

I – Aspectos Gerais da Metodologia Jurídica

1. Decisão do caso à luz da lei

1.1 A distinção entre «Interpretação» e «Aplicação».

A decisão do caso concreto à luz da lei, decompõe-se em sucessivas operações consistentes na determinação da fonte relevante, na interpretação, na integração de eventuais lacunas existentes, na delimitação da matéria de facto relevante e, finalmente, na aplicação da lei ao caso concreto.

Esta visão do processo de realização do direito, tem na sua base certos pressupostos políticos e metodológicos questionáveis:

- Os pressupostos políticos, consistem numa visão da separação de poderes que tende a ver no juiz um simples autómato, ao qual é vedada qualquer intervenção activa no processo de realização do direito;
- Os pressupostos metodológicos consistem num modo de encarar a solução do caso concreto exclusivamente à luz do método subsuntivo;

Na prática, a distinção cortante entre interpretar e aplicar a lei não corresponde à experiência comum dos operadores jurídicos e não se apresenta como viável em muitos casos, considerando que interpretamos a lei tendo em vista a resolução do caso e não podemos encarar a interpretação como algo encerrado antes de iniciar a aplicação da lei ao caso.

Para além disso, é muitas vezes de todo inviável efectuar uma distinção entre interpretação e aplicação. Isso acontece, em virtude da existência do que poderíamos designar como válvulas de escape do sistema: a equidade, o direito de necessidade e mesmo o abuso do direito. Também a existência frequente de conceitos indeterminados, cláusulas gerais, tipos e princípios na legislação, não nos permite efectuar essa separação.

1.2 Válvulas de escape do sistema

1.2.1 Equidade

É no Código Civil que encontramos a maioria das disposições que mencionam a equidade:

“Artigo 4.º - Os tribunais só podem resolver segundo a equidade quando haja disposição legal que o permita...”;

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

É ainda importante salientar o artigo 282.º da Constituição, sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral. De acordo com o n.º 1 desta disposição, a declaração de inconstitucionalidade produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado.

Todavia, o n.º 4 determina que, quando, designadamente, razões de equidade o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou ilegalidade com alcance mais restrito.

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

Segundo Menezes Cordeiro, a equidade tem sido compreendida à luz de duas acepções fundamentais:

- Uma aceção «fraca» que, partindo da lei positiva, permite corrigir injustiças ocasionadas pela natureza rígida das normas abstractas, aquando da aplicação concreta;
- Uma aceção «forte», que prescinde do direito estrito e procura soluções para os problemas baseadas na justiça do caso concreto.

Em qualquer caso, estaria presente a vertente individualizadora da justiça, isto é, a ideia de que ao decidir o julgador tem de se preocupar apenas com o problema que lhe é posto. Para este autor, há que optar pela aceção «fraca», ou moderada, em detrimento da opção «forte», fazendo assim uma aproximação entre equidade e direito positivo.

Este entendimento não leva suficientemente em conta a oposição entre o sentido da equidade que parece estar subjacente ao artigo 4.º do Código Civil e o sentido a atribuir à mesma expressão nas demais disposições do Código citadas.

Quando as partes remetem a resolução dos seus litígios para uma decisão segundo a equidade não há como não ver aí uma intenção de afastar o direito positivo.

Em qualquer caso, ainda admitindo que a equidade deve tomar como ponto de apoio as soluções do direito positivo, podemos afirmar que mesmo esta noção «fraca» de equidade não é certamente compatível com uma sua concepção que apenas admita o afastamento do direito positivo em relação a aspectos técnicos ou formais.

Pelo contrário, quando as partes remetam para uma decisão segundo a equidade será certamente possível alcançar uma solução que tivesse de ser considerada como envolvendo uma interpretação correctiva (pelo menos nas modalidades de redução ou extensão teleológica) e, portanto, tendencialmente excluída se a solução do caso não fosse de decidir segundo a equidade.

Não é, assim, totalmente correcto afirmar que a equidade é a justiça do caso concreto. Pode apenas admitir-se, que a equidade é uma solução não normativa do caso, se com isso se quiser significar, que não corresponde exactamente a normas dadas em fontes de direito, mas que não prescinde de pontos de apoio normativos. Se assim fosse, uma solução não normativa do caso seria sempre uma solução arbitrária.

O que se passa é que entre a solução do caso segundo o direito estrito e a solução segundo a equidade opera uma inversão de perspectivas. No primeiro caso, não pode deixar de ser tido em conta o ponto de vista do legislador, que parte da norma para o caso concreto; no segundo caso, assume relevância o ponto de vista do juiz, que parte do caso concreto para a norma.

O que distingue a equidade não é, pois, o ser uma solução não normativa do caso, mas ser uma solução normativa que toma como ponto de partida o caso concreto.

1.2.2 Direito de necessidade

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

O estado de necessidade é uma causa geral de justificação, artigo 339.º do Código Civil, nos termos da qual, a ideia de que a actuação segundo a necessidade só serviria para tornar lícita a destruição ou danificação de uma coisa, isto é, a intervenção em interesses patrimoniais e já não em interesses pessoais, estes previstos entre as normas do direito penal.

Temos assim os seguintes pressupostos do estado de necessidade, segundo o artigo 339.º do Código Civil:

- (i) A existência do perigo de um dano para o agente ou para terceiro;
- (ii) O carácter actual desse perigo;
- (iii) A actuação do agente tendo em vista remover esse perigo, através da destruição ou danificação de coisa alheia;
- (iv) A relação de proporcionalidade entre o dano assim infligido pela actuação e o dano a evitar, que deverá ser manifestamente superior;

O n.º 2 do mesmo artigo 339.º estabelece uma obrigação do agente indemnizar o lesado pelo prejuízo sofrido, se o perigo for provocado por sua culpa exclusiva. Em qualquer outro caso, o tribunal pode fixar uma indemnização equitativa e condenar nela não só o agente, mas também aqueles que tiraram proveito do acto ou contribuíram para o estado de necessidade.

A solução da lei suscita a seguinte observação: o agente sem culpa e sem benefício não pode ficar sujeito a um dever de indemnizar.

Pensar o contrário é pôr em causa o próprio fundamento do estado de necessidade.

Em qualquer caso, a referência à equidade contida na disposição em causa poderia certamente levar a excluir o dever de indemnizar do agente sem culpa e sem benefício.

No entanto, o dever de indemnizar do mesmo número, pode ser considerado como um dos casos de responsabilidade pelo sacrifício, o que significa que alguém tem direito a ser indemnizado pelo sacrifício dos seus direitos em resultado de uma actuação lícita destinada a fazer prevalecer um direito ou interesse de valor superior.

Do exposto resulta, sem dúvida, que o estado de necessidade é uma causa de exclusão da ilicitude, tal como sucede com a legítima defesa e a acção directa. É mais duvidoso, no entanto, que se trate de um caso de autotutela de direitos, pois ao contrário do que sucede com aquelas figuras, o «estado de necessidade não pressupõe a violação dum direito», como nota Oliveira Ascensão.

A categoria básica aqui presente parece assim ser, não a violação de direitos do agente ou de terceiros, mas a salvaguarda de um interesse. Para além disso, mas intimamente relacionado, não está aqui presente o requisito da impossibilidade de recorrer aos meios normais.

Depois de salientarmos as distâncias entre o estado de necessidade e os meios de defesa a que anteriormente aludimos, importa agora comparar o estado de necessidade do direito civil e do direito penal com os diversos estados de necessidade que ocorrem no direito público.

O artigo 3.º do Código do Procedimento Administrativo estabelece que «os actos administrativos praticados em estado de necessidade, com preterição das regras estabelecidas neste Código, são válidos, desde que os seus resultados não pudessem ter sido alcançados de outro modo, mas os lesados terão o direito de ser indemnizados nos termos gerais da responsabilidade da Administração».

É importante desde logo salientar que aqui não se fala em licitude, mas em validade. Em termos muito genéricos, no caso da ilicitude, está em causa aquilo que é permitido ou não. Já um acto da Administração é inválido, se não respeita o poder que lhe foi atribuído e nos termos em que o foi.

A licitude, está em causa em relação a normas que atribuem direitos ou restringem liberdades. Fala-se de validade em relação a normas que atribuem poderes ou competências.

Do direito administrativo para o direito constitucional, temos as disposições do artigo 19.º da CRP sobre suspensão do exercício de direitos, através da declaração do estado de sítio ou do estado de emergência

Todos estes casos têm em comum a suspensão de normas e procedimentos para prover a situações anormais causadas por acontecimentos extraordinários, muitas vezes causados pela força da natureza. O que os distingue do estado de necessidade do direito civil é precisamente esta circunstância: a suspensão de normas e procedimentos que regulam, em termos normais, a conduta da Administração.

Por outras palavras, está em causa afastar a invalidade da actuação da Administração, que se desviou das regras que a vinculam, e já não afastar a ilicitude do seu comportamento por violar direitos de terceiros.

Resta-nos procurar dar resposta, a duas questões, relativas ao fundamento e à natureza do estado de necessidade.

No caso do direito público, o fundamento do estado de necessidade corresponde à pretensão de autoridade que advém para os poderes públicos da sua prossecução do bem comum.

Quanto à natureza, importa reconhecer no estado de necessidade uma quebra do princípio da legalidade, ainda que visando a «reposição da situação de normalidade legal».

Nesta medida, a actuação em estado de necessidade significa uma autorização de exercício de um poder discricionário.

1.2.3 Abuso do direito

O artigo 334.º do Código Civil visa fazer face a este problema, que resulta no exercício de um direito que em tese é conforme à lei, mas que as circunstâncias do caso revelam ser ilegítimo o respectivo exercício.

É possível falar do abuso do direito como um *instituto da equidade*, uma vez que se parte da inaceitabilidade de um conteúdo concreto, que não seria um problema em direito estrito.

1.3 Estrutura dos conceitos utilizados na legislação

1.3.1 Conceitos indeterminados

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

- Conceitos **polissémicos** são aqueles que apresentam vários sentidos. Assim, na CRP, o termo «lei» pode significar lei formal da Assembleia da República, decretos-lei, decretos legislativos regionais, ou ainda acto normativo, que para além dos anteriores abrange ainda os regulamentos;
- A **vaguidade** é a característica de conceitos que admitem, para além de uma zona de certeza, uma zona de incerteza, em que se torna duvidoso se o conceito é, ou não, aplicável. Exemplos de conceitos vagos, são os de lei injusta ou imoral previsto no artigo 8.º, n.º 2 do CC;

- Conceitos **ambíguos**, são aqueles que resultam de combinações de palavras no texto legal, de tal modo imprecisas, que não permitem ver com clareza a que palavra ou frase se referem outras palavras ou frases.
Assim sucederia, com a ambiguidade da frase «natureza análoga» (análoga a quê?), no artigo 17.º da CRP, ou ainda com o artigo 1352.º, n.º 3, do CC, quando se estipula que «Todos os proprietários que participam do benefício das obras são obrigados a contribuir para as despesas delas, em proporção do seu interesse...» (interesse dos proprietários ou interesse das obras?);
- A **porosidade** ocorre quando um conceito empírico se vê confrontado com novas «experiências» ou «descobertas» não previstas pelo legislador, como sucede com os órgãos humanos ou os embriões em face do artigo 1302.º do Código Civil, que estabelece que só as coisas corpóreas podem ser objecto do direito de propriedade;
- Conceitos **vazios**, são aqueles em que o conteúdo de informação do conceito é diminuto ou o seu sentido extremamente impreciso, daí resultando um amplo espaço de conformação para os órgãos aplicadores do direito, como sucede com os conceitos de «dignidade humana», «independência nacional»;

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

O primeiro, e mais importante, prende-se com o desafio colocado pela existência destes conceitos nas leis, à mencionada autonomização entre interpretação e aplicação do direito. A decisão do caso, obtém-se apenas quando esteja em causa a aplicação de conceitos indeterminados, através da respectiva complementação com valorações por parte do intérprete-aplicador.

Isto acontece tanto com os conceitos «anoitecer» e «perturbação do sossego», como com os conceitos indeterminados «desonroso» ou «baixo».

O segundo esclarecimento, diz respeito à natureza não exclusiva da caracterização dos conceitos indeterminados acima efectuada. De modo especial, importa acentuar que a característica da vaguidade é cumulável com todas as demais características dos conceitos indeterminados, pois em relação a todos eles, é possível indicar uma área comunicativa clara e uma zona indefinida.

1.3.2 Cláusulas gerais

As cláusulas gerais exprimem-se normalmente através de conceitos indeterminados, como sucede com a «justa causa», a «boa fé», etc. Mas não é necessário que assim aconteça. O traço distintivo da cláusula geral consiste, na respectiva oposição a uma regulamentação casuística ou tipificada, caracterizando-se assim por uma grande abertura, deixando bastante indefinidos os casos a que virá a aplicar-se

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

1.3.3 Tipos

A compreensão do que sejam os tipos, alcança-se sobretudo pela sua contraposição aos conceitos abstractos. O tipo, é aquela expressão usada na lei, que descrevemos, esclarecemos e assim tornamos aplicável, mas que não podemos definir através da indicação de notas já estabelecidas e que ocorrem em todos os casos.

Pelo contrário, as notas características indicadas na descrição do tipo não precisam de estar todas presentes. Quando o artigo 493.º, n.º 1 do CC prevê a responsabilidade daquele que «tiver em seu poder coisa móvel ou imóvel», pelos danos causados pela coisa, deve entender-se que a expressão «ter em seu poder» exprime um tipo, na medida em que tanto pode significar o proprietário como, o simples comodatário. Exprime um tipo, na medida em que pode significar realidades jurídicas diversas.

1.3.4 Princípios

Tradicionalmente, costumava distinguir-se entre normas e princípios, querendo-se com isso significar, que os princípios não teriam a mesma força jurídica das normas, sendo apenas meios auxiliares para a respectiva interpretação. Actualmente, tende a conceber-se a distinção entre regras e princípios como uma distinção entre duas espécies de normas.

Como distinguir, então, no âmbito do conceito de norma, entre regras e princípios?

Gomes Canotilho, aponta vários critérios que têm sido sugeridos para o efeito:

- a) De acordo com o critério do grau de abstracção, os princípios são normas com maior grau de abstracção do que as regras;
- b) De acordo com o critério da determinabilidade, os princípios carecem de mediações concretizadoras, enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa;
- c) De acordo com o critério da fundamentalidade no sistema de fontes, os princípios são normas de natureza estruturante, devido à sua posição hierárquica dentro do sistema de fontes (por ex., princípios constitucionais) ou à sua importância substancial (por ex., princípio do Estado de Direito);
- d) De acordo com o critério da proximidade da ideia de direito, os princípios radicam directamente na ideia de justiça, enquanto as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional;
- e) Finalmente, os princípios têm, uma natureza normogénica que falta às regras, no sentido em que são aqueles que estão na base ou constituem a razão de ser destas últimas

Em face do exposto, colocam-se duas questões:

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

Em segundo lugar, importa determinar se entre regras e princípios existe uma verdadeira diferença qualitativa ou uma mera diferença de grau.

A tese de que existe uma diferença qualitativa e não meramente de grau entre as duas realidades, assenta essencialmente em dois argumentos:

- i) Ao constituírem exigências de optimização, os princípios são susceptíveis de uma ponderação, consoante o seu peso relativo, na presença de outros princípios conflitantes. Assim, a existência de conflitos entre o princípio de igualdade e o princípio de liberdade, ambos previstos na Constituição (artigos 13.º e 26.º, n.º 2) não afecta a validade simultânea de ambos;
- ii) Pelo contrário, as regras são aplicáveis em termos de tudo ou nada (Dworkin). A existência de regras de sinal contrário implica uma antinomia que deve ser resolvida segundo os critérios de resolução de conflitos vigentes no ordenamento (por exemplo, a lei posterior revoga a lei anterior, a lei constitucional prevalece sobre a lei ordinária).

Directamente decorrente do que acaba de ser dito, podemos dizer que os princípios de sinal contrário conflituam, mas não se excluem, como sucede com as regras opostas. Mas estas diferenças qualitativas, ocorrem apenas se pensarmos a existência de conflitos entre princípios entre si, por um lado, e regras entre si, por outro. As coisas mudam de figura se admitirmos a existência de conflitos entre princípios e regras.

O artigo 497.º, n.º 2, exprime o princípio de que os tribunais não devem se colocados na alternativa de contradizer ou reproduzir uma decisão anterior. Esse princípio é concretizado através dos conceitos de litispendência e de caso julgado: existe litispendência quando uma causa se repete, estando a anterior ainda em curso; se a repetição se verifica depois de a primeira causa ter sido decidida por sentença que já não admite recurso ordinário, há lugar à excepção do caso julgado. O artigo 498.º estabelece os requisitos da litispendência e do caso julgado, estipulando que uma causa se repete quando se propõe uma acção idêntica a outra quanto aos sujeitos, ao pedido e à causa de pedir.

Imaginemos agora, que uma acção é proposta por uma ONG, com o propósito de impedir a construção de uma barragem, invocando que a mesma causa danos irreparáveis ao ambiente. A acção improcede, mas surge uma outra ONG a apresentar uma outra acção visando o mesmo efeito jurídico. Não há dúvida que não se verifica identidade de sujeitos, porque as partes não são as mesmas, mas também não existem dúvidas que o princípio subjacente aos conceitos de litispendência e caso julgado é claramente afectado: não colocar o tribunal na alternativa de contradizer ou reproduzir uma decisão anterior.

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

1.4 O método tradicional de aplicação da lei

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

É a partir de proposições gerais com conteúdo normativo, que são obtidas por via dedutiva, as concretas proposições normativas. Na lógica, entende-se por silogismo de subsunção, um silogismo que ocorre de modo a que os conceitos de menor extensão se subordinem aos de maior extensão, isto é, se subsumem a estes. Assim, por exemplo, o conceito de «homem» pode subsumir-se ao conceito de «mamífero», porque todas as notas necessárias e suficientes para a definição de «mamífero» se repetem também no conceito de «homem».

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

prisão de 8 a 16 anos».

Todavia, no caso do direito, não são os conceitos mais restritos que são subsumidos a conceito mais amplos, mas são os factos que são subsumidos à previsão configurada na lei. Aliás, se virmos bem, não são os factos que são subsumidos, mas a enunciação de uma situação de facto. A situação de facto, tal como aparece na premissa menor do silogismo de determinação da consequência jurídica e também no silogismo de subsunção, tem que ser distinguida da situação de facto, enquanto fenómeno da vida.

Assim, aquando do julgamento sobre se a situação de facto descrita preenche as notas características da previsão legal, torna-se notório que a descrição da situação de facto ocorre na linguagem comum, mas que a linguagem da lei contém expressões próprias e conceitos de um elevado grau de abstracção. A lei fala de anulação de declaração negocial, mas o que ocorre na realidade, é que alguém não se considera vinculado pela estipulação em causa. Do mesmo modo, a lei fala de coisas móveis, mas o que temos na realidade são mesas, cadeiras, dinheiro, etc. Ora, qualificar a formação da premissa menor somente como «subsunção», nos termos expostos, desconsidera a participação decisiva do acto de julgar, isto é, desconsidera o carácter próprio de um juízo de percepção sobre a situação de facto.

Por outro lado, os conceitos indeterminados e os demais conceitos enunciados que carecem de preenchimento, subtraem-se a uma definição segundo determinadas notas fornecidas pelos conceitos utilizados na lei. Retornemos ao homicídio, mas agora o homicídio qualificado previsto no artigo 132.º do Código Penal: «Se a morte for produzida em circunstâncias que revelem especial censurabilidade ou perversidade, o agente é punido com pena de prisão de 12 a 25 anos». Saber se ocorrem essas circunstâncias, já não releva da simples definição de determinadas notas que ocorrem na previsão legal, mas antes pressupõe uma coordenação valorativa. Temos de tomar como ponto de referência, não as notas definidas na previsão legal, mas outras situações de facto, que apelam a uma valoração própria do intérprete-aplicador. Não existe uma subordinação da situação de facto ao conceito carecido de valoração, mas uma coordenação, um diálogo entre ambos. O juízo a fazer à margem da subsunção, já não é um simples juízo de percepção, mas antes um verdadeiro juízo valorativo.

A subsunção, pretende fazer ver a aplicação da lei como um mecanismo consistente em subordinar os factos da vida real aos conceitos da lei.

1.5 Certeza e justiça; Direito legislado e Direito justo

Em primeiro lugar, cabe aqui mencionar Montesquieu (1689-1755). Para Montesquieu, verifica-se um triunfo da liberdade, quando a lei define geralmente o seu objecto e se limita a prescrever na sua generalidade a regra a respeitar e o delito punível.

Se a independência dos juízes for preservada, o poder de julgar tornar-se-á invisível e nulo. Deste modo, a sentença do juiz decide se o acusado cai ou não sob a alçada de uma lei que designa impessoalmente os delitos e as penas. Quando a sentença é pronunciada por um juiz que se limita à interpretação escrupulosa da lei, *«não é de modo algum o homem que faz violência ao homem»*. O magistrado não estatui enquanto pessoa, mas enquanto servidor da lei. Os juízes não são mais do que *«a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não podem moderar nem a força nem o rigor da lei»*.

O segundo nome que ocorre pronunciar é o de Cesare Beccaria. No seu famoso livro «Dos Delitos e das Penas», cuja primeira edição data de 1764, foi o primeiro e mais

famoso crítico moderno da tortura e da pena de morte.

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

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

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

2. Bases da metodologia jurídica

2.1 Metodologia e filosofia do direito

O que é a metodologia? Trata-se da reflexão do direito sobre o seu próprio proceder, sobre os modos de pensamento e meios de conhecimento de que deita mão.

2.2 Exegese

A designada «escola da exegese» exprime uma orientação metodológica, com origem em França e mais propriamente desenvolvida em torno do fascínio provocado pelo Código Civil francês de 1804, que se caracteriza por um excessivo apego à lei. A função do jurista consiste apenas em analisar e explicar os textos legais e o direito identifica-se com a lei. É claro que esta orientação não reconhece qualquer papel activo ao juiz e, em geral, ao aplicador do direito. No fundo, trata-se de uma corrente que tende a identificar a aplicação da lei com o método subsuntivo.

2.3 Jurisprudência dos conceitos

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

Traço próprio da jurisprudência dos conceitos, é a dedução de regimes jurídicos a partir de meros conceitos: do conceito de pessoa jurídica, retira-se a consequência de que a pessoa é susceptível de ser ofendida e recriminada. Os conceitos servem de fonte de conhecimento. Dito de outro modo, os conceitos são entendidos como causais em relação às soluções que lhes são assim imputadas, no contexto de uma clara inversão metodológica. Neste contexto, os conceitos traduzem reduções simplificativas da realidade e chega-se mesmo a pretender explicar a realidade à luz do conceito. Também nisso consiste a inversão metodológica.

2.4 Jurisprudência dos interesses

Esta orientação metodológica, concebe o direito como tutela de interesses, o que significa que os preceitos legislativos visam delimitar interesses, e são em si próprios produtos de interesses. A interpretação deve remontar, sobre as concepções do legislador, aos interesses que foram causais para a lei. A exigência metodológica fundamental consiste, assim, em conhecer com rigor, historicamente, os interesses reais que causaram a lei e de tomar em conta, na decisão de cada caso, os interesses

que assim se descobriram.

Este entendimento visa reagir aos excessos da jurisprudência dos conceitos, pretendendo suplantar o «primado da lógica» pelo «primado da investigação da vida e da valoração da vida» (Castanheira, Digesta, vol. 2.º, p. 216) mas acaba por cair no extremo oposto. A crítica ao conceptualismo traduz-se na substituição dos conceitos ideais pelos interesses ideais (Castanheira, Digesta, vol. 2.º, p. 241).

2.5 Jurisprudência dos valores.

A expressão «interesse», era entendida de modo equívoco na jurisprudência dos interesses. A jurisprudência dos valores, opta pelo critério da valoração. Nos seus termos, o juiz não se limita a fazer decorrer a decisão da lei, mas é confrontado com um quadro normativo que tem de preencher mediante uma valoração adicional, tem de ampliar as disposições da lei, de harmonia com juízos de valor.

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

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

2.6 Jurisprudencialismo

Trata-se da orientação metodológica proposta por Castanheira Neves, para o qual o Direito é a solução fundamentada de problemas práticos. O problema prático, e não a norma na sua generalidade e abstracção, reclama uma valoração jurídica, é a origem do Direito. Por isso mesmo, a necessidade de fundamentação é o outro elemento essencial a reter. Isto significa reconhecer, que o Direito não é apenas uma ciência do conhecimento, mas também uma ciência da decisão.

2.7 Pensamento sistemático

A fim de compreender o sentido do pensamento sistemático no direito, convém começar por partir da distinção entre sistema externo e sistema interno, elaborada por Heck. Segundo este autor, haveria que distinguir entre o direito como um sistema externo, apenas com um valor de exposição do material jurídico, o qual deveria servir apenas, para a formulação e a ordenação extrínseca do material jurídico. O sistema externo assenta nos chamados conceitos classificatórios, como o conceito de «direito subjectivo» e o de «acto ilícito» e procede por via de indução e abstracção.

Em contraposição a estes conceitos, há os conceitos de interesse, que são da maior importância para a investigação dos interesses da vida e, por conseguinte, para a interpretação e aplicação do direito. Assim, o conceito classificatório de direito de crédito, exprime o direito subjectivo que o credor tem de exigir uma acção ou prestação a outra pessoa, o devedor. Pelo contrário, o conceito de interesse da obrigação consiste em esta servir o escopo da satisfação do credor através de um sacrifício imposto ao devedor.

O sistema externo não serve apenas para a exposição da matéria do Direito, mas também para permitir ao juiz a subsunção lógica. A este, opõe-se o sistema interno,

que resulta da conexão do objectivo entre as soluções dos problemas, que propicia a investigação dos interesses.

Há que reconhecer a interpenetração entre sistema externo e sistema interno. Só o manuseamento do sistema externo, permite conhecer as conexões materiais internas do direito, assentes nos conceitos de interesse. Por outras palavras, a ordenação exterior vai moldar o pensamento de que vai depender a concretização do direito. Ao mesmo tempo, o sistema interno provoca modificações do sistema externo. O pensamento sistemático deixa, assim, de ser concebido como fechado, axiomático e dedutivo, antes comportando todas as operações e realidades que a moderna doutrina tem vindo a isolar e que já foram mencionadas.

Nesta medida, o pensamento sistemático, significa o esforço de redimir os conceitos classificatórios, do encerramento em que a distinção rígida “sistema externo - sistema interno”, o encerrava. Assim, em lugar de uma distinção rígida entre sistema externo e sistema interno, tende a salientar-se a abertura do sistema científico (com alguma correspondência com a ideia de sistema externo), como incompletude do conhecimento científico, e a abertura do sistema objectivo (correspondente ao sistema interno e entendido como unidade da ordem jurídica), como modificabilidade dos valores fundamentais da ordem jurídica.

2.8 Natureza das coisas

A natureza das coisas, é um conceito que tende a levar o “ser” e o “dever ser” a corresponderem-se em toda a estatuição e achamento do direito.

Como parece claro, esta correspondência, não é levada a cabo no contexto de um silogismo judiciário, mas apenas na elaboração de uma analogia, uma vez que a norma e a situação de facto não seriam nunca completamente idênticas, mas apenas semelhantes.

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

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

O sentido da lei, não se deixa averiguar sem o sentido ou a «natureza» da situação da vida a julgar. De acordo com esta perspectiva, em cada situação de factos e tendências históricas, jaz oculta uma medida do que é justo, a qual é imanente às coisas e não transcendente.

2.9 Historicismo

Na Alemanha, como reacção contra a Revolução Francesa e o que se entendia ser o seu racionalismo radical, surgiu na passagem do séc. XVIII para o XIX e integrada no movimento do romantismo, a designada Escolha Histórica do Direito, que pretendia ver no direito e nas suas instituições, produtos da cultura histórica de cada nação.

A concepção do direito própria desta doutrina, acentuava o sentimento e a intuição, contra o racionalismo e a intelectualidade, contra o universalismo o particularismo nacional, contra a centralização o respeito pelas instituições sociais anteriores ao

direito positivo do Estado, contra a revolução a evolução das instituições.

Neste contexto, cabe salientar o nome de Savigny (1779-1861) e a sua recusa do movimento da codificação.

Se deve considerar-se ultrapassada a visão da ciência do direito propugnada pela Escola Histórica, o certo é, que a natureza cultural do direito nos aparece como a sua herança irrenunciável.

2.10 Funcionalismo

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

Todos os direitos são direitos de propriedade. O que verdadeiramente importa é a repartição eficiente de recursos naturais, e é em vista dessa repartição, que faz sentido a fixação vinculativa de direitos de actuação sobre eles, por forma a reduzir os custos de transacção relativos à sua aquisição e defesa, e a permitir aos indivíduos um uso mais intensivo e efectivo dos recursos que lhes estão exclusivamente afectados do que seria o caso se eles estivessem sujeitos a um regime de uso comum

Como afirma Richard Posner, “a eficiência requer um mecanismo através do qual [o dono actual] pode ser induzido a transferir a propriedade para alguém que o possa trabalhar mais produtivamente. Um tal mecanismo consiste num direito de propriedade transmissível”.

2.11 Tópica

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

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

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

Não é no entanto clara a natureza dos tópicos e a natureza da sua fundamentação. Aquilo que determinou a sua extraordinária difusão, foi a consciência que a solução de

um problema jurídico decorre não de um processo consistindo em deduções lógicas, mas numa problematização global de argumentos pertinentes. A importância da tópica consiste em, relativamente a problemas jurídicos controvertidos, chamar a atenção para a importância de determinar quem é que tem os melhores argumentos e que o meio mais adequado para o determinar é um discurso estruturado de acordo com regras racionais formais. Mas já se apresenta insuficiente quando se mostra incapaz de captar o sentido próprio da lei e da dogmática.

2.12 Retórica

Próxima da tópica encontra-se a retórica, que podemos definir sucintamente como a arte da persuasão através de argumentos. Os argumentos podem ter a estrutura mais diversa e a natureza mais variada, embora seja possível observar padrões de argumentação que se repetem, por exemplo, o argumento da inevitabilidade histórica, o argumento da rampa escorregadia, isto é, o raciocínio levado indevidamente ao extremo, o argumento do progresso, etc.

II – Leis e Tempo

3. Vigência temporal da lei

3.1 Existência, validade e eficácia da lei

Lei é um acto jurídico e, como tal, está sujeita aos desvalores que atingem os actos jurídicos: inexistência, invalidade e ineficácia em sentido estrito.

1. Inexistência:

Para que uma lei exista, é necessário que preencha certos requisitos mínimos de identificabilidade formal, orgânica e material. Por isso, não há lei sempre que viole a CRP, por exemplo:

- a. Por falta de promulgação do PR ou a referenda do Governo, é uma inconstitucionalidade formal;
- b. No caso de usurpação legislativa, uma lei aprovada por um tribunal, por exemplo, é uma inconstitucionalidade orgânica;
- c. No caso de violar os direitos fundamentais, é uma inexistência por inconstitucionalidade material;

Assim, a lei inexistente, é uma mera aparência de lei, que por isso, não produz efeitos:

- a. Não pode ser aplicada pelos tribunais nem pela Administração Pública;
- b. Os cidadãos podem resistir à tentativa da sua aplicação;
- c. Os casos julgados erradamente ao seu abrigo, não vinculam;
- d. A inexistência não carece de ser declarada por nenhum órgão;

2. Invalidade:

Se a lei não é inexistente, ela pode mesmo assim, ser válida ou inválida. A invalidade resulta de os pressupostos ou elementos da lei não respeitarem a CRP, mas de modo menos grave do que aquele que provoca a inexistência:

- a. Uma lei que não respeitou todos os trâmites para a sua aprovação, gera invalidade por inconstitucionalidade formal;
- b. Um decreto-lei do Governo sobre matéria de reserva absoluta da AR, é uma inconstitucionalidade orgânica, que também o torna inválido;
- c. Uma lei contrária a um princípio não fundamental, contém uma inconstitucionalidade material, que determina a invalidade;

A diferença entre inexistência e invalidade, é uma questão qualitativa, ou de grau. A inconstitucionalidade da inexistência é mais grave que a da invalidade.

Mas inconstitucionalidade da lei é diferente de invalidade. Inconstitucionalidade, é a desconformidade da lei em relação à CRP. Invalidade, é a consequência dessa desconformidade.

Existem dois graus de invalidade: nulidade e anulabilidade:

- a. Nulidade, art. 286º do CC, é a invalidade mais drástica. O acto é nulo desde o momento em que foi praticado. No entanto, tem de ser declarado pelos tribunais. Esta declaração, elimina o acto nulo e os seus efeitos jurídicos, desde a sua prática, excepto os casos julgados. O requerimento a pedir a declaração de nulidade pode ser efectuado por qualquer pessoa, sem prazo limite, mas se o tribunal tiver conhecimento oficioso da nulidade, pode declara-lo;
- b. Anulabilidade, art. 287º do CC, é a invalidade menos radical. O acto anulável, é válido, até ser declarada a sua anulação. Esta anulação é feita pelo tribunal, que pode no entanto, determinar que a anulação só vale para o futuro, ficando salvos os efeitos passados. A anulação só pode ser requerida por pessoas com interesse na causa e dentro de um prazo;

No entanto, pode haver um carácter misto da invalidade associada à inconstitucionalidade, chamada de nulidade atípica, porque se lhe juntam alguns elementos de anulabilidade:

- Só um número limitado de entidades pode pedir ao Tribunal Constitucional a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, art. 287.º CC e 281.º, n.º 2 CRP;
- A declaração de inconstitucionalidade, pode restringir alguns efeitos da lei nula para além dos casos julgados, tendo em atenção interesses públicos de certeza e equidade. É o que resulta do artigo 282.º, n.º 4 da Constituição;

3. Ineficácia:

Uma lei pode existir, ser válida, mas não produzir efeitos jurídicos, porque é ineficaz. A ineficácia acontece por um facto distinto da lei, mas que pára a produção de efeitos, podendo ser originária, se o facto é contemporâneo à lei, ou superveniente, se for posterior.

- É originariamente ineficaz a lei não publicada, art. 119.º, n.º 2 da CRP, ou a lei que ainda não entrou em vigor;
- É ineficaz posteriormente, se o regime que tenta conter deixa de existir;

No entanto, apesar de a ineficácia ser um desvalor menos grave da lei do que a invalidade, o regime é mais gravoso (quase se diria, mais eficaz), uma vez que a lei ineficaz não produz quaisquer efeitos, independentemente de qualquer intervenção de um tribunal.

3.2 Alusão a início e fim de vigência

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

De igual modo, pode acontecer que uma lei produza efeitos antes da sua entrada em

vigor, bastando para o efeito que lhe seja atribuída eficácia retroactiva.

3.3 Entrada em vigor

a. Primeira noção:

A lei torna-se eficaz após a sua publicação, conforme o artigo 1.º da Lei n.º 74/98, de 11 de Novembro, começando a produzir efeitos na data definida por elas.

b. Entrada em vigor e publicação:

Conforme os art. 5.º, n.º 1 do CC e art. 1.º da Lei n.º 74/98, a lei só se torna obrigatória depois de publicação no jornal oficial;

c. Início de vigência dos actos:

O artigo 2.º, n.º 1 da Lei n.º 74/98, determina que os actos legislativos não podem em caso algum, verificar-se no próprio dia da publicação.

Estando em causa lei ordinária, esta pode ser derogada por diploma de nível equivalente, que determine a aplicação imediata. Isso pode acontecer em dois tipos de casos:

- Situações de inadiável urgência (medidas em casos de calamidade pública);
- Evitar o prejuízo ou frustração dos objectivos da lei (se a lei determina a suspensão da compra de divisa estrangeira, o período de *vacatio* permitiria a procura intensa de divisas, possivelmente com fins especulativos);

d. A *vacatio legis*:

O artigo 2.º, n.º 2 da Lei n.º 74/98, determina que, na falta de fixação do dia, os diplomas entram em vigor no 5.º dia após publicação.

No entanto, à fixação do termo são aplicáveis, em caso de dúvida, as regras dos artigos 279.º e 296.º do CC, onde se definem as regras para o cômputo do termo:

- Se o termo se referir ao princípio, meio ou fim do mês, entende-se como tal, respectivamente, o primeiro dia, o dia 15 e o último dia do mês;
- Na contagem de qualquer prazo não se inclui o dia, nem a hora;
- O prazo fixado em semanas, meses ou anos, a contar de certa data, termina às 24 horas do dia que corresponda;
- É havido como prazo de uma ou duas semanas o designado por oito ou quinze dias, sendo havido como prazo de um ou dois dias o designado por 24 ou 48 horas;
- O prazo que termine em domingo ou dia feriado transfere-se para o primeiro dia útil;

Antes da publicação electrónica, havia o problema da «data da publicação» e «data da distribuição». A publicação em papel do jornal oficial, colocava o problema de saber como tratar os casos em que o DR era distribuído depois da publicação. Havia dois tipos de problemas: qual a data a considerar para efeitos de início de vigência; como tratar os casos em que a distribuição não era uniforme. Com a supressão da versão em papel estes problemas acabaram. A versão actual do artigo 2.º, n.º 4 da Lei n.º 74/98, determina que, na falta de fixação do dia de entrada em vigor, o prazo conta-se a partir do dia imediato ao da sua disponibilização no sítio da Internet gerido pela Imprensa Nacional - Casa da Moeda, S. A.

e. As rectificações:

De acordo com o artigo 5.º da Lei n.º 74/98:

- 1 — As rectificações são admissíveis exclusivamente para correcção de lapsos gramaticais, ortográficos, de cálculo ou de natureza análoga ou para correcção de erros materiais provenientes de divergências entre o texto original e o texto de qualquer diploma publicado na 1.ª série do Diário da República e são feitas mediante declaração do órgão que aprovou o texto original, publicada na mesma série.
- 2 — As declarações de rectificação devem ser publicadas até 60 dias após a publicação do texto rectificando.
- 3 — A não observância do prazo previsto no número anterior determina a nulidade do acto de rectificação.
- 4 — As declarações de rectificação reportam os efeitos à data da entrada em vigor do texto rectificado.

3.4 A chamada cessação de vigência

Existem várias modalidades de cessação da vigência de uma lei: revogação, caducidade, desuso e costume *contra legem*.

Revogação:

- i. *Lex posterior priori derogat*, a lei posterior derroga a anterior.
Fundamento do princípio: sistema político centralizado assente na existência de um poder legislativo autónomo;
- ii. A posterioridade afere-se pela data da publicação, normalmente coincidente com a data da entrada em vigor. Porém, existem casos difíceis:
 - Lei que é publicada posteriormente entre antes em vigor;
 - Leis publicadas em datas diferentes entram em vigor na mesma data;
 - Leis publicadas na mesma data, sem regras diferentes quanto a entrada em vigor;

Nestes casos, usa-se o critério da publicação. Na última hipótese, para além do critério de publicação, usa-se a data de aprovação, havendo no entanto a possibilidade de interpretação abrogante e surgimento de uma lacuna de colisão;

- iii. A revogação pode ser por indicação, quando é expressa, p.e. a Lei X indica que vem revogar a Lei Y. Também pode ser por incompatibilidade, revogando tacitamente a lei anterior, uma vez que duas leis incompatíveis não podem vigorar ao mesmo tempo. Por último, podemos ter uma revogação por substituição, quando globalmente substitui todo o ramo do direito que a norma anterior regulava;
- iv. Menor importância da distinção entre revogação total e parcial;
- v. Sucessão de lei geral e lei especial. Lei geral não revoga a lei especial; lei especial derroga a lei geral;
- vi. Repristinação. Artigo 7.º, n.º 4, do CC, explicação do regime; diferença em relação ao artigo 282.º, n.º 1, da Constituição;

Caducidade:

- i. Existem dois casos em que a caducidade é estabelecida por determinação da própria lei:
 - a. Lei que estabelece o seu próprio prazo de vigência;
 - b. Lei que se destina, nos seus próprios termos, a ter vigência limitada no tempo, como sucede com a lei estabelecida para condições especiais resultante de epidemia, ou a lei que estabelece condições especiais de segurança durante um evento desportivo;
- ii. No entanto, gera-se um problema por desaparecimento das situações abrangidas. Neste caso, a lei não se destina a vigorar temporariamente e, por essa mesma razão, só muito raramente haverá caducidade, pois há que considerar a possibilidade de reaparecimento dos pressupostos da lei. Oliveira Ascensão dá os exemplos da caducidade da lei reguladora do tráfego num porto tornado inutilizável pelo assoreamento, ou da cessação da lei da caça ao javali, quando este desaparecer. E se entretanto ocorrer o desassoreamento do porto ou o reaparecimento do javali?

Desuso:

Verifica-se quando a cessação da vigência da lei ocorre pela prática reiterada de uma actuação a ela contrária. Isto é, a lei não é aplicada por um longo período de tempo, razão pela qual se pode concluir pela cessação da sua vigência.

Costume *contra legem* superveniente:

Verifica-se quando a cessação da vigência da lei, ocorre pela afirmação dum costume (prática social reiterada com convicção de obrigatoriedade) a ela contrário.

4. Sucessão de leis

4.1 Contacto do caso decidendo com leis sucessivas

Durante o período de tempo em que perduram as situações da vida reguladas pelo Direito, tais situações podem entrar em contacto com mais do que um regime legal, dispondo sobre a matéria em causa em sentido divergente. Imagine-se um contrato de arrendamento ou um contrato de trabalho, com vigência, por vezes, durante toda a vida de uma pessoa, seja ela senhorio ou inquilino, patrão ou empregado.

Do mesmo modo, um facto jurídico, mesmo instantâneo, pode relacionar-se com duas ou mais leis, bastando para tanto, que a sua verificação e a sua apreciação em juízo, ocorram em momentos diversos. Assim, num contrato de compra e venda de execução imediata pode o comprador vir a invocar posteriormente vícios da coisa.

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

À partida, esta possibilidade causa estranheza: se a lei entra em vigor, em regra, no quinto dia posterior ao da sua publicação e se ao entrar em vigor revoga automaticamente todas as leis anteriores que se achem em contradição com o que nela é disposto, como pode chegar a existir um conflito de leis no tempo?

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

jurídicas passadas, que devem continuar a reger-se pela lei antiga. Quais são esses efeitos?

Vejamos um exemplo.

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

4.2 Sucessão de leis, justiça e segurança jurídica

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

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

Entende-se, que as leis devem acompanhar o progresso social e, nessa medida, a nova lei será em princípio mais conforme às exigências desse mesmo progresso. Mais importante ainda, a aplicação da lei antiga a todas as situações jurídicas que tenham o seu início em actos praticados no domínio dessa lei, faria com que as mesmas instituições fossem reguladas ao mesmo tempo por normas diversas, com grave prejuízo para a ordem social. Assim, se a lei nova viesse alargar os fundamentos do divórcio em relação à lei antiga e se o casamento se devesse regular, quanto a este aspecto, pela lei em vigor no momento em que o casamento se celebrou, ficariam a subsistir dois regimes diferentes de divórcio.

Em alguns casos, e em função do que acaba de ser dito, não custa admitir a aplicação da lei nova a todos os casos, ainda que tenham surgido sob o domínio da lei antiga: se foi abolida a escravatura, todos os escravos passam a ser livres a partir do momento em que entra em vigor a nova lei.

A segurança jurídica, pelo contrário, levaria à não aplicabilidade imediata da lei nova. Ao celebrarem os seus negócios, os particulares têm naturalmente em vista apenas as normas que os regulam ao tempo da celebração. Com efeito, a confiança nas leis existentes, a certeza de que produzirão os devidos efeitos aos factos realizados, em harmonia com as suas prescrições, o respeito pelos interesses criados sob a garantia da lei, constituem a verdadeira base da autoridade e da força obrigatória das leis e, por meio dela, da ordem social.

4.3 A experiência da retroactividade; primeira noção

De modo muito simples, a retroactividade consiste simplesmente em a lei produzir os seus efeitos não apenas para o futuro, mas também de forma a abranger situações da vida ocorridas no passado.

O problema consiste em saber o que são situações da vida ocorridas no passado. Imaginemos que A e B celebram um contrato de compra e venda de uma imóvel, num

momento em que a lei considerava bastante para o efeito o simples documento particular e que, posteriormente, uma lei nova vem exigir que a celebração do contrato em causa deva ser reduzida a escritura pública. Se esta lei nova for aplicável ao contrato celebrado entre A e B não teremos dúvidas em qualificá-la como retroactiva.

Mas já não seria correcto pretender que toda a lei nova que regule relações jurídicas que têm a sua origem no domínio da lei antiga seja, por isso, retroactiva.

A primeira parte do n.º 1 do artigo 12.º do Código Civil consigna o princípio de que a «lei só dispõe para o futuro». Daqui retiramos que a lei não deve dispor para o passado. Mas será que actua necessariamente sobre o passado, em termos de se dever qualificar como retroactiva, toda a lei nova que pretenda sujeitar ao seu regime, as situações formadas no domínio da lei antiga e que subsistem depois que a lei nova entra em vigor?

4.4 Doutrinas sobre sucessão de leis

A questão de saber em que medida o novo direito se mostra aplicável a factos e a relações jurídicas ocorridas ou constituídas no passado, encontrou várias respostas a partir do século dezanove. Podemos agrupar essas respostas distinguindo-as entre doutrinas subjectivas e doutrinas objectivas.

A – Doutrinas subjectivas

i) A teoria dos direitos adquiridos:

Entre as doutrinas subjectivas, importa mencionar a teoria dos direitos adquiridos. Esta tinha a sua origem na distinção, entre «direitos adquiridos» e «direitos inatos»:

- «direitos adquiridos» decorriam do preenchimento dos pressupostos previstos na lei para a aquisição de direitos de crédito, direitos reais, sucessórios, etc.;
- «direitos inatos», prendiam-se com privilégios associados aos estados das pessoas.

A partir do momento em que por efeito da Revolução Francesa se começaram a pôr em causa os privilégios inerentes ao estatuto das pessoas, procurou-se muitas vezes defender tais privilégios, com base na ideia de direitos adquiridos. Na realidade, a dificuldade de definir com clareza o conceito de direitos adquiridos prestou-se a essa defesa.

Não obstante, foram várias as tentativas de delimitar a retroactividade da lei com base na ideia de direitos adquiridos. Assim, começou por haver quem sustentasse que os direitos adquiridos, seriam todos os direitos privados constituídos através de actos individuais de vontade, abrangendo-se assim, sobretudo os direitos patrimoniais; pelo contrário, as meras faculdades concedidas pela lei no contexto de uma sociedade estamental, seriam excluídas da protecção concedida aos direitos adquiridos. A consequência desta doutrina consistia em submeter os privilégios de estatuto social à nova acção do poder legislativo no contexto da ruptura dos novos Estados constitucionais com o *Ancient Régime*.

A dificuldade de distinguir entre direitos adquiridos e direitos inatos foi-se impondo em virtude de, em última análise, toda a posição jurídica individual poder ser caracterizada como um direito adquirido. Nessa medida, o que relevaria quanto à caracterização do direito adquirido, não seria tanto o tipo de direito em causa mas a sua completude. É certamente este aspecto, que leva alguns autores a distinguir entre direitos adquiridos e simples expectativas, em

termos de a lei nova dever respeitar todos os direitos adquiridos no período de vigência da lei antiga, enquanto as simples expectativas ou faculdades jurídicas poderiam ser livremente alteradas pela nova lei.

Assim, o meu direito de crédito, resultante de um contrato, será sempre regido pela lei em vigor no momento da respectiva celebração; a minha expectativa de ser herdeiro legítimo não é protegida em face da lei que altera a ordem da sucessão legítima. Segundo Guilherme Moreira, direito adquirido seria o que se constituiu definitivamente, e simples expectativa o direito que, não se havendo ainda constituído definitivamente, representa uma mera esperança.

ii) A teoria de Savigny:

Segundo este autor, haveria que distinguir entre normas que regulam a aquisição de direitos e todas as demais normas que determinam a existência do Direito. Com base nesta diferenciação entre tipos de normas, Savigny desenvolve a ideia de que a proibição de retroactividade, apenas vale para os direitos privados subjectivos, quer dizer, para as relações jurídicas. Pelo contrário, para o direito privado objectivo, para os institutos jurídicos, é admissível uma aplicação retroactiva da nova lei, no sentido de aplicação imediata.

No que toca às relações jurídicas, Savigny distingue entre as mesmas consoante sejam pontuais ou duradouras.

Quanto aos institutos jurídicos, Savigny analisa as leis de reforma que põem em causa a permanência de posições jurídicas constituídas à luz do direito anterior. As leis de reforma seriam leis que «existem em conexão com fundamentos e objectivos éticos, políticos ou económicos (...)». Faz parte da natureza destas leis que estas tenham de estender a sua força e a sua eficácia mais longe do que as demais leis». Como exemplo de tais leis, menciona Savigny as «leis proibitivas», que visam eliminar institutos jurídicos contrários à liberdade pessoal, como a escravatura ou a servidão. Tais leis seriam de aplicação imediata, mas apenas se for possível concluir que é posta pelo legislador na sua execução o maior cuidado e justiça. Na dúvida, as posições jurídicas constituídas ao abrigo do direito anterior às leis proibitivas não devem ser eliminadas, mas apenas adaptadas.

Às teorias subjectivas são apontadas duas críticas: a imprecisão da noção de «direitos adquiridos» e o silêncio sobre os efeitos dos direitos adquiridos no passado, que se projectem no futuro. Estas dificuldades levaram diversos autores a procurar explicar o alcance retroactivo da lei com base numa concepção objectiva.

B – Doutrinas objectivas

i) O princípio objectivo:

O ponto de partida para de tais concepções consistiu na distinção entre *facta praeterita* e *negotia pendentia* no Código de Justiniano. As leis e as constituições dão um critério para negócios futuros, mas não podem ser aplicadas a factos passados, a não ser que expressamente determinem de outro modo relativamente aos negócios pendentes. Assim, entendia-se que a lei nova vale para os factos novos, a lei antiga para os factos passados e já encerrados. A retroactividade da nova lei, mesmo relativamente a situações de facto não encerradas, deve em princípio ser excluída, com base numa relação entre regra e excepção.

ii) O conceito de facto jurídico:

Para a resposta à questão sobre que lei aplicar numa perspectiva temporal, adquiriu significado central o conceito de facto jurídico. As dificuldades resultam de se saber, se o conceito de facto se reporta ao da previsão de uma norma concreta, a uma relação jurídica ou a uma situação da vida. Na realidade, o conceito de facto jurídico abrange todo o acontecimento de que resulta efeitos jurídicos, abrangendo acções humanas, como a celebração de um contrato, mas também simples acontecimentos de facto, como o nascimento.

iii) A distinção entre facto e efeito:

Para além dos factos jurídicos, há ainda a considerar os seus efeitos. Em primeiro lugar, todo e qualquer facto, tem como lei reguladora a lei vigente ao tempo em que se realizou. Assim, a lei nova regula os factos novos; a lei antiga disciplina os factos ocorridos no seu âmbito de vigência. Para além disso, a lei antiga regula ainda os efeitos ou consequências dos factos passados, ainda que venham a ocorrer no domínio de vigência da lei nova.

iv) A distinção entre facto e conteúdo:

Hans Carl Nipperdey desenvolveu em 1959 a seguinte distinção: na medida em que uma lei ligue a constituição, modificação ou extinção de uma relação jurídica a um facto, a mesma diz apenas respeito a factos futuros da mesma espécie; no caso em que a lei, pelo contrário, diga respeito directamente ao próprio direito, isto é, na medida em que a mesma determine directamente o conteúdo de uma relação jurídica, entende-se que a mesma afecta os direitos dessa espécie anteriormente existentes.

Este modo de ver, veio conferir maior precisão ao princípio objectivo. Efectivamente, é diferente o sentido da aplicação de uma lei para o futuro, consoante ela disponha sobre um facto constitutivo de uma situação jurídica ou directamente sobre o conteúdo da situação jurídica. No primeiro caso, aplicar para o futuro significa aplicar a factos futuros novos, ocorridos depois da entrada em vigor da lei nova; no segundo caso, aplicação para o futuro significa aplicação às situações em curso, ainda que constituídas no passado.

Mas tornava-se ainda necessário, saber em que medida se deve entender que uma lei dispõe directamente sobre o conteúdo de uma relação jurídica ou apenas sobre o efeito de um facto. Esta dúvida deveria ser resolvida, segundo Nipperdey, através da interpretação da lei.

Quanto mais sérios forem os motivos que levem a adoptar uma nova lei, maior deverá ser o seu efeito sobre as relações jurídicas já existentes. Isto será especialmente válido, quando o novo regime for adoptado por razões éticas ou quando pretender pôr cobro a inconvenientes económicos e sociais. Do mesmo modo, se o novo regime disser respeito a relações jurídicas especialmente duradouras, deve também entender-se que pretende atingir aquelas que subsistam à data da sua entrada em vigor.

Nipperdey reconhece todavia dois casos excepcionais, em que será de aplicar o direito da lei antiga, mesmo quando a lei nova verse directamente sobre o conteúdo das relações jurídicas:

- Nos casos em que a avaliação das relações jurídicas é profundamente diferente à luz da lei antiga e da lei nova, sendo que essa diferença não se deixa apreender à partida e que as razões da mesma não decorrem do direito privado existente;

- ii) Por outro lado, deverá aplicar-se a lei antiga quando a aplicação da lei nova implique uma dureza ou severidade não justificada por razões preponderantes.

v) Insuficiência da fórmula da teoria do facto passado:

A distinção entre factos pressupostos e factos constitutivos: cfr. Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, pp. 234-237.

Imaginemos a seguinte hipótese: um dos alunos nesta disciplina comete um crime para o qual a lei prevê uma pena de prisão de 3 a 8 anos. A pena é suspensa e o aluno entretanto completa o seu curso. No Verão do último ano do curso, já depois de concluídos os exames, e quando o aluno se prepara para se inscrever na Ordem dos Advogados, para aí frequentar o curso de estágio, surge uma nova lei que considera como efeito inibitório da pena em causa, a inscrição na Ordem dos Advogados. Quando o aluno praticou o crime esta consequência não estava prevista, mas quando se pretendeu inscrever na Ordem dos Advogados passou a estar.

Pode ou não o mesmo inscrever-se? O que é decisivo para saber se a lei nova se aplica, é saber se à data da sua entrada em vigor já existia, ou não, uma situação jurídica constituída. Ora, o facto gerador do direito de frequentar o estágio, só existe com a inscrição na Ordem dos Advogados e, por essa razão, aplica-se a lei nova. A prática do crime é um mero facto pressuposto, mas não um facto constitutivo e só estes são aptos a fixar a lei competente para reger determinada situação jurídica.

4.5 Graus de retroactividade

Modos de estabilização dos problemas jurídicos; as *causæ finitæ*

Efeitos presentes e futuros de factos passados (retroactividade ordinária ou de grau mínimo); efeitos já produzidos de factos passados, mas ainda não encerrados (retroactividade agravada; exemplo da prestação já vencida, mas ainda não satisfeita); obrigações já cumpridas (retroactividade quase-extrema); caso julgado (retroactividade extrema).

4.6 Perspectivas constitucionais sobre retroactividade

A lei penal: noções elementares e remissão

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

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

De acordo com o artigo 103.º, n.º 3, da CRP, ninguém pode ser obrigado a pagar impostos que não hajam sido criados nos termos da Constituição, que tenham natureza retroactiva ou cuja liquidação e cobrança se não façam nos termos da lei.

O artigo 12.º, n.º 1, da Lei Geral Tributária, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 398/98, de 17 de Dezembro, estipula as normas tributárias aplicam-se aos factos posteriores à

sua entrada em vigor, não podendo ser criados quaisquer impostos retroactivos. Mas já o n.º 3 refere que as normas sobre processo e procedimento são de aplicação imediata, sem prejuízo das garantias, direitos e interesses legítimos anteriormente constituídos dos contribuintes.

Entende-se assim que o princípio da não retroactividade diz respeito aos elementos essenciais do imposto, isto é, àqueles elementos que contêm com a determinação das pessoas oneradas com o encargo tributário e com a fixação do montante deste – e que são concretamente a incidência (pessoal e real), as isenções e a taxa do imposto – deve entender-se que são regidos pela lei que vigora no momento em que ocorre o pressuposto de facto ou o facto gerador do imposto em causa.

Já no que toca às normas que regem os actos que integram os processos de lançamento e cobrança do imposto nenhum obstáculo se ergue à sua aplicação imediata (Cardoso da Costa, pp. 222 e 227).

Leis restritivas de direitos, liberdades e garantias

A protecção dos casos julgados

O problema da protecção de outras *causæ finitæ*

A liberdade básica do legislador novo; noção de direito transitório (formal e material)

4.7 O art. 12º CC e o formalismo subjacente

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

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

O n.º 2 do artigo 12º, desenvolve o princípio da não retroactividade, ou seja, esclarece o que significa a lei aplicar-se para o futuro. É aqui que fazem sentido as doutrinas atrás mencionadas sobre a sucessão das leis. Distinguem-se dois tipos de leis ou normas:

- 1ª parte: aquelas que dispõem sobre os requisitos de validade formal, substancial ou sobre os efeitos de quaisquer factos. Efectua uma distinção entre casos em que a lei nova só se aplica a factos novos, sejam eles constitutivo, modificativos ou extintivos de uma relação jurídica;
- 2ª parte: aquelas que dispõem sobre o conteúdo de certas situações jurídicas e o modelam sem olhar aos factos que a tais situações dera origem. Os casos em que a lei nova se aplica a relações ou situações jurídicas, constituídas antes da lei nova mas que subsistem à data da sua entrada em vigor;

Para compreender o funcionamento do artigo 12º, n.º 2 devemos, face a uma lei nova, colocar duas questões:

- A lei nova dispõe sobre o facto constitutivo (modificativo ou extintivo) de uma situação jurídica?
Se dispõe sobre o facto constitutivo, a lei nova só se aplica a factos que se destinam regular, ocorridos depois da sua entrada em vigor.
Exemplos: a lei nova exige escritura pública para contratos que até aí podiam validamente ser celebrados por escrito particular; a lei exige que os nubentes tenham idade de 18 anos (em vez dos actuais 16) para poderem casar; a lei exige que a denúncia de um contrato, passe a ser efectuada por um meio mais

formal.

De acordo com o artigo 12º, n.º 2, 1ª parte, a lei só se aplica a contratos, casamentos ou denúncias futuras.

- A lei que dispõe directamente sobre o conteúdo de uma situação jurídica, abstrai do facto que lhe deu origem?
Se abstrair, aplicará directamente às situações em curso.
Se não abstrair, retoma a parte final do n.º 2, 1ª parte, só se aplica aos factos depois da sua entrada em vigor.

A que critérios devemos recorrer para responder à segunda questão?

As leis no domínio do conteúdo dos contratos são, em princípio, leis que dispõem sobre o conteúdo das situações jurídicas, atendendo aos factos que lhes deram origem, isto é, sem abstrair desses factos. Assim, a lei que rege as situações jurídicas contratuais, é a lei em vigor no momento em que os contratos foram celebrados.

O fundamento deste regime específico da sucessão de leis no tempo, reside no respeito pelo princípio da autonomia privada que goza de protecção constitucional, nos termos do artigo 26º, n.º 2, da CRP.

No entanto, se o legislador intervém através de normas injuntivas por uma questão de ordem pública económica de protecção ou de direcção, a aplica-se a lei antiga às situações jurídicas contratuais, uma vez que o seu fundamento é o respeito da autonomia privada.

Deste modo, quando dispõe em matéria de contratos, o legislador deve declarar que a lei nova é aplicável às situações em curso. Caso contrário, se não estiverem em causa questões de ordem pública económica, aplica-se a lei antiga, mesmo que a lei seja injuntiva.

Sucessão de leis sobre prazos, artigo 297º

Para se aplicar o artigo 297º do Código Civil existem 2 requisitos: o prazo ser constitutivo ou extintivo de um direito ou situação jurídica; tal prazo ainda estar em curso no início de vigência da lei nova.

- No n.º 1, se a lei nova (LN) encurta um prazo ou o momento a partir do qual este se começa a contar, aplica-se aos prazos em curso, mas o prazo só começa a contar a partir do início de vigência da LN, salvo se segundo a lei antiga (LA) faltar menos tempo para o prazo se completar;
- No n.º 2, se a LN aumenta prazo ou o momento a partir do qual este se começa a contar, também se aplica aos prazos em curso, mas conta todo o tempo decorrido desde o momento inicial.

Se a LN estabelecer um novo prazo que não existia antes, este deve ser contado a partir do início de vigência da LN.

Não se aplica o artigo 297º a prazos que são meros pressupostos de situações jurídicas.

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

O pendor privatista do art. 12.º

4.8 A lei interpretativa, artigo 13º

Existem dois requisitos para que se possa falar de lei interpretativa: por um lado, a solução do direito anterior deve ser incerta; por outro lado, a solução da lei nova deve ser tal, que o intérprete a ela poderia chegar sem ultrapassar os limites da actividade interpretativa.

Fala-se de retroactividade natural da lei interpretativa, como se esta não fosse verdadeiramente retroactiva, uma vez que não é susceptível de afectar as expectativas dos destinatários da disposição em causa. Parece ser essa a intenção do legislador ao usar no artigo 13.º, n.º 1, a fórmula «a lei interpretativa integra-se na lei interpretada».

Mas essa retroactividade deve deter-se perante todas as situações que se tornaram certas, através de decisão judicial, acordo das partes ou conduta das mesmas, que põe termo à relação jurídica que as ligava. Retroactividade agravada.

A lei inovatória, no entanto, só se aplica para o futuro, art. 12º, n.º 1.

4.9 O problema da retroactividade da jurisprudência

4.10 Sentidos da temporalidade das fontes do direito

A temporalidade das fontes como experiência social e problema metodológico

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

III – Conceito e Natureza do Direito

5.1 Coacção e direito

Existem dois modos essenciais através dos quais o direito exerce a coacção: a execução forçada e a aplicação de sanções: a execução forçada significa a aplicação do direito contra a vontade do executado, como sucede no processo civil executivo; a sanção, enquanto manifestação da coacção, significa uma consequência jurídica negativa associada à violação de uma norma. São casos típicos de coacção os seguintes:

- Coacção motivacional ou moral: uma pessoa ordena a outra que entre numa cela, ameaçando-a para o efeito com uma arma;
- Coacção absoluta corporal: uma pessoa arrasta outra, contra a vontade desta, para uma cela;
- Coacção absoluta real: um estranho reboca o automóvel de outra pessoa, contra a vontade desta;

As sanções correspondem à manifestação jurídica da coacção motivacional; a execução forçada corresponde aos casos de coacção absoluta, seja ela corporal ou real.

Três entendimentos sobre a relação entre coacção e direito:

- O direito é o que pode ser exigido pela força;
- Direito como fundamento da liberdade externa: um acto ilícito, é um acto de alguém que interfere na minha liberdade externa, provocando o uso da força por mim, para evitar esse abuso. Deste modo, a coacção é uma interferência na liberdade do outro, que anula a sua interferência na minha liberdade; O desenvolvimento desta concepção em sentido estadualista e legislativo prejudicou esta concepção, sujeitando-a a três críticas:
 - A coacção não está presente no costume: escasso valor desta objecção, pois possibilidade de normas que suscitem adesão espontânea;
 - Direito público, constitucional e internacional: normas sem coacção;
 - Argumento da regressão infinita;
- Concepção moderna: a coacção é o objecto das normas. Os destinatários das normas jurídicas não são os cidadãos, mas antes os órgãos de aplicação do

direito, os tribunais. Concepção do positivismo, em especial de Kelsen: distinção entre normas primárias e secundárias: as primeiras regulam o comportamento dos cidadãos, as segundas regulam os modos pelos quais que devem reagir os órgãos do Estado, quando os cidadãos não cumpram os seus deveres.

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

5.2 Sanções

Consequência jurídica negativa contra aquele que violou uma norma jurídica.

Modalidades:

Reconstitutivas	Em espécie Indemnização específica Execução específica	Reparação 562º, 566º/1; Bem equivalente; Restabelece a situação nos contratos: entrega judicial da coisa, 827º; prestação de facto fungível, 828º e 829º; obrigação de contratar, 830º;
Compensatórias	Danos patrimoniais Danos não patrimoniais	Danos emergentes e lucros cessantes, 564º; Morais, 496º;
Punitivas	Criminais Administrativas Disciplinares Civis	Interesses vitais da sociedade; Menos graves que criminais; Dentro de uma organização; p.e. indignidade sucessória, 2034º;
Compulsórias	Para forçar o cumprimento	Quem não cumpre uma obrigação, incorre em pena que pode ser afastada depois de a obrigação estar cumprida, 754º;
Preventiva	Para prevenir a violação	O não pagamento de uma prestação, leva ao vencimento das restantes, 781º;
Desvalores do ato	Invalidade e ineficácia	OA considera que não é uma sanção, mas o não cumprimento do requisito do ato; MRS diz que é, porque divide sanções materiais (com consequência desfavorável para quem violou a norma) e meramente jurídicas (violação de requisitos do ato);

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

5.3 A execução forçada

Imposição de uma decisão adoptada com base numa norma, com recurso à força, isto é, contra a vontade do destinatário dessa norma.

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

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

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

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