 297º/1 também abrange os casos em que a lei antiga não estabelecia nenhum prazo e este vem estabelecido na lei nova. Nestes casos, o prazo só se deve contar a partir do início de vigência da lei nova. As mesmas soluções são aplicáveis quando a lei nova altera o momento a partir do qual o prazo começa a contar. Se o momento inicial é antecipado, aplica-se o 297º/1; se é retardado, aplica-se o 297º/2.

Para terminar, referir algumas posições doutrinárias quanto ao 297º.

Segundo BAPTISTA MACHADO, o artº não será aplicável aos prazos cujo decurso não desencadeie, de per si, a produção de qualquer efeito jurídico, como será o caso de prazos pressupostos por presunções legais ou de que depende o exercício de faculdades legais. Por exemplo, a lei que encurta o tempo necessário para a conversão do divórcio será aplicada imediatamente e sem mais. Ou a lei que encurta o prazo de separação de facto que fundamenta o requerimento do divórcio sem o consentimento do outro cônjuge. Na linha do sugerido pelo autor e por TEIXEIRA DE SOUSA, parece que o 297º não será aplicado aos prazos supletivos em matéria de negócios jurídicos, designadamente os prazos de caducidade, que podem ser afastados pelas partes. A aplicação no tempo das leis que alteram estes prazos ficam, em princípio, reguladas pelas regras de conflitos gerais aplicáveis ao negócio jurídico.

196. Leis interpretativas

Como se disse já, a lei interpretativa é aquela que se limita a fixar o sentido juridicamente relevante de uma proposição jurídica. Contrapõe-se a regra inovadora.

A regra inovadora é aquela que de qualquer modo altera a ordem jurídica introduzindo um novo conteúdo normativo. A função normal da lei é a de criar regras inovadoras e por isso as RJ (relações jurídicas) são geralmente inovadoras.

As regras interpretativas relacionam-se com a interpretação autêntica. A lei que realiza interpretação autêntica é necessariamente uma lei interpretativa. Mas pode haver leis interpretativas que por provirem de fonte hierarquicamente inferior à lei interpretada não realizam interpretação autêntica apenas tem uma eficácia interna ou valem apenas como regulamento da lei interpretada.

Quando se coloca o problema da aplicação no tempo das leis interpretativas tem-se em vista aquelas em que se realiza a interpretação autêntica.

O **artigo 13.º do CC estabelece** que a lei interpretativa integra-se na lei interpretada. Ficando salvos, porém, os efeitos já produzidos pelo cumprimento da obrigação, sentença passada em julgado, transacção ainda que não homologada ou por acto de análoga natureza.

O que é que significa “por integração da lei interpretativa na lei interpretada”?

O professor Baptista Machado parece entender que a lei interpretativa se consume com a lei interpretada e portanto não há uma substancial retroactividade da lei interpretativa.

O professor Oliveira Ascensão, pelo contrário, entende que a lei interpretativa não se confunde com a lei interpretada. A fixação do sentido da lei anterior é uma nova injunção e que como tal, a lei interpretativa é retroactiva. Essa controvérsia não é alheia ao conceito de lei interpretativa e às reservas atrás manifestadas quanto a admissibilidade desta categoria de regras.

Mas a lei interpretativa distingue-se da actividade de interpretação e aplicação realizada pelos órgãos de aplicação porque é um novo lapso do poder político que tem a vinculatividade própria da lei. Por integração da lei interpretativa na lei interpretada, quer significar que a lei interpretativa se aplica aos mesmos factos e situações que a lei interpretada. Tudo se passa como se a lei interpretativa tivesse sido publicada na data da lei interpretada.

Ao aplicar-se a factos que ocorreram antes da sua entrada em vigor, a lei interpretativa vai valorar condutas que podem ser orientadas por outras das orientações possíveis da lei interpretada. Parece por isso

preferível o entendimento segundo o qual a lei interpretativa é retroactiva – **opinião de Lima Pinheiro.**

É uma retroactividade agravada porque só respeita os efeitos já produzidos pelos factos passados aqueles que tiverem um título que lhes dê especial reconhecimento. Estes títulos são, o caso julgado, o cumprimento da obrigação, a transacção – contrato pelo qual as partes previnem ou terminam o litígio mediante recíprocas concessões, e actos de natureza análoga.

Estes efeitos são ressalvados porque: 1- no caso de cumprimento da obrigação pode dizer-se em princípio que a obrigação esgotou os seus efeitos antes da entrada em vigor da lei interpretativa. Nos restantes casos temos situações que se tornaram certas e pacíficas antes da entrada em vigor da lei interpretativa. Já através de decisão judicial, ou de acordo das partes destinado a prevenir ou a resolver um litígio.

Para Lima Pinheiro é assim que se deve interpretar a expressão “actos de natureza análoga”. Serão então de natureza análoga, como assinala **Pires de Lima, Antunes Varela e Baptista Machado**, todos os actos que importem a definição ou reconhecimento expresso do Direito como é o caso de desistência em que se dá o abandono da pretensão por parte do autor de uma acção ou da confissão do pedido que é o reconhecimento pelo réu da pretensão do autor.

No entanto, se a lei interpretativa for favorável ao desistente ou confitente este pode revogar a desistência ou a confissão não homologados pelo tribunal – **artigo 13/2.**

Portanto, de acordo com o numero 1 do mesmo artigo, a lei interpretativa não prejudica os efeitos da desistência e da confissão mas por força do numero 2, se a lei interpretativa for favorável ao desistente ou confitente este pode revogar o mesmo efeito se estas não se encontrarem homologadas – **regra material especial. Que confere faculdade de revogação.**

O legislador entendeu que o desistente ou confitente não deve ficar vinculado a actos que foram praticados com base numa interpretação da lei que lhe é menos favorável que aquela que vem a ser consagrada por interpretação autêntica enquanto estes actos não forem homologados por decisão judicial.

Para os autores à pouco referidos, são ainda de natureza análoga, de uma maneira geral, os factos extintivos como a compensação e a novação. Aqui haverá que atender a uma analogia com a extinção da obrigação com o cumprimento. Essa analogia é de afirmar, relativamente a outros actos que constituem causas de extinção das obrigações como a compensação e a novação. A compensação é o meio do devedor se liberar da obrigação mediante extinção simultânea do crédito equivalente que disponha sobre o credor – **artigo 847 e seguintes CC.**

A novação e a extinção de uma obrigação mediante a constituição de uma nova obrigação em substituição da antiga – **857 e seguintes do**

CC. - já não é lícito afirmar analogia relativamente a quaisquer factos extintivos de situações jurídicas.

Sucedem, por vezes, que o legislador qualifica com interpretativa uma lei substancialmente inovadora. O sentido dessa qualificação é normalmente o de atribuir força retroactiva agravada à lei em questão. Embora essa prática seja criticável do ponto de vista da técnica legislativa, o intérprete deve acatar a retroactividade da lei contanto que essa seja constitucionalmente permitida e não contrarie lei ordinária superior do ponto de vista hierárquico.

As determinações constitucionais de irretroactividade não podem ser torneadas mediante qualificação de uma lei interpretativa. O intérprete deve controlar o carácter interpretativo da lei. Assim, por exemplo, uma lei ordinária não pode, sob pretexto de interpretação vir a alargar retroactivamente o âmbito de aplicação de um tipo de crime e tão pouco criar retroactivamente novos tipos de crime.

O mesmo sucede quando a lei dita interpretativa contrarie uma proibição de retroactividade estabelecida por uma lei ordinária de fonte hierarquicamente superior.

Verificamos que enquanto as regras contidas no artigo 12.º do CC estão formuladas como regras interpretativas, a regra do artigo 13/1 está formulada de modo perceptivo, o que poderia sugerir a vinculação do próprio legislador. Isto não é exacto, pois parece a **Lima Pinheiro** que o legislador tanto pode estabelecer que a lei interpretativa não é retroactiva ou só é ordinariamente retroactiva, como dentro dos limites constitucionais se pode estabelecer que a lei retroactiva tem retroactividade quase extrema aquela que só ressalva os casos julgados. A regra do artigo 13º como regra de conflito geral só é aplicável na falta de regra de conflitos especial.

De resto, uma vez que a regra do artigo 13º é uma disposição ordinária, só se sobrepõe às normas de aplicação no tempo por fonte hierarquicamente inferior a lei formal.

Portanto, mesmo que se entenda que o artigo 13º proíbe retroactividade quase extrema, isto só atinge as leis de fonte hierarquicamente inferior. Parece estar próximo deste entendimento o **Professor Oliveira Ascensão**, mas este autor vai mais longe porque considera possível o entendimento segundo o qual o artigo 13/1 exprimiria proibição constitucional de retroactividade quase extrema.

197. Concretização das regras gerais - negócios jurídicos e

obrigações

Negócios jurídicos e obrigações - é frequentemente defendido que há formação, validade e eficácia dos negócios jurídicos que aplicam a lei em vigor ao tempo da sua celebração. Talvez se justifique uma posição mais cautelosa que tenha em conta a diversidade dos NJ e o grau variável em que o seu conteúdo é legalmente conformado. Será aconselhável distinguir os NJ obrigacionais os NJ reais, familiares, sucessórios.

Por outro lado, são frequentes as disposições de direito intertemporal segundo as quais um acto inválido face à lei antiga só poderá ser anulado ou nulo se não satisfizer os requisitos estabelecidos pela lei nova. Artigo 13º, 14º e 22º do DL 47334 que aprovou o Código Civil relativamente ao casamento, aos actos praticados pelos cônjuges e aos testamentos respectivamente.

Baptista Machado fala a este respeito de leis confirmativas, quando a lei nova vem ressaltar a validade de um acto que não era áalido ao tempo da lei em vigor na sua celebração.

Baptista Machado e Oliveira Ascensão veêm aqui a expressão de um princípio mais geral. Para Baptista Machado poderá ser possível salvar a validade de acto celebrado na vigência da lei antiga por aplicação da lei nova mesmo que a lei nova não disponha expressamente nesse sentido. Seria de exigir, no entanto, que a interpretação da lei nova como lei confirmativa tenha o mínimo de apoio no texto legal e que a sua aplicação não prejudique os interesses de uma contraparte ou de terceiros.

Oliveira Ascensão refere-se a aproveitamento no sentido de aproveitamento dos actos praticados quando perante a lei nova esses actos seriam válidos.

Tenho uma posição intermédia, **Teixeira de Sousa** distingue conforme o negocio jurídico estiver ou não a produzir efeitos no momento da entrada em vigor da lei nova. Só no caso do negócio ainda estar a produzir efeitos é que se justificaria aplicar retroactivamente a lei nova mais favorável à validade do negócio.

É seguro que as normas sobre contratos obrigacionais sejam de se entender como normas que dispunham sobre factos, mesmo que se trate de normas que regulem o conteúdo de negócios contratuais, este conteúdo determina principalmente os factos constitutivos. É possível, todavia, que uma lei venha a dispôr directamente sobre o conteúdo de relações contratuais, abstraindo-se do facto constitutivo, do contrato.

Ex. uma lei que proíba certas cláusulas contratuais gerais ou disponha sobre o RAU.

Para Lima Pinheiro, para chegar a esta conclusão, se uma lei dispõe directamente sobre o conteúdo de uma relação contratual, na falta de disposição de direito transitório especial, o intérprete terá sempre de

demonstrar que é intenção legislativa atingir os contratos celebrados antes da entrada em vigor da lei. Esta demonstração está naturalmente facilitada nos casos em que a lei incide sobre relações contratuais como o arrendamento urbano que são relações contratuais de longa duração ou quando a lei prossiga em primeira linha fins de linha económica, social etc.

Em alguns casos essa aplicação da lei nova aos contratos em curso, decorre inequivocamente da *ratio legis*, assim quando a lei nova tenha por objectivo reequilibrar as relações contratuais que em razão de perturbações políticas ou sociais, ou de circunstâncias económicas imprevisíveis, viram a sua economia perturbada.

As normas sobre obrigações involuntárias são geralmente de entender como normas que dispõem sobre factos. Logo, a responsabilidade extracontratual é revelada pela lei em vigor ao tempo de ocorrência do facto gerador de responsabilidade.

198. Cont. - direitos reais

Regras gerais de direitos Reais

Por aplicação das regras gerais atrás expostas, a lei nova que disponha sobre o conteúdo do direito real é aplicável aos direitos reais adquiridos na vigência da lei antiga. Contudo, à aquisição do direito continua a ser associada a lei antiga. Assim, por exemplo, para determinar o conteúdo de um direito de propriedade adquirido antes da entrada em vigor do actual código civil, nós aplicamos o regime contido no actual código civil embora a lei que adquiriu o direito de propriedade e a lei em vigor ao tempo da aquisição do Direito.

Embora em princípio, as normas que regulam o conteúdo do direito Real abstraiam o facto constitutivo, é de admitir a possibilidade de certas normas disporem sobre o conteúdo do direito real enquanto efeito do facto constitutivo. Concebível designadamente com aqueles elementos de conteúdo dos direitos reais que podem ser modelados contratualmente. A verificar-se esta hipótese, os elementos do conteúdo de direito real dominados pelo facto constitutivo continuariam submetidos à lei em vigor no momento da constituição do Direito.

199. Cont. - relações de família

Regras Gerais sobre situações de Direito da Família

As regras gerais sobre situações em curso aplicam-se também a relações de família e ao estado de família. Estado de casado que se pode adoptar é um efeito produzido ao abrigo da lei em vigor no momento da celebração do casamento ou da sentença de adopção.

Portanto, a lei posterior não atinge, salvo retroactividade, a constituição do Estado. Mas a lei nova é aplicável ao conteúdo do Estado, assim a lei que vem estabelecer requisitos de forma do casamento diferentes dos formulados pela lei anterior só é aplicável aos casamentos doravante celebrados na vigência da lei nova. As normas da lei relativas aos direitos e deveres dos cônjuges são aplicáveis aos casamentos celebrados durante a vigência da lei antiga.

A fixação do regime de bens do casamento e o efeito produzido segundo a lei em vigor ao tempo da celebração da convenção antenupcial ou se não houver convenção antenupcial ao tempo da celebração do casamento. A nova lei não pode, sem retroactividade alterar o regime de bens convencional ou supletivo. Fixado o regime de bens perante a lei antiga serão aplicáveis as regras da lei nova relativas ao conteúdo do regime de bens.

Todavia, a solução mais frequente foi seguida por direito transitório especial contíguo no diploma que aprovou o CC: é a de o conjunto das normas sobre o regime de bens da lei nova ser só aplicável aos regimes de bens fixados depois da sua entrada em vigor. Portanto, quanto aos regimes de bens fixados ao abrigo do CC anterior, aplica-se ao seu conteúdo o CC anterior.

200. Cont. - sucessões por morte

Concretização de regras gerais com respeito as sucessões por morte

A sucessão por morte é um conjunto de efeitos jurídicos desencadeado pelo autor da sucessão. Isto, quer se trate de sucessão legal ou de sucessão voluntária (sucessão regulada pelo NJ - testamento). As regras gerais levam por conseguinte à aplicação da lei em vigor no momento da abertura da sucessão, na morte do autor da sucessão.

Assim, depois de abertura da sucessão mas antes da partilha surge uma lei que altera a regra da sucessão legal, a sucessão rege pela lei em vigor ao tempo da abertura da sucessão e não pela lei nova.

Do exposto não decorre que a formação e validade formal do testamento estejam submetidas à mesma lei que regula a sucessão. As normas sobre a formação e validade do testamento são normas que dispõem sobre factos e como tal, salvo retroactividade só seriam aplicáveis aos testamentos feitos durante a sua vigência.

Sucedem, porém, que o conteúdo do testamento diz respeito a efeitos que só se produzirão no momento da abertura da sucessão e por isso o testamento tem de ser substancialmente válido perante a lei reguladora da sucessão. Já a formação e a validade formal do testamento são apreciadas segundo a lei em vigor ao tempo da sua feitura, por isso, se houver uma sucessão de leis entre a feitura do testamento e abertura

da sucessão, a formação e a validade formal continua a ser regidas pela lei em vigor ao tempo da sua feitura.

202. Direito Processual

Direito processual

No domínio do direito processual e de acordo com o entendimento mais tradicional a regra geral é a da aplicação imediata da lei nova. Por isso, a lei processual nova é aplicada aos processos relativos a factos ocorridos antes da entrada em vigor e relativo aos processos em curso.

No entanto, autores como **Baptista Machado e Castro Mendes**, entende-se que não vigora no domínio processual um domínio específico e que se aplicam as regras gerais dos artigos 12º e 13º do CC.

Na verdade, pode perguntar-se que o que é tradicionalmente encarado como especialidade da aplicação no tempo do direito processual não corresponde à regra geral consagrada pelo artigo 12/1, segundo o qual a lei em princípio dispõe sobre os factos ocorridos durante a sua vigência.

Se se olhar aos factos processuais e não aos factos relativos a relação material controvertida, pode dizer-se que aquilo que se designa por aplicação imediata da lei processual nova se reconduz em princípio à regra geral. A nova lei processual aplica-se aos factos que ocorrem durante a sua vigência a partir do momento em que a lei nova entra em vigor o que também abrange os processos em curso.

Assim, quanto à forma dos actos processuais e do processo, dispõe o artigo 142º do CPC numero 1 e 2 que concretiza este princípio. A fixação da forma do processo pode ser vista como efeito ligada ao facto que é propositado pela acção e assim a fixação da forma fica submetida a lei vigente ao tempo da propositura da acção.

Já o artigo 64 também do CPC, ao admitir que a lei nova seja aplicável em matéria de competência aos processos pendentes, parece supor o efeito retroactivo da lei nova. Claro que nada disto prejudica as regras de conflitos especiais contidas na lei nova.

Assim por exemplo o decreto-lei 329 A/ 95 que reformulou o CPC determinou no artigo 16, sem prejuízo do disposto no artigo 17 as modificações por ele introduzidas so se aplicam aos processos iniciados após a sua entrada em vigor e por isso a lei nova não se aplicava aos processos em curso.

CAP. V - APLICAÇÃO DA LEI NO ESPAÇO

203. Aspectos gerais

No mundo vigora uma pluralidade de órgãos da ordem jurídica. Temos designadamente a ordem jurídica nacional, a ordem jurídica da União Europeia e a as ordens jurídicas estaduais.

Dentro de algumas ordens jurídicas estaduais temos também fenómenos de complexidade que se traduzem na existência de complexos normativos, que se aplicam em momentos e em diferentes disposições territoriais ou diferentes categorias de pessoas dentro do mesmo Estado soberano.

O problema da aplicação no espaço tem sido colocado com respeito às ordens jurídicas estaduais e locais. Naturalmente também se pode colocar relativamente às ordens jurídicas supra-estaduais ou a sectores das mesmas ordens que não sendo universais só vigoram em determinado espaço territorial.

De forma geral, pode dizer-se que as regras que vigoram nas ordens jurídicas estaduais, incluindo regras locais conhecem limites à sua aplicação não só no tempo mas também no espaço.

Surgem dificuldades e divergências na definição de conceitos como “âmbito de aplicação”, “âmbito de vigência”, “âmbito de eficácia”, ou “âmbito de competência das leis”. Estes conceitos revelam, de resto, pouca utilidade para a compreensão do problema.

Dois advertências se impõem:

1. Problema da aplicação do direito no espaço transcende o problema da aplicação da lei no espaço. Não há aqui paralelo com o problema da aplicação da lei no tempo. O problema de aplicação da lei no espaço tanto diz respeito a normas legais, consuetudinárias ou a normas jurisprudenciais.
2. Não há disciplina jurídica que tenha por objecto todos os problemas de aplicação da lei no espaço e que constitua o correlativo do direito intertemporal. Os problemas de aplicação da lei no espaço colocam-se de modo específico no âmbito do direito privado ou no âmbito do direito público e, para **Lima Pinheiro**, também se registam diferenças pronunciadas entre os diferentes ramos do direito público.

No que respeita à aplicação do direito no espaço de direito privado, há muito que se consagrou como ramo do direito e disciplina jurídica o ramo do direito internacional privado.

Alguns autores falam de um direito público internacional que se ocuparia dos problemas de aplicação do direito no espaço público a situações transnacionais.

Mas este direito publico internacional ainda não se desenvolveu como disciplina autónoma e unitária e dada a diversidade dos problemas

colocados nos diferentes ramos do direito publico é duvidoso que se venha a registar uma evolução em tal sentido.

Limitando-nos ao Direito privado interessa sublinhar que o que está em causa não é propriamente a questão de saber se os órgãos de aplicação de Direito de um Estado, só aplicam o direito que vigora na respectiva ordem jurídica ou também podem aplicar direito estrangeiro. Esta questão, pelo menos no que respeita ao direito privado, há muito que está resolvida em sentido afirmativo.

Os órgãos de aplicação de Direito de um Estado podem aplicar direito estrangeiro.

O que está verdadeiramente em causa é determinar, perante uma situação em contacto com a esfera social de mais que um Estado e, por isso transnacional, determinar perante essa situação qual o direito aplicável. Essa tem sido a principal noção desempenhada pelo Direito internacional privado através de normas de conflitos de lei no espaço.

Claro que se nos colocarmos na perspectiva do âmbito de aplicação no espaço de uma lei portuguesa, há que delimitar as situações que em função de laços com o Estado português são abrangidas pela lei - entende-se disto âmbito de aplicação no espaço da lei.

Podemos dizer que, uma lei da AR ou do Governo regula, pelo menos na falta de legislação das regiões autónomas todas as situações previstas na hipótese das suas normas que são meramente internas, que se inserem exclusivamente na esfera social do Estado português.

Em segundo lugar, a lei regula uma parte das situações transnacionais, que apresentam laço relevante com o Estado português, mas quais são essas situações? É possível uma resposta aproximada através da interpretação abstracta das normas de conflitos. Assim o artigo 62º do CC manda aplicar a lei da última nacionalidade do autor da sucessão à sua sucessão.

Podemos retirar que, as leis portuguesas em matéria de sucessão em princípio são aplicáveis à sucessão dos portugueses. Mas quando se trata do problema de regular uma situação da vida, é mais apropriado partir da situação da vida para encontrar o direito que a deve regular, do que partir da lei para determinar o seu âmbito de aplicação no espaço, razões essas melhor compreendidas em D. Internacional Privado.

A par do DIP e de um eventual Direito público internacional, também se sabe da existência do direito interlocal que tem por objecto situações em contacto com diferentes circunscrições territoriais que embora aplicáveis no mesmo estado soberano, dispõem de complexos normativos privativos.

Em todos estes casos, as normas que servem para determinar o direito aplicável, são remissivas ou de regulação indirecta, normas de conflito de leis no espaço.

A grande maioria de normas de conflitos de leis no espaço são normas de conexão que utilizam um elemento de conexão para designar a lei aplicada.

Mas pode haver conflito de normas de leis no espaço que não são normas de conexão.

Por exemplo, em matéria de arbitragem voluntária, o artigo 33/2 de arbitragem voluntária, que é a lei 31/86 de 29 de Agosto, determina que na falta de escolha pelas partes, o tribunal aplica o direito mais apropriado ao litígio. Temos aqui uma norma de conflitos mas não há norma de conexão e daí se infere que nem todas as normas de conflitos são normas de conexão.

204. O Direito Interlocal

Como decorre do anteriormente exposto, direito interlocal é aquele que regula situações que estão em contacto com diferentes circunscrições territoriais de um mesmo Estado que dispõe de complexos normativos privativos.

No direito português ainda não existe um direito interlocal propriamente dito mas como anteriormente assinalado, o exercício das competências legislativas das regiões autónomas pode conduzir à formação de uma ordem jurídica complexa em que os conflitos de leis interlocais surgirão inevitavelmente e terão de ser resolvidos através de normas interlocais. A construção destas regras de conflitos interlocais poderá encontrar pontos de apoio importantes nas normas constitucionais que regulam as respectivas competências legislativas.

205. O Direito Internacional Privado

Quanto ao direito internacional privado, ao estudar os ramos do direito, este foi caracterizado como ramo do direito que regula situações transnacionais através de processo conflitual.

CAP. VI - CONCURSO DE REGRAS E DE COMPLEXOS NORMATIVOS

206. Modalidades de concurso

Quando uma situação ou um aspecto de uma situação preenche a previsão de duas ou mais normas jurídicas, temos um concurso de normas. O concurso também se pode verificar entre complexos normativos, por exemplo quando o mesmo facto seja susceptível de gerar responsabilidade civil e criminal.

A matéria do concurso de normas foi desenvolvida, principalmente, no Direito Penal. A sistematização seguida em Direito Penal, que também foi seguida no estudo de Isabel Magalhães Colaço, distingue:

- concurso aparente – dos nexos que intercedem entre as normas ou complexos normativos em presença, resulta que no plano da interpretação só uma das normas ou um dos complexos normativos é efectivamente aplicável. Assim como nexos que podem exprimir este concurso aparente, são referidos os nexos de especialidade, subsidiariedade e de consunção. O nexo é de consunção, quando a tutela de um valor por uma norma absorve a tutela do mesmo valor por outra norma. Por exemplo, no caso de furto qualificado pela intrusão ilegítima numa habitação, aplica-se a norma que pune o furto qualificado – artº 204º/1 al.f) do CP- mas já não se aplica a norma de violação do domicílio – artº 190º do CP.

- concurso ideal e concurso real – são uma modalidade de concurso efectivo. A distinção entre ambos é controversa. Perante o nosso Direito Penal positivo, os casos de concurso ideal são punidos nos mesmos termos que os casos de concurso real – artº 30º do CP. Doutrinalmente, o que geralmente se diz é que no concurso ideal há uma acção que actua uma pluralidade de normas, ao passo que no concurso real há uma pluralidade de acções que actuam uma pluralidade de normas. Assim teríamos um concurso ideal se um mesmo tiro mata uma pessoa, fere outra e destrói uma coisa.

207. Critérios de solução

Para LIMA PINHEIRO, as controvérsias sobre as modalidades de concurso e o seu regime oriundas do Dto Penal têm um interesse muito relativo para a Teoria Geral do Direito. Há algumas considerações de carácter mais geral que também encontram aplicação no Dto Privado e que podem ser mais importante para a Teoria Geral do Direito.

Em primeiro lugar, pode-se verificar que as consequências jurídicas das normas ou complexos normativos em presença sejam incompatíveis entre si – situação de contradição normativa. Se uma das normas for hierarquicamente superior à outra, essa norma prevalece sobre a outra e, portanto, a contradição normativa resolve-se segundo um critério de prevalência hierárquica. Se as normas em presença forem do mesmo nível hierárquico, pode ainda ser possível dar prevalência a uma delas. É o que se verifica se entre elas existir um nexo de especialidade ou de subsidiariedade: aplica-se a norma especial no nexo de especialidade, aplica-se a norma principal no nexo de subsidiariedade.

A existência de uma relação de subsidiariedade não é problemática no caso de uma indicação expressa do legislador. Na falta desta a existência deste nexo constituiu um problema de interpretação nas normas em presença, em que a sua especial importância é a intenção

regulativa subjacente a essas normas.

Pelo menos no Direito Privado pode também surgir um nexos de alternatividade entre normas. Nessa hipótese fica na dependência dum facto, a actuação de uma ou outra das normas em concurso. Por exemplo, perante o incumprimento de um contrato por uma parte, a outra parte pode optar entre a rescisão do contrato (artº 801º/2 do CC) ou a pretensão de cumprimento (817º). Na falta de uma das relações anteriormente referidas, verifica-se um dos seguintes casos: ou temos uma identidade de previsões normativas (as duas normas que estão em contradição entre si têm previsões exactamente idênticas) ou temos uma especialidade recíproca (há uma área de sobreposição da previsão das duas normas mas ambas as normas abrangem casos que não são regulados pela outra norma).

Se há identidade de previsões normativas e uma das normas é anterior à outra temos, em princípio se elas estão a um nível hierárquico semelhante, uma situação de revogação, pois ó uma delas é uma norma vigente - não há concurso.

Já há concurso quando se trate de normas do mesmo diploma ou de normas de diplomas que foram publicados simultaneamente. Neste caso, bem como no de especialidade recíproca, a prevalência de uma norma relativamente a outra pode ainda resultar de uma hierarquia entre os valores ou princípios que estas normas visam realizar. Neste sentido podemos invocar o disposto no artº 335º/2 do CC relativo à colisão de direitos. Se os direitos forem desiguais ou de espécies diferentes prevalece o que deve considerar-se superior. Como assinalado anteriormente, podemos ver aqui a manifestação de uma directriz mais geral que é também aplicável à ponderação de valores e de princípios.

Mas, frequentemente, não é possível estabelecer esta hierarquização e, portanto, as normas em presença são normas vigentes que geram consequências incompatíveis e não é possível dar prevalências a uma sobre a outra, temos uma lacuna de colisão - as normas anulam-se mutuamente.

O outro grupo de casos é aquele em que não há incompatibilidade entre as consequências jurídicas entre as regras em presente. Mesmo neste caso, não deve supôr-se sem mais, que essas normas são simultaneamente aplicáveis, isto depende da intenção regulativa das normas em presença e os nexos que entre si estabelecem. O nexos de especialidade não exclui necessariamente a aplicação simultânea das normas em presença quando as consequências jurídicas desencadeadas por essas normas foram compatíveis entre si. É necessário averiguar se a intenção regulativa subjacente à norma especial é a de complementar a norma geral, a de modificar a norma geral ou a de substituir a norma geral. Só se a intenção for uma das duas últimas, é que a especialidade afasta a aplicação da norma geral.

Por definição a norma ou complexo normativo principal e a norma ou complexo normativo subsidiário, nunca são simultaneamente aplicáveis. No caso de especialidade recíproca, quando se verifica uma situação a que são aplicadas ambas as normas ou complexo normativo, torna-se de novo necessário averiguar se ambos devem ser aplicados simultaneamente, ou se só um deles deve encontrar aplicação. Esta indagação também tem de ser feita à luz da intenção regulativa das normas ou complexos normativos em presença. No que respeita ao nexos de consunção, há exemplos claros no Direito Penal como o que foi referido. No direito privado o tema é mais controverso.

CAP. VII - IGNORÂNCIA DA REGRA E ERRO

208. A ignorância e a má interpretação da regra

Suponha-se que uma pessoa que vive no campo vem à cidade e numa rua que tem passadeira atravessa fora da passadeira, por desconhecer que isso não é permitido. Será que essa pessoa deve estar sujeita à sanção aplicável a pessoas que atravessam fora da passadeira?

Suponha-se que um estrangeiro que se desloca a Portugal pratica um acto que não constituiu crime no seu país de origem mas que é tipificado como crime face à lei portuguesa. Será que deve ser criminalmente responsável?

O artº 6º do CC determina que a ignorância ou má interpretação da lei não justifica a falta do seu cumprimento nem isenta as pessoas das sanções nelas estabelecidas. Estabelece-se aqui uma regra geral de irrelevâncias da ignorância ou má interpretação da lei. Esta regra pode exprimir-se sinteticamente pela seguinte fórmula: “a ignorância da lei não aproveita a ninguém” – Inocêncio Galvão Telles.

Mais ainda, à ignorância se equipara a má interpretação: o facto de alguém conhecer a lei mas estar convencido que ela tem o sentido A de nada lhe aproveita, se na realidade ela tiver o sentido B. Será responsabilizado e sancionado como se tivesse ajuizado exactamente as suas vinculações. **(O.A.)**

A palavra “lei” deve ser aqui entendida na acepção mais ampla de Direito. Com efeito, também se deve considerar, em princípio, irrelevante a ignorância ou má interpretação de uma regra jurisprudencial ou de uma regra consuetudinária. Daqui decorre que o erro sobre a ilicitude de uma conduta não exclui, em princípio, a sanção estabelecida para essa violação da ordem jurídica. Se uma pessoa realiza uma conduta que supõe ser lícita, por desconhecer a norma que proíbe essa conduta ou impõe uma conduta diferente, fica em princípio sujeita às mesmas consequências jurídicas que a pessoa que actuou

com a consciência de violar a ordem jurídica.

Estas regras fundamentam-se, para LIMA PINHEIRO, na própria vinculatividade que caracteriza o Direito e na cognoscibilidade da regra jurídica que é assegurada aos seus destinatários, no caso das regras legais e jurisprudenciais pela sua publicação e, no caso das regras consuetudinárias, pela sua normal observância. O Direito para realizar as suas funções em sociedade, tem de ser vinculativo e essa vinculatividade não pode ficar dependente da demonstração do conhecimento efectivo da regra pelos seus destinatários. Claro que isto não prejudica as regras sobre o erro na formação da vontade que pode conduzir à anulação do negócio jurídico. Aqui o erro pode relevar porque vicia a vontade, não está em causa o incumprimento de um dever de conduta e, conseqüentemente a aplicação de uma sanção sobre conduta ilícita (está em causa a validade do NJ). Não há um desvio à regra do artº 6º.

209. Casos de relevância do erro sobre a ilicitude

O erro sobre a ilicitude releva, desde logo, em Dto Penal. Com efeito, o nº1 do artº 17º do CP determina que age sem culpa quem actua com inconsciência da ilicitude do facto se o erro não for censurável. Por conseguinte, o erro não censurável sobre a ilicitude constitui uma causa de desculpa em Dto Penal. Como a responsabilidade pressupõe a culpa, este erro quando não censurável, afasta a aplicação da pena.

O nº2 do mesmo artigo determina que se o erro for censurável o agente é punível com a pena aplicável ao crime doloso respectivo, a qual pode ser especialmente atenuada. Donde se verifica que o erro sobre a ilicitude não afasta o dolo e se for censurável pode consistir numa circunstância susceptível de atenuar a culpa, que permite uma atenuação extraordinária, facultativa da pena.

A relevância do erro sobre a ilicitude na responsabilidade civil é discutível. Para uma parte da doutrina, designadamente Antunes Varela, o erro sobre a ilicitude da conduta faz o dolo, isto é, o comportamento dirigido primariamente à violação de uma norma jurídica. Todavia, se o erro for culposo, isto é, se resultar da omissão das devidas diligências, verifica-se negligência (esta é normalmente suficiente para fundamentar a responsabilidade civil). O erro não censurável afastará a responsabilidade civil. Para outra parte da doutrina, designadamente Menezes Cordeiro, para que haja folo não é necessária consciência da ilicitude, basta que a conduta seja dirigida à lesão do bem que é protegido pela norma jurídica. O erro sobre a ilicitude só releva para afastar o dolo quando o agente actua na convicção da existência de um dever ou como causa da exclusão de culpa, quando a sua irrelevância levar a resultados chocantes que configurem um caso de desculpabilidade. Noutros autores, designadamente Oliveira Ascensão,

encontram-se indicações que poderiam sugerir a irrelevância do erro sobre a ilicitude.

Parece também que se deve admitir um desvio à regra do artº 6º do CC quando temos uma lei que determina a sua entrada em vigor na data da publicação. Vimos que isto era possível, apesar do disposto no artº 2º/1 da Lei nº 74/98, pelo menos com respeito à Lei da AR e até de leis do Governo.

O que é que acontece se no dia em que a lei é publicada alguém pratica um acto que só passou a ser ilícito com a entrada em vigor da nova lei? Para o professor em princípio essa pessoa não pode ser sujeita à sanção prevista para esse acto ilícito se essa pressupõe a culpa do agente.

ANEXO

Exame do Ano passado com a correcção:

A sociedade A comprou à sociedade B uma máquina industrial. Foi estipulado que o preço seria pago dentro de três meses e que a propriedade se transferiria com o pagamento integral do preço. A máquina foi imediatamente entregue a A.

Antes do pagamento do preço a máquina foi destruída por um incêndio que lavrou na fábrica de A, devido a caso fortuito.

Não tendo A realizado o pagamento do preço no prazo fixado, B vem exigir judicialmente o cumprimento da obrigação. A contesta, argumentando que de acordo com o art. 796.º/3 do Código Civil o risco do perecimento da coisa devido a caso fortuito ou de força maior corre por conta do vendedor, porque se trata de um contrato com uma condição suspensiva.

Admitindo que:

1.º - as regras gerais sobre a passagem do risco na compra e venda constam do art. 796.º CC;

2.º - quando a coisa perece devido a caso fortuito ou a força maior, o comprador continua obrigado a pagar o preço se o risco correr por sua conta e fica exonerado dessa obrigação quando o risco correr por conta do vendedor;

3.º - em princípio o risco passa para o adquirente com a transmissão da propriedade (art. 796.º/1);

4.º - os n.ºs 2 e 3 do art. 796.º estabelecem dois desvios a este princípio: o risco só passa para o adquirente com a entrega da coisa quando a coisa, depois da celebração do contrato, continuar em poder

do alienante em consequência de termo constituído a seu favor e quando o contrato estiver “dependente de condição resolutiva” (n.º 2 e n.º 3 /1.ª parte);

5.º - a doutrina dominante tem entendido que a ideia subjacente ao art. 796.º é a de que o risco se transfere para o adquirente logo que o alienante lhe proporcione a satisfação de um interesse; tal satisfação pode consistir na transmissão da propriedade ou na entrega do objecto;

6.º - o contrato celebrado entre A e B é, para efeitos do art. 796.º/3, um “contrato dependente de condição suspensiva”, porque a propriedade só se transmite com o pagamento integral do preço;

7.º - nesta matéria estão fundamentalmente em causa os interesses das partes, razão por que as soluções contidas no art. 796.º visam estabelecer um equilíbrio entre estes interesses;

responda, justificadamente, às seguintes questões:

a) A está obrigado a pagar o preço?

b) É válida uma cláusula contratual que disponha sobre a passagem do risco?

II

Comente o seguinte trecho:

“Para efeitos de aplicação da lei no tempo, a distinção entre normas que dispõem sobre factos e normas que dispõem directamente sobre o conteúdo de situações jurídicas faz-se em função do teor literal das mesmas e deve ser referida a leis e não a normas isoladas. O princípio da irretroactividade fornece indicações seguras sobre o âmbito de aplicação no tempo de todas estas normas”.

TÓPICOS DE CORRECÇÃO

I

A) A só estará obrigado a pagar o preço se o risco se tiver transferido para ele com a entrega da coisa. A situação está à primeira vista abrangida pelo art. 796.º/3 CC segundo o qual quando for suspensiva a condição o risco corre por conta do alienante.

No entanto, à luz dos critérios teleológicos da interpretação a situação deve ser excluída do âmbito de aplicação do preceito. Isto pode ser justificado por uma interpretação restritiva (entendimento tradicional) ou por uma redução teleológica (posição adoptada no curso). Daí resulta uma lacuna oculta que deve ser integrada com base nos critérios teleológicos: o risco transfere-se com a entrega da coisa razão por que A está obrigado a pagar o preço.

B) Uma cláusula contratual sobre a passagem do risco será admissível se as regras legais sobre passagem do risco forem supletivas. Na falta de indicação do legislador, a determinação da natureza supletiva ou imperativa da regra constitui um problema de interpretação. Do contexto significativo (inserção num complexo normativo em que predominam as normas supletivas) e do fim daquelas regras (exprimir um equilíbrio dos interesses das partes) resulta a sua natureza supletiva.

II

Relevância da distinção entre normas que dispõem sobre factos e normas que dispõem directamente sobre o conteúdo de situações jurídicas (art. 12.º/2 CC).

Esta distinção não se deve traçar apenas em função do seu teor literal. Haverá também que atender à matéria em causa. O conteúdo de certas situações jurídicas determina-se, principalmente, pelos factos constitutivos (por exemplo, obrigações contratuais). Já o conteúdo de outras situações jurídicas é fixado exclusiva ou principalmente pela lei (por exemplo, situações jurídico-familiares, como o casamento e as relações entre pais e filhos, com os estados jurídicos gerais, como a maioridade ou a interdição, e direitos reais). As normas que dispõem sobre o conteúdo destas situações ou qualidades jurídicas abstraem, normalmente, dos factos que lhes dão origem e, por isso, são normas que dispõem directamente sobre o seu conteúdo. Para traçar esta distinção pode ainda ser necessário atender a outras considerações, caso a dúvida subsista (designadamente a ratio legis).

A distinção conforme a lei dispõe sobre factos ou dispõe directamente sobre o conteúdo de situações jurídicas deve ser referida a normas e complexos normativos e não a leis. A mesma lei pode conter normas e complexos normativos de ambos os tipos (por exemplo, Código Civil).

Conteúdo do princípio da irretroactividade. O princípio da irretroactividade orienta a determinação do âmbito de aplicação no tempo das normas que dispõe sobre factos (referir também o art. 12.º/2/1.ª parte), mas nada nos diz sobre o âmbito de aplicação das normas que dispõem directamente sobre o conteúdo de situações jurídicas. Deve entender-se, em caso de dúvida, que a nova lei é aplicável ao conteúdo de todas as situações da categoria referida que devam produzir efeitos na vigência da nova lei (art. 12.º/2/2.ª parte). _

Casos Práticos resolvidos nas aulas:

Hipótese 1:

António feliz por ter recebido uma herança, comprou um carro ao stand, e o vendedor bastante efusivo convenceu António. António vem depois dizer que é um negócio usurário pois o vendedor aproveitou-se do seu estado mental. Terá ou não razão?

Resolução:

Artigo 282.º do CC – temos que interpretar a norma, avaliar os elementos inseridos na norma um a um;
Avaliar a palavra “estado mental” e de felicidade do comprador, verificar consoante a disposição do artigo 282.ºn.º1 do CC;
Ao interpretar a norma temos que avaliar todos os elementos de interpretação aqui presentes (mas só os presentes), neste caso:
Elemento teleológico – visa assegurar a autonomia privada e a liberdade de estipulação;
Elemento sistemático – “estado mental” está ao lado de outras situações semelhantes, é um elemento que atende ao contexto em que está inserido (integração sistemática);
Ter em atenção a todo o sistema jurídico, e portanto não apenas à norma, mas aos princípios que estão subjacentes (Autodeterminação);
Avaliar o artigo 9.º/2 do CC;
Neste caso pratico, temos presente uma interpretação restritiva – a interpretação que atende ao sentido normativo – o legislador disse mais do que queria dizer. O legislador queria referir-se a um “estado mental” específico.

Hipótese 2:

António e Berta, casados um com o outro fazem um testamento em que António deixa a sua cota disponível a Carlos, e Berta deixa a sua cota disponível a Daniel. Eduardo, filho do casal vem dizer que o testamento é inválido por contrariar o disposto no artigo 2181.º do CC. Terá razão?

“Cota disponível” - significa que há uma parte da herança que as partes não podem dispor, mas se tiverem herdeiros legitimários, neste caso, as partes podem dispor de uma parte dessa herança a esses herdeiros, através de testamento.

Resolução:

Interpretar a norma;

O testamento é um acto pessoal, a pessoa decide o que quer fazer com os seus bens, mas é possível que a pessoa seja influenciada se o testamento for feito em comum, assim o legislador protege essa possível ocorrência, ao não permitir testar no mesmo acto duas ou mais pessoas. Este é portanto o fim (elemento teleológico);

Atender aos princípios que estão subjacentes ao nosso ordenamento jurídico - autonomia privada e autodeterminação;

Interpretação extensiva - quando o sentido normativo é imperfeito em relação à letra da lei, o legislador disse menos do que queria dizer; Logo o testamento seria válido, porque ao fazermos uma interpretação extensiva, esta situação vai ser abrangida, porque tem que haver um mínimo de correspondência da letra da lei (artigo 9.º/2 do CC), ou seja, pelo pensamento legislativo, conclui-se o legislador pretende o testamento de mão comum, porque o artigo abrange “terceiros”. Temos que atender aquilo que o legislador pretende.

Hipótese 3

António e Bento em 2009 celebraram verbalmente, um contrato de aluguer de um automóvel, celebrado por um período de 5 anos. Em Janeiro de 2010, foi publicado o decreto-lei x/2010, que determina que estes contratos de aluguer de carros, serão válidos se forem celebrados por forma escrita. Será que este contrato é válido?

Resolução:

Aplicação da lei no tempo - artigo 12.º/1 do CC - a lei só dispõe para o futuro;

Temos um contrato que ainda está a decorrer. Será que a nova lei, tem efeito para o nosso caso? A regra do 12.º/1 é que só dispõe para o futuro, mas no entanto, o nosso contrato ainda produz efeitos depois da aplicação da nova lei. Cabe assim verificar o disposto do artigo 12.º/2, 1.º parte;

A nova lei dispõe sobre a validade formal dos contratos, portanto a lei nova só vai visar os contratos que se celebrarem depois.

Portanto. O DL x/2010 só vai ser aplicado aos contratos novos, depois de celebrados da entrada em vigor na nova lei, e uma vez que esta nova lei visa a validade formal dos contratos. O nosso caso não se aplica.

Hipótese 4

António e Berta casaram um com o outro em 1965, pretendem agora saber, qual a lei que actualmente rege as relações pessoais entre o casal. Se a lei antiga ou a nova?

Resolução:

Artigo 12.º/2/ 2.ª parte - conteúdo de certas relações jurídicas;

Mas, neste caso, além deste artigo, e visto tratar-se de uma matéria mais específica, vamos aplicar o disposto no artigo 14.º do DL .º 47 344; Temos uma lei geral, o artigo 12.º, aplicamos quando o legislador nada nos diz; como neste caso temos o artigo 14 deste DL, então é este que vamos aplicar, uma norma especial; Segundo, o artigo 14 do DL, as relações pessoais em 1965 era a lei antiga que vigorava, mas com a entrada em vigor da nova lei, actualmente a lei que rege as relações pessoais entre o casal é a lei nova.

Hipótese 5

Em Janeiro de 1999, António casou com Berta. Em Março de 2007, António abandonou a residência conjugal, ficando separado de facto de Berta. Em Janeiro de 2009, António requereu o divórcio com fundamento na al. a) do art. 1781.º CC, com a redacção dada pela Lei n.º 61/2008, de 31/10. Berta contesta a acção argumentando que por força do princípio da irretroactividade as alterações introduzidas ao art. 1781.º CC pela Lei n.º 61/2008 só são aplicáveis aos casamentos celebrados depois da sua entrada em vigor e que, mesmo que assim não se entendesse, o prazo estabelecido na al. a) do art. 1781.º CC deveria ser contado a partir da entrada em vigor da Lei n.º 61/2008.

Admitindo que:

- 1.º - Com a redacção dada pela Lei n.º 61/2008 à a) do art. 1781.º CC constitui fundamento do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges a separação de facto por um ano consecutivo;
- 2.º - A Lei n.º 61/2008 entrou em vigor 30 dias após a sua publicação;
- 3.º - Com a redacção dada pela Lei n.º 47/98, de 10/8, constituía fundamento do divórcio litigioso nos termos da al. a) do art. 1781.º CC a separação de facto por três anos consecutivos,
Diga, justificando a resposta, se o divórcio devia ser decretado.

Resolução:

A lei nova entrou em vigor a dia 30 de Novembro de 2008, ele só podia intentar a partir de 30 de Novembro de 2009, se ele intentou em Janeiro de 2009, logo não se aplicava ao nosso caso, o artigo 297.º do CC. Segundo o Prof. Teixeira de Sousa, o artigo 297.º do CC não se iria aplicar a este caso porque a nova lei iria ser aplicada imediatamente,

tanto a mulher como o homem podiam requerer o divorcio, porque aplicação imediata do prazo mais curto originaria um desequilíbrio das partes;