



# DIREITO E PENSAMENTO JURÍDICO



## LINHA DE SEBENTAS



**ae.fd.unl**

associação de estudantes  
Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

## Índice

1. O Direito e os Vários Sentidos do Termo: o chamado direito objectivo, o direito subjectivo e o direito na acepção de ciência do direito. ....	9
Direito em Sentido Objectivo .....	9
As Características do Direito Objectivo .....	9
O Direito em Sentido Subjectivo .....	9
A Ciência do Direito .....	9
2. Noção geral de Direito e as Razões da sua necessidade .....	10
Porque é que é necessário o Direito? .....	11
3. Direito e Coação .....	12
4. Jusnaturalismo e Juspositivismo: Referências históricas e colocação do problema na actualidade. O Jusnaturalismo e a crítica do Direito Positivo: relações .....	12
Direito Natural.....	13
Jusnaturalismo .....	13
Juspositivismo .....	13
5. O Direito e o Estado: suas relações Históricas e actuais; a não restrição do Direito ao Estadual. Direito supra-estadual e Direito Infra-Estadual.....	14
A Relação entre o Direito e o Estado .....	14
Todo o Direito é Estadual? .....	14
As Características do Direito Estadual:.....	14
Os Elementos do Estado.....	16
O Princípio da Separação de Poderes .....	16
A nova teoria da separação de poderes:.....	17
Princípio do Estado de Direito.....	17
O Direito Constitucional .....	18
O Direito Supra-Estadual e o Direito Infra-Estadual.....	18
As Características dos Direitos não-estaduais.....	19
A Diversidade dos Direitos não-estaduais.....	19

Natureza genuinamente jurídica.....	20
A falta de meios coativos próprios.....	20
A possibilidade de recorrer aos Estados para o uso da Força.....	20
6. Os Fins do Direito .....	20
O Direito e a Justiça.....	20
Conceito de Justiça.....	20
Artigos Relevantes: Artigo 1º da CRP; Artigo 23º da CRP; Artigo 205º da CRP; Artigo 226º da CRP. ....	21
O Direito e a Segurança.....	21
A Protecção dos Direitos Humanos.....	22
Análise da Problemática entre Juspositivismo e Jusnaturalismo.....	22
7. O Direito e outros complexos normativos .....	23
O Direito e a Moral.....	24
O Direito e as normas religiosas: normas religiosas e o direito canónico .....	24
Conceito de Direito Canónico .....	25
O Direito e as normas de cortesia .....	25
1.Princípios e Incumbências do Estado .....	26
2.Propriedade dos meios de produção e seus sectores.....	26
Os Princípios e Incumbências do Estado Português .....	26
A Organização económica do Estado Português.....	26
Os Direitos e Deveres Sociais .....	27
A Liberdade de iniciativa económica do sector privado .....	27
Conceito de Propriedade .....	27
Conceito de Contrato .....	27
Pessoas Singulares .....	28
Pessoas Colectivas.....	28
Grandes categorias de pessoas colectivas .....	28

O Conceito de Capacidade .....	29
Conceitos Importantes: .....	29
Direitos subjectivos pessoais e patrimoniais .....	29
Direitos Absolutos e Direitos Relativos .....	30
A Autonomia Privada e a liberdade contratual.....	30
Liberdade de Celebração.....	31
Liberdade de Estipulação .....	31
Conceito de negócio Jurídico .....	32
Negócios Jurídicos unilaterais .....	32
Negócios Jurídicos bilaterais .....	32
Conceito de Relação Jurídica.....	32
As Fissuras na Liberdade Contratual .....	32
Resumindo sumariamente: .....	32
Exemplo: A Questão do Contrato de Trabalho .....	33
Conceito de limitação em sentido único.....	33
Instrumentos jurídicos que evitam os abusos no plano da liberdade contratual: .....	33
Quanto ao seu âmbito de aplicação.....	34
Quando à sua finalidade específica.....	34
Quanto às suas fontes.....	35
Quanto à sua eficácia .....	35
Quanto à sua efetivação jurisdicional .....	35
Critérios de Distinção: .....	36
Critério do Interesse.....	36
O Critério do Sujeito.....	36
Os Critérios Combinados do Interesse e da qualidade do sujeito .....	36
Definição de Direito Público e de Direito Privado.....	37
Ramos do Direito Públicos: .....	38

Direito Constitucional.....	38
O Direito Administrativo .....	38
O Direito Penal .....	39
O Direito Financeiro .....	40
O Direito Fiscal .....	40
O Direito Público da Economia.....	41
O Direito Judiciário .....	41
Direitos Processuais .....	42
Ramos do Direito Privado: .....	42
O Direito Civil.....	42
A Grande Importância do Direito Civil .....	43
O Direito Comercial .....	43
O Direito do Trabalho.....	44
O Direito Internacional Privado.....	44
O Direito do Comércio Internacional .....	45
Contexto Histórico: .....	48
Objeto e âmbito .....	48
Exemplos Concretos de normas de Direito Derivado: .....	49
a) Jurisprudência dos Conceitos:.....	51
b) Jurisprudência dos Interesses: .....	51
c) Jurisprudência das Valorações: .....	51
A Auto e a Hetero-Tutela .....	52
A Auto-Tutela .....	52
A Hetero-Tutela ou a Tutela Pública .....	53
Meios de Tutela Jurídicas .....	54
A Tutela Preventiva .....	54
Tutela Compulsória .....	54

Tutela Reconstitutiva .....	55
Tutela punitiva.....	55
Distinção orgânica e material entre Administração e Jurisdição .....	56
A Defesa, tutela ou garantia dos direitos dos Administrados.....	57
Garantias Graciosas ou Administrativas dos Administrados (Artigos 268º/269º CRP) .....	57
Garantias Contenciosas.....	57
19. A Tutela Judiciária: Os tribunais: organização e competência.....	57
A Organização Judiciária: Artigo 209º da CRP .....	57
O Supremo Tribunal de Justiça Português: .....	58
O Tribunal Constitucional.....	58
A Independência dos Tribunais .....	58
Artigo 203º da CRP .....	58
A Magistratura Judicial e a do Ministério Público.....	58
Magistratura Judicial (Artigo 216º da CRP).....	59
Independência.....	59
Irresponsabilidade.....	59
Inamovibilidade .....	59
Imparcialidade.....	59
Magistrados do Ministério Público .....	59
Artigo 219º da CRP: Funções e Estatuto .....	59
Norma Escrita e não Escrita .....	60
Estrutura da norma jurídica .....	61
Classificações de normas jurídicas .....	61
Normas preceptivas, proibitivas e permissivas.....	61
Normas universais, Normas regionais e Locais.....	62
As normas gerais e as normas excecionais .....	62
As normas de Direito comum e as normas de Direito Especial .....	62

As normas não autónomas e as disposições normativas incompletas .....	63
Os Elementos do Costume são:.....	63
Tipos de Costumes: .....	64
Tipo de Normas .....	64
As Relações entre o Costume e a lei: .....	64
O papel do Costume na Ordem Jurídica Portuguesa .....	65
22.    Jurisprudência .....	66
Os Assentos .....	66
Os Acórdãos Uniformizadores de Jurisprudência (Artigos 686º e 687º do Código de Processo Civil).....	67
23.    Doutrina .....	68
É um ato jurídico unilateral.....	69
É um ato emanado do Estado ou de uma Região Autónoma; .....	69
É um ato que revesta uma forma escrita e solene; .....	69
Órgãos legislativos e espécies de leis.....	70
Elaboração e início de Vigência da Lei; publicação e Vacatio legis. ....	71
Inconstitucionalidade da Lei: Tipos e Formas de apreciação.....	72
Cessação de Vigência da Lei .....	72
Suspensão da Lei .....	72
Caducidade da Lei .....	73
Desuso .....	73
Revogação .....	73
25.    Considerações Gerais .....	74
26.    A Sociologia do Direito .....	74
27.    A Filosofia do Direito .....	74
28.    A História do Direito .....	74
29.    A Psicologia Forense.....	75

30.	A Análise Económica do Direito .....	75
31.	A Abordagem Política do Direito .....	75
32.	Introdução .....	76
33.	A Interpretação da Lei .....	76
	Correntes Interpretativas .....	76
	A Distinção entre o Subjetivismo e o Objetivismo .....	76
	A Distinção entre o Atualismo e o Historicismo .....	77
	Elementos Hermenêuticos e alguns argumentos utilizados pelos juristas na atividade Interpretativa .....	77
	Elemento Gramatical/ Literal - «A Interpretação deve cingir-se à letra de lei» .....	78
	Elemento Sistemático: «tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico» .....	78
	Elemento Teleológico (Ratio Legis) : «mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo» .....	78
	Elemento Histórico: «As circunstâncias em que a lei foi elaborada» .....	79
	Elemento Atualista «as condições específicas do tempo em que é aplicada» .....	79
	Resultados Interpretativos .....	80
	Interpretação declarativa .....	80
	Interpretação Extensiva .....	80
	Interpretação Restritiva .....	81

## I – Noção de Direito

### **O Direito e os Vários Sentidos do Termo: o chamado direito objetivo, o direito subjetivo e o direito na aceção de ciência do direito.**

Direito é uma Palavra Polissémica, comportando três sentidos:

#### **Direito em Sentido Objetivo**

Conjunto de regras gerais, abstratas, hipotéticas e dotadas de coercibilidade, que regem as relações intersubjetivas e sociais numa dada comunidade; Nesta aceção, o direito desempenha, pois, uma função de instrumento social fundamental, visando realizar valores como a justiça, a oportunidade, a exequibilidade, a certeza e a segurança.

Exemplo - Código Civil, Código da Estrada, Constituição da República Portuguesa.

#### **As Características do Direito Objetivo**

- A)** A Essência do Direito: Remissão para o local onde se estudará o problema do Direito Natural
- B)** O âmbito do Direito: Os Direitos Supra-Estaduais (Internacional Público, Canónico, Desportivo), o Direito Estadual e os Direitos Infra-Estaduais.
- C)** A Forma do Direito: Direito Escrito e Direitos não-escritos. (O Direito Consuetudinário e o Direito Oral)

#### **O Direito em Sentido Subjetivo**

Quando nos referimos a Direito no seu sentido subjetivo estamos a referir-mo-nos ao poder ou faculdade de agir de cada pessoa: Direito, aqui, já não é um conjunto de regras objetivas, mas uma posição pessoal de vantagem atribuída ou reconhecida a cada sujeito.

Exemplo: Direito à vida, Direito à Liberdade, Direito à Propriedade.

#### **A Ciência do Direito**

O Direito é uma Ciência Social e Humana que estuda e teoriza cientificamente o Direito Objetivo e os Direitos Objetivos.

## Noção geral de Direito e as Razões da sua necessidade

Os Dez milhões de habitantes que Portugal tinha, na passagem do século XX para o século XXI, estavam repartidos pelo Continente e pelos Arquipélagos dos Açores e da Madeira. E, cada um destes três territórios, encontravam-se distribuídos por 20 capitais de distrito ou de Região Autónoma, por 308 concelhos ou municípios e por 4.241 freguesias, sendo certo que em cada uma destas havia povoações, aldeias e lugares, habitados por seres humanos. O mesmo se passa no mundo inteiro. Todos os humanos vivem em aglomerados humanos, coabitando, convivendo, cooperando. E tudo isto porquê? Porque faz parte da natureza humana a sociabilidade, a tendência para viver em sociedade, a necessidade de o homem se juntar e organizar em comunidades. Esta tendência tem várias causas:

- Necessidade vital e psicológica (Em grupo os homens falam, geram amizades e afetos, constituem família)
- Necessidade de Segurança (Em Grupo os homens defendem-se melhor dos perigos da Natureza e dos ataques de indivíduos com tendências agressivas)
- Necessidade Económica (Em grupo, os homens podem proceder à chamada divisão do trabalho e, fazendo cada um apenas o seu ofício, trocar os seus bens e serviços pelos outros e adquirir assim tudo o que precisam para viver)
- Necessidade de Defesa Militar (Em Grupo, os homens organizam-se melhor para fazer frente às agressões ou ameaças violentas provenientes de comunidades exteriores, vizinhas ou distantes, que os pretendam destruir ou dominar)
- Necessidade Política (Em grupo, os seres humanos sentem-se integrados num projeto coletivo e geram lideranças capazes de os manter unidos no essencial e empenhados na satisfação das suas principais necessidades coletivas)

O Homem, pois, precisa e gosta de viver em sociedade. “ O Homem é naturalmente um animal político” – Aristóteles.

Temos, pois, que o Homem é um animal social, na expressão de S.Tomás de Aquino. Vive em Sociedade: *ubi homo, ibi societas*. E esta forma de Vida não dispensa

uma autoridade social, dotada de um poder diretivo. Tal autoridade, como vimos, estabelece as regras de conduta a observar por todos os membros do grupo (poder normativo) toma as decisões necessárias em nome de todos (poder decisório) e impõe o respeito por aquelas regras e por estas decisões, levando a julgamento os infratores e aplicando-lhes as sanções pré-estabelecidas (poder sancionatório) – Ubi societas, ubi jus. As regras de conduta/ normas jurídicas a observar por todos os membros da sociedade, chamamos Direito.

**Porque é que é necessário o Direito?**

1. Primeiro, porque um grupo social, para se manter coeso e unido, bem como que para desempenhar eficazmente os seus fins, precisa de ser conduzido por uma autoridade social com poder diretivo, e este acuta, antes de mais, pela elaboração e aplicação de normas de conduta obrigatórias para todos os membros do grupo;
2. Segundo, porque a autoridade social, para ser legítima e ter de ser obedecida por todos, deve ser escolhida e designada de acordo com normas pré-estabelecidas, e só deve exercer sobre os membros do grupo os poderes que as normas de Direito lhe tiverem conferido, a fim de evitar excessos de poder ou abusos tirânicos.
3. Terceiro, porque os membros do grupo precisam de saber, antecipadamente, que poderes e deveres têm para com a autoridade bem como que uns para os outros, de modo a conhecerem os seus direitos e obrigações para poderem agir licitamente e evitar violar o Direito, e precisam igualmente de saber de que garantias dispõem para fazer valer e defender os seus direitos, quando estes forem violados ou ofendidos, quer pela autoridade, quer pelos seus companheiros de grupo.

Se o Homem não pode viver em estado de Natureza, também não pode viver sem regras de conduta que definam claramente o lícito e o ilícito (o permitido e o proibido). O Homem não pode viver confiante e protegido num Estado de Arbítrio, tem de poder viver num Estado de Direito. As regras de conduta social, que constituem o Direito, visam precisamente criar a certeza e a igualdade na definição, para todos, do lícito e do ilícito, do justo e do injusto, do permitido e do proibido. A Verdade é que sempre

que surge um novo grupo social, logo surge a necessidade, por todos sentida, de estabelecer, desde o início, as regras da sua organização e funcionamento. Assim, se na vida do homem em sociedade, a autoridade é necessária, o Direito não é o menos. **AUTORIDADE E DIREITO, PODER E DIREITO, ESTADO E DIREITO**, eis os binómios inseparáveis na fase histórica em que vivemos. A Autoridade, o Poder, o Estado devem obediência às leis, tanto no que elas estabelecem quanto a eles, governantes, como no que elas estipulam quanto aos cidadãos, os governados. A lei é igual para todos: ninguém está isento dela, ou pode deixar de lhe obedecer, sob pena das sanções por ela próprias fixadas.

### **Direito e Coação**

O carácter imperativo/obrigatório do Direito impõe que este crie meios a fim de levar os destinatários das suas normas a optar pelo seu cumprimento. Há a necessidade de «convencer» o Homem a, perante a opção de atuar de acordo com as normas jurídicas, ou violá-las, escolha a atuação de acordo com o Direito. Para que o Direito seja uma ordem social verdadeiramente imperativa, conseguindo na realidade determinar o comportamento do homem, tem de ter a possibilidade de impor o cumprimento das normas jurídicas, mesmo contra a vontade dos seus destinatários, castigando o infrator e premiando o cumpridor das normas. A Coercibilidade traduz-se na imposição coativa das normas jurídicas, se necessário pela força e contra a vontade dos seus destinatários. Esta imposição coativa faz-se, regra geral, através de meios especialmente criados e organizados para o efeito, entre os quais avultam, a título de exemplo, as forças de segurança pública e os tribunais.

### **Jusnaturalismo e Juspositivismo: Referências históricas e colocação do problema na atualidade. O Jusnaturalismo e a crítica do Direito Positivo: relações**

A Contraposição entre Direito positivo e Direito natural têm sido objeto de discussão, pelo que consiste em saber se, para além e acima do Direito Positivo, existe o Direito Natural. O Direito Natural afigura-se como um padrão suprapositivo que, por um lado, permite fundamentar o Direito positivo e aferir a sua legitimidade e, por

outro, serve como medida daquele e também como Instrumento da sua análise crítica e da sua reforma.

### **Direito Natural**

Conjunto de normas que devia valer como direito, e sobretudo, num sentido restrito, aquele núcleo que devia valer como Direito em qualquer sociedade humana, por corresponder a algo que em todos existe como algo a respeitar : a dignidade natural do homem, a eminente dignidade da pessoa humana. Os defensores do direito natural são apelidados de jusnaturalistas, e os que negam a existência do direito natural enquanto Direito são os Juspositivistas.

### **Jusnaturalismo**

Conjunto de doutrinas muito variadas, mas que têm como denominador comum a crença de que o direito positivo deve ser objeto de uma valoração, com referência a um sistema de normas ou princípios que se denomina precisamente de direito natural. Segundos os jusnaturalistas, estas valorações fazem parte da tarefa do jurista, que não deve limitar-se à análise do direito existente, mas que deve considerar-se um aspeto essencial do seu trabalho científico o aspeto ético do Direito: Para um Jusnaturalista, uma lei que viole o Direito Natural, uma lei que ofenda a justiça, não é uma verdadeira lei, mas sim uma “aparência”. O Direito Positivo só é Direito se estiver de acordo com o Direito Natural.

### **Juspositivismo**

O Positivismo é uma ciência jurídica que tem como objeto o conhecimento do conjunto de normas que constituem o direito vigente ou positivo. A sua análise deve limitar-se ao direito que está “estabelecido” ou “posto”, abstendo-se de valorações éticas ou de ter em conta as implicações das normas nas realidades sociais. Um positivista aceita como verdadeiro tudo o que tal vigora por imperativo humano, sendo insuscetível de qualquer critério que lhe seja superior. Para um positivista, não se coloca o problema da lei injusta : a lei ou é lei ou não é, independentemente de ser contrária ou não a qualquer valor.

## **O Direito e o Estado: suas relações Históricas e atuais; a não restrição do Direito ao Estadual. Direito supra-estadual e Direito Infra-Estadual.**

A questão da Estadualidade do Direito desenvolve pelo menos duas questões:

### **A Relação entre o Direito e o Estado**

Relativamente a esta questão, não tem faltado quem identifique o Direito com o Estado. Como o elemento fundamental do Estado é o poder político, essa tese vem afirmar a coincidência do Estado com o Direito. No entanto, é de denotar que o Direito não se confunde com o Poder, portanto, também não se confunde com o Estado. Antes de mais, cabe ao Direito limitar o poder do Estado e legitimá-lo, o que não seria possível se estas duas noções se confundissem. Significa isto que há princípios gerais de Direito que se impõem ao próprio Estado e este não pode constituir uma Ordem Jurídica sem se referir ao princípio superior da Justiça.

### **Todo o Direito é Estadual?**

Pergunta-se, por um lado, se o Estado terá o monopólio da criação do Direito e, por outro lado, se apenas o direito do Estado, ou seja, o Direito ditado pelo Estado, ou por ele reconhecido, e por ele garantido através dos órgãos de coação, é verdadeiro Direito. Está aqui em causa a juridicidade do Direito Internacional Público.

### **As Características do Direito Estadual:**

1. *O Direito como Emissão dos órgãos do Estado:* o Estado é perspectivado como uma emissão do Povo Soberano, sendo que o Direito, como conjunto de Regras que se impõem a determinada comunidade estadual, é uma emissão dos órgãos políticos do Estado ( Parlamento e Governo ) que lideram os destinos e o desenvolvimento do país.

### ***2. A Aplicação do Direito como Tarefa do Estado***

Se é ao Estado que compete fazer as leis em nome do povo, é também ao Estado que cumpre a aplicação do Direito aos Casos Concretos, sempre em nome deste e visando o seu bem. Ao poder executivo e ao poder judicial está confiada a tarefa da “boa execução das leis”, para promover a segurança, a cultura, o bem-estar económico e social, ao passo que ao poder judicial está incumbida a tarefa de resolver, por

sentença, os diferendos que oponham, em questões de Direito, particulares, ou que oponham o Estado e os Cidadãos ( punição de criminosos, anulação de decisões ilegais da Administração que sejam lesivas dos particulares).

### *3. Predominância da lei sobre o costume*

Se o Direito deixa de ser a vontade individual do monarca para traduzir a vontade coletiva do soberano e sem por outro lado, o Estado vê acrescer às suas tarefas clássicas de justiça e segurança, as novas funções de promoção do bem-estar, do desenvolvimento e do progresso, então o Estado não pode ter mais como Direito, a nível central, os usos e tradições das pequenas comunidades tradicionais. A Lei prevalece sobre o costume, sendo este o resultado da vontade geral do povo, obtida através dos seus representantes eleitos no parlamento.

### *4. A Grande Extensão da Codificação*

As grandes áreas do Direito Estadual não se encontram dispersas em leis avulsas, mas sim, organizadas e condensadas em códigos, como o Código Civil ou o Código Penal.

### *5. Ensino Universitário do Direito Estadual*

É sobretudo o Direito Estadual que é investigado e ensinado nas respetivas universidades. Claro que também se ensina o Direito Internacional Público, o Direito Comunitário Europeu, mas a maioria das Unidades Curriculares, remete-nos para o Direito Estadual Nacional.

### *6. Submissão do Direito Estadual e Normas Internacionais*

A Soberania do Estado-nação dos nossos dias já não é absoluta ou ilimitada, designadamente no Plano Internacional. O Direito Interno de Cada Estado, ainda que independente, está limitado por numerosas regras de Direito Internacional (Artigo 8º da CRP);

### *7. A Aceitação, pelo Estado, da Aplicação de normas próprias de países estrangeiros*

Já antes do fenómeno da globalização, era aceite pacificamente pelos Estados-Nação que, em conflitos levados perante os seus tribunais e envolvendo situações

jurídicas privadas que estivessem em contacto com várias ordens jurídicas, se pudesse considerar competente para resolver o conflito, o Direito de um ou mais países estrangeiros. É o que estabelecem, a respeito dos chamados “conflitos de normas” , os artigos 15º a 65º do Código Civil.

#### *8. Monopólio Estadual do Uso da Força*

Apesar destas e de outras limitações significativas à soberania do externa dos Estados, estes continuam a ser os principais agentes da vida política e jurídica Internacional e Interna. O Estado-nação, formado na idade moderna, contra a fragmentação típica do feudalismo, chamou a si o monopólio do uso legítimo da força, ou seja, só há um exército, só há polícias públicas e os Tribunais são do Estado). Está proibida a justiça privada. Vivemos, pois, num sistema de justiça pública

#### *Os Elementos do Estado*

1. **Elemento humano:** O Elemento Humano do Estado é o conjunto das pessoas que, relativamente a uma dada estrutura estatal, apresentam com a mesma um laço de vinculação jurídico-política, que tem o nome de cidadania, conjunto de cidadãos de um Estado, que toma, por isso, o nome de Povo.
2. **Elemento Funcional:** A soberania expressa-se na organização dos meios que se destinam à operacionalização da atividade Estadual em ordem de alcançar os respetivos fins;
3. **Elemento Espacial:** O elemento espacial consiste no domínio geográfico em que o poder do Estado faz sentido, o que se denomina por território estadual, ou seja, uma parcela de espaço físico que se submete ao poder político soberano, que também pode tomar o nome de território ou de domínio eminente.

#### *O Princípio da Separação de Poderes*

O princípio de separação de poderes é uma das mais antigas projeções do princípio do Estado de Direito. A Conceção liberal separação de poderes era marcadamente orgânico-funcional, segundo a qual cada órgão exerceria uma função do estado:

1. O órgão Parlamentar, a função legislativa;
2. O órgão executivo, a função executiva;
3. O órgão Judicial, a função jurisdicional.

*No entanto, com a evolução do Estado e do Direito, é possível e pertinente abordar as seguintes alterações:*

Do ponto de vista orgânico, a função legislativa deixou de ser um monopólio parlamentar, passando a ser partilhada, a diversos títulos, pelo órgão executivo. Motivos determinantes foram: A maior tecnicidade que a lei passou a exigir, em certos termos incompatível com a produção parlamentar e a celeridade com que a produção legislativa teve de ser encarada;

*A nova teoria da separação de poderes:*

1. Entre o Estado e as estruturas descentralizadas dotadas de poder legislativos, pela atribuição de poderes no âmbito da função legislativa das Regiões Autónomas.
2. Entre o Estado-Poder e o Estado-Comunidade, através dos mecanismos referendários;
3. Entre o Estado-Poder e o Estado-Comunidade, através dos mecanismos de concertação legislativa;

A separação de poderes, no século XX, deixou de ser matematicamente firmada num esquema orgânico funcional mas permitiu a dissociação entre a perspetiva material e objetiva, na qual se avaliam as características do tipo de intervenção jurídica, e a perspetiva formal e organizatória, atinente ao órgão estatal que fica incumbido de exercer, segregando os correspondentes atos.

*Princípio do Estado de Direito*

O Conceito Doutrinário do Estado de Direito compreende a limitação jurídica do poder público segundo um conjunto de regras que se impõem externamente ao próprio Estado. O Estádio atual da evolução do princípio do Estado de Direito assenta num pluralismo de elemento que concretizam a ideia geral de que o poder público

está submetido a um conjunto de regras que disciplinam a sua atuação. Deste modo se cristalizariam três indelévels facetas deste princípio:

1. Uma **dimensão material**, transcendente ao poder público que se lhe impõe segundo uma axiologia que o próprio poder não controla, lhe devendo obediência;
2. Uma **dimensão normativa**, que denota o papel específico a atribuir à constituição;
3. Uma **dimensão organizatória**, que exprime a necessidade de a limitação desse poder público agir através de uma específica distribuição pelos órgãos públicos, realçando-se o papel da vertente do controlo da constitucionalidade do mesmo.

### O Direito Constitucional

Consiste num conjunto de princípio de e normas que regulam a organização, o funcionamento e os limites do poder público do Estado, assim como que estabelecem os direitos das pessoas que pertencem à respetiva comunidade política. O Direito Constitucional assenta numa tensão dialética entre o poder público estadual que monopoliza os meios públicos de coação e de força física e na comunidade de pessoas em norma das quais aquele poder é exercido. É Preciso caracterizar o Direito Constitucional recorrendo a três elementos:

1. Um **elemento subjetivo**, que se define pelo destinatário de regulação do Direito Constitucional: Estado-Poder: A organização do poder público; Estado-Comunidade: O Conjunto das pessoas que integra a respetiva comunidade política;
2. Um **elemento material**, que se define pelas matérias que são objeto de regulação por parte do Direito Constitucional;
3. Um **elemento formal**, que se define pela posição hierárquico-normativa que o Direito Constitucional ocupa na Ordem jurídica Interna, acima do qual não se reconhece outro patamar de juridicidade positiva interna.

### O Direito Supra-Estadual e o Direito Infra-Estadual

Uma visão pluralista do Direito reconhece natureza relevância jurídica aos chamados Direitos não-Estaduais, porque vê neles características do próprio conceito

de Direito: São sistemas normativos, dirigem a conduta do homem em sociedade, têm por fim garantir a segurança, a justiça e o respeito pelos Direitos Humanos, são obrigatórios e preveem sanções para quem os violar, no entanto, a questão da coercibilidade dos Direitos não-estaduais é um assunto um pouco controverso.

A essência do Direito está na regulação das condutas humanas para certos fins sociais, sob a ameaça de certas sanções. Não está na coação nem na coercibilidade. E as razões para tal entendimento são três:

1. É esse sentimento coletivo da comunidade jurídica, por isso se fala em Direito Internacional, em Direito Canónico, em Direitos Regionais e municipais;
2. O próprio Direito Estadual, apesar de deter o monopólio do uso da força, não recorre à coação na maioria dos casos;
3. Tanto nos direitos estaduais como nos direitos não-estaduais, uma vez violada a norma jurídica, quando se passa à fase de aplicação da sanção, a maioria dos infratores aceita subordinar-se a ela. Os casos de efetiva necessidade de uso da força pública são reduzidos, dentro da minoria que as transgressões constituem face à elevada taxa de cumprimento espontâneo e voluntário das normas jurídicas. Sendo assim, não é adequado definir o direito por aquilo que é excecional nele. É precisamente a coercibilidade, pelo receio que se provoca de sofrer a coação que leva ao efetivo respeito do Direito. A Coação e por conseguinte, a coercibilidade são *ultima ratio* para que o direito seja respeitado.

### **As Características dos Direitos não-estaduais**

#### **A Diversidade dos Direitos não-estaduais**

Existe uma grande diversidade de direitos não-estaduais: uns de carácter supra-estadual, outros de natureza Infra-Estadual, uns são públicos, outros são privados, uns são de conteúdo jurídico, outro técnico.

Exemplos de Direitos Supra-Estaduais: Direito Internacional Público; Direito Canónico;

Exemplos de Direitos Infra-Estaduais: Direitos Autónómicos, Municipais;

### Natureza genuinamente jurídica

Todos estes Direitos não-estaduais constituem Direito: Os seus preceitos são normas jurídicas.

### A falta de meios coativos próprios

Os Direitos não-estaduais, como conjuntos sistemáticos de normas jurídicas, dispõem de coercibilidade, no entanto carecem de meios coativos próprios. É certo que as suas normas são espontaneamente acatadas na maioria dos casos, por exemplo, os Católicos respeitam o Direito Canónico, quando tais normas são desrespeitadas as instituições não-estaduais não podem recorrer ao uso da força física para impor tal respeito. Se considerarem absolutamente necessário recorrer ao uso da força terão de solicitar a um ou a vários Estados, pois só estes dispõem da força pública para ser licitamente usada ao serviço do Direito.

### A possibilidade de recorrer aos Estados para o uso da Força

É o que sucede tipicamente, por exemplo, com questões atinentes ao Direito Internacional Público. Exemplo: ONU.

Quando esta decide recorrer ao uso da força para fazer impor as suas normas e respetivas sanções, tem de obter a formação de uma “coligação de Estados”, dispostos a usar da força para impor a observância do Direito. Neste caso, e entre outros, é a força do Estado e não das instituições não-estaduais que é posta ao serviço do respeito de um Direito não-estadual.

## **Os Fins do Direito**

### O Direito e a Justiça

O primeiro e principal fim do Direito é a Justiça. Esta é, em Direito, uma bússola e um farol. Segundo os maiores juristas medievais, a justiça é anterior e superior ao direito.

### Conceito de Justiça

A Justiça é o conjunto de valores que impõem ao Estado e a todos os cidadãos, a obrigação de dar a cada um o que lhe é devido em função da dignidade da pessoa humana. O Conceito de Justiça encontra-se subdividido em quatro conceitos:

1. Justiça legal: A Justiça enquanto valor ou conjunto de valores assumido nas leis;
2. A Justiça extra-legal: A Justiça enquanto critério que obriga os homens para além do que está nas leis;
3. A Justiça supra-legal: A Justiça como valor ou conjunto de valores que são anteriores e superiores às leis e que, portanto, devem orientar os governantes na elaboração das leis e permitem aos cidadãos criticá-las, e eventualmente, desobedecer-lhes.
4. A justiça social: A justiça social é atinente ao plano das relações de igualdade ou de desigualdade económica e social dos homens entre si, com vista à construção de uma sociedade mais justa.

Artigos Relevantes: Artigo 1º da CRP; Artigo 23º da CRP; Artigo 205º da CRP; Artigo 226º da CRP.

Em conclusão, o Direito tem de ser justo, porque deriva da Justiça. Assim, as leis devem ser justas, as decisões administrativas devem ser justas: O Estado de Direito é, antes de mais, um estado que tem o dever de ser justo, ou seja, um Estado de Justiça.

#### O Direito e a Segurança

A Justiça não é o único fim do Direito, sendo que com ela é preciso combinar, numa harmonização por vezes difícil de estabelecer, os imperativos da segurança. Tais Imperativos são vários:

1. A Segurança Internacional, sem a qual não haverá paz entre os povos;
2. A Segurança Pública Interna, sem a qual ficam perturbados a ordem e a tranquilidade públicas;
3. A Segurança Individual, que as autoridades a polícia devem garantir para prevenir a prática de crimes contra a vida, liberdade ou a propriedade das pessoas;

4. A segurança económico-social, que se consegue através do estímulo à poupança individual e do recurso às companhias de seguros, bem como que ao sistema público de segurança social, contra os principais riscos que tornam insegura a vida humana;
5. A Segurança Jurídica impõe a criação de mecanismos que contribuem para a certeza do Direito, como por exemplo, a clareza e publicidade das leis, a fundamentação das decisões administrativas e judiciais, o instituto do “caso julgado” e os recursos para a uniformização da Jurisprudência.

Frequentemente, a prossecução simultânea e paralela da Justiça e da Segurança não é fácil de conseguir. Por exemplo, a justa punição de um homicida, com uma adequada pena de prisão é, ao mesmo tempo, um ato de justiça (castigo de um culpado de um crime) e uma garantia de segurança (detenção de um condenado, perigoso para a segurança individual; aviso para os outros potenciais delinquentes).

Mas, por vezes, o Direito tem, por razões excecionais, de autorizar a tomada de certas medidas só justificadas por motivos de segurança, e por ventura, até contrárias á Justiça. Por exemplo: A Prisão Preventiva de um suspeito da prática de um crime, imposta por razões de segurança, ou seja, impedir a continuação da atividade criminosa, impedir a fuga do sujeito ou a destruição de prova ainda não recolhida pela polícia.

#### A Proteção dos Direitos Humanos

Desde 1948, data em que a Assembleia Geral das Nações aprovou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o mundo passou a demonstrar uma nova sensibilidade à questão dos Direitos Humanos.

#### Análise da Problemática entre Juspositivismo e Jusnaturalismo

1. Jusnaturalismo: Os Direitos Fundamentais são inerentes à pessoa humana, não são produto do legislador ou oferta “generosa” do Estado.
2. Juspositivismo Estatizante: Só reconhece a existência de direitos subjetivos que sejam criados e outorgados pelos Estado.

Esta questão deve ser claramente analisada à luz do Jusnaturalismo, na medida em que:

1. A existência do Homem, com a sua dignidade de pessoa humana, é anterior à existência do Direito

Não é o Direito que cria a Dignidade da Pessoa Humana, mas sim esta que se impõe ao reconhecimento do Direito;

2. Se os Direitos subjetivos dependessem sempre de uma norma objetiva para a sua existência, estes não existiriam antes de surgir uma lei a criá-los, o que é extremamente absurdos, ao considerar-se, por exemplo, o Direito à Vida.
3. Se os Direitos Fundamentais fossem criados pelo Direito como uma oferta “generosa” do Estado, estes também poderiam ser retirados por ele.

Há também um conflito preocupante entre Direitos Humanos e Segurança. Se a Segurança estiver bem assegurada tanto nas leis como na prática quotidiana, os direitos humanos e as liberdades podem exercer-se sem limitações. No entanto, quando existe uma grande ameaça à segurança, a situação já é díspar.

Citação Relevante: “ Não podemos manter um verdadeiro equilíbrio entre Direitos Humanos e a Segurança quando os Direitos recebem tanta proteção como se não houvesse terrorismo, nem quando a segurança nacional recebe toda a proteção como se não houvesse Direitos Humanos.”

## **O Direito e outros complexos normativos**

O Direito é uma das ordens normativas que regula a vida do Homem, ainda que não seja a única. Desta forma, o Direito regula, como lhe compete, a vertente juridicamente relevante. No entanto, nem sempre foi possível separar e distinguir essas ordens normativas, sendo que a vida social foi e é regulada pela ordem religiosa, pela ordem moral e pela ordem de cortesia. Não obstante, entende-se hoje que esta separação não é só possível, bem como que necessária, embora se verifique maior ou menor influência recíproca entre as diversas ordens normativas. A regulação da vida em sociedade beneficia do respeito pelos valores prosseguidos pelas várias ordens e

pelo cumprimento, voluntário e espontâneo, das respectivas diretrizes, pelo que é fundamental salientar que todas as ordens normativas têm ainda em comum a imperatividade, a violabilidade e a existência de sanções.

### **O Direito e a Moral**

A Distinção entre o Direito e a Moral pode ser feita à luz de vários critérios:

1. Quanto aos fins: A moral visa a plena realização do homem, enquanto que o Direito visa a realização da Justiça na vida social. Para a moral, ao contrário do Direito, interessa toda a conduta do homem.
2. Quanto ao objeto: A Moral tem como objeto toda a conduta humana, orientada com vista à prossecução do bem. O Direito, por sua vez, tem como objeto as relações sociais, apenas lhe interessando os comportamentos sociais do homem.
3. Quanto à perspectiva: Na Moral prevalece a interioridade e no Direito a exterioridade. À ordem moral interessa mais o interior do homem, do que a sua conduta exterior. Pelo contrário, o Direito só intervém quando existe alguma atuação do homem (o mero pensamento não gera ilicitude); por outro lado, não assume, com relevância jurídica, a intenção com que a conduta foi praticada.
4. Quanto aos meios: O Direito é dotado de coercibilidade, enquanto a Moral já não o é. Tanto o Direito e a moral são sistemas normativos, isto é, conjuntos de regras dirigidos aos humanos. Enquanto que o Direito se serve de sanções físicas ou materiais para exigir o cumprimento das normas jurídicas, a moral serve-se apenas de sanções interiorizadas pela própria consciência, como a culpa ou o remorso, ou aplicados por meio de uma reprovação de consciência alheia.

### **O Direito e as normas religiosas: normas religiosas e o direito canónico**

Em primeiro lugar, o Direito não se confunde com a ordem religiosa, uma vez que esta pretende disciplinar a relação entre o Homem e um ser transcendente chamado Deus, existindo por isso sentido de transcendência que não se regista no Direito, sendo que este regula as relações entre os homens. Assim sendo, a Ordem Religiosa é uma Ordem meramente instrumental, destinada a preparar ou a tornar

possível algo que já não pertence ao mundo terreno. É principalmente, intra-individual, embora as suas leis pretendam impor ao homem um comportamento exterior. Por último, a Ordem Religiosa não têm um sistema organizado de imposição das suas sanções.

No contexto da civilização ocidental, a Religião e o Direito são fáceis de distinguir:

1. Pela fonte, que naquela é considerada divina e neste humana;
2. Pelo conteúdo, que na primeira é constituído por um conjunto de normas relativas ao respeito pela palavra de Deus e pelas exigências ao culto que lhe deve ser prestado, ao passo que o segundo é relativo ao conjunto de normas atinentes à regulação e disciplina dos homens em sociedade para assegurar entre eles o respeito pela justiça, pela segurança e pelos direitos humanos.
3. Pela sua eficácia porque as normas religiosas obrigam os crentes e só são dotadas de sanções espirituais, enquanto as normas jurídicas obrigam todos os cidadãos de certo país, sob a ameaça de sanções “temporais” ou terrenas, próprias do mundo laico, tais como penas de prisão, multas ou sanções pecuniárias.

### **Conceito de Direito Canónico**

Conjunto de regras jurídicas que regulam e organizam o funcionamento da Igreja, bem como que as suas relações entre esta e os seus crentes. O Direito Canónico é uma Ordem Jurídica paralela ao Direito Civil, a título de exemplo.

### **O Direito e as normas de cortesia**

A Ordem de trato social, ou a ordem de cortesia, é outra das ordens normativas que regula a conduta do homem em sociedade e que é distintiva do Direito, já que não é tida como uma ordem normativa essencial à sociedade. Sem a mesma, a convivência social seria mais difícil, mas não impossível, pelo que a violação das suas leis não põe em causa a existência da própria sociedade. As normas pertencentes a esta ordem normativa foram criadas de um modo inorgânico, ou seja, não foram criadas por um órgão legislativo criado para o efeito, nem através de procedimentos que tenham de obedecer a determinadas regras. Acresce ainda às normas de cortesia a inexistência de

coercibilidade pelo que as suas sanções são aplicadas de forma difusa e não organizada.

## II – A Organização Económica do Estado

### Princípios e Incumbências do Estado

#### Propriedade dos meios de produção e seus sectores

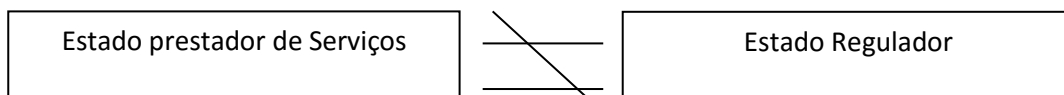
Vivemos em tempos muito complexos para o Direito, existindo fontes de poder anónimo, como os mercados financeiros que acabam por limitar a grande fonte de poder legítimo que é o Estado.

Há dois grandes princípios que influenciam a organização económica de um país:

- Intervenção Estatal;
- Regulamentação de “livre mercado” – Economia entregue aos mercados, ou seja, o próprio estado abstém-se completamente da regulação dos mercados.

Os Estados podem optar tanto por uma como por outra, ou então criar um compromisso entre as duas.

Atualmente, está aceso um grande debate entre:



#### Os Princípios e Incumbências do Estado Português

*Artigo 9º da Constituição da República Portuguesa*

#### A Organização económica do Estado Português

*Artigo 80º da CRP : Princípios Fundamentais*

*Artigo 81º da CRP : Incumbências prioritárias do Estado*

*Artigo 82: Sectores de propriedade dos meios de produção*

A seguir à revolução de 25 de Abril de 1974 houve um vasto número de nacionalizações, que deu origem à criação de um vasto sector público empresarial.

Estas nacionalizações foram atos promulgados pelo conselho da revolução : a constituição ainda não tinha sido promulgada nem existia uma lei que as legitimasse. Com a segunda revisão constitucional, em 1989, passou ao Estado ser possível vender a sua propriedade, sendo que hoje em dia contamos com um sector público empresarial muito reduzido.

Em conclusão, e podemos seguramente afirmar, temos uma economia que assenta cada mais no sector privado.

### **Os Direitos e Deveres Sociais**

<i>Artigo 63º da CRP: Segurança Social e Solidariedade</i>
<i>Artigo 64º da CRP: Saúde</i>

**Sector privado: liberdade de iniciativa económica, propriedade, contrato e liberdade de escolha de profissão.**

### **A Liberdade de iniciativa económica do sector privado**

<i>Artigo 61º da CRP: Iniciativa Privada, Cooperativa e autogestionária.</i>
<i>Artigo 62º da CRP: Direito de Propriedade Privada</i>

### **Conceito de Propriedade**

O Direito de propriedade é um direito real que integra todas as prerrogativas que se pode ter sobre uma coisa. De acordo com o artigo 1305 do Código Civil: “ O proprietário goza de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, de fruição e disposição das coisas que lhe pertencem, dentro dos limites da lei, e com observâncias das restrições por elas impostas.

Aquisição da propriedade: contrato, sucessão por morte, usucapião, ocupação, acessão.

### **Conceito de Contrato**

Um contrato é um negócio jurídico bilateral ou plurilateral, isto é, integrado por duas ou mais declarações negociais, exprimindo vontades convergentes num sentido de realização de um objetivo comum. É, pois, a convenção pela qual duas ou mais

partes constituem, regulam, modificam ou extinguem relações jurídicas regulando juridicamente os seus interesses.

## **Os sujeitos de direito: Pessoas Singulares; Pessoas Coletivas; Sociedades e outras formas associativas;**

Na linguagem jurídica, o termo “sujeito” não é sinónimo de Indivíduo:

- a) Pessoas Singulares
- b) Pessoas Coletivas

*Personalidade Jurídica:* Suscetibilidade de ser titular de direitos e obrigações, reconhecida a toda a pessoa humana (pessoa singular) e também a organizações de pessoas e/ou bens (personalidade coletiva).

### **Pessoas Singulares**

<i>Artigo 66º do Código Civil</i>
<i>Artigo 67º do Código Civil: Capacidade Jurídica</i>
<i>Artigo 68 do Código Civil: Termo da Personalidade</i>

### **Pessoas Coletivas**

<i>Artigo 158º do Código Civil: Aquisição da personalidade</i>
<i>Artigo 160º do Código Civil: Capacidade jurídica</i>

*Pessoa coletiva:* Organização de pessoas ou bens destinados a prosseguir determinados fins, a que a lei atribui personalidade jurídica, isto é, que pode ser titular de direitos e de obrigações. As pessoas coletivas podem ser de direito público ou de Direito Privado;

### **Grandes categorias de pessoas coletivas**

- a) Natureza predominantemente social
- b) Natureza predominantemente social

*Exemplos:*

- Associações: Pessoa coletiva de substrato pessoal que não tem um fim lucrativo;

- Fundações: Pessoa coletiva cujo elemento fundamental é um conjunto de bens afetados de forma permanente à realização de determinada finalidade de natureza altruística.
- Sociedades Cívis: Sociedade, constituída nos termos do artigo 980º do CC e seguintes, que, tendo fim lucrativo, tem por objetivo a prática de atos de comércio. As sociedades civis podem ainda constituir-se nos termos da lei comercial, não perdendo o seu cariz civil quando o seu objeto não seja comercial.

### **O Conceito de Capacidade**

#### **a) Capacidade de gozo**

A Capacidade é a medida dos direitos e obrigações de que uma pessoa pode ser titular. Toda a pessoa singular tem capacidade de gozo, a que não pode renunciar, sendo esta tendencialmente ilimitada, mas em alguns casos encontra-se limitada. Por exemplo, os menores não têm direito de voto.

A Capacidade de gozo das pessoas coletivas é limitada pelo princípio da especialidade, isto é, abrange apenas os direitos e obrigações necessários ou convenientes à realização dos respetivos fins, excluindo necessariamente os que lhe estejam vedados por lei ou que sejam inseparáveis da personalidade singular.

#### **b) Capacidade de exercício**

Define-se pela possibilidade que uma pessoa tem de praticar, pessoal e livremente, atos jurídicos, isto é, de exercer direitos e cumprir deveres. A Capacidade de exercício de Direitos de uma pessoa singular pode encontrar-se temporariamente excluída ou limitada.

### **Conceitos Importantes:**

#### **Direitos subjetivos pessoais e patrimoniais**

- a) *Direito pessoal*: Direito de tal modo inerente à pessoa (direitos de personalidade) que é inalienável e intransmissível, não sendo passível de se traduzir num valor económico. Exemplo: Direito à Vida, Direito à Integridade Física.

- b) *Direito Patrimonial*: Direito que tem por objeto utilidades económicas, sendo avaliável em dinheiro e, por isso, normalmente transmissível ou alienável. Exemplo: Direitos de Crédito, Direitos de Propriedade.

#### Direitos Absolutos e Direitos Relativos

- a) *Direitos Absolutos*: é o direito oponível erga omnes, isto é, aquele que impõe a todos os outros sujeitos um dever geral de respeito. É de denotar o termo “obrigação passiva universal”, ou seja, a imposição a todos os terceiros o dever de respeitar e/ou não perturbar o exercício dos direitos pelo titular. Exemplo: Direitos de Personalidade; Direitos Reais.
- b) *Direitos relativos*: é o Direito intersubjetivo e que apenas produz efeitos interpartes, isto é, que só pode ser exercido contra o respetivo sujeito passivo.

#### **Direitos Reais : Sua estrutura, função e objeto.**

Um Direito Real é um direito que recai diretamente sobre coisas ou realidades a elas juridicamente assimiladas. Confere poderes ao seu titular sobre elas, bem como o direito de exigir de todos os outros uma atitude de respeito pela utilização que delas faça, de acordo com os poderes que o direito lhe confere. Trata-se de um direito absoluto, isto é, oponível pelo seu titular a todas as pessoas. Por exemplo, o Direito de Propriedade, de Hipoteca ou de usufruto.

Aos direitos reais opõem-se os direitos de crédito. São suscetíveis de ser exercidos relativamente a alguém. É tutelado por uma pessoa que se chama credor e do outro lado outra pessoa, que se chama devedor.

#### **Autonomia Privada e a liberdade contratual. Função dos Instrumentos da autonomia privada e a sua desfuncionalização: cláusulas gerais e direito da concorrência**

##### A Autonomia Privada e a liberdade contratual

O Grande princípio que decorreu da revolução francesa foi a igualdade e a liberdade de todos:

- a) Liberdade relativamente aos senhores Feudais;

**b) Igualdade de todos**

Daqui decorre o princípio da liberdade contratual.

As primeiras constituições liberais preocupavam-se em consagrar os direitos dos indivíduos “contra o Estado.”

**1. Direitos de Primeira Geração : Direitos contra o Estado**

Exemplo: Direito à liberdade.

**2. Direitos de Segunda Geração : Direitos a prestação do Estado**

Exemplo: Direito ao Ensino, à Saúde, à Segurança Social.

**3. Direitos de Terceira Geração: Direitos não individuais**

**Autonomia Privada:** Princípio em virtude do qual, dentro dos limites estabelecidos pela lei, a vontade livremente expressa tem o poder de criar e de extinguir relações jurídicas. Na sua vertente económica, podemos relacionar a autonomia privada com a liberdade contratual

**Liberdade Contratual:** de acordo com o artigo 405º do CC, são os sujeitos privados que determinam o conteúdo e os efeitos dos negócios jurídicos que celebram.

**Liberdade de Celebração**

É aos sujeitos privados que compete a decisão de celebrar contratos, ninguém sendo obrigado a contratar ou a deixar de fazê-lo, exceto nos casos em que a lei o excecionalmente determinar. Existem limites positivos quando a lei impõe a celebração do negócio jurídico e limites negativos quando a lei proíbe a celebração de negócios jurídicos.

**Liberdade de Estipulação**

As partes são livres de fixar o conteúdo dos contratos, de celebrar contratos diferentes dos previstos da lei, incluindo neles as cláusulas que bem entenderem, desde que usem essa liberdade dentro dos limites da lei. Os limites positivos à liberdade de estipulação consubstanciam-se na necessidade de integrar determinados

regimes no conteúdo do negócio jurídico. Os limites negativos à liberdade de estipulação, por exemplo, proíbem determinadas cláusulas ou convenções.

### **Conceito de negócio Jurídico**

O negócio jurídico é o instrumento privilegiado da autonomia privada. Define-se como um facto voluntário lícito cujo núcleo essencial é constituído por uma ou várias declarações de vontade privada, tendo em vista a prossecução de certos efeitos práticos e empíricos, predominantemente de natureza patrimonial.

### **Negócios Jurídicos unilaterais**

Diz-se unilateral o negócio jurídico no qual existe apenas uma única declaração negocial, que por si só, produz efeitos jurídicos

### **Negócios Jurídicos bilaterais**

Um negócio jurídico bilateral encontra-se integrado por duas ou mais declarações negociais, sendo o seu exemplo paradigmático o Contrato.

### **Conceito de Relação Jurídica**

Em sentido lato, é qualquer relação da vida social que seja juridicamente relevante. Em sentido estrito, uma relação jurídica é a relação interprivada que o direito regula através da atribuição a um sujeito de um direito e a imposição de um dever ou sujeição ao outro.

### **As Fissuras na Liberdade Contratual**

As pessoas, na realidade, não são completamente livres de contratar ou não, sendo que esta questão surgiu no domínio do contrato de trabalho. O candidato a trabalhador nunca está em paridade de circunstâncias/condições em relação ao seu futuro empregador.

### **Resumindo sumariamente:**

- a) As pessoas não são completamente livres de contratar;

Exemplo: Seguro obrigatório de Responsabilidade Civil.

- b) As pessoas não são iguais;

Exemplo: Contrato de Trabalho

- c) A maioria dos contratos não são discutíveis.

**Exemplo: A Questão do Contrato de Trabalho**

Tomando como exemplo a questão do contrato de trabalho, podemos concluir que há a necessidade de intervenção estadual:

- a) Condições de Trabalho;
- b) Férias pagas;
- c) Salário mínimo;
- d) Horários máximos de trabalho

Tudo isto limita o poder do empregador: Intervenção limitativa da liberdade.

**Conceito de limitação em sentido único**

A limitação em sentido único consubstancia-se no facto de apenas proibir o que for desfavorável ao contraente débil. A Proibição refere-se às condições desfavoráveis ao contraente débil, mas pode acabar por estabelecer condições favoráveis à parte contratualmente débil.

**Instrumentos jurídicos que evitam os abusos no plano da liberdade contratual:**

- a) *A boa-fé objetiva*

A boa fé objetiva define-se pela consideração razoável dos interesses dos outros, honestidade e lealdade dos comportamentos, nomeadamente na realização de negócios jurídicos.

- b) *Cláusulas gerais e conceitos indeterminados*

Designam-se assim os conceitos normativos de conteúdo indeterminado, que dispõem de um grande grau de abertura, procurando permitir ao intérprete e ao aplicador do Direito o seu preenchimento de acordo com as características específicas do facto ou da situação a que se destina.

*c) Legislação da Concorrência***III – Ramos de Direito****Noção de Ramo do Direito**

Os ramos do Direito são as várias partes ou divisões do Direito Objetivo diferenciadas em função da matéria que as normas jurídicas regulam.

Cada Ramo do Direito tem o seu objetivo específico (uma determinada matéria : por exemplo, assuntos constitucionais; administração pública; crimes e penas correspondentes ; vida privada dos indivíduos e suas organizações; Por isso, acaba por ter uma feição peculiar, um espírito próprio, um conjunto de princípios gerais privativos deste ou daquele ramo.

**Direito Internacional e Direito Interno**

O Direito Internacional, também designado de Direito Internacional Público – é o ramo do Direito Constituído pelo sistema de normas jurídicas que se aplicam a todos os membros da comunidade internacional, para regular os assuntos específicos desta, a fim de garantir os fins próprios da referida comunidade nas matérias da sua competência. O Direito Interno (Estadual) é constituído pela ordem jurídica de cada país, isto é, de cada estado soberano. A Designação de Direito Interno pressupõe que se adote a perspetiva de um determinado país.

- Distinção entre Direito Internacional e Direito Interno

**Quanto ao seu âmbito de aplicação**

O Direito internacional é gerado para regular a comunidade Internacional, e por tal, aplicável em todo o mundo, enquanto o Direito Interno de cada país é fundamentalmente aplicado dentro de uma comunidade Nacional, quer a nível estadual, quer a nível infra-estadual.

**Quando à sua finalidade específica**

O Direito Internacional Público visa garantir a paz e segurança internacionais, limitar e humanizar a guerra, e promover o desenvolvimento dos países menos favorecidos,

enquanto o Direito interno visa garantir a justiça, a segurança e o respeito dos direitos humanos no seio de uma dada comunidade nacional;

### **Quanto às suas fontes**

O Direito Internacional recorre principalmente aos Costumes e tratados Internacionais, enquanto o Direito Interno de cada país era produzido, na Idade Média, por costumes nacionais, regionais ou tribais, tendo passado a ter origem, na Idade Moderna, sobretudo na lei, como comando imperativo do Estado.

### **Quanto à sua eficácia**

O Direito Internacional não dispõe nem disporá certamente, de uma força própria de aplicação contra os Estados que o Violam, semelhante à própria força de aplicação do Direito Interno. Ambos dispõem de Vis diretiva, e preveem sanções para quem os violar, mas a vis coativa é muito mais forte no Direito Interno do que no Direito Internacional: Neste, com efeito, por não haver um estado “mundial” que imponha a sua força pública ao serviço do respetivo Direito, a Violação das Normas em Vigor fica mais vezes impune do que na órbita estadual. Não se pode pois, afirmar que o direito interno é plenamente eficaz porque dotado de vis coativa, ao passo que o Direito Internacional é sempre quase ineficaz (ou nem chega a ser verdadeiro Direito), por nunca ou quase nunca poder ser imposto aos seus infratores devido à falta de vis coativa. A Verdade, a nosso ver é que ambos dispõem de vis coativa, e ambos conhecem sucessos e insucessos ao tentar utilizá-la. A Diferença não é quantitativa, mas sim qualitativa: O Direito Interno, não sendo cem por cento eficaz, é consideravelmente mais eficaz que o Direito Internacional; Este, por seu turno, não sendo cem por cento ineficaz, é contudo menos eficaz, na generalidade dos casos, do que o Direito Interno.

### **Quanto à sua efetivação jurisdicional**

O Direito Internacional concede proteção aos seus destinatários através de Tribunais Internacionais (TIJ- Sede em Haia ; Tribunal de Justiça das Comunidade Europeias, da UE), enquanto que o Direito Interno é aplicado e garantido pelos Tribunais nacionais de cada Estado.

## Direito Público e Direito Privado: Critérios de Distinção

### Critérios de Distinção:

#### Critério do Interesse

**Exemplo** : Norma Constitucional sobre o presidente da República; Norma Administrativa sobre as câmaras municipais; Norma Penal sobre o Crime do Homicídio; Norma Fiscal Sobre o Imposto Automóvel: **Visam Proteger interesses do Estado e, por conseguinte, pertencem ao domínio do Direito Público;**

Exemplo: Norma Civil sobre o Contrato de Compra e Venda; Norma Comercial sobre operações bancárias; Norma laboral sobre os Direitos dos Trabalhadores ( férias ou feriados): **Visam Proteger os Interesses Privados dos Particulares, logo pertencem ao domínio do Direito Privado.**

#### O Critério do Sujeito

Normas de Direito Público: As que disciplinam as relações jurídicas em que ambos os sujeitos, ou pelo menos um deles, fossem sujeitos públicos;

Normas de Direito Privado: Aquelas que disciplinam relações jurídicas em que ambos os sujeitos fossem sujeitos privados.

Também este critério do Sujeito é verdadeiro na maioria dos casos, por exemplo, no Direito Constitucional, ou no Direito Penal, um dos sujeitos é sempre o Estado, tal como no Direito Civil e no Direito Comercial, os sujeitos da relação jurídica são, na maior parte dos casos, particulares.

### Os Critérios Combinados do Interesse e da qualidade do sujeito

Na fase atual da Ciência do Direito, a fórmula que parece mais adequada para estabelecer a distinção fundamental entre direito público e direito privado, tomando em conta as críticas formuladas aos dois primeiros critérios, é a da combinação do critério do Interesse, tal como foi exposto mais acima, com o critério da qualidade do sujeito. Nesta fórmula toma-se como base da summa divisio, que estamos a definir o critério do Interesse: em princípio, são normas de direito público as que visam proteger um interesse público; são normas de direito privado as que visam proteger

um interesse privado. Mas combina-se semelhante critério que, como vimos é insuficiente, com um terceiro critério, até agora ainda não explicado, que é o critério da qualidade do sujeito, isto é, o critério que atende à qualidade em que os sujeitos públicos ou privados, intervêm em cada relação jurídica. Assim:

1. São de Direito Público todas as normas jurídicas que visem proteger interesses coletivos mediante a atribuição de poderes de autoridade ao sujeito público da relação jurídica sobre o correspondente privado;
2. Não são de direito público, mas antes de Direito Privado, as normas jurídicas que, visando incumbir o Estado, ou um ente público menor, da prossecução de interesses coletivos, tratem os sujeitos da relação jurídica em pé de igualdade, não conferindo a nenhum deles poder de autoridade sobre o outro;
3. São de direito privado todas as normas jurídicas que visem regular a compatibilização de interesses privados entre indivíduos ou pessoas coletivas, tratando todos os sujeitos da relação jurídica em plano de Igualdade;
4. Não se tornam de direito público, mas continuam a ser de direito privado, as chamadas “normas de interesse e de ordem pública” , contanto que, com vista à proteção de certos interesses coletivos no âmbito da vida privada das pessoas, não confiram a nenhuma delas poder de autoridade sobre qualquer das outras.

### **Definição de Direito Público e de Direito Privado**

*Direito Público* – Sistema de Normas Jurídicas que, tendo em vista a prossecução de um interesse coletivo, conferem para esse efeito, a um dos sujeitos da relação jurídica, autoridade sobre o outro.

*Direito Privado* – Sistema de Normas Jurídicas que, visando regular a vida privada das pessoas, não conferem a nenhuma delas poderes de autoridade sobre as outras, mesmo quando pretendem proteger um interesse público juridicamente relevante.

**Ramos do Direito Públicos:**

**Direito Constitucional**

É o ramo do direito público constituído pelo sistema de normas jurídicas que regulam a organização e o funcionamento dos poderes do Estado, asseguram a proteção efetiva da constitucionalidade das leis e dos direitos fundamentais dos cidadãos, e definem as tarefas essenciais do Estado, bem como os grandes objetivos da governação pública. As Principais Matérias reguladas pelo Direito Constitucional são:

- A Organização e o funcionamento dos órgãos de soberania;
- A proteção efetiva dos direitos fundamentais dos cidadãos;
- A atuação do Tribunal Constitucional, assim como dos outros tribunais em geral, com vista à fiscalização da constitucionalidade das leis e de outras normas jurídicas;
- A Definição das tarefas essenciais do Estado;
- A Fixação dos grandes objetivos nas diferentes áreas da governação pública;

No entanto, nem todo o Direito Constitucional está contido no diploma intitulado Constituição, sendo que uma parte significativa dele está dispersa por legislação avulsa, como por exemplo, A Lei do Tribunal Constitucional, A Lei da Nacionalidade, A lei do Referendo ou o Regimento da Assembleia da República.

**O Direito Administrativo**

É o ramo do Direito Público constituído pelo sistema de normas jurídicas que regulam a organização e o funcionamento dos órgãos do Poder executivo do Estado, bem como dos entes públicos menores, e que asseguram a proteção dos direitos dos particulares face à Administração Pública e desta perante aqueles.

As Principais Funções do Direito Administrativo:

- A organização e o funcionamento da Administração Pública (Poder executivo do Estado entes públicos menores, como Regiões Autónomas e Autarquias);
- A Proteção dos Direitos dos particulares face à Administração Pública;

- A Proteção dos Direitos da Administração Pública perante os particulares;
- O Regime Jurídico do procedimento administrativo, quer declarativo, quer executivo;
- O Regime jurídico das garantias administrativas ( ou graciosas) dos particulares, bem como da responsabilidade civil da Administração Pública por danos causados a particulares;
- O Regime geral das principais formas jurídicas de atuação da Administração Pública (regulamento, ato administrativo e contrato administrativo)

A Parte geral do direito administrativo compreendia tradicionalmente o regime do contencioso administrativo ( proteção dos direitos dos particulares face à administração pública através do tribunais administrativos, e modo de atuação destes), mas essa matéria autonomizou-se, constituindo o objeto de outro ramo do direito público – o Direito Processual Administrativo.

Não existe um Código Administrativo que sistematize ou que englobe todo o Direito Administrativo Substantivo, ou sequer, a sua parte geral. A Parte procedimental do Direito Administrativo, bem como as três formas jurídicas de atuação da Administração Pública acima referidas são atualmente reguladas por um importante diploma, o Código do Procedimento Administrativo.

### O Direito Penal

O Direito Penal é o ramo do direito público constituído pelo sistema de normas jurídicas que qualificam os factos ilícitos de maior gravidade social como crimes e estabelecem para eles as penas tidas por adequadas.

As Principais matérias reguladas pelo Direito Penal são:

- a) A Qualificação dos factos ilícitos de maior gravidade social como crimes;
- b) O Estabelecimento para cada um deles de uma pena tida por adequada;
- c) Escolha do tipo de pena aplicável a cada tipo de crime, dentro do catálogo legal de penas e da respetiva duração;

O Direito Penal tem uma tripla Finalidade:

- A Punição do mal feito à vítima e à sociedade em geral;
- A prevenção geral da criminalidade, pela demonstração de que “o crime não compensa”;
- A Promoção da reinserção social dos condenados, mediante os chamados Planos Individuais de Readaptação.

O Nosso código Penal, de 1982, contém uma parte geral (aplicável a todos os crimes), onde se regulam matérias como o regime genérico da lei criminal, do crime, da culpa, das penas e das medidas de segurança; e uma parte especial, onde se trata de cada um dos crimes declarados como tais e das respetivas penas.

### O Direito Financeiro

O Direito Financeiro é o ramo do Direito público constituído pelo sistema de normas jurídicas que regulam a administração dos dinheiros do estado e dos entes públicos menores, estabelecendo os direitos e garantias das entidades públicas e os direitos dos particulares em matéria de irregularidades cometidas naquela atividade.

O Direito Financeiro divide-se em cinco grandes capítulos:

- O Direito das despesas públicas;
- O Direito das receitas públicas;
- O Direito da dívida pública;
- O Direito Orçamental;
- O Direito da Contabilidade Pública.

### O Direito Fiscal

O Direito Fiscal é o ramo do Direito Público constituído pelo sistema de Normas Jurídicas que definem os impostos e o respetivo montante a pagar pelos cidadãos e pelas empresas ao Estado e aos entes públicos menores, e que asseguram a proteção dos direitos dos contribuintes perante a Administração Tributária, e desta perante eles. Continua a distinguir-se no Direito Fiscal, a parte geral e uma parte especial:

1. A Parte Geral, quase toda constante da Lei Geral Tributária – define o imposto e estabelece as regras comuns a todos os impostos, em matéria de liquidação, cobrança, prazos, direitos e deveres dos contribuintes;
2. A Parte Especial, compreende os diplomas que regulam cada um dos impostos vigentes no nosso país;

### O Direito Público da Economia

É o ramo do direito público constituído pelo sistema de normas jurídicas que disciplinam a intervenção do Estado, e de certos entes públicos menores, no enquadramento e regulação da Economia de mercado, de modo a torná-la mais eficiente do ponto de vista económico e mais justa do ponto de vista social.

É sobretudo, um capítulo do Direito Administrativo Especial, embora receba uma forte influência do Direito Comunitário Europeu, do Direito Constitucional e do Direito Penal Económico. Consta essencialmente da Constituição (artigos 80º a 100º) e de numerosa legislação avulsa, da qual destacamos a lei-quadro das privatizações.

### O Direito Judiciário

O Direito Judiciário consiste no ramo do direito público constituído pelo sistema de normas jurídicas que regulam a organização, a competência e o modo de funcionamento dos tribunais, bem como dos restantes órgãos e serviços do Estado que colaboram permanentemente com o Poder Judicial.

Matérias tratadas pelo Direito Judiciário: Número e a localização dos tribunais, a definição das instâncias de recurso, a fixação das alçadas a que haja lugar, a opção entre o julgamento por tribunal singular ou por tribunal coletivo, a admissibilidade ou não do júri na apreciação da prova. E ainda, noutro plano, o estatuto jurídico dos juizes ( “magistrados judiciais”) e dos advogados do Estado ( “magistrados do ministério público”).

Legislação importante: CRP; A Lei Orgânica do Ministério Público; A Lei Orgânica das secretarias Judiciais e o Estatuto dos Funcionários de Justiça.

### Direitos Processuais

Os Direitos Processuais são os ramos do Direito Público constituídos por sistemas de normas jurídicas que regulam os procedimentos jurídicos a seguir em tribunal, nos processos que visem obter do Poder Judicial a Administração da Justiça.

1. Direito Processual Constitucional
2. Direito Processual Administrativo
3. Direito Processual Financeiro
4. Direito Processual Fiscal
5. Direito Processual Penal
6. Direito Processual Civil
7. Direito Processual do Trabalho

### Ramos do Direito Privado:

#### O Direito Civil

O Direito Civil é o ramo do Direito privado constituído pelo sistema de normas jurídicas que regulam a generalidade dos atos e atividades em que se desenvolve a vida privada dos particulares, tanto na sua esfera pessoal como patrimonial. O Direito Civil é o ramo mais antigo do Direito. O Direito Civil cobre com o seu manto regulador toda a vida privada dos indivíduos, desde o berço até ao túmulo. Para além disso, é importante destacar que o Direito Civil também regula as diferentes fórmulas jurídicas de organização coletiva de grupos de indivíduos que se juntam para prosseguir fins altruístas (associações) ou fins lucrativos ( sociedades), bem como os casos de indivíduos que afetam patrimónios valiosos ao serviço de fins de interesse social ( fundações). De tudo isto resulta a habitual distinção entre o Direito Civil de natureza pessoal e o Direito Civil de Natureza Patrimonial.

É de destacar que também existem normas fora do Código Civil, ou seja, Leis Avulsas que regulam matéria civil, tais como regime do arrendamento urbano e o regime do arrendamento rural, o regime das cláusulas contratuais gerais, o regime específico de algum contrato, a lei das uniões de facto, bem como que muitas

disposições de direito substantivo contidas no CPC, nos Códigos do Registo Civil e do Registo Predial, e no código do notariado.

### A Grande Importância do Direito Civil

1. Porque o Direito Civil funciona como Direito Subsidiário em relação aos demais ramos do Direito Privado e, até em relação a alguns ramos do Direito Público. ( Isto é, os casos omissos que se verificarem nesses outros ramos são resolvidos, sempre que possível, pela aplicação analógica das normas daquele);
2. Porque a Doutrina do Direito Civil influenciou fortemente a elaboração teórica do Direito Público, que foi bastante tardia, por exemplo, todo o Direito Público beneficiou da Teoria Geral da Lei Civil, o Direito Administrativo beneficiou da Teoria Geral da Relação Jurídica Civil e, de um modo geral, foi ao DC que os demais ramos do Direito, inclusive do DP, foram buscar os conceitos jurídicos fundamentais: Sujeito de Direito, direitos e deveres, pessoas singulares e pessoas coletivas, propriedade e obrigação, contrato, responsabilidade civil;
3. Porque ainda hoje é no código civil que se regula a teoria das fontes do direito, público e privado.

### O Direito Comercial

O Direito Comercial é o ramo do Direito constituído pelo sistema de normas jurídicas que regulam o estatuto dos comerciantes e o regime dos atos e atividades de comércio. Há dois grandes sectores do Direito Comercial:

1. O Sector subjetivo ou estatutário: Conjunto de normas que estabelecem o estatuto ou o regime jurídico dos comerciantes, isto é, dos indivíduos ou sociedades que se dedicam exclusiva ou predominantemente à atividade comercial; Neste sector importa distinguir entre os comerciantes em nome individual e as sociedades comerciais. Uns e outros estão sujeitos a obrigações especiais - A firma, a estruturação mercantil, o balanço e a prestação de contas anuais.

2. O Sector objetivo ou negocial: Conjunto de normas que estabelecem o regime jurídico dos atos ou atividades de comércio, ou negócios comerciais. O regime jurídico deste sector vem regulado no Código Comercial e em numerosos outros diplomas como o Código das Sociedades Comerciais, ou o Código do Mercado de Valores Mobiliários.

### O Direito do Trabalho

O Direito do Trabalho é o ramo do direito privado constituído pelo sistema de normas jurídicas que regulam as relações individuais de trabalho subordinado, bem como os fenómenos coletivos com elas relacionados.

1. Direito Individual do Trabalho – É constituído pelas normas que regulam o contrato de trabalho, definido pela nossa lei no artigo 1152º do CC.
2. Direito Coletivo de Trabalho – É constituído pelas normas que regulam os fenómenos laborais de massa, como a greve, o lock-out, a resolução negociada de conflitos laborais, as convenções coletivas de trabalho, o associativismo sindical e patronal – Regulado pelo Código do Trabalho.

Em ambos os casos, tudo gira em torno do fenómeno do trabalho subordinado: O Direito do Trabalho aplica-se ao que o Direito Fiscal determina como trabalhadores por conta de outrem, e não aos chamados trabalhadores independentes.

### O Direito Internacional Privado

É o ramo do Direito Privado constituído pelo sistema de normas jurídicas que, na ausência de regulação direta do conteúdo das relações jurídicas privadas internacionais, designam as leis competentes para regular essas mesmas relações.

1. Normas diretamente reguladoras – perante um dado tipo de relação privada internacional (por exemplo, o transporte aéreo de passageiros de um país para o outro), celebra-se uma convenção internacional que estabelece as normas substantivas que regularão aqueles contratos de transporte aéreo internacional em determinados moldes. Estas normas, constando de uma convenção internacional, são normas de Direito Internacional Privado, e obrigam todos os países signatários;

2. Normas indiretamente reguladoras por meio de remissão para outras normas, estas é que constituem o Direito Internacional Privado, ou o Direito dos Conflitos. São normas que não regulam diretamente as situações reais da vida, antes se limitam a designar quais as leis competentes, nacionais ou estrangeiras, para regular tais situações.

O Nosso direito internacional privado português está essencialmente presente no CC, artigos 14 a 65º, e não porque tenha a natureza de Direito Internacional Privado, mas porque tradicionalmente as normas dos conflitos do Direito Internacional Privado encontram guarida nos códigos Civis, que são a principal fonte documental do Direito Privado de um País. E o Direito Internacional Privado, sendo Internacional pelo objeto de que se ocupa, é direito privado, porque regula relações da vida privada de particulares entre si.

O objetivo principal do Direito Internacional Privado não é, como se vê, promover a aplicação preferencial da nossa própria lei, mas bem diferentemente, procurar encontrar para cada tipo de situação privada internacional, a lei que melhor puder corresponder às expectativas fundadas das partes em conflito, ou a lei que se mostrar capaz de fornecer uma solução mais justa e adequada para o litígio.

### O Direito do Comércio Internacional

É o ramo do Direito Privado constituído pelo sistema das normas jurídicas que regulam diretamente matérias relacionadas com as transações internacionais de bens, serviços e capitais, bem como das normas de conflitos que declaram a lei competente para reger os contratos e obrigações mercantis de âmbito internacional. Se no plano das suas fontes, este ramo do direito provém de fontes de direito internacional e de direito interno, a verdade é que, no campo do seu objeto, as normas que o integram são de direito privado, porque regulam relações de particulares na sua vida privada, e não estabelecem a intervenção do Estado ou de qualquer ente público menor no exercício de poderes de autoridade. Tais normas são, umas, de carácter diretamente regulador da vida do comércio internacional e, outras, normas de conflitos que se limitam a declarar a lei competente para reger certos aspetos do comércio internacional. Há autores que incluem ainda nas matérias a tratar por este ramo do

Direito os problemas relacionados com o recurso a uma jurisdição estadual, as diversas questões suscitadas pela arbitragem internacional e , ainda, o mecanismo de resolução dos litígios no âmbito da OMC. Consta essencialmente de importantes convenções internacionais.

## Direito Internacional Público

Este é o grande problema que se coloca, e se discute vivamente acerca da natureza do Direito Internacional: Será ele verdadeiro Direito? Durante séculos, as normas e princípios que regulavam as relações entre os povos não tinham carácter jurídico. Foi o que se passou com o *jus gentium* (direito das gentes) dos romanos, bem como com alguns costumes e tratados das épocas medievais e moderna.

O Primeiro construtor do Direito Internacional foi o holandês Hugo Grotius, com o seu célebre tratado *De jure belli ac pacis* (*Sobre o direito da guerra e da paz*) de 1625; e o primeiro acontecimento que criou as condições efetivas para que as principais normas internacionais fossem respeitadas pelos estados europeus foi a Paz de Westfália, em 1648. Mas, nessa época o Direito Internacional era uma criança, mal dando os seus primeiros passos. A cena internacional era quase constantemente ocupada por guerras entre as potências, situação bem retratada por Thomas Hobbes, no *Leviatã*, onde a vida internacional era vista como uma permanente guerra de “todos contra todos” , não sujeita a regras de direito, e onde os mais fortes saíam geralmente vencedores, e os mais fracos, derrotados. Data de 1945, com a Carta das Nações Unidas, a verdadeira maioria do Direito Internacional como direito positivo, vinculativo e obrigatório para todos os Estados e demais sujeitos internacionais a que se declara aplicável. Nesse ano, pela primeira vez da história, o Direito Internacional estabeleceu o princípio geral da proibição da guerra, princípio esse que passou a admitir apenas duas exceções: a do direito natural de legítima defesa; e a das sanções aplicadas por via militar, após decisão do conselho de segurança. Há ainda, no entanto, uma escola de negadores da juridicidade do Direito Internacional, que se podem agrupar em três núcleos distintos:

1. O Primeiro é o dos que, tomando como paradigma o Estado, afirmam não ter o Direito Internacional um “poder legislativo” que crie as suas normas, nem “poderes executivo e judicial “que as façam cumprir em caso de violação;

2. O segundo é o dos que, considerando como elemento essencial do conceito de Direito a vigência efetiva das respetivas normas num dado território, concluem que o Direito Internacional, por falta de eficácia não pode ser reconduzido à noção de Direito;
3. O Terceiro é o das ditaduras contemporâneas, bem como o de algumas potências que se excluem dos deveres que o Direito Internacional lhes impõe, muito embora costumem aproveitar-se dos direitos e poderes que o mesmo Direito Internacional lhes possa conferir, e constantemente exijam aos outros que cumpram os deveres internacionais que elas próprias não aceitam cumprir.

Conclui-se, portanto, que não só há um elevado grau de respeito pelo Direito Internacional pela maioria dos seus destinatários, como existem numeroso e variados exemplos que demonstram que o Direito Internacional, em casos de crise grave que ponha em perigo a paz e segurança internacionais, dispõe de meios sancionatórios e mesmo coativos, para se fazer respeitar. Há, é certo, uma dificuldade acrescida em usar a força física, contra as grandes potências e, hoje em dia, contra a única hiperpotência hegemónica, os Estados Unidos da América. Mas será essa situação diferente da que ocorre dentro das fronteiras de um Estado-Soberano, quando se trata de tentar aplicar coercivamente o Direito contra o próprio poder político do Estado? Ou seja, em casos limite, o aparelho jurídico e judicial não funciona contra os detentores do poder. Há casos em que funciona, mas não há uma eficácia a 100%. Ora, se no Direito Interno, apesar de todos os seus aperfeiçoados mecanismos legais, policiais e judiciais, nem sempre se consegue fazer vergar, por meios jurídicos, os detentores do Poder, como não haveria de pôr-se o mesmo problema, porventura em maior escala, no Plano do Direito Internacional? Mas estes Casos-limite não depõem, no nosso entender, contra a juridicidade do Direito Internacional: Primeiro, porque são raros e excepcionais, não constituindo a regra geral; Segundo, porque os dirigentes políticos que os protagonizam têm o cuidado de nunca negar o Direito Internacional nem reconhecer que o estão a violar, proclamam sempre que estão a defendê-lo dos seus verdadeiros inimigos e que estão a atuar de acordo com os autênticos objetivos e finalidades do Direito Internacional; e terceiro porque cada violação, por uma grande potência, das normas de Direito Internacional, levanta contra ela uma nova força dos tempos modernos: a

opinião pública, expressa em campanhas de imprensa, em milhares de mensagens na internet, e em manifestações de rua com milhões de pessoas a exigir o respeito pelo Direito Internacional.

## **Direito da União Europeia**

O Direito Comunitário Europeu é o sistema de normas jurídicas que regulam a organização e o funcionamento da União Europeia, bem como os Direitos Fundamentais dos cidadãos Europeus, a fim de prosseguir a gradual integração política, económica e monetária dos seus países membros, os quais convencionam, para o efeito, o exercício em comum dos poderes necessários à construção da unidade europeia.

### **Contexto Histórico:**

Criada em 1958, com a entrada de vigor do Tratado de Roma, a então CEE visava essencialmente dois fins: - garantir para o futuro a paz entre os povos europeus e , além disso, constituir um espaço geoeconómico sem fronteiras, com um mercado único e políticas comuns, capaz de assegurar a prosperidade dos povos europeus. Começou-se o esforço da União da Europa pelos assuntos económicos, por ser mais fácil de avançar nesse campo, através de um método funcionalista. Mas, no seu horizonte, os pais fundadores desta comunidade apontaram sempre para “uma união cada vez mais estreita entre os povos europeus”, que tinha inegável carácter político, e que poderia vir a desembocar na criação de uns Estados Unidos da Europa, isto é, num estado federal europeu, ainda que composto por diversos estados federados, que veriam a sua soberania limitada.

**Esta definição, como se percebe, compreende quatro elementos : o do objeto; o do fim; o dos sujeitos e o das competências.**

### **Objeto e âmbito**

O Direito Comunitário Europeu começou por regular matérias de carácter quase exclusivamente económico, visando, a curto prazo, estabelecer regular uma união aduaneira, uma PAC, uma comunidade económica, bem como uma organização estrita da produção do carvão e do aço (CECA) e da Energia Atómica (CEAA). Mas em menos de meio século evoluiu muito, na medida em que alargou o seu âmbito a outras questões

económicas, sociais, e ambientais, e acentuando também o seu carácter político (abolição de Fronteiras; moeda única, banco central europeu, cidadania europeia, carta dos direitos fundamentais europeus, política externa e de segurança comum, força militar europeia, projeto de Constituição Europeia).

*Exemplos Concretos de normas de Direito Derivado:*

**1. Regulamentos:** Um regulamento é um ato legislativo vinculativo, aplicável em todos os seus elementos em todos os países da UE. Como exemplo, quando a UE pretendeu proteger as denominações dos produtos agrícolas provenientes de certas regiões, como é o presunto de Parma, o Conselho adotou um regulamento.

**2. Directivas:** Uma Diretiva é um ato legislativo que fixa um objetivo geral que todos os países da UE devem alcançar. Todavia, cabe a cada país decidir dos meios para atingir esse objetivo. Por exemplo, a diretiva sobre a Organização do tempo de trabalho, que estabelece que é ilegal trabalhar um número excessivo de horas extraordinárias. A diretiva prevê períodos mínimos de descanso e períodos máximos de trabalho, mas cada a cada país elaborar as suas próprias leis sobre a forma como fazer respeitar esses períodos.

**3. Decisões:** Uma Decisão só é vinculativa para os seus destinatários específicos (por exemplo, um país da UE ou uma empresa), sendo-lhes diretamente aplicável. Por exemplo, quando decidiu aplicar coimas à empresa Microsoft, a comissão emitiu apenas uma decisão aplicável à Microsoft.

**4. Recomendações:** Uma Recomendação não é vinculativa.

Em face desta evolução, há quem considere que Portugal perdeu parte significativa da sua soberania ao ingressar na CEE em 1985, e ao manter-se no que é hoje a União Europeia. Nós discordamos. Desde o renascimento até à 2ª Guerra Mundial, de 1939-45, o Estado-Soberano caracterizou-se sobretudo pelo seu poder de decidir sozinho acerca das grandes questões políticas, nomeadamente o direito de fazer a guerra. Mas hoje em dia já não é assim, com a proibição da guerra pela Carta da ONU, em 1945 e com a criação da NATO em 1949, e com a necessidade de uma cooperação e integração económicas cada vez mais intensas e aprofundadas, nenhuns país europeu pode agir

isoladamente na defesa dos seus interesses legítimos. Na época da globalização, a soberania não é mais o poder de decidir sozinho acerca da guerra, mas o poder de promover em aliança o desenvolvimento económico e social num clima de paz. Quanto mais forte e eficaz for a integração, maior é, pois a soberania dos países membros. Estes, ao integrarem as suas economias e, depois, as suas políticas diplomáticas e militares, não perdem peso no contexto mundial: ganham cada vez maior influência. A nossa conclusão é a seguinte: Portugal não só não perdeu soberania como tem hoje um peso, uma voz, e uma influência no mundo como não tinha desde a era dos descobrimentos.

*Questão: Será o Direito Comunitário Europeu ainda uma parcela do Direito Internacional ou já um novo Direito Constitucional?*

Há, nesta questão, dois pontos muito importantes a fixar:

1. O Direito Comunitário Originário faz parte do Direito Internacional (pactício ou particular), uma vez que consta de autênticos tratados internacionais;
2. O Direito Comunitário Derivado, sobretudo nos casos em que tem obrigatoriedade direta e receção automática plena nas ordens jurídicas internas dos Estados-Membros, não é direito internacional, mas sim direito interno da União Europeia, o qual goza, aliás, por força do princípio do primado de supremacia hierárquica sobre os direitos nacionais dos países membros da união.

Em conclusão, consideramos que a União Europeia já não é só uma mera organização de tipo clássico, é muito mais do que isso. Julgamos poder caracterizá-la como uma comunidade supranacional, uma figura situada a meio caminho entre a organização internacional e o Estado Federal. O Seu Direito derivado, sobretudo quando passível de aplicação direta e automática nas ordens jurídicas internas dos países-membros, não é Direito Internacional nem Direito Constitucional, digamos que é um Direito Supranacional, pois está acima do Estado-Nação, mas abaixo do que seria o direito federal de um estado com essa natureza.

#### IV- A Evolução do método jurídico

**Conceitos importantes:**

- a) **Jurisprudência dos Conceitos:** A Jurisprudência dos conceitos é uma corrente doutrinária de origem Alemã, muito ligada ao Idealismo Alemão e à Escola Histórica Alemã, que encontra o seu expoente em Savigny. Nesta corrente, o legislador era perspectivado como um organizador, de modo orgânico e sistemático das normas jurídicas, sendo que ao jurista, intérprete do direito, caberia somente o apuramento das soluções das questões de Direito pela consideração das relações entre todos os elementos do sistema, no qual estariam contidas as regras para todos os casos.
- b) **Jurisprudência dos Interesses:** Na Jurisprudência dos Interesses, o Direito é perspectivado como um conjunto de normas que visa regular interesses conflitantes em sociedade, fazendo prevalecer uns em detrimento de outros. É uma corrente doutrinária de origem Alemã, segundo a qual o jurista deveria, na interpretação e aplicação das normas jurídicas, bem como na integração de lacunas, atender aos interesses envolvidos na situação.
- c) **Jurisprudência das Valorações:** No âmbito da corrente doutrinária da Jurisprudência das valorações, cabe ao jurista, enquanto intérprete do Direito, identificar os valores que o sistema jurídico tutela face aos interesses que regula.

**V- A Tutela e a Garantia dos Direitos****Introdução (O aparelho estadual de coação e a tutela do direito)**

As normas jurídicas, diferentemente das normas morais, das normas de cortesia e de outras regras de conduta social, caracterizam-se pela coercibilidade. A coercibilidade é assegurada pelo aparelho de coerção estadual. A ordem jurídica tem por detrás de si o aparelho estadual que, se por um lado impõe e tutela o Direito objetivo, por outro representa a garantia jurídica dos direitos subjetivos. O Aparelho estadual é um aparelho complexo, nele se compreendendo a Administração e a Jurisdição, sendo que a primeira corresponde ao poder executivo e a segunda ao poder judicial. Mas quando pensamos o aparelho de coação propriamente dito, logo

nos acode à memória as penitenciárias, as políticas e as forças armadas. Isto significa que a observância da Ordem Jurídica, ou as sanções correspondentes à sua violação se podem impor pela força, se necessário.

Definiu-se, de início, Direito, como o conjunto de normas de conduta social, emanadas pelo Estado e assistidas de proteção coativa. Ora, desta noção resulta que é ao Estado que compete zelar e garantir pelo cumprimento destas normas. Como se sabe, a garantia é o quarto elemento da relação jurídica e tem como principal objetivo a defesa dos direitos dos cidadãos, através do recurso a determinados meios coercivos, que estão integrados na figura apelidada de tutela judiciária.

Tradicionalmente: As normas apresentam a seguinte estrutura:

- Previsão;
- Estatuição;
- Sanção

Este elemento, apontado por alguns autores como fazendo parte da regra jurídica, não o é, no nosso entender, mas sim da ordem jurídica globalmente considerada. A Sanção traduz-se numa consequência desfavorável que recai sobre aquele que infringiu a norma. A Sanção representa a possibilidade de reagir à violação da norma, pela força se necessário for, impondo coativamente a reparação da violação. A Proteção coativa distingue-se consoante a qualidade do agente protetor. Assim pode falar-se:

- a) Tutela Privada/ Auto-Tutela;
- b) Tutela Pública/Hetero-Tutela.

### **A Auto e a Hetero-Tutela**

#### **A Auto-Tutela**

A Auto-Tutela, em comparação com a Hetero-Tutela, afigura-se como um regime excecional. A lei faculta, em determinadas condições, ao titular de um direito, a

possibilidade de o privadamente assegurar ou realizar pela força, desde que o agente não sacrifique interesses manifestamente superiores aos que pretende conservar.

*Exemplos:*

**a) Legítima Defesa (Artigo 337º do CC)**

A sua invocação visa justificar o ato destinado a afastar qualquer agressão ilegal, atual ou iminente, contra a pessoa ou património do Agente; ou contra a pessoa e património de Terceiro.

A Legítima defesa pressupõe o seguinte:

- 1) A natureza subsidiária da reação de defesa do agente, impedido ou impossibilitado de recorrer aos meios públicos de tutela;
- 2) A natureza proporcional dos meios de defesa empregues pelo agente, no sentido em que a conduta da legítima defesa não pode provocar um prejuízo superior ao que procura evitar.

**b) Estado de Necessidade (Artigo 339ºCC)**

Corresponde à situação em que o ato de destruir ou danificar coisa pertencente a outrem é justificada pela necessidade de remover ou afastar o perigo atual ou iminente de ocorrência de um dano manifestamente superior para a pessoa e/ou património de terceiro. O Estado de necessidade pode justificar a entrada em casa alheia para refúgio numa tempestade, por exemplo. Exige-se novamente uma relação de proporcionalidade entre a coisa danificada e o bem jurídico protegido. Em todos os casos, os prejuízos provocados pela atuação em estado de necessidade devem ser ressarcidos.

**A Hetero-Tutela ou a Tutela Pública**

O Titular dos direitos exerce-os através dos aparelhos estadualmente organizados, para assegurar o cumprimento das normas jurídicas e a defesa dos direitos dos cidadãos. A Hetero-Tutela ou a Tutela Pública é aquela que é realizada pelo Estado e que pode revestir a forma de:

- a) Tutela Judiciária: A Cargo dos Tribunais;
- b) Tutela Administrativa: A Cargo da Administração.

A Hetero-Tutela ou a tutela pública configura-se como o regime-regra.

### **Meios de Tutela Jurídicas**

#### **A Tutela Preventiva**

Falamos em tutela preventiva para designar o conjunto de medidas atinentes a tutelar a observância das normas jurídicas, procurando impedir a sua violência, através da criação ex-ante de uma dificuldade, ou até, da impossibilidade da sua violação. São, em sentido próprio medidas de tutela preventiva as medidas policiais ou o condicionamento de certas atividades a autorização prévia.

Exemplos importantes de medidas de tutela preventiva:

- a) São consideradas medidas preventivas aquelas que proíbem a prática de determinada atividade ou o exercício de certa profissão àqueles que tenham sido condenados de determinados crimes.
- b) São medidas preventivas as chamadas medidas de segurança: as medidas de segurança tem como objetivos essencial colocar certas categorias de pessoas que são consideradas perigosas, isto é , aptas à prática de atos ilícitos, em situação de não os praticar, contribuindo até para que não os voltem a praticar.
- c) No âmbito da tutela preventiva, é importante destacar atividades de fiscalização, limitação e condicionamento por parte da autoridade pública no exercício da atividade dos particulares.

#### **Tutela Compulsória**

Utiliza-se esta terminologia para designar as medidas jurídicas que visam compelir aqueles que estão adstritos a um dever jurídico que estão adstritos a um dever jurídico ou a uma obrigação, e que não se dispõem voluntariamente a este. Exemplos paradigmáticos da tutela compulsória são a sanção pecuniária compulsória e o direito de retenção.

*Sanção compulsória:* É a consequência jurídica que visa compelir o sujeito adstrito a um dever jurídico/obrigação à adoção do comportamento correspondente ao se dever/obrigação.

### Tutela Reconstitutiva

Utiliza-se esta expressão para designar o conjunto de medidas juridicamente previstas para devolver as situações subsequentes à violação de um dever ou não cumprimento de uma obrigação ao exato estado em que deveriam estar se a observância do dever tivesse tido lugar. Os exemplos paradigmáticos da tutela reconstitutiva são a sanção reconstitutiva e a responsabilidade civil.

*Sanção reconstitutiva:* As sanções reconstitutivas são consequências jurídicas que se traduzem na imposição ao infrator de medidas tendentes a reconstituir, tanto possível, a situação anterior à violação da norma jurídica ou ao incumprimento de um dever jurídico. Exemplo: Indemnizações.

### Tutela punitiva

Designam-se assim os meios jurídicos de sanção aplicáveis àqueles que infringem comandos de especial importância para a vida coletiva e individual numa sociedade. São medidas de tutela punitiva as penas e as coimas, estas nos delitos de contra-ordenação.

*Sanções punitivas:* Uma sanção punitiva é uma sanção jurídica cuja função é, prioritariamente, a de constituir uma pena, um castigo para aquele que infringiu o comando jurídico. Essa pena tanto pode consistir na privação de um bem pessoal, como por exemplo a liberdade, como na de um bem material.

## **Tutela Administrativa e a garantia administrativa**

O Princípio da tutela pública implica que a tutela da ordem jurídica, bem como da sua implementação, pertence ao Estado. Deste seu aparelho fazem parte, por um lado os tribunais (Jurisdição) e por outro, a Administração.

**Distinção orgânica e material entre Administração e Jurisdição**

À administração cabe realizar os fins do Estado, realizar interesses coletivos, através dos seus diferentes serviços e órgãos. Um desses serviços consiste na manutenção da ordem e da segurança pública, que é levada a cabo através de medidas e de providências policiais de várias ordens. Nesse caso, estaremos perante a tutela preventiva.

Mas a Administração tem essencialmente uma função ativa (dinâmica), de realização de fins coletivos, mas agora abordando a tutela administrativa é importante impor a seguinte distinção:

- a) *A Tutela dos Direitos do Estado* quando este os pretende fazer valer contra a resistência dos particulares, ou quando este impor a estes a observância de leis, regulamentos ou providências concretas que contêm planos ou programas gerais da Administração para a disciplina das atividades económicas, para as construções e organização racional do território, para a defesa da saúde pública, etc.

Na maior parte dos casos, a Administração recorre à auto-tutela dos seus direitos, isto é, exerce-os pelos seus próprios meios e coercivamente, sem ter que recorrer aos tribunais. As decisões administrativas definitivas gozam de uma força, até certo ponto. A administração pode executar essas decisões por meios coercivos ou medidas compulsivas, sem ter que recorrer diretamente aos tribunais para fazer declarar e tutelar os seus direitos : *Privilégio da Execução Prévia*.

A Administração executa as suas decisões por autoridade própria, e só depois é que se discutirá judicialmente, e só depois é que se discutirá judicialmente a questão, se o particular interpuser recurso contencioso para os tribunais.

Exemplo: A Administração procede ao encerramento de estabelecimentos em que não se verifiquem os requisitos de sanidade definidos por lei.

Noutros casos, o Estado têm de recorrer aos tribunais para exercer certos direitos, como o Direito, como o Direito de punir, que não pode o exercer sem pedir ao tribunal a condenação do arguido.

#### *A Defesa, tutela ou garantia dos direitos dos Administrados*

Por outro lado, pode falar-se numa tutela ou garantia administrativa dos direitos dos Administrados contra os atos ilegais da administração.

#### ***Garantias Graciosas ou Administrativas dos Administrados (Artigos 268º/269º CRP)***

Além do Direito de participar na formação das decisões que lhes digam respeito, os Administrados poderão impugnar, perante a própria Administração, através de reclamação para o próprio órgão que praticou o ato ou através de recurso hierárquico para o órgão/entidade hierarquicamente superior, pedindo a revogação ou a reforma do ato administrativo ilegal, inconveniente ou injusto.

#### ***Garantias Contenciosas***

Se estes meios falharem, o administrado dispõe ainda do recurso contencioso, para o tribunal competente dos atos administrativos definitivos e executórios. Mas então já estaremos perante a tutela Judiciária.

### **A Tutela Judiciária: Os tribunais: organização e competência**

A Função Jurisdicional é assegurar a defesa dos direitos e interesses legítimos dos cidadãos e resolver, esclarecer ou extinguir os conflitos de interesses públicos ou privados (Tutela dos Direitos) e bem assim reprimindo de um modo geral as violações de legalidade democrática (Tutela do Direito).

*Jurisdição:* Solução de conflitos concretos de interesses, ou de litígios através de um órgão supra-partes, o Tribunal, estranho aos interesses em causa e com autoridade perante os titulares destes. Num sentido orgânico, apelida-se de jurisdição um conjunto de tribunais da mesma espécie.

#### ***A Organização Judiciária: Artigo 209º da CRP***

O Artigo 211º da CRP estabelece que **os «Tribunais Judiciais são os tribunais comuns em matéria cível e criminal e exercem jurisdição em todas as áreas não**

**atribuídas a outras ordens judiciais»**. É comum o tribunal que se integra numa ordem de tribunais cuja competência é, nos termos da lei, genérica, isto é, extensiva a todos os litígios que não sejam reservados a uma ordem de tribunais especiais.

- Tribunais de Primeira Instância (ou de comarca)
- Tribunais de Segunda Instância (ou de relação)
- Supremo Tribunal de Justiça

O Supremo Tribunal de Justiça é um Tribunal de Revista, ou seja, apenas aprecia o modo como o Direito foi aplicado, sendo que a matéria de facto já se encontra fixada.

*O Supremo Tribunal de Justiça Português:*

- Profere acórdão definitivo sobre o processo: confirma ou decide contrariamente ao acórdão);
- Não aprecia matéria de Facto;
- Decide, definitivamente, sobre a matéria.

*O Tribunal Constitucional*

**Artigo 221º da CRP:** O Tribunal Constitucional é o tribunal ao qual compete especificamente administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional.

*A Independência dos Tribunais*

*Artigo 203º da CRP*

Os Tribunais são Independentes e apenas estão sujeitos à lei.

A Função dos tribunais é aplicar o Direito, solucionar conflitos de Interesses, competência que lhes é constitucionalmente cometida, não se tendo de sujeitar a ordens ou a responder perante algum órgão hierarquicamente superior.

*A Magistratura Judicial e a do Ministério Público*

Magistratura Judicial (Artigo 216º da CRP)

*Independência*

Um magistrado judicial exerce a função de julgar segundo a lei, sem se sujeitar a ordens ou a instruções, salvo o dever de acatamento das decisões dos tribunais inferiores pelos tribunais superiores, proferidas por via de recurso.

*Irresponsabilidade*

Os Juízes não respondem pelos seus julgamentos, sem prejuízo das exceções consignadas na lei e das sanções que, por abusos ou irregularidades no exercício da função, lhes possam caber à face das leis civis, criminais e disciplinares.

Inamovibilidade

A inamovibilidade consiste na nomeação vitalícia dos juízes e em estes não poderem ser transferidos, promovidos, suspensos, aposentados, demitidos ou, por qualquer outra forma, mudados de situação, senão nos casos e pelo modo expressamente previstos no Estatuto dos Magistrados Judiciais.

Imparcialidade

**Magistrados do Ministério Público**

O ministério público é um órgão do Estado composto por uma organização hierárquica de magistrados, encarregados, em especial, de representar os tribunais junto dos tribunais o Estado, de “defender os interesses que a lei determinar”, de, nos, termos da lei, “participar na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania”, de “exercer a ação penal orientada pelo princípio da legalidade” e de “defender a legalidade democrática”.

<i>Artigo 219º da CRP: Funções e Estatuto</i>
<i>Artigo 220º da CRP: Procuradoria-Geral da República</i>

## VI- A Norma Jurídica

### **Norma Jurídica: Noção**

Designa-se de norma jurídica toda a regra destinada a regular relações intersubjetivas que relevam na vida social e/ou económica, emanadas dos órgãos competentes para a definição do Direito em determinada sociedade, e dotadas das características da abstração, da generalidade, da hipoteticidade e da coercibilidade.

- a) A Generalidade: Característica das normas jurídicas que se define pelo facto de estas se dirigirem a uma pluralidade de destinatários, de sujeitos ou de situações não individualizadas.
- b) A Abstração: Característica das normas jurídicas que se define pelo facto de esta não prever uma situação concreta, mas sim um modelo situacional abstrato.
- c) A Hipoteticidade: Característica das normas jurídicas segundo a qual a situação nelas prevista não é, nem é configurada como uma situação concreta, mas antes como uma hipótese abstrata, em que podem entrar numerosos casos concretos;
- d) Coercibilidade: A coercibilidade é uma característica inalienável e definidora das normas jurídicas e define-se pela suscetibilidade de recurso à coação para impor a aplicação da regra, quer pela sua atuação forçada, quer pela imposição de uma sanção em caso de violação.

### **Norma Escrita e não Escrita**

A norma jurídica não tem de ser obrigatoriamente uma norma escrita, utilizando, a título de exemplo, as normas consuetudinárias.

*Direito Consuetudinário*: Direito constituído por um conjunto de regras costumeiras relevantes, sendo que o Direito Consuetudinário define-se por ser um Direito não-escrito.

### **Estrutura da norma jurídica**

No módulo lógico de uma norma jurídica completa podemos definir uma previsão e uma estatuição:

- a) Previsão: Caracterização abstrata da situação de facto a que a norma jurídica se reporta;
- b) Estatuição: A Estatuição é composta pelo enunciado da regra que lhe é aplicável ou dos efeitos jurídicos que a verificação da situação concreta da situação prevista desencadeia.

### **Classificações de normas jurídicas**

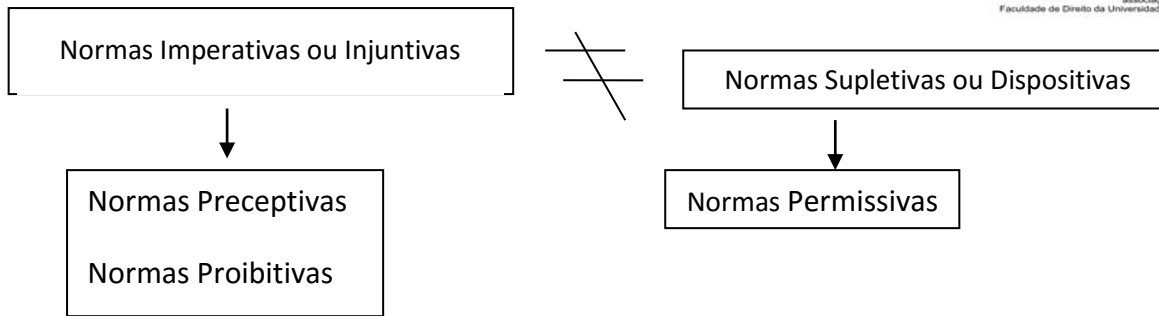
#### **Normas preceptivas, proibitivas e permissivas**

A Ordem Jurídica ordena e proíbe: Fá-lo claramente através de normas imperativas (norma legal que contém um preceito e se impõe direta e imediatamente aos sujeitos privados. No primeiro exemplo, através de normas preceptivas e no segundo exemplo através de normas dispositivas.

*Exemplos:*

- 1. As normas que nos obrigam a pagar impostos, ou que nos obrigam a circular pela direita são normas preceptivas;
- 2. As normas que punem o furto, o homicídio ou as ofensas corporais são normas proibitivas.

Mas a Ordem Jurídica, além de proibir, ou de ordenar, também permite ou autoriza determinados comportamentos. Não se trata da atitude negativa de não ordenar ou não proibir, por forma a justificar a conclusão de que tudo o que não é proibido é permitido: Trata-se exclusivamente de por o exercício de um poder jurídico nas mãos dos particulares ou de conferir Direitos. Por isso também se poderiam designar as correspondentes normas de normas dispositivas, normas de autorização ou normas concessivas.



Em conclusão, podemos dizer que o Direito contém ordens, proibições e concessões que nos dizem: Tu deves, tu não Deves e tu podes.

### Normas universais, Normas regionais e Locais

Esta classificação reporta-se ao âmbito de validade territorial das normas:

- *Normas Universais:* As normas universais são as normas cujo âmbito de vigência territorial é todo o território nacional.
- *Normas Regionais:* As normas regionais são as normas cujos âmbito de aplicabilidade se reduz às regiões autónomas, como por exemplo os Decretos Legislativos Regionais.
- *Normas Locais:* As normas locais são as normas que apenas se aplicam no âmbito de uma zona geográfica limitada, como por exemplo, um regulamento autárquico.

### As normas gerais e as normas excecionais

As normas gerais constituem o Direito-Regra, ou seja estabelecem o regime-regra para o setor de relações que regulam. As normas excecionais são as normas que regulam um setor particular de situações de forma oposta àquela que vigora genericamente para o conjunto. As relações regidas por um regime excecional apresentam características tão específicas que as distinguem do conjunto em que se inserem, justificando, por isso, um regime contrário ao do regime-regra.

### As normas de Direito comum e as normas de Direito Especial

As normas especiais, ou de direito especial, não consagram uma disciplina diretamente oposta à do Direito Comum, consagram todavia uma disciplina nova e diferente para círculos mais restritos de pessoas, coisas ou relações. Assim, poderemos

dizer que o Direito Civil é um Direito Privado Comum, ao passo que, por exemplo, o Direito Comercial ou o Direito do Trabalho, são Direitos especiais. A Norma especial consagra um regime que não se encontrando oposto ao regime-regra, tem, em relação a este, certas peculiaridades conformes com o setor específico de relações a que se aplica. Isto é, constituindo a previsão da norma especial um subconjunto da norma geral, o regime estabelecido pela norma especial tem, relativamente ao regime geral, as especificidades adequadas à espécie que contempla.

#### *As normas não autónomas e as disposições normativas incompletas*

A norma não-autónoma é aquela que, por si só, não tem um sentido normativo completo, isto é, só o obtém por remissão para outras normas. A título de exemplo é importante denotar as normas remissivas, as normas de devolução ou as normas indiretas.

## **VII- Fontes de Direito**

Segundo os principais dicionários de língua portuguesa, a palavra fonte pode significar origem, nascente, facto ou lugar de onde brota algo novo, causa, matriz, procedência. As fontes de Direito serão, em geral, as origens, os factos, as raízes de onde procedem as normas jurídicas, bem como que as causas que as produzem ou as influências que moldam o seu conteúdo.

### **Costume**

O Costume é a prática habitualmente seguida, desde tempos imemoriais, por todo o povo, por parte dele, ou por determinadas instituições, ao adotar certos comportamentos sociais na convicção de que são impostos ou permitidos pelo Direito.

#### *Os Elementos do Costume são:*

- a) *O Corpus*: A prática habitualmente reiterada;
- b) *A Duração*: é o período de tempo necessário para que o costume seja fonte de Direito;

- c) *O Animus*: É a convicção, por parte de quem conhece e adota um costume, de que esta prática habitualmente seguida é imposta ou permitida pelo Direito.  
(Convicção de Juridicidade)

O Costume distingue-se dos meros usos sociais, na medida em que neles falta o elemento do animus (convicção de juridicidade), ou seja, a convicção de obrigatoriedade ou licitude de certa prática habitual. Mas, se existem usos sociais que não comportam qualquer tipo de relevância jurídica, já outros usos sociais podem ser juridicamente relevantes. Tenha-se presente, por último, que para o costume ser fonte de Direito, é necessário que a norma jurídica por ele criada seja dotada de uma sanção para o caso de ser violada.

### **Tipos de Costumes:**

#### **Tipo de Normas**

Atendendo ao tipo de normas que criam ou originam, os costumes podem ser constitucionais, administrativos, civis ou até comerciais.

#### ***a) Âmbito Territorial***

1. Internacionais: Quando criam normas aplicáveis a toda a comunidade internacional.
2. Nacionais: Quando criam normas aplicáveis a todo o território nacional;
3. Regionais e locais: Quando criam normas aplicáveis a determinada região ou localidade;
4. Institucionais: Quando criam normas aplicáveis a determinadas instituições.  
(exemplo: costumes universitários)

### **As Relações entre o Costume e a lei:**

#### ***a) Costumes Secundum legem***

São os costumes que se traduzem em práticas conforme a lei;

#### ***b) Costumes praeter legem***

São os costumes que originam normas que dispõem sobre matéria não regulada pela lei, servindo como método de integração de lacunas da lei;

*c) Costumes contra legem*

São os costumes que traduzem práticas consuetudinárias opostas ao estabelecido na lei.

**O papel do Costume na Ordem Jurídica Portuguesa**

Independentemente do que a Constituição ou o Código Civil digam a respeito desta questão, esta questão é atinente à Ciência do Direito. Existem, a propósito deste assunto, duas teorias:

1. *A Teoria Estatista:* O Costume já foi, historicamente, fonte de Direito, sendo mesmo fonte única ou principal em épocas muito recuadas, mas desde o início do Estado Moderno, deixou de ser, e hoje, no Estado Contemporâneo, não o é. A lei é a fonte correspondente, nos planos políticos e jurídico, à existência da afirmação do Estado Soberano: É ela a única fonte atual do Direito. O Costume poderá ser, quanto muito, uma fonte secundária, subordinada à lei;
2. *A Teoria Pluralista:* O Ordenamento Jurídico compreende um conjunto variado de fontes de Direito, não gozando a lei, a esse respeito, de nenhum monopólio. O costume pode ser, e é, fonte primária de Direito, ainda que em Portugal e noutros países Europeus, o seja hoje em menor medida do que outrora. Mas há outros países, noutras latitudes, em que o costume continua a ser mais importante que a lei. Em qualquer caso, as duas fontes coexistem ao lado uma dar outra, numa relação de clara paridade.

**A Segunda parece-nos bem mais plausível, pelas seguintes razões:**

- a) O Costume é pacificamente aceite como fonte de Direito Internacional Público;
- b) O Costume é a principal fonte de Direito nos países em vias de desenvolvimento, designadamente na África do Sul e nos PALOP.

- c) Numa conceção pluralista do Direito e do Estado, não há apenas um Ordenamento Jurídico (o do Estado), mas vários outros, tanto de cariz supra como infra-estadual. E, no mesmo seio do Ordenamento Jurídico do Estado, a lei coexiste com o costume e com as outras fontes produtoras de Direito;
- d) O Costume possui, em princípio, mais legitimidade democrática que a lei, porquanto provém do povo, enquanto que a lei emana dos representantes escolhidos pelos mesmos nas Eleições legislativas.

## **Jurisprudência**

Podemos definir jurisprudência como a parcela específica da atividade dos tribunais que consiste nas decisões dotadas de força obrigatória geral ou que constituam correntes uniformes de interpretação ou de integração de uma norma jurídica. A Jurisprudência é considerada a principal fonte de Direito nos Sistemas Jurídicos de Common Law, ou seja, nos Sistemas Jurídicos Anglo-saxónicos. Neste tipo de sistemas jurídicos, a formulação de uma norma jurídica é tem por base um caso concreto, de onde se extrai um modelo situacional abstrato. É da maior relevância denotar os seguintes conceitos:

- *Ratio Decidendi (Precedente)*: Regra Jurídica formulada em abstrato a partir do caso concreto, sendo um precedente vinculativo para todos os casos que se enquadrem no mesmo modelo situacional abstrato delineado pela regra jurídica.
- *Obiter Dicta*: Considerações proferidas durante o acórdão sem consequências a do caso concreto, mas com influência em decisões futuras, ou seja, podem servir de precedente para um futuro.

## **Os Assentos**

Faz parte da natureza das coisas que as centenas de tribunais existentes num país como Portugal, constituídos por mais de um milhar de juizes, profiram decisões contraditórias, ainda que em causa esteja “resolver a mesma questão de Direito”, “à luz da mesma legislação”. Dado os gravíssimos inconvenientes destes fenómenos para os cidadãos, que carecem de poder contar com um Direito Certo e Previsível e com a sua aplicação uniforme pelos tribunais, começou a sentir-se a necessidade de criar

mecanismos legais para a uniformização da jurisprudência. No século XX, consagrada no Código de Processo Civil, aqui se dizia : “se, no domínio da mesma legislação, o Supremo Tribunal de Justiça”, proferir dois acórdãos que, relativamente à mesma questão fundamental de Direito, assentem sobre soluções opostas, pode recorrer-se para o Tribunal Pleno do acórdão proferido em último lugar”. Percorridos todos os trâmites legais, o Supremo, em Plenário, optava pela interpretação da lei que lhe parecesse melhor, proferindo um Assento. No ano de 1982, aquando da Primeira Revisão Constitucional, foi promulgado um novo artigo 115º sobre “Atos Normativos”, cujo seu nº5 veio a estatuir: “ Nenhuma lei pode criar outras categorias de atos legislativos ou conferir a atos de outra natureza o poder de, com eficácia externa, interpretar, integrar, modificar, suspender ou revogar qualquer dos seus preceitos”. No ano seguinte, a doutrina começou a contestar a legitimidade Constitucional e a Utilidade jurídica dos assentos, sobretudo com o estudo de Castanheira Neves. Dez anos volvidos, o Tribunal Constitucional, por força do acórdão de 7 de Dezembro de 1993 decidiu julgar Inconstitucional a norma do Artigo 2º do Código Civil, na parte em que atribui aos tribunais competência para fixar doutrina com força obrigatória geral.

### **Os Acórdãos Uniformizadores de Jurisprudência (Artigos 686º e 687º do Código de Processo Civil)**

Reconhecendo a necessidade imperiosa de criar mecanismos para a uniformização da jurisprudência, o legislador ordinário criou os acórdãos de “Uniformização da Jurisprudência”. Os Acórdãos de Uniformização da Jurisprudência têm como função “assegurar a uniformidade da jurisprudência, como declara o CPC, que considera tal uniformidade ou uniformização como verdadeira “necessidade”. Porém, na ausência de força obrigatória geral dos AUJ, isto é, na sua falta de carácter normativo e de imperatividade, qual é a verdadeira eficácia das decisões judiciais? Confiando no número alargado de juízes que intervêm no julgamento do recurso, bem como a publicação dos AUJ na 1ª Série-A do Diário da República, a par e par com as leis, os decretos-leis e os acórdãos com força obrigatória geral do Tribunal Constitucional, serão fatores suficientes para produzir o efeito persuasivo dos AUJ sobre todos os Tribunais. Diferentemente, o legislador do CPC preferiu usar uma fórmula “nua e crua”: “no recurso para fixação de jurisprudência, a decisão que resolver o conflito não

constitui jurisprudência obrigatória para os Tribunais Judiciais (...)”. Mas, então, qual é a utilidade de um AUJ? O legislador responde através de dois preceitos que visam assegurar um certo grau, ainda não muito elevado, de uniformidade da jurisprudência: Os Tribunais Judiciais devem “fundamentar as divergências relativas à jurisprudência fixada”; O Ministério Público “ Recorre obrigatoriamente de quaisquer decisões proferidas contra jurisprudência fixada”. Concluindo, um acórdão uniformizador de jurisprudência não é uma decisão com força obrigatória para os outros tribunais; não é um precedente vinculativo; mas é mais que um precedente meramente persuasivo: já que na decisão participam um número elevado de juízes conselheiros e que ela é publicada na primeira série A do Diário da República. Consideramo-lo como uma promessa pública de auto-vinculação do Tribunal: O mínimo que se pode esperar de um Supremo Tribunal que profere um AUJ é que se comprometa a manter, ele próprio, a orientação aí fixada.

## **Doutrina**

A Doutrina pode ser definida como o conjunto das noções, opiniões, teorias, formuladas por escrito pelos teóricos da ciência do Direito, que dão a conhecer aos juristas, aos estudantes de Direito e aos cidadãos comuns o conteúdo e significado de um certo ordenamento jurídico, e influenciam os poderes legislativos e judicial no exercício.

Durante o Império Romano, alguns juristas famosos receberam do Imperador o poder de elaborar respostas a certas questões em curso de julgamento nos tribunais, que eram vinculativos para o juiz em causa. E na Idade Média, em toda a Europa, em toda a Europa e também entre nós, por força das ordenações, era corrente basear-se uma decisão judicial na opinião comum dos doutores, ou nas opiniões de este ou aquele jurista famoso. Mas sempre a Teoria Clássica arredou qualquer semelhança entre o que se passava nestes períodos históricos e a atualidade. Hoje em dia, nenhum jurisconsulto, por mais famoso, teria autoridade para vincular qualquer tribunal às suas opiniões ou pareceres. Por consequência, a Doutrina não seria, de todo, fonte de Direito. Ora, esta visão redutora da Doutrina, não nos parece correta. Desde logo, impressiona bastante contra ela, o facto de os cultores de Direito comparado serem

unâнимes em porem em destaque o papel fundamental da Doutrina como fonte de Direito, nos sistemas ocidentais de tipo romano-germânico, em contraste com o papel fundamental da jurisprudência nos sistemas anglo-saxónicos. Em segundo lugar, parece inegável a influência decisiva da Doutrina junto do legislador e dos tribunais. Quem faz as leis? Quem prepara os códigos? São muitas vezes os professores das faculdades de Direito. Há, pois, uma decisiva influência da Doutrina na Elaboração e na aplicação do Direito.

### **Lei: Noção, espécies de leis e sua hierarquia**

Em sentido restrito ou formal, as leis são apenas as normas elaboradas pela Assembleia da República. Em sentido material, leis não são apenas as leis da Assembleia da República como também os Decretos-Leis do Governo e os Decretos Legislativos regionais oriundos dos Órgãos Legislativos das Regiões Autónomas. Portanto, uma lei é um ato unilateral do Estado ou de uma Região Autónoma que, de forma escrita e solene, cria, modifica ou extingue normas jurídicas com uma posição hierárquica abaixo da Constituição.

#### **É um ato jurídico unilateral**

É uma manifestação de vontade no mundo do Direito, que provém de um órgão ou de um conjunto de órgãos.

#### **É um ato emanado do Estado ou de uma Região Autónoma;**

Embora tradicionalmente só o Estado pudesse produzir leis, esse poder encontra-se agora descentralizado, cabendo também aos órgãos competentes das regiões autónomas;

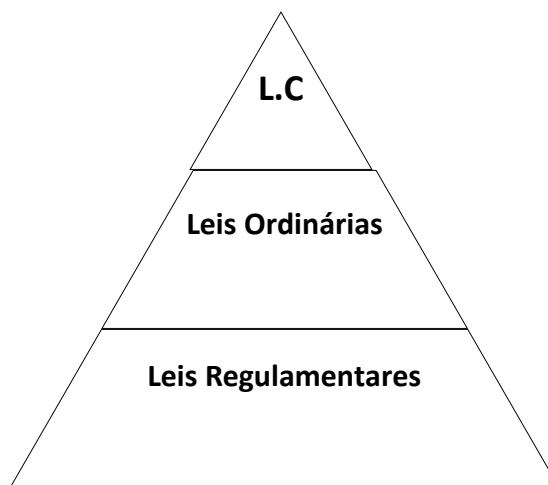
#### **É um ato que revesta uma forma escrita e solene;**

Isto quer dizer que não existem leis não escritas, ou seja, a forma escrita é essencial ao conceito de lei. E também a forma solene, isto é, a forma que se desdobra num conjunto de formalidades essenciais que lhe imprimem um carácter específico.

- a) *É um ato que cria, modifica ou extingue normas jurídicas;*

*b) É um ato cuja posição Hierárquica se situa imediatamente abaixo da Constituição.*

Isto significa que no Estado Português não há leis superiores à Constituição, embora possa haver acima dela atos de Direito Internacional. Acima da Constituição pode existir Direito Supra-Constitucional, mas não lei, e abaixo da Constituição, a lei ocupa o primeiro lugar imediatamente depois dela, e logo a seguir no escalonamento vertical das fontes infra-constitucionais. **(Artigo 112º da CRP).**



### **Órgãos legislativos e espécies de leis**

De acordo com o nº1 do Artigo 112º da CRP: “São atos legislativos as leis, os decretos-leis e os decretos legislativos regionais”. Correlativamente, são órgãos públicos com competência para legislar, isto é, são órgãos legislativos, a Assembleia da República, que faz as Leis ( Artigo 161º CRP), o Governo, que elabora os decretos-leis (Artigo 198º da CRP) e as Assembleias Legislativas Regionais, que aprovam os Decretos Legislativos Regionais (Artigos 227º/232º da CRP). Temos assim, três tipos de leis no nosso Ordenamento Jurídico:

- a) As leis Parlamentares, que tratam das matérias ditas de “Reserva Absoluta da Assembleia de República”;
- b) As leis governamentais (decretos-leis), só podem tratar de matérias não reservadas em absoluto pela Constituição à Assembleia da República, ou de matérias ditas de

“reserva relativa” da Assembleia de República e mediante autorização desta. É também de denotar que da competência exclusiva do Governo qualquer tipo de decretos-leis relativos à sua organização e funcionamento, bem como que a lei do Orçamento de Estado.

- c) As leis regionais não podem ocupar-se de “matérias reservadas à competência própria dos órgãos de Soberania” (leis de interesse nacional), podendo contudo tratar de matérias de interesse específico para a respetiva Região e, bem assim, desenvolver, em “função do Interesse específico das Regiões”, certas “leis de bases”, cuja regulamentação é permitida aos órgãos de governo próprios das Regiões autónomas.

**Elaboração e início de Vigência da Lei; publicação e Vacatio legis.**

- Iniciativa legislativa: Artigo 167º da Constituição da República Portuguesa

Provenientes do Governo: Projetos de lei; Propostas de lei: todos os restantes constantes do artigo 167º;

- Discussão e votação

**Artigo 168º:** Votação da Generalidade (no plenário da AR, e se for aprovada a proposta ou projeto, a votação pode dar um de três resultados: aprovação pura e simples; aprovação com baixa da proposta ou projeto de lei à comissão parlamentar especializada (discussão na especialidade) ou rejeição do projeto de lei;

- Votação na Especialidade (Comissão especializada na matéria sobre a qual o projeto-lei/proposta de lei trata; análise artigo a artigo);
- Votação na Generalidade: Volta ao plenário da Assembleia e pode ser aprovado ou não.
- Promulgação e Veto

**(Artigo 136º CRP):** O Presidente da República, para que o diploma possa entrar em vigor, tem de o promulgar e assinar; Pode também vetá-lo e remetê-lo de novo à Assembleia da República. A falta destes dois procedimentos implica a inexistência do ato normativo;

- Referenda Ministerial:

**Artigo 140ºCRP:** a falta da referenda implica a inexistência do ato normativo;

- Publicação da lei no Diário da República
- Vacatio legis: Artigos Relevantes (Artigo 5º do CC e Lei nº 74/98)

A Vacatio legis define-se como o período que decorre entre a publicação de uma lei e a sua entrada em vigor, destinado a possibilitar o conhecimento pelos respetivos destinatários. A Vacatio legis tem a duração que o próprio diploma determinar e, na falta de fixação, é de cinco dias no continente, quinze dias nas Regiões Autónomas, e de trinta dias no estrangeiro.

### **Inconstitucionalidade da Lei: Tipos e Formas de apreciação**

A Fiscalização do Tribunal Constitucional subdivide-se em fiscalização Abstrata e concreta.

*Artigo 281º da CRP: Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade e da legalidade*

A Fiscalização abstrata da constitucionalidade não tem que ver com a aplicação das normas a um caso concreto. Este tipo de fiscalização subdivide-se em Fiscalização preventiva (antes das normas terem entrado em vigor) e sucessiva (depois de as normas terem entrado em vigor).

*Artigo 280º da CRP: Fiscalização Concreta da Constitucionalidade e da legalidade*

O Tribunal Constitucional funciona como um tribunal de recurso; isto é, nele admitem-se somente recursos realizados no quadro de um processo judicial entre duas partes, em que uma sustenta que a lei que lhe está a ser aplicada é inconstitucional.

### **Cessação de Vigência da Lei**

Existem quatro modos principais de cessação de vigência da lei:

#### **Suspensão da Lei**

Uma lei pode ser suspensa por outra lei ou por uma fonte hierarquicamente superior. Neste caso, ela deixará de vigorar enquanto estiver suspensa. Se for suspensa por um certo prazo, a lei retomará automaticamente a sua vigência findo o prazo; Se a lei for suspensa *sine die*, a lei só voltará a entrar em vigor se nova lei vier repô-la em vigor.

### Caducidade da Lei

Por vezes, uma lei destina-se a ter vigência temporária, ou porque ela própria fixa um prazo findo o qual deixará automaticamente de vigorar. Nestes casos, expirado o prazo consagrado na lei, esta cessa a sua vigência. Por outras vezes, a lei não fixa qualquer prazo para a sua vigência, mas declara-se aplicável enquanto durável uma certa situação por natureza temporária. Quando a situação de natureza temporária terminar, a lei deixará de vigorar.

### Desuso

O Desuso é a situação em que a lei deixa de se aplicar porque ninguém a aplica, porque cai no esquecimento geral, ou porque se formou um costume contra legem que tomou o lugar da lei e que a substituiu.

### Revogação

A Revogação é o modo mais frequente de cessação de vigência da lei. A Revogação consiste num ato pelo qual uma dada lei posterior, ou uma fonte de direito Internacional extingue os efeitos de uma lei até aí em vigor. A Revogação pode ter eficácia para o passado (retroativa), ou seja, extingue a lei como se ela nunca tivesse existido, eliminando todos os efeitos que ela entretanto produziu; ou pode ter eficácia apenas para o futuro, ou seja, extingue a lei com efeitos a partir do momento revogatório, mas conserva e respeita os efeitos produzidos enquanto a lei esteve em vigor.

Existem três tipos de revogação da lei:

1. *Revogação expressa*: A lei B vem declarar no seu último artigo “fica revogada da lei A”. A Declaração da vontade revogatória ficou expressa, foi tornada explícita pelo órgão legislador com competência para a revogar;
2. *Revogação tácita parcelar* : Na revogação tácita parcelar existe a revogação de partes de uma regulamentação jurídica, mas sem o legislador o afirmar expressamente.

3. *Revogação tácita global* : A Terceira e última hipótese a considerar é a do legislador substituir em bloco toda uma regulamentação jurídica anterior, mas sem o afirmar expressamente.

## VIII- Os Vários Saberes do Direito

### Considerações Gerais

Tendo em conta a necessidade de existência do Direito enquanto agente regulador da sociedade, é possível delimitar as suas fronteiras, estabelecendo-as de acordo com outras realidades vizinhas, cuja interação é muito relevante.

### A Sociologia do Direito

A Sociologia estuda cientificamente os comportamentos típicos dos seres humanos na vida em sociedade, como por exemplo, a evolução da natalidade e da mortalidade, as migrações internas e externas, o fenómeno da urbanização, entre outros. Por outro lado, o Direito é uma ciência normativa que estuda as regras de conduta que impõem o dever-ser, enquanto que a sociologia é uma ciência que estuda os factos e os fenómenos da vida real, procurando o seu entendimento, retrato e explicação, de maneira a formular leis que descrevam o ser.

### A Filosofia do Direito

A filosofia do direito visa encontrar o fundamento da ordem jurídica. Dentro da filosofia moral, desenvolveram-se estudos sobre a estrutura e as regras do direito natural, sendo que este campo se hipertrofia, ao passo que com o positivismo se observa o contrário. Surgiram também outras orientações, como é o caso da filosofia dos valores, pelo que a disciplina trata a discussão e a determinação dos valores jurídicos, muito em particular da justiça, e a crítica da realidade vigente face a esses valores. Recentemente surgiu também a lógica jurídica e, por fim, a teoria da linguagem.

### A História do Direito

A História do Direito visa reconstituir as Ordens jurídicas que vigoraram no passado, pelo que consiste na parte da história que estuda a realidade da Ordem

Jurídica. O objeto da história do direito é pois, verdadeiramente, o Direito, ainda que não na sua totalidade, uma vez que é encarado como um facto, visto que é um facto que em determinadas épocas históricas vigoraram determinadas ordens jurídicas. Deste modo, é necessário proceder à distinção:

- a) História das Fontes;
- b) História dos Institutos Jurídicos;
- c) A Dogmática;

Como o Direito é uma ordem da sociedade, é necessário valorar todos os elementos relevantes na sociedade para apreender a ordem jurídica, que outrora vigorou. Assim sendo, a história têm uma grande importância para a apreensão da ordem jurídica atual, visto que, com efeito, o Direito Integra uma ordem social que se mantém una e idêntica através dos séculos, não obstante a sua evolução. Existe pois uma continuidade na ordem jurídica que lhe permite perdurar, muitas vezes intocada, para além de comoções políticas ou catástrofes sociais.

### **A Psicologia Forense**

Os psicólogos analisam comportamentos de foro psíquico, podendo contribuir, por exemplo, para o fundamento de uma prova testemunhal.

### **A Análise Económica do Direito**

Ainda que exista uma grande complementaridade entre o Direito e a Economia, tratam-se de duas realidades muito distintas, sendo que o direito é um sistema de normas de conduta social, ao passo que a economia é um conjunto de atividades tendentes à satisfação de necessidades de carácter material, sendo esta regulada pelo Direito.

### **A Abordagem Política do Direito**

A Proximidade entre o conceito de política e de Direito e a sua intenção revelam-se desde logo, através do povo soberano, em democracia, que elege os seus representantes, que constituem o poder legislativo. Este, inspirado por determinadas opções políticas, produz leis.

## IX- Elementos Hermenêuticos e de Interpretação da lei

### Introdução

A disposição legal apresenta-se ao jurista como um enunciado linguístico, como um conjunto de palavras que constituem um texto. Interpretar, consiste, evidentemente em retirar desse texto um determinado sentido ou conteúdo de pensamento.

### A Interpretação da Lei

#### Correntes Interpretativas

##### A Distinção entre o Subjetivismo e o Objetivismo

- *Subjetivismo*

O Objetivo da Interpretação é descobrir a vontade do legislador, entendido este como a pessoa ou as pessoas que elaboraram a lei. É uma doutrina muitíssimo criticada, porque na verdade é muito difícil reconstituir o pensamento do legislador, sobretudo se tivermos em conta órgãos legislativos coletivos como a Assembleia da República.

De acordo com esta corrente de Interpretação da lei, ao intérprete caberia procurar o sentido que o legislador material quis exprimir no texto normativo, sendo esse o sentido aquele com que a lei deveria valer; A Indagação do mens legislatoris seria assim o objetivo do intérprete, invocando-se em abono deste entendimento que , por um lado, o dever de obediência ao poder legislativo impõe a “busca” da vontade legislativa e , por outro, que esta orientação contribui melhor para a certeza do direito, dado que a determinação da vontade do legislador promove a uniformidade das soluções e dá mais segurança aos destinatários da norma. Pode dizer-se que esta corrente Interpretativa é minoritária, sendo prevalecente o objetivismo na Interpretação da Lei.

- *Objetivismo*

No Domínio da Interpretação da Lei, fala-se em objetivismo para significar o entendimento de que aquela tem como finalidade a procura não do sentido que o

autor da lei (o legislador material) pretendeu exprimir, mas antes o sentido da lei, isto é, o sentido mais razoável que dela resulta, tendo em conta todos os elementos hermenêuticos, um dos quais é, naturalmente o elemento histórico . Esta corrente pode dizer-se maioritária nos tempos mais recentes, tendo como argumento em seu abono de que o sentido apreensível a partir da norma o é por qualquer intérprete, mesmo que desconheça a mens legislatoris, bem como o de que a corrente subjetivista é por vezes impraticável, dada a pluralidade de pessoas que intervêm no processo legislativo, e ainda o de que esta orientação favorece a justeza do Direito quer a sua adaptabilidade às condições específicas de cada época em que a lei vai ser aplicada.

#### *A Distinção entre o Atualismo e o Historicismo*

- *Atualismo*

No domínio da Interpretação da lei, a corrente atualista defende que o intérprete deve procurar o sentido dela que mais se adapta às circunstâncias históricas em que vai ser aplicada, ou seja, que o sentido de um texto normativo pode e deve variar com as condições a que visa aplicar-se.

- *Historicismo*

Corrente de Interpretação da lei segundo a qual esta deveria valer sempre com o seu sentido originário, estando pois definitivamente vinculada às condições históricas em que foi produzida, sendo irrelevantes para o respetivo sentido as evoluções ideológicas, sociológicas sociais e económicas entretanto verificadas. Sem que se prescinda do elemento histórico na atividade interpretativa, pode dizer-se que o pensamento historicista se encontra atualmente maioritariamente abandonado a favor do chamado atualismo na Interpretação da Lei.

#### *Elementos Hermenêuticos e alguns argumentos utilizados pelos juristas na atividade Interpretativa*

O nº1 do Artigo 9º do Código Civil contém todos os elementos hermenêuticos:

Elemento Gramatical/ Literal - «A Interpretação deve cingir-se à letra de lei»

Um dos elementos, porventura o mais importante de interpretação da lei é o elemento gramatical, também designado de elemento gramatical;

“*Letra da Lei*”- Elemento essencial de interpretação da lei é o elemento literal ou letra da lei, isto é, o texto da disposição a interpretar. Este é o ponto de partida da operação de interpretação, constituindo também um elemento irremovível desta, na medida em que o artigo 9 no seu número dois estabelece que “ não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso “

A Letra da lei, por um lado é um ponto de partida, e por outro lado é um limite (Não se pode fazer uma interpretação que não corresponda em nada à letra da lei ;  
Relação entre o texto e o sentido)

Elemento Sistemático: «tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico»

Na interpretação da lei, o elemento sistemático é constituído pela consideração da inserção da norma a interpretar num conjunto de normas jurídicas e pela necessária articulação dela com todas as outras, de forma a identificar regimes semelhantes (lugares paralelos) e relações entre aquelas e outras normas (relações género- espécie ; regra-exceção ); O artigo 9º, nº1, do CC determina que o intérprete tenha em conta a “unidade do Sistema Jurídico”. Cada Disposição legal insere-se no conjunto jurídico integrado pelas normas vigentes, pelo que o apuramento do seu sentido não pode prescindir da consideração desse contexto em que a norma se enquadra. – A Hierarquia das normas tem que ver com o elemento Sistemático;

Elemento Teleológico (Ratio Legis) : «mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo»

A Teleologia da lei é a sua finalidade; Interpretar um preceito em função do respectivo elemento teleológico significa identificar o tipo de problema que a lei tem em vista resolver e o sentido da solução que ela quer dar-lhe.

Consiste na tentativa de alcançar os fins para os quais as normas foram elaboradas, alcançando o objeto que a lei pretende tutelar.

Exemplo: A Idade mínima para casar. Neste exemplo, a ratio legis que o legislador pretende acautelar é a de uma idade mínima para se poder atingir o objetivo do casamento.

O Elemento Teleológico pode também ser apelidado de elemento racional; A Ratio legis ou elemento racional é o elemento interpretativo da lei que se consubstancia no apuramento da sua razão de ser ou finalidade. A Identificação do problema que a lei procura resolver é essencial para o apuramento do sentido da lei e das consequências jurídicas de uma dada interpretação e da consequente aplicação. A consideração deste elemento interpretativo conduz muitas vezes a interpretações extensivas ou restritivas.

*Elemento Histórico: «As circunstâncias em que a lei foi elaborada»*

Elemento de Interpretação da Lei que consiste na consideração das regras que vigoravam ao mesmo tempo da elaboração da lei ( e que ela visou substituir, complementar ou alterar) das normas que lhe serviram de modelo ou inspiração, dos trabalhos preparatórios e do circunstancialismo histórico que se verificava o tempo da sua elaboração e publicação.

*Estudar também as fontes da própria lei – Elemento histórico*

- Circunstâncias Sociais, Históricas (...)
- Trabalhos Preparatórios;
- Normas de Direito Estrangeiro;
- Interpretação dessas normas de direito estrangeiro pela doutrina e pela jurisprudência;
- “ Um Legislador não é apenas um tradutor, é também um comparatista”

*Elemento Atualista «as condições específicas do tempo em que é aplicada»*

Tal como mencionado no artigo em questão, o intérprete da lei deve ter em conta “ as condições específicas do tempo em que a lei é aplicada”, sob pena destas se tornarem inadequadas com o passar do tempo ou devido a alterações nas matérias que visam regular.

*I. Argumento por maioria de razão*

Nas normas proibitivas, têm como consequência que a norma que proíbe o mais, também proíbe o menos também proíbe o mais, por maioria de razão, o que proíbe o menos, proíbe o mais.

*II. Argumento por Igualdade de razão (a pari)*

Se a lei estabelece um regime para uma situação, uma situação quase idêntica deverá de ter o mesmo regime

*III. Argumento a Contrarium*

Se a lei estabelece um regime para determinadas situações, as que não estão previstas, em princípio, não tem aquele regime. Argumento Intuitivo , e por tal perigoso.

**Resultados Interpretativos**

**Interpretação declarativa**

Estamos perante uma interpretação declarativa quando existe coincidência entre a letra o espírito da lei, isto é, existe sintonia entre o elemento literário e o extra literário. Assim, o intérprete limita-se a eleger um dos sentidos que o texto directa e claramente comporta, por ser esse o que corresponde ao legislativo. Dentro da interpretação declarativa, distinguimos entre Lata e restritiva. Porque existem palavras que possuem mais do que um sentido, quer em linguagem corrente, quer em linguagem jurídica; Quando essa palavra é utilizada num sentido mais abrangente, estamos perante uma interpretação declarativa lata ; Quando essa palavra é utilizada com o seu sentido mais restrito estamos perante uma interpretação declarativa restritiva;

**Interpretação Extensiva**

Estamos perante uma interpretação extensiva quando o legislador disse menos do que queria dizer, isto é, o espírito vai para além da letra e como este é prioritário, vamos estender a letra dando-lhe um alcance conforme ao pensamento legislativo. Exemplo : Artigo 877, nº1, CC

A Interpretação extensiva assume normalmente a forma de extensão teleológica, a própria razão de ser da lei abrange a sua aplicação a casos que não são directamente abrangidos pela letra da lei mas são abrangidos pela finalidade da mesma.

Os argumentos utilizados pelo jurista para fundamentar a utilização da interpretação extensiva são ao argumento da “identidade de razão” e o argumento da maioria de razão, sendo o primeiro, onde a razão de decidir seja a mesma, a mesma deve ser a decisão; e o segundo, se a lei explicitamente contempla certas situações, para as quais estabelece certo regime, há de forçosamente pretender abranger também outra, ou outras que, com mais fortes motives, exigem ou justifiquem aquele regime.

#### Interpretação Restritiva

Estamos perante uma interpretação restritiva quando o legislador disse mais do que queria dizer, isto é, o espírito fica aquém da letra e então é necessário restringir a letra aproximando-a do espírito.



**EXAME DE O DIREITO E O PENSAMENTO JURÍDICO**

5. Janeiro. 2015

Duração: 3 horas

**I**

Responda, num máximo de 10 linhas:

1. Identifique, no artigo 9º do Código Civil, os elementos de interpretação da lei. ✓
2. Identifique a previsão e a estatuição nos artigos 485.º, n.º 2, 528.º, n.º 1, 1146.º, número 1, e 1525.º, n.º 1, todos do Código Civil. ✓
3. Diga quais os elementos que devem ser utilizados para concluir por uma interpretação extensiva ou restritiva de uma norma legal. → *Teleológico*
4. Como é elaborada uma norma legal no sistema jurídico português e o que é necessário para que ela entre em vigor? → *Passos todos*
5. Distinga e relacione os seguintes conceitos: norma especial, revogação e repristinação.

Cotação: 2 valores cada.

**II**

1. A justiça não é o único fim do Direito: comente esta afirmação e dê alguns exemplos de normas ou institutos em que outro seja o valor que se sobreponha ao da justiça.

2. Comente a seguinte afirmação: a cessação de vigência da lei não tem um momento determinado como o início de vigência dela.

Cotação: 2,3 valores cada

**III**

1. Tiago, marido de Vera, foi com o filho de ambos, Xavier, comprar um berço para o bebé que estava para nascer.

Já com o berço no carro, Tiago tem um acidente, fatal para pai e filho.

Para efeitos sucessórios, quem faleceu em primeiro lugar?

2. Diga qual o tribunal competente para resolver a seguinte hipótese: o Presidente da República vai jantar a um restaurante com a sua família, para celebrar o seu aniversário, mas recusa-se a pagar a conta dada a má qualidade de serviço do restaurante.

Cotação: 2,2 valores cada

Nota: Há 1 valor para apreciação do português

Queremos agradecer a todos os alunos  
que tornaram possível a realização da  
Linha de Sebentas AEFDUNL.

Informamos que não nos  
responsabilizamos por possíveis erros  
que as sebatas possam conter.

Qualquer sugestão que tenhas ou erro  
que detetes por favor contacta a AE  
através do [dep.pedagogico@ae.fd.unl.pt](mailto:dep.pedagogico@ae.fd.unl.pt).