

## Introdução ao Estudo do Direito – II

### Aula de revisões.

Portanto os 3 pontos principais:

**1 - Perceber** a retroatividade, o que é? Qual é a disciplina que o nosso ordenamento dá esta matéria da retroatividade;

**2 - Perceber** o que é aplicação do tempo, como ela se distingue do problema da retroatividade, é comum os alunos pensarem que por exemplo o artigo 12º, n2, tem que ver com a questão da retroatividade, é mentira não tem nada que ver com a retroatividade, tem que ver com saber como é que uma lei é que se aplica para o futuro, o que significa aplicação da lei para o futuro;

**3 - Perceber** então quais são os critérios utilizados na lei para resolver este problema da aplicação no tempo que é distinto do problema da retroatividade.

Ora, vamos então hoje arrumar essa questão da **retroatividade**:

**1 Questão:** o que é a retroatividade, porque é que surge este problema? Portanto há que ter uma noção clara do que é aplicação retroativa da lei, digamos isto é uma questão que não suscita dificuldades, sabemos que a lei em regra se aplica para o futuro, ou seja, os seus efeitos produzem-se depois da lei entrar em vigor e a retroatividade é o oposto disto, a retroatividade é a produção de feitos não para o futuro mas para o passado, retroatividade tem que ver com isto mesmo, é a retroação dos efeitos da lei a factos verificados antes da entrada em vigor da lei, ou então a efeitos desses factos que podem ser posterior à lei, mas como tem origem num facto anterior à lei, também aqui temos um problema de retroatividade e evidentemente esta questão ou este fenómeno da retroatividade não é uniforme, há várias manifestações de retroatividade, manifestações algumas delas mais graves outras menos gravosas, a mais grave já todos sabem qual é «a lei que determina a sua

aplicação retroativa a situações que já estão encerradas por decisão transitado em julgado ou título equivalente por ex: transação entre as partes num processo que é homologada pelo juiz», portanto esta é a manifestação mais grave de retroatividade, a lei aplicar-se a situações que já estão encerradas por decisão transitada em julgado, depois temos como manifestação logo a seguir, digamos utilizando aqui uma gravidade decrescente temos aplicação da lei a situações que já estão encerradas no passado, não encerradas por uma decisão judicial, mas encerradas pelo cumprimento das obrigações, o que ocorre aqui? «Ocorre a lei determinar a sua aplicação a prestações de um contrato que já foram cumpridas ou prestações até de um contrato que já foi completamente executado», portanto percebe-se também claramente o que é retroatividade quase extrema, é precisamente esta aplicação da lei a situações encerradas no passado.

Depois temos a seguir a retroatividade agravada, é aplicação da lei a situações que já deveriam estar encerradas mas não estão, e não estão por incumprimento de uma das partes por ex: «a lei determina que determina a subida de uma taxa de juro a pagar, haverá retroatividade agravada se esta lei abranger as prestações que já deviam ter sido pagas e não foram», temos aqui um caso de retroatividade agravada e finalmente a retroatividade ordinária que é aquela que vai abranger os efeitos futuros de factos passados, neste exemplo «da taxa de juro, da prestação que se vai vencer depois da lei entrar em vigor, mas prestação essa que tem origem num facto passado, ou seja, num contrato celebrado antes da lei entrar em vigor», isto é a retroatividade ordinária que é a retroatividade a que se refere, como sabem disposição do código civil? Artigo 12º, nº1/2º parte, a primeira parte a lei diz que se aplica para o futuro, regra geral, a 2º parte diz se a lei tiver eficácia retroativa presume-se que ficam ressalvados os efeitos já produzidos, ou seja, só são afetados os efeitos a produzir, portanto, efeitos futuros de um facto passado, isto é a retroatividade ordinária, portanto estes são os **4 graus de retroatividade** que temos a distinguir.

Reparem se numa hipótese surgir um problema de aplicação de uma lei retroativa, este problema é relativamente simples de resolver, para que a lei seja retroativa a própria lei tem que determinar a sua aplicação retroativa, isto decorre da circunstância da próprio código civil, dizer que a lei se aplica para o

futuro, portanto se não se aplicar para o futuro tem que ser a própria lei a determinar a sua aplicação retroativa, isto além do mais, único problema que pode haver aqui é a lei dizer que é retroativa e não dizer qual é o grau de retroatividade e então temos a presunção do artigo 12º, nº1/2ª parte, quando se diz se a lei determinar a sua retroatividade sem indicar o grau de retroatividade, lá está aquela presunção, presume-se que ficam ressalvados os efeitos já produzidos, portanto de facto a retroatividade da lei não coloca problemas de resolução difícil, a não ser que estejamos perante eventualmente uma lei interpretativa, nós aqui sabemos que a lei interpretativa tem uma retroatividade natural porque ela tem que simultaneamente resolver uma dúvida, uma situação dúvida, controversa que resultava da lei interpretada e tem que a resolver num sentido que seria possível ser alcançado por qualquer interprete, é por isso que a lei interpretativa é naturalmente retroativa porque como qualquer interprete poderia chegar aquela conclusão, então justifica-se que a lei interpretativa retroaja os seus efeitos à data da entrada em vigor da lei interpretada, o único problema sucede quando o legislador declara que a lei é interpretativa quando de facto ela não o é, e então esta declaração do legislador tem o efeito útil, que é atribuir eficácia retroativa à lei falsamente interpretativa e essa eficácia retroativa é própria da lei interpretativa.

A lei interpretativa tem retroatividade agravada e também ordinária, tem essas 2 formas de retroatividade, só não tem retroatividade extrema e quase-extrema, porque o artigo 13º do código civil, exclui esse tipo de retroatividade e daqui passamos ainda há questão da retroatividade que nos interessa que é saber os graus de retroatividade que são proibidos pelo nosso ordenamento jurídico, quais é que são? A **retroatividade extrema**, 2 argumentos: por um lado a separação de poderes. Por outro lado se o tribunal constitucional funciona como legislador negativo quando emite acórdãos que declaram a inconstitucionalidade de uma lei com força obrigatória geral, é um legislador negativo porque elimina uma lei, não é positivo porque não faz uma lei nova.

O que interessa é dizer se o tribunal constitucional, quando emite uma decisão que declara a inconstitucionalidade com força obrigatória geral, essa decisão tem efeitos retroativos, que tem um limite que é o caso julgado, então o legislador positivo que é o Governo ou A.R, também tem este limite, isto para além do caso julgado, portanto esta é uma limitação da retroatividade, para

além desta limitação que tem que ver com o grau há limitações que tem que ver com a matéria que decorrem da própria Constituição «direitos liberdades e garantias, direito penal ressalvando os casos de retroatividade mais favorável ou lei fiscal aqui já não diretamente, não decorrente também da constituição, da própria lei geral tributária», portanto são estes os casos de limitação da retroatividade, mas disse a pouco que o problema que nos temos quando estamos a resolver um caso pratico ou que o interprete tem quando está aplicar a lei, não é a retroatividade, essa como dizia tem que resultar da lei, a própria lei tem que determinar a sua retroatividade porque se não fizer aplica-se para o futuro, o problema é saber o que é aplicação para o futuro, e é esse o problema mais difícil do **artigo 12º, nº2, do C.C.**, ora, porque é que este problema é mais difícil? Porque de facto em todas as questões de casos práticos de aplicação da lei no tempo nos temos uma situação em concreto, uma situação da vida ou um caso pratico que entra em contato com 2ou mais leis e nos temos que escolher qual é a lei que se aplica, quando é que isto acontece, onde há, em que medida uma situação concreta da vida pode encontrar em contato com mais de uma lei?

Há uma situação jurídica que se prolonga no tempo, por exemplo «um contrato de execução duradoura, um contrato de trabalho», portanto nos temos um problema de aplicação no tempo, a lei muda e as vezes muda mais depressa do que as situações jurídicas que se destina a regular, portanto este é tipicamente a situação em que ocorre um problema de aplicação da lei no tempo, A e B, celebraram um contrato de trabalho em 2000, estava em vigor uma lei que permitia a sessação do contrato de trabalho em determinadas circunstancias, entretanto essa lei foi alterada, passou a permitir ou alargar o numero de casos em que a entidade patronal pode por termo a relação laboral com base em justa causa ou até sem justa causa, qual é a lei aplicável entretanto, é a lei antiga em vigor no momento em que o contrato foi celebrado ou lei nova em vigor no momento em que se coloca o problema? Portanto estão aqui a ver como a existência de situações jurídicas que se prolongam no tempo, coloca um problema da aplicação no tempo, problema que é tanto mais difícil de resolver quando a lei nova não disser se aplica ou não retroativamente, se não disser nada aí sim, temos um problema, e é para resolver esses problemas que serve o **artigo 12º, nº2, do C.C.**, para

determinar a aplicação da lei no tempo quando a própria lei nada diz sobre essa aplicação, designadamente não diz se, se aplica retroativamente ou digamos dizendo que se aplica para o futuro não diz o que significa essa aplicação para o futuro, mas não é só o caso das situações jurídicas duradouras que colocam um problema de aplicação de lei no tempo, pode haver situações jurídicas que produzem todos os seus efeitos e instantaneamente e não obstante haver problema de aplicação da lei no tempo.

O que é uma **situação jurídica que produz efeitos instantaneamente**? A morte porque quando se dá abertura da sucessão, determina-se logo, aplica-se logo todos os efeitos da lei sucessória, portanto quando se dá a morte imediatamente se produzem efeitos sucessórios associados à morte. Outro exemplo, um contrato também pode ser uma situação de execução instantânea, embora normalmente possa haver efeitos que não se produzam imediatamente, por ex: a responsabilidade civil, «alguém provoca danos a outra pessoa ilicitamente» os efeitos da lei também se produzem instantaneamente quando esse prejuízo é causado, produz-se imediatamente o efeito que é de gerar responsabilidade civil, então digam lá, nestas situações de execução instantânea, porque é que pode haver um problema de aplicação da lei no tempo? A partida não é como as outras situações que se prolongam no tempo, nos percebemos que um casamento, um contrato de trabalho, que um contrato de arrendamento, que um contrato de serviços de empreitada, se prolongue no tempo e portanto entre em contato com várias leis que disciplinam aquela matéria, é fácil de perceber.

Mas uma situação de execução instantânea, a partida a situação produz os efeitos jurídicos de acordo com a lei está em vigor, desencadeia-se automaticamente, portanto como é que pode haver aqui um problema de aplicação da lei no tempo? Ou, seja entre o momento que se produz o facto e momento em que ele é apreciado por um tribunal, a lei pode mudar, o mesmo com o direito penal, tipicamente os seus efeitos produzem-se imediatamente, se alguém pratica um crime, no momento em que pratica esse crime, imediatamente se produz o efeito que está previsto na lei, mas entretanto entre ser julgado e não entre a lei ser aplicada e não, pode mediar algum tempo, muitas vezes muito tempo como acontece nos nossos tribunais, portanto a lei pode ser alterada mais que uma vez e portanto vai-se colocar um problema:

qual é a lei que se aplica, é a lei que está em vigor no momento em que o facto se produziu ou a lei no momento em que o facto é submetido a julgamento.

Nos sabemos que no direito penal existe uma resposta simples, para esta questão que é, a lei que se aplica no momento em que o facto foi praticado, salvo se a lei posterior for mais favorável, caso em que se aplica retroativamente, mesmo com retroatividade de grau extremo, porque isso resulta da própria **constituição no artigo 29º**, porque resulta.

Nos outros casos não será assim a lei que será aplicável, será a lei em vigor no momento da prática de um facto, sempre por aplicação

Portanto nos temos que perceber não só que há um problema com a retroatividade, saber o que é, saber qual é a intensidade dos efeitos da lei, saber em que medida o ordenamento jurídico se compadece com esse fenómeno da retroatividade, mas sabemos também que pode haver um problema mesmo que não haja retroatividade, pode haver aplicação da lei no tempo e esses aliás são os mais difíceis de resolver porque nesta situação por exemplo «contratos de execução prolongada ou continuada», a lei nova entra em vigor e eventualmente não determina o seu efeito retroativo, nos sabemos que se aplica para o futuro: **o que significa aplicar para o futuro?** Significa que a lei por exemplo na hipótese do contrato de trabalho, esta lei que é alterada na vigência do contrato de trabalho só aplicar para o futuro significa influenciar ou abranger apenas contratos de trabalho depois da sua entrada em vigor ou significa também afetar depois da sua entrada em vigor contratos que já vem de trás, este é que é o problema que temos que resolver, é para resolver estes problemas que temos o **artigo 12º, nº2**, é claro que este problema da aplicação da lei no tempo é um problema que existe em todos os ramos do direito, já vimos que existe no direito penal e irão ver isso mais profundamente quando estudarem direito penal, mas para ter uma ideia, **no direito Constitucional também existe um problema de aplicação no tempo?**: poder haver uma revisão, uma revolução e uma constituição nova, imaginem quando o código civil de 1966, foi aprovado estava em vigor uma constituição de 1933 e no entanto o código civil continuou em vigor, este é um problema de aplicação no tempo que é a sobre vigência das leis mesmo ao abrigo de uma nova constituição, podem haver aqui vários problemas, o título de legitimidade constitucional mudou o código civil agora já é confrontado não

com a constituição de 1933, mas com a constituição de 1976 e será isto é para todas as questões que se colocam os mesmos problemas, será que, evidentemente a competência para aprovar as normas do código civil, hoje em dia é necessariamente diferente da que estava prevista na constituição de 1933, será que isso vai afetar a validade do código civil ou essa validade vai apenas ser afetada por uma desconformidade, por um vício de inconstitucionalidade material e já não orgânico, outro problema, uma lei quando é aprovada é conforme a constituição, há uma revisão da constituição e passa a ser desconforme, temos aqui também um problema de aplicação da lei no tempo, porque precisamente as leis tem uma vigência continuada que pode entrar em contato com mais de uma constituição, outro problema da aplicação da lei no tempo, que obviamente tem critérios de resolução próprios, no direito constitucional.

Ora como dizia é para resolver esses problemas que surge o **artigo 12º, nº 2 do C.C.**, e surge na sequência de uma elaboração doutrinal complexa que eu falei na devida altura, mas agora não interessa percorrer essa evolução doutrinal, interessa **saber qual é a doutrina subjacente ao artigo 12º, nº 2, do C.C?** é uma doutrina objetivista, que se chama a teoria do facto passado, esta teoria também teve varias formulações.

**O que é a teoria do facto passado subjacente ao artigo 12º, nº 2 do C.C.?** Portanto a teoria do facto passado em termos muito genéricos diz o seguinte, «a lei antiga regula os factos ocorridos na sua vigência, a lei nova regula os factos na vigência da lei nova, isto é de uma grande simplicidade e diz mais: a lei antiga não regula apenas os factos ocorridos na sua vigência mas também os efeitos futuros dos factos ocorridos na sua vigência», é isto que diz a teoria do facto passado.

Pondo assim termo a uma discussão que é de saber no âmbito das doutrinas subjetivistas, **o que eram direitos adquiridos, mera-expetativa** (que era regulada não apenas pela lei antiga quando a expectativa surgiu, mas pela lei nova) enquanto que o direitos adquiridos era regulado pela em vigor no momento em que esse direito foi adquirido, mas depois era preciso distinguir direito adquirido e mera-expetativa e isso colocava problemas de fronteira, que as teorias objetivistas resolvem desta forma aparentemente expedita, se o facto ocorreu no âmbito da vigência da lei antiga, se estamos perante um efeito

futuro passado, também se aplica a lei antiga sob pena de retroatividade da lei nova e é isto em regra geral, mas é clara que depois é preciso precisar os conceitos, e em relação a isto o **artigo 12º, nº 2 do C.C.**, que já falei aqui na aula teórica, disse que faz uma distinção fácil e uma distinção mais difícil de estabelecer e compreender, **qual é a distinção fácil? É precisamente aquela que separa a 1/parte da 2/parte, a distinção fácil é o artigo 12º, nº 2, diz-nos o que é significa uma lei aplicar-se para o futuro e diz-nos que essa lei aplicar-se para o futuro significa 2coisas distintas, consoante 2possibilidades que essa lei pode incidir 2tipos de matérias, ou incide sobre os requisitos de uma situação jurídica, portanto o que é necessário para se entrar numa determinada situação jurídica ou então incide sobre diretamente o conteúdo dessa situação jurídica, em termos concretos (os pressupostos) o que é isto: uma lei que dispõe sobre requisitos para que eu possa entrar numa situação jurídica ou então uma lei que dispões diretamente sobre o conteúdo dessa situação jurídica?**

Segundo o artigo 12º, a lei cuja aplicação para o futuro nos queremos determinar pode tratar de 2matérias e consoante trate de uma ou outra, assim a sua aplicação para o futuro é entendida de forma diferente: se a lei tratar sobre os factos constitutivos de uma relação jurídica, aplicação para o futuro **significa, aplicação a factos constitutivos que ocorram depois da entrada em vigor da lei**, se a lei dispuser diretamente sobre o conteúdo da relação jurídica e não sobre o seu facto constitutivo, **então a aplicação para o futuro significa aplicação para o futuro mas a situações jurídicas em curso, que já vem de trás.**

#### **Um repto:**

Aplicar estas situações concretas estas 2realidades?

1 – Realidade: a lei nova trata de um facto constitutivo de uma relação jurídica;

2 – Realidade: a lei nova trata diretamente do conteúdo dessa mesma relação jurídica.

#### **2 : Exemplos para ilustrar estes 2casos?**

Portanto a validade ou os requisitos de forma do contrato é precisamente o exemplo de uma lei que **trata do facto constitutivo da relação jurídica**, imaginem uma relação jurídica duradoura: «um contrato de casamento», quando pensamos num contrato de casamento podemos pensar em **2coisas**: é o que nos diz o artigo 12º, podemos pensar no facto constitutivo da relação jurídica matrimonial, o que é o facto constitutivo da relação matrimonial? É o contrato que as 2pessoas celebram ou no registo se for um casamento meramente civil ou numa igreja se for um casamento religioso como sabemos os sacerdotes podem officiar um casamento também com efeitos civis, portanto se a lei tratar dessa parte, portanto, do contrato que dá origem à relação matrimonial então temos uma lei que trata do facto constitutivo da relação jurídica, ou dito com as palavras do artigo 12º, nº 2, temos uma lei que trata das condições da validade formal ou substancial de qualquer facto.

**E que nos diz o artigo 12º, nº 2, sobre esta lei, aplicação para o futuro?** portanto se essa lei dispuser sobre a condição de validade formal ou substancial de um facto, neste caso um contrato de casamento, por exemplo «dizendo que o contrato de casamento tem de ser celebrado presencialmente perante um determinado, oficial digamos assim, um funcionário do estado ou em determinados casos um sacerdote», temos aqui uma condição de validade formal de um facto, esta lei como parece obvio, aplicar-se para o futuro, **significa aplicar-se a factos, casamentos que sejam celebrados depois da sua entrada em vigor.**

**O facto é aquilo que é fácil**, é chegar a conservatória do registo civil ou à igreja e dizer sim, aceito casar-me; está feito;

**Pior é o conteúdo**, os deveres, aquilo que nos vais acompanhar eventualmente a vida toda, dever de fidelidade, dever de assistência, isso é o conteúdo, os direitos e obrigações que os conjugues vão ter, exercer ao longo da suas vidas, portanto este exemplo permite perceber a distinção essencial que faz o **artigo 12º, nº 2**, trata daquilo que dá origem a relação jurídica, aquilo que está na base da relação jurídica, o facto constitutivo, a forma desse facto constitutivo se for em **condições de validade formal** ou requisitos de substancia se forem **condições de validade substancial**, por exemplo, quanto

ao casamento, ter capacidade de exercício, não é necessário ser maior de idade, mas é preciso ter 16anos, isso é uma condição de validade substancial, quanto às pessoas, **portanto isto é 1/parte do artigo 12º n º 2**, portanto se a lei tratar destas matérias perante quem é se celebra o casamento, quais os papeis que se tem que ter para, enfim essas questões quanto ao facto constitutivo, se a lei tratar disso, aplicar para o futuro, uma lei destas significa aplicar-se obviamente a contratos que venham a ser celebrados depois da entrada em vigor da lei, **mas se a lei de tratar do conteúdo**, dos tais deveres dos conjugues, da **parte que é difícil**, não é um simples dizer que sim, isso aplicar para o futuro, significa aplicar-se apenas também a casamentos que sejam celebrado depois ou significa aplicar-se para o futuro, ou seja, só depois da entrada em vigor da lei nova, mas abrangendo todos os casamentos que já foram contraídos anteriormente, é este o problema, como disse temos a distinção simples, agora temos a difícil: **tratando a lei do conteúdo**, portanto, dos tais deveres de fidelidade ou pelo contrário do direito a divorciar e das condições do divórcio etc.. significa aplicar-se para o futuro: **abrange as relações matrimónias em curso ou só se vai aplicar a casamentos que sejam contraídos depois?** Já é difícil responder a esta questão: em algumas situações faz sentido aplicar-se a relações em curso, então porque é que não me vou divorciar, apesar de já me ter casado à 20anos, de acordo com uma lei que venha alargar os fundamentos do divórcio, porque é que eu não poderei fazer se outros casaram depois de mim e podem fazer? Ora a esta 2ª questão respondo na próxima aula.