

O Direito e o Pensamento Jurídico (B)

Aluna: Maria Joana Faria

Programa da disciplina:

I - O que é o Direito?

II - Fontes de Direito

III - Introdução à Metodologia Jurídica

in fd.unl.pt

I – O que é o Direito?

1. Primeiras noções de Direito.

1.1. O que é o Direito?

Direito: sistemas de regras de conduta social, obrigatórias para todos os membros de uma certa comunidade, a fim de garantir no seu seio a Justiça, a Segurança e os Direitos Humanos, sob a ameaça das sanções estabelecidas para quem violar tais regras. (Prof. Freitas do Amaral)

“Direito” é uma palavra polissémica, podendo ter vários sentidos / significados:

- O Direito em sentido objetivo é um conjunto de regras de conduta social ou normas jurídicas, a observar por todos os membros em cada sociedade humana. Deste modo, trata-se de uma realidade que ultrapassa o sujeito (ex: Direito Português, Direito Francês, etc.);
- O Direito em sentido subjetivo refere-se ao poder ou faculdade de agir de cada pessoa: Direito, aqui, já não é um conjunto de regras coletivas, mas uma posição pessoal de vantagem atribuída ou reconhecida a cada sujeito (ex: direito à vida, direito à propriedade, direito à liberdade, etc.).
- O Direito também pode ter o sentido de Ciência do Direito, ou seja, nesta acessão, o Direito é uma ciência social e humana (não confundir com ciência exata ou de natureza) que estuda e teoriza cientificamente o Direito Objetivo e os Direitos Subjetivos. Assim, o Direito é o modo científico da resolução de casos, que suportam diversas soluções. Esta resolução exprime uma decisão humana, ou seja, reflete a conduta a adotar pelos indivíduos. O Direito é uma ciência prática que não se limita a conhecer, resolve justificando com a razão (as soluções interligam órgãos de decisão, leis e técnica).

NOTA: importa realçar que o Direito Objetivo e o Direito Subjetivo estão estritamente relacionados. O Direito Objetivo é, de facto, a garantia do Direito Subjetivo, porque constitui um conjunto de normas jurídicas que, quando interpretadas/aplicadas, geram normas subjetivas.

Assim, podemos avançar com uma pequena distinção entre Direito e fontes de Direito: Direito é o conjunto de princípios e regras que vigoram; são as soluções dadas a casos na vida real. A plenitude do Direito é atingida na resolução fundamentada de problemas da vida. Já as fontes, essas são as leis, a jurisprudência, os costumes; as realidades de onde retiramos o Direito.

1.2. Conceitos relativos ao Direito.

Como não poderia deixar de ser, existem ainda outros conceitos frequentemente usados no mundo do Direito, tais como:

- Lei e Norma:

Lei Jurídica

Todas as normas escritas que provêm dos órgãos legislativos competentes (ver art. 112º CRP).



Norma Jurídica

Enunciado geral que se aplica a uma generalidade hipotética de pessoas (ou seja, não é uma generalidade concreta). A norma jurídica aplica-se em todos os casos em que essa situação ocorra.

- Jurisdição: dizer o Direito. É aplicada quando os tribunais resolvem um caso aplicando princípios e regras, apresentando soluções e fazendo justiça.
- Personalidade jurídica: característica do ser humano, que é sujeito do Direito. Não só o ser humano é dotado de personalidade jurídica, mas também outras entidades, como empresas ou fundações.
- Titularidade: centro de imputação de direitos e obrigações; característica daquele que possui personalidade jurídica.
- Esfera jurídica: conjunto de direitos e obrigações de que somos titulares. Também inclui o património.
- Facto jurídico: todo o facto que produz efeitos de Direito, ou seja, que altera o status quo jurídico do momento.
- Ato jurídico: factos humanos voluntários
- Negócio jurídico: atos cujos autores escolhem e determinam os efeitos a que se sujeitam.
- Situação jurídica: tudo aquilo de que podemos ser titulares; situação humana valorada pelo Direito (ativa ou passiva).

- Instituto jurídico: conjunto organizado de princípios e normas relacionadas entre si e que têm em vista dar uma solução carismática a um dado problema (exemplo: instituto jurídico de responsabilidade civil)
- Regime jurídico: visão dinâmica de instituto jurídico; conjunto em funcionamento.
- Ónus: situação jurídica passiva semelhante a um dever, mas em condição de imperativo hipotético, pois não tem carácter obrigatório (exemplo: o réu tem o ónus de poder concordar ou discordar dos factos).
- Costumácia: situação violadora da lei-, casos em que o juiz dispensa a presença do indivíduo em tribunal. Se não comparecer, é julgado à revelia.
- Ato jurídico inválido: compreende a nulidade (lei nula é sempre inaplicável, não produz efeitos e por isso é também sempre ineficaz, irrelevante e suficiente de tutela – Art. 286º CC) e a anulabilidade (lei anulável aplicar-se-á enquanto o órgão competente não tomar a iniciativa da sua anulação).
- Ato jurídico ineficaz: não é necessariamente inválido pois vários motivos podem tornar uma lei ineficaz, como por exemplo, a falta da sua publicação.
- Direito potestativo: inviolável, e nalguns casos existe dispensa de tutela. Não há dever mas sim sujeição (exemplo: divórcio sem consentimento ou rejeição de herança).

1.3. Expressões próximas da palavra Direito.

Convém ainda salientar ainda algumas outras expressões próximas da palavra Direito:

a) Sistema jurídico: conjunto formado pelo Direito objetivo e pelos órgãos que o elaboram (Parlamento, Governo) ou que o aplicam (Administração Pública, Polícia, Tribunais, entre outros);

b) Ordem jurídica: pode ser entendida segundo dois sentidos:

1) em sentido restrito: significando o mesmo que Direito objetivo;

2) em sentido amplo: significando, além do Direito objetivo, o conjunto dos atos jurídicos praticados por todos os indivíduos e dos efeitos que eles produzem;

c) Ordenamento jurídico: combinação entre Direito objetivo e sistema jurídico;

d) Mundo do Direito: expressão polivalente, que tanto equivale a Direito objetivo, como a sistema jurídico, como a ordenamento jurídico, como a ordem jurídica em sentido amplo;

e) Aplicação do Direito: distingue-se o Direito objetivo, constituído por normas gerais e abstratas, obrigatórias para todos, da aplicação do mesmo Direito aos casos concretos da vida real.

1.4. Características do Direito.

Posto isto, já podemos apontar sumariamente as principais características do Direito em geral, ainda que sejam aprofundadas posteriormente:

- 1) **Caráter necessário do Direito:** é indispensável e conatural à vida das sociedades humanas, que não podem viver descoordenadas e sem regras.
- 2) **Resolução de Conflitos de Interesses:** o Direito tem por missão resolver pacificamente conflitos de interesses que caracterizam a vida em sociedade, que tem necessariamente, natureza conflitual (“tem queda para a confusão”). Resolve pacificamente, por via geral e abstrata, e por via de decisões individuais e concretas.
- 3) **Obrigatoriedade do Direito (imperatividade):** o Direito, para ser eficaz e atingir os seus fins, tem de ser obrigatório para se distinguir da Moral, Cortesia ou da Boa Educação. Todos têm o dever de lhe obedecer. O seu caráter obrigatório implica a sua natureza sancionatória (impor sanções a quem o desrespeita).
- 4) **Natureza violável do Direito:** O Direito é obrigatório, mas violável, visto que é dirigido a Homens livres. A liberdade humana comporta a faculdade de optar livremente entre o Bem e o Mal; de optar pelo cumprimento da norma jurídica ou pela sua violação. Isto ajuda a distinguir leis naturais (não são violáveis, se verdadeiras apenas são confirmadas pela natureza, se não são, deixam simplesmente de ser – realidade do ser) de leis jurídicas (dirigir comportamentos humanos, contrariar impulsos, se forem violadas continuam em vigor – imperatividade do dever ser).
- 5) **Aplicação por órgãos independentes e imparciais:** No Direito “ninguém pode ser juiz em causa própria” e “quem aplica o Direito aos casos concretos não pode ser quem o elabora em abstrato”. Órgãos Judiciais: independentes face aos outros poderes e imparciais face às partes em conflito.
- 6) **Caráter influenciável por fatores extrajurídicos:** O Direito é um sistema normativo que é influenciado por fatores de diversas ordens: cultural, religiosa, moral, civilizacional, fatores políticos, económicos e sociais.
- 7) **Caráter histórico:** O Direito não é um sistema permanente, constante imutável. O Direito evolui com a História, registando a evolução, avanços e recuos.
- 8) **Direito Consuetudinário, legislado e codificado:** O Direito pode apresentar-se corporizado em costumes, ou tradições orais, em leis escritas, ou em compilações cientificamente sistematizadas, chamadas códigos.

2. Normatividade.

Todos os humanos vivem em aglomerados humanos, onde coabitam e cooperam entre si. Faz parte da natureza humana a sociabilidade, a tendência para viver em sociedade, a necessidade de o homem se juntar e organizar em comunidades. Sendo o Homem um ser social, é indispensável a existência de uma autoridade social dotada de poder diretivo; uma autoridade que estabeleça regras de conduta (comportamento), tome decisões e imponha respeito e ordem – *ubi societas, ibi jus*. Assim surge a ordem social, um produto da liberdade humana, do domínio do dever ser. Assim, às regras de conduta ou normas jurídicas a observar por todos os membros de uma sociedade chamamos Direito. O Direito, no entanto, não se distingue pela sua normatividade, mas pela sua

coercibilidade. Já ao conjunto articulado de órgãos de produção e de aplicação de Direito, bem como às respectivas regras, chamamos Sistema Jurídico.

As razões da necessidade do Direito são:

- 1) Um grupo social, para se manter coeso, precisa de ser conduzido por uma autoridade social com poder diretivo (elaboração e aplicação de normas de conduta gerais e obrigatórias);
- 2) A autoridade social, para ser legítima e obedecida por todos, deve ser escolhida e designada de acordo com regras pré-estabelecidas, encontrando forma de evitar abusos de poder;
- 3) Os membros de um grupo precisam de saber que direitos e deveres têm perante a autoridade, bem como perante os outros, de modo a conhecerem as suas obrigações para poderem agir legalmente e fazerem valer os seus direitos. Se o Homem não pode viver em *estado natureza*, precisando de se organizar em *estado sociedade*, também não pode viver sem regras de conduta. Assim, se na vida do Homem em sociedade, a autoridade é necessária, o Direito não o é menos.

3. Direito e Justiça: axiologismo e positivismo.

A contraposição entre Direito positivo e direito natural tem sido objeto de discussão, pelo que consiste em saber se, para além e acima do Direito positivo, existe o direito natural, padrão suprapositivo que, por um lado, permita 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. Basicamente, o direito natural é o direito que, por imperativo da justiça, devia vigorar. «É o conjunto de normas que devia valer como direito, e sobretudo (num sentido restrito, só) 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’.»

Posto isto, qual será o fundamento para a imposição do Direito aos cidadãos? Será que a justiça é uma finalidade interior ou exterior ao Direito? Para responder a estas perguntas, surgem duas teorias.

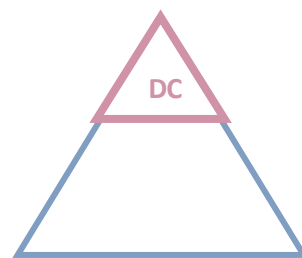
1. Axiologismo

Defende que há algo anterior ao Direito, um ideal de justiça inato e comum a toda a raça humana, anterior a todo o Direito “do momento” – Direito Positivo. Quando criamos Direito, devemos respeitar os valores e ideais de justiça prévios, caso contrário, cairemos numa “justiça injusta” – **Jusnaturalismo**. Assim, ao legislar, o legislador não é totalmente livre de criar leis, pois primeiro toma lugar o Direito Natural, e só depois o Direito Positivo. Autores como Kant e S. Tomás de Aquino defendiam esta teoria.

Para sustentar este ponto de vista, surge a Teoria do Mínimo Ético de Jellinek, que nos diz que existe um conjunto mínimo de regras morais para a sobrevivência. Como estas regras são obrigatórias, o Direito faria apenas cumprir, pelo uso da força, esses preceitos ideológicos.

2. Positivismo

Defende que o Direito é legítimo se o seu processo criativo for legítimo. A ciência jurídica tem por objeto o conhecimento do conjunto de normas que constituem o direito vigente ou positivo; para esse conhecimento, o jurista há de usar e desenvolver um sistema de conceitos e uma ordenação sistemática dos dados que encontre na lei; todavia, a sua análise deve limitar-se ao Direito como este está 'estabelecido' ou dado, e deve abster-se de entrar em valorações éticas ou de ter em conta as implicações das normas nas realidades sociais; o Direito, entendido como um sistema de normas, e nada mais do que isso, deve ser o seu tema de estudo. Assim surge a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, que nos diz que todas as normas são legítimas se as normas a que se sujeitam forem também.



4. Ser e Dever Ser. Fins do Direito.

4.1. Imposição do Dever Ser ao Ser.

O Direito pretende orientar a conduta humana, estabelecendo ao Homem como esta deve processar-se, ou seja, impondo uma certa e determinada atuação. As leis que a ordem normativa compreende não se destinam a descrever como se processa a conduta do Homem, mas antes como esta «deve ser», isto é, como se deve processar. Submete-se assim ao “dever ser” o “ser” da natureza. Segundo Kaufmann, «*o Direito é a correspondência entre o dever e o ser (...), não tem um carácter substancial, mas sim relacional, o direito no seu conjunto não é, portanto, um complexo de artigos da lei, um conjunto de normas, mas sim um conjunto de relações*» Por outras palavras, procura-se «*um caminho “em forma de espiral” (“espiral hermenêutica”), em que dever (ideia de direito, norma) e ser (hipotética situação da vida, caso) são reciprocamente postos em correspondência.*»

4.2. Fins do Direito.

Vamos agora entrar num outro tópico, relativo aos fins do direito. Estes são 3, Justiça, Segurança, e proteção dos Direitos Humanos. Estes devem ser sempre prosseguidos em simultâneo e harmonizados, na lei e na prática.

Justiça: conceito de difícil definição, pode ser tido como o conjunto de valores intemporais, que se impõem ao Estado e a todos os cidadãos, sobrepondo-se ao Direito Positivo. Este é considerado por muitos juristas o fim principal do Direito, por ser o aspeto que mais relevância tem na sua elaboração. O Direito tem de ser justo, pois deriva da Justiça (*jus a justitia derivatur*). A ciência do Direito é, em larga medida, a “ciência do justo e do injusto”. Assim, as leis devem ser justas, bem como as decisões administrativas e sentenças judiciais, por isso se diz que o Estado de Direito é, antes de mais, um Estado de Justiça. (Art. 9º CRP)

Segurança: a Justiça não é, nem pode ser o único fim do Direito, pois com esta é preciso combinar os imperativos da Segurança. No entanto, esta não deve prevalecer sobre a

Justiça, e por isso cabe ao legislador o papel de limitar ao mínimo necessário esta situação.

Proteção dos Direitos Humanos: desde 1948, data da aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, passou a mostrar-se uma nova sensibilidade a esta temática. Os DH são conferidos pela natureza e reconhecidos pela razão, inerentes à natureza humana e por isso mesmo anteriores e superiores ao próprio Estado. Assim, encontramos tanto na escola positivista como na escola jusnaturalista a sua relevância: no primeiro caso, é defendido que os direitos subjetivos só são reconhecidos quando criados e outorgados pelo Estado (as declarações de direitos têm natureza constitutiva); já no segundo caso, os direitos fundamentais são inerentes à dignidade da pessoa humana, não são produto do legislador – este apenas tem o dever de os reconhecer e proteger.

5. Coercibilidade. Direito e Estado. Monopólio Estatal do Uso da Força. Autotutela. Resolução Alternativa de Litígios (Tutela Privada e Pública).

5.1. Coercibilidade do Direito.

O caráter imperativo/obrigatório do Direito impõe que este crie meios, com o objetivo de levar os destinatários das suas normas a optar pelo 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 de atuar de acordo com o Direito. Para que o Direito seja uma ordem social verdadeiramente imperativa, conseguindo na realidade determinar a conduta/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 (obrigatória) 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 podemos observar, por exemplo, as forças de segurança pública e os tribunais. Tenhamos sempre em conta que, o Direito não se define pela coercibilidade, esta é uma característica que resulta da própria natureza do Direito. A obrigatoriedade das normas necessárias para que uma comunidade exista e subsista, tanto vai contra o princípio da autonomia e da liberdade, como tem em si mesma esse mesmo princípio. Quer isto dizer que, essas normas impostas e que limitam a autonomia dos membros da comunidade são uma condição necessária para poder existir essa mesma autonomia. Para haver justiça e igualdade na comunidade, o Direito define a esfera de liberdade de cada um, em face da comunidade. Se não o fizesse, quando alguém violasse as regras essenciais à vida comunitária, iria alargar a sua esfera de liberdade (autonomia) à custa da esfera de liberdade (autonomia) dos outros. Ou seja, recorrer a meios de coação para repor a justiça, não só legítimo, como também exigível.

O Direito depende da coação, e esta depende da força, logo o Direito depende da força, não só na sua aplicação, como na sua origem. Atenção que o Direito não depende da força na sua essência, validade ou sentido específico, mas sim no seu existir. O Estado de Direito que se torne demasiado benevolente/complacente e se abstenha do uso da

força, nega-se a si mesmo enquanto Estado de Direito. O Direito vive em simbiose com a força. Cabe ao Direito legitimar a força de que ele carece para se impor como Direito.

O elemento fundamental do Estado é o poder político, mas temos que ter bem claro o seguinte: o Direito não se confunde com o poder, nem se confunde com o Estado. Cabe ao Direito limitar o poder do Estado e legitimá-lo, o que não seria possível se essas duas noções se confundissem. Significa isto que há princípios gerais de Direito que se impõem ao próprio Estado e, por isso, este não pode constituir uma Ordem Jurídica sem se referir ao princípio superior de Justiça.

5.2. Direito e Estado.

Atualmente, não tem faltado quem identifique o Direito com o Estado. O Elemento Fundamental do Estado é o poder político, mas temos que ter bem claro o seguinte: o Direito não se confunde com o poder, nem se confunde com o Estado. Cabe ao Direito limitar o poder do Estado e legitimá-lo, o que não seria possível se essas duas noções se confundissem. Significa isto que há princípios gerais de Direito que se impõem ao próprio Estado e, por isso, este não pode constituir uma Ordem Jurídica sem se referir ao princípio superior de Justiça.

A propósito, o aparelho estadual contém três poderes: legislativo, executivo (coerção) e jurisdicional (Art. 202º CRP, Art. 205º CRP, Art. 10º CPC).

- Art. 202º CRP – função jurisdicional.
- Art 205º CRP – prevalência da decisão dos tribunais sobre qualquer outra.
- Art. 10º CPC – funcionamento da coercibilidade: espécies de ações (declarativas, quando expressam a sentença, e executivas, quando a execução é forçada).

5.3. Funções do Estado.

Consequentemente, apresenta três funções que aos poderes correspondem:

- Função Legislativa - estabelece normas gerais e abstratas que regem a vida em sociedade, através de manifestação de vontade a ser feita valer toda a vez que ocorre o fato descrito na norma. (exemplo: quem importa mercadoria paga o imposto sobre importação. Isto é uma lei)
- Função Executiva - traduz, num ato de vontade individualizado, a exteriorização abstrata da norma. (exemplo: cobrar ao importador o imposto na quantidade prevista na lei, é ato executivo)
- Função Jurisdicional - resolver as controvérsias que podem surgir na aplicação da lei. (exemplo: se o importador dos exemplos acima, considera indevido o tributo cobrado surge uma lide a ser resolvida definitivamente pela função jurisdicional)

5.4. Elementos do Estado.

1) **Elemento humano** – é o conjunto de pessoas que, relativamente a uma determinada estrutura estadual, apresentam com essa mesma, um laço de ligação jurídico-política, que tem por nome cidadania. Se preferirem, é um conjunto de cidadãos de um Estado que toma, por isso, o nome de Povo.

2) **Elemento Funcional** – a soberania é o exercício da autoridade que reside num povo e que se exerce por intermédio dos seus órgãos constitucionais representativos. A soberania estadual é o poder do Estado para fazer leis e impô-las coletivamente.

3) **Elemento Espacial** – diz respeito ao espaço 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.

5.5. Características do Estado.

Já que falamos do dito Direito Estadual, podemos então apontar as suas principais características:

1) **O Direito como emanção dos órgãos do Estado** – o Estado é visto como algo que provém da vontade do povo (emanado pelo povo, é como o povo quer que seja), sendo que o Direito, como conjunto de regras que se impõem a determinada comunidade estadual, é uma emanção dos órgãos políticos do Estado (Parlamento e Governo), que lideram o destino e o desenvolvimento do país.

2) **Aplicação do Direito** – 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 (do Direito) e visando o seu bem. Ao poder executivo e ao poder judicial está incumbida a tarefa de resolver, por sentença, os desacordos que oponham, em questões de Direito, particulares (ou que oponham o Estado e os Cidadãos). Fazem-nos através da punição de criminosos, anulações de decisões ilegais da Administração que sejam lesivas / prejudiciais aos particulares.

3) **Predominância da lei sobre o costume** – Como sabemos, o Direito deixou de ser a vontade do Chefe para passar a ser a vontade do povo. Com isto, o Estado “consciencializou-se” de que, para além das suas clássicas funções de justiça e segurança, tem agora também que promover o bem estar, o desenvolvimento e o progresso. Logo, o Estado não pode ter mais como direito, centralmente, usos e tradições das pequenas comunidades tradicionais. A lei prevalece sobre o costume, sendo este resultado da vontade geral do povo, obtida através dos seus representantes eleitos no Parlamento.

4) **Grande extensão da Codificação** – As grandes áreas do Direito Estadual não se encontram em leis avulsas, mas sim organizadas e condensadas em códigos, como o Código Civil, ou o Código Penal, entre muitos outros.

5) **Jurisprudência pouco criativa** – a jurisprudência dos tribunais é pouco criativa porque é muito apegada à letra da lei e opiniões da doutrina.

5.6. Monopólio Estatal do Uso da Força.

Apenas o Estado tem legitimidade para deter o uso da força. Mesmo vivendo num sistema de justiça pública, e não de justiça privada, existem algumas exceções à regra (autotutela – tutela privada). O Direito fundamenta (justifica) e regula formas de

autotutela, ou seja, reações dos particulares como meios de defesa dos seus Direitos no quadro das relações com outros particulares, ou no âmbito das relações com autoridades públicas. Deste modo, afirmamos que a autotutela é a possibilidade que nós, sujeitos de Direito, temos de defender / fazer valer os nossos direitos, por nós próprios, sem recorrermos aos aparelhos do Estado. Formalmente explicando, nos casos de autotutela, a lei faculta, em determinadas condições, ao titular de um direito, a possibilidade de o assegurar (o direito) ou realizar pela força, desde que o agente não sacrifique interesses manifestamente superiores aos que pretende conservar. Nomeadamente, estes são:

1. Ação direta: “é lícito o recurso à força com o fim de realizar ou assegurar o próprio direito, quando a ação direta for indispensável, pela impossibilidade de recorrer em tempo útil aos meios coercitivos normais [polícia ou tribunais]” (Art. 336º/1 CC).

2. Legítima defesa: “considera-se justificado o ato [de uso da força] destinado a afastar qualquer agressão atual e contrária à lei (...) desde que não seja possível fazê-lo pelos meios normais [polícia ou tribunais] (Art. 337º/1 CC). Agirmos em legítima defesa é reagirmos a um perigo que foi ou está a ser provocado pela ação ilícita de outrem. A legítima defesa pressupõe:

1. A existência de uma ação ilícita (contrária à lei);
2. A ação tem que ser iminente, de forma a que não consigamos recorrer às autoridades em tempo útil (incidência da agressão);
3. Tem que estar presente o princípio da proporcionalidade, isto é, não podemos provocar danos superiores àqueles que visamos proteger. Por outras palavras, a legítima defesa não deve procurar provocar um prejuízo superior ao que procura evitar (haverá, certamente, excesso na decisão de matar o ladrão para impedir que este fuja com a nossa carteira).

3. Estado de necessidade: “é lícita a ação [de força] daquele que destruir ou danificar coisa alheia com o fim de remover o perigo atual de um dano manifestamente superior” (Art. 339º/1 CC). Exige-se novamente, a presença do princípio da 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 (reparados).

4. Tribunais arbitrais (resolução alternativa de litígios): são órgãos jurisdicionais criados por particulares em conflito, que confiam a certos profissionais especializados a resolução desse conflito (Art. 209º/2 CRP). Das decisões arbitrais pode caber recurso para os tribunais do Estado.

5. Segurança privada: a lei permite, em certos casos e dentro de dados limites, que a segurança de pessoas e bens possa ser organizada por empresas privadas, especialmente licenciadas para o efeito; mas tais empresas não constituem *corpus* de polícia na plena aceção da palavra.

No entanto, em todo o caso, o controlo último sobre a legalidade ou ilegalidade do uso da força pelos particulares, para aplicação do Direito, é sempre confiado pela lei a órgãos

administrativos ou judiciais do Estado, o que deixa intacto o monopólio estatal do uso da força ao serviço do Direito.

5.7. Inviolabilidade do Direito. Execução Coerciva. Sanções.

A ordem normativa não pode deixar de ser dotada de imperatividade: para atingir aqueles fins, é imprescindível que as leis sejam acatadas, não podendo o seu cumprimento ser deixado à livre opção dos seus destinatários. No entanto, o Homem, destinatário único destas normas, é dotado de vontade, pelo que esta lhe permite optar, em termos fácticos, entre o cumprimento e o não cumprimento das leis, sendo estas, então, violáveis. Deste modo, verifica-se que a ordem normativa é dotada também de violabilidade. Contudo, do não cumprimento da norma, surgem sanções, ou seja, consequências desfavoráveis derivadas do mesmo, verificando-se ainda outra característica: a existência de sanções.

Não há coerção sem sanções por isso estas são normas subordinadas: dizem-nos o que acontece se não nos comportarmos de acordo com o esperado.

As sanções estão inseridas na modalidade de heterotutela (tutela pública). Esta pressupõe a existência de aparelhos organizados estadualmente para assegurarem o cumprimento das normas jurídicas e a defesa dos direitos subjetivos. As sanções podem ser de diferente natureza:

a) **Sanções preventivas**: medidas destinadas a prevenir uma violação (exemplo: proibição de exercício de certas atividades por crimes cometidos, medidas de segurança a inimputáveis).

b) **Sanções compulsórias**: reação à violação com o objetivo de incentivar o seu cumprimento (exemplo: direito de retenção) – Art. 829º CC (sanção pecuniária compulsória).

c) **Sanções reconstitutivas**: visam recompor a situação anterior.

c)1 **Compensatória**: danos não patrimoniais;

c)2 **Natural**: Art. 827º - 830º CC (execução específica, por vezes carece de ação executiva, e execução coerciva);

c)3 **Por mero equivalente**.

d) **Sanções punitivas**: causam sofrimento ao infrator (exemplo: multa).

5.8. Meios de Resolução Alternativa de Litígios (Tutela Pública e Privada).

Tutela Pública: Julgados de Paz

Julgados de Paz – É aplicável dependendo da matéria. É uma alternativa mais barata do que os tribunais, composto por juizes de paz (não necessariamente magistrados). São tribunais com procedimentos simples, sem necessidade de advogado. Julgam casos de baixo valor pecuniário (até 15 000€). No entanto, se propusermos uma ação, o réu tem o dever de comparecer e acatar com a coerção/execução (exemplo: acidente de viação, querela de consumo, conflito entre condóminos).

Tutela Privada: Arbitragem, Mediação

Arbitragem – A arbitragem voluntária insere-se na Lei da Arbitragem Voluntária de 2011, respeitante a tribunais arbitrais. Esta é, por si só, necessária (obrigatória por lei) e voluntária (quando antes do litígio, ambas as partes aceitam a mediação) (exemplo: CNIACC).

Mediação – Não envolve tomada de decisões pelas partes, apenas ajuda na resolução do conflito. Nos tribunais normais, estes abdicam do seu poder. Se o mediador for bom, ajuda as partes a chegar a um consenso recorrendo à persuasão.

6. Carácter sistemático do Direito. Interpretação e aplicação do Direito. Distinção entre norma e princípio. Princípios basilares da ordem jurídica.

6.1. Carácter sistemático do Direito.

Há juristas que definem o Direito como um conjunto de normas, mas é preferível defini-lo como um sistema, pois este é um conjunto articulado de objetos, dispostos de uma determinada forma e com uma certa unidade entre si. O Direito é um sistema normativo. Porquê?

1. O conjunto de regras/normas que o compõem encontra-se articulado em termos de coerência em torno de uma ideia central (ideia de Direito). No Estado Democrático, a ideia de Direito baseia-se em os governantes serem escolhidos e substituídos em virtude de eleições livres, que exprimem a soberania popular, e no princípio de que o Poder tem de respeitar os direitos fundamentais dos cidadãos, bem como promover o seu bem-estar económico, social e cultural.
2. As suas regras objetivas têm de ser interpretadas de acordo com certos critérios lógicos e técnicos, em harmonia com a sua função num dado conjunto, e não apenas segundo o mero teor literal de cada uma das disposições normativas aplicáveis, desinseridas do todo a que pertencem.
3. Na circunstância de casos omissos, de que a legislação não trata, estes têm de ser resolvidos em harmonia com determinados métodos integradores, que em última análise se reconduzem à descoberta e aplicação do “espírito do sistema”, isto é, do todo integrado que o ordenamento jurídico constitui (Art. 10º/3 CC).
4. O conjunto das normas que compõem o Direito está organizado, enquadrado e enformado por **princípios gerais** que condicionam o legislador e orientam os órgãos de aplicação do Direito.
5. Em cada comunidade humana vigora o **princípio da unidade da ordem jurídica**, que fundamenta soluções, forma categorias, reforça conexões, e permite eliminar, por diversos meios (hierarquia das fontes, revogação e derrogação das normas, regras sobre concurso e conflito de normas, interpretação ab-rogante) as contradições que logicamente se possam detetar e que têm de ser harmonizadas.

6. Mesmo ao nível da sua aplicação aos milhares de casos concretos suscitados na vida real, o ordenamento jurídico preocupa-se em assegurar, tanto quanto possível, “uma interpretação e aplicação uniformes do Direito” (Art. 8º/3 CC), estando previstos diversos modos de garantir a **uniformização da jurisprudência** (decisões judiciais com força obrigatória geral, assentos, acórdãos uniformizadores de jurisprudência, recurso por oposição de julgados).

7. No Direito vigora o **princípio da plenitude da ordem jurídica**, que garante a existência de uma norma jurídica capaz de solver toda e qualquer questão que deva ser regulada pelo Direito (Art. 10º CC) e por outro, o direito de acesso à justiça e o direito a uma tutela jurisdicional efetiva (Art. 20º CRP). A ordem jurídica, isto é, o direito objetivo, caracteriza-se pela sua plenitude, pelo que tem sempre uma solução adequada para oferecer ao cidadão que reclama justiça, mesmo que não haja lei expressa diretamente aplicável ao caso, ou que a lei aplicável seja obscura, ou que o tribunal tenha uma dúvida insolúvel sobre os factos em disputa. Para todas estas hipóteses, o Direito está apto a fornecer uma solução adequada, justa e proferida em tempo oportuno (Art. 20º/5 CRP), o que não aconteceria se este não fosse um **sistema coerente, global e completo**.

6.2. Interpretação e aplicação do Direito.

A interpretação de uma lei (Art 9º CC) deve ser feita com base em 4 elementos. O primeiro **elemento** a ter em conta é o **literal/gramatical**, que corresponde à letra da lei. O elemento literal é o ponto de partida para toda a interpretação e é, por outro lado, um limite à mesma, visto que esta tem sempre que estar minimamente ligada ao texto da lei. O **elemento histórico**, propõe a averiguação das circunstâncias socioeconómicas em que a lei foi elaborada, orienta a adequação da lei ao tempo em que é aplicada e compara-a com o Direito estrangeiro, como forma de inspiração e aperfeiçoamento jurídico. O **ratio legis** é o que se segue, devendo a interpretação representar/reconstituir o pensamento legislativo, isto é, ter em conta o fim que o legislador tinha para a criação da lei. Por último, a unidade do sistema jurídico ou **elemento sistemático**, que manda a interpretação obedecer à organização pré-estabelecida para as normas (exemplo: hierarquia das leis).

O carácter dúbio do artigo 9º do Código Civil é propositado de modo a não limitar a interpretação das normas jurídicas e abranger todas as coordenadas e elementos, garantindo um equilíbrio entre as variadas perspetivas.

Ainda assim, a interpretação de uma lei pode ser:

- Conforme a Constituição: consiste em afastar os sentidos que um texto pudesse ter e que violassem a Constituição;
- Orientada pela Constituição: exigência mais forte, vai além de certos sentidos inconstitucionais; escolha, entre os textos admissíveis, os que melhor refletem os valores constitucionais; ter em conta os princípios e valores constitucionais: efeito expansivo do direito constitucional; partindo de que nenhum é contra a constituição, devemos inspirar-nos nos princípios para escolher o sentido que mais se adequa.

6.3. Norma e Princípio.

Ainda na linha da interpretação da lei, podemos dizer que esta é também orientada pela Constituição, que contém nela normas e princípios.

Estes dois conceitos distinguem-se pelo seu grau, uma vez que os princípios são mais abstratos que as normas. Ainda que umas sejam mais amplas que outras, estão sempre em causa normas.

Segundo Gomes Canotilho, normas e princípios distinguem-se e nascem segundo o CrITÉrio da Fundamentalidade, que expressa que todas as normas se fundamentam em princípios. Os princípios apresentam natureza estruturante, são mais próximos da justiça e hierarquicamente superiores. A escolha destes é feita por otimização, atendendo a certos aspetos. Já as normas, são claras e unicamente aplicáveis.

6.4. Princípios basilares da ordem jurídica.

Como já é nosso conhecido, entre os vários princípios estruturantes da ordem jurídica portuguesa encontramos ideias como a de soberania, dignidade humana, igualdade, liberdade, democracia, e Estado de Direito.

Vamos abordar diretamente apenas dois deles, mas que se interligam com os restantes. Nomeadamente, a dignidade da pessoa humana, que entronca na forma alemã. Este é um valor ético ancorado num fundamento moral inviolável e que se impõe à ordem jurídica. Proíbe a tortura, a escravatura, a pena de morte, entre outros.

Por sua vez, o Estado de Direito assenta no princípio da liberdade (negativa e positiva), tem como máximas diversos princípios.

- A limitação efetiva dos poderes, refletindo um Estado não absolutista;
- A garantia da liberdade individual (material e formal);
- O princípio da legalidade;
- O princípio da separação dos poderes;
- A garantia de acesso ao Direito e aos tribunais (Art. 20º CRP);
- A garantia de proteção dos direitos fundamentais de todos;
- E o princípio da igualdade (Art. 13º CRP).

7. Sistemas de matriz romano-germânica e de matriz anglo-americana.

7.1. Matriz romano-germânica.

Nascido na Europa no século XII, em consequência do redescobrimento do *Corpus Juris Civilis* (Direito Romano), este sistema, também chamado de Civil Law, constitui a base de diversos sistemas jurídicos importantes como o alemão, o italiano ou o francês.

1800: Código Napoleão (influyente na Europa)

1867: Código de Seabra

1900: Código Civil alemão (BGB)

1966: Código Civil português

A principal fonte de Direito é a lei. Aqui surge um importante movimento, o de codificação, que permitiu uma sistematização do Direito.

A estrutura das regras jurídicas prima pela existência de regras e normas sem ter em atenção casos concretos – conceção de Direito como conjunto de normas e princípios vigentes (visão preventiva).

7.2. Matriz anglo-americana.

Também chamado de Common Law, surgiu nos países da Commonwealth e em Inglaterra. Representa o Direito Inglês, fundado por meio das decisões dos tribunais, e não mediante atos legislativos ou executivos. Neste sistema, o Direito tem uma visão patológica e é criado e aperfeiçoado pelos juízes: uma decisão a ser tomada num caso depende das decisões adotadas para casos anteriores e afeta o Direito a ser aplicado a casos futuros. Quando não existe um precedente, os juízes possuem a autoridade para criar Direito estabelecendo-o. O conjunto de precedentes vincula todas as decisões futuras. Os ingleses acham mais provável tomar uma decisão justa ao serem pragmáticos, refletindo perante um caso concreto. A primazia da jurisprudência também reflete uma primazia do Direito Processual (como se deve agir em tribunal) sobre o Direito Substantivo (regras de conduta).

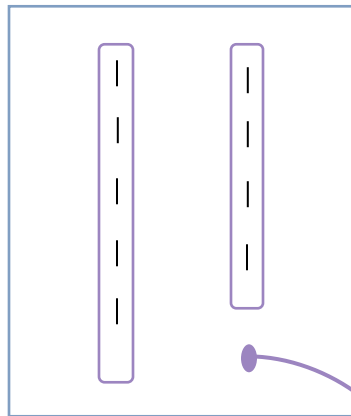
Também os sistemas de matriz anglo-americana têm as suas raízes primárias no Direito Romano, mas numa segunda fase foram influenciados pelo período anglo-saxónico (450-1066 a.C.) e pelo período normando. Aqui a fonte mais importante é a jurisprudência.

A estrutura das regras jurídicas prima pela existência de regras e normas para resolver casos concretos. Ao analisar, deve-se considerar e depois decidir. No processo de consideração, podemos distinguir, em primeiro lugar, a **obiter dicta** (palpites, observações de passagem), e em segundo lugar, a **ratio decidendi** (vinculativo – encerra normas jurídicas).

7.3. Comparação entre os dois sistemas.

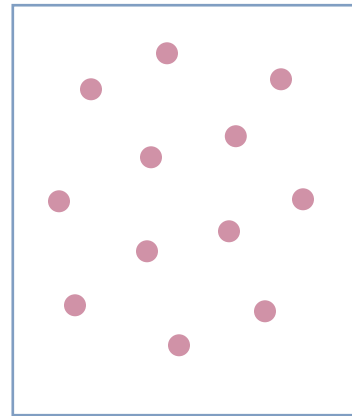
Ao contrário do valor que se dá à unidade do sistema em Portugal, em Inglaterra a lei é menos frequente. No entanto, quando esta surge, há menor tendência para reconhecer liberdade ao jurista de a interpretar.

Na matriz romano-germânica, a lei tem um papel tão importante que frequentemente o leigo a confunde com Direito. Também a importância da doutrina é elevada. Já na matriz anglo-americana, os tribunais citam outros tribunais, e não obras de Direito.



Matriz romano-germânica:
sistema lógico, organizado e
sistemático.

Lacuna: Art. 10º CC



Matriz anglo-americana: sistema
baseado na experiência, reativo,
solução posterior fundamentada
no Direito anterior – **stare decisis**
(as decisões criam precedentes
vinculativos).

A lei não responde diretamente a todos os problemas sociais carecidos de regulamentação. No entanto, não é pelo facto de não existirem lei que regulem todos os assuntos que um juiz se pode abster de julgar (Art. 8º CC – obrigação e dever de obediência à lei). Uma lacuna é uma situação jurídica que não foi prevista, carecendo de legislação a seu respeito. As aplicações analógicas são usadas para suprir lacunas. As normas excepcionais nunca podem ser aplicadas analogicamente ou a realidade a elas associada deixaria de ser excepcional. (Atenção: A aplicação analógica da Lei deve ser distinguida da aplicação extensiva. A aplicação analógica refere-se à ação de aplicar uma lei a uma situação idêntica àquela sobre a qual se legislou, tratando-se essa situação de uma lacuna.) Para rotular uma situação como lacuna, deve antes ter-se esgotado todas as outras possibilidades, incluindo a da interpretação extensiva. As lacunas têm, obrigatoriamente, que ser preenchidas porque, como dissemos anteriormente, segundo os termos do o artigo 8.º do Código Civil, o tribunal não pode deixar de julgar mesmo que não haja regime jurídico criado para aquela situação. A integração de lacunas (Art. 10º CC) pode ser, então, feita através da analogia. O Juiz deverá aplicar aos casos omissos as normas que diretamente contemplem casos análogos/semelhantes. No entanto, para confirmar que dois casos são, de facto, análogos (semelhantes) e que o caso omissos pode “receber” a legislação do outro, há que verificar a teologia da norma em causa – analogia legis. O recurso à analogia justifica-se pela necessidade de coerência: casos semelhantes devem ter uma regulação semelhante.

Mas a analogia nem sempre é solução suficiente para o problema das lacunas. Esses casos excepcionais são regulados pelo Art. 10º/3 CC – analogia iuris. Segundo este

número, na falta de caso análogo, a situação é resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria (**norma ad hoc** – para o propósito), dentro do espírito do sistema. Esta norma cria a sensação de que o julgador tem total liberdade e pode até atuar como legislador, mas tal é desacreditado pela expressão “pelo espírito do sistema” que impede que o julgador crie soluções muito inovadoras.

Processo de analogia

Consiste na aplicação de uma norma jurídica estabelecida para certo facto juridicamente relevante e semelhante ao primeiro.

Técnica da distinção (processo oposto)

Baseia-se em encontrar as diferenças. Existem milhares de decisões, por isso existem muitos precedentes vinculativos organizados (por teóricos). É utilizado para justificar uma decisão diferente, e assim distingui-la das outras (Art. 8º CC).

8. Diferentes perspetivas do estudo do Direito. Distinção entre Direito e facto.

8.1. Perspetiva interna e externa.

A perspetiva interna é caracterizada pelo dever ser. O Direito como método científico assemelha-se às outras ciências por fornecer e justificar soluções recorrendo à razão e a métodos objetivos. No entanto, distingue-se delas porque não se limita a conhecer, resolve.

No que toca à perspetiva externa, e 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) História. O Direito não é um sistema permanente, constante e imutável. A História do Direito é, então, a disciplina que estuda a evolução do Direito no tempo. Porém, não devemos acreditar que a evolução histórica do Direito constitua uma linha ininterrupta de progressos e melhorias. De facto, existem vários processos de retrocesso político, social ou cultural.

b) Sociologia. A sociologia do Direito é uma disciplina que estuda o Direito como um facto da vida real, tendo, portanto, um objetivo não normativo. Existe uma contraposição entre “ser” e “dever ser”: a sociologia estuda os fenómenos que descrevem o “ser”, e o Direito estuda as regras que impõem o “dever ser”. A importância da sociologia do Direito prende-se na necessidade de o Direito ser estudado, analisado e compreendido dentro do quadro da civilização a que pertence. De facto, o seu estudo é indispensável para que os juristas não sejam formalistas e desligados da sociedade.

c) Filosofia. A Filosofia do Direito é o campo de investigação filosófica que tem como objeto o Direito, abordando grandes temas/questões fundamentais como a teoria da justiça, da propriedade, da liberdade e da igualdade. Exemplo de uma teoria enquadrada

na Filosofia Direito é a de Hans Kelsen que defende a ciência do Direito como sendo uma ciência autónoma e neutra.

d) Análise Económica do Direito. A economia do Direito ou análise económica do Direito é uma disciplina recente que estuda certas regras jurídicas do ponto de vista económico, verificando se fazem sentido e quais as suas consequências económicas. É, portanto, uma análise do Direito levada a cabo por economistas. A economia estuda a satisfação das necessidades humanas com bens escassos, fazendo uma análise custo/benefício. Normalmente essa análise é regida por princípios utilitaristas. Segundo o utilitarismo, a utilidade ou o interesse são medidos pelo prazer ou sofrimento. Assim, haverá utilidade ou interesse em caso do aumento do somatório dos prazeres da diminuição do somatório do sofrimento.

e) Realismo Norte-Americano. Este representa a corrente doutrinária que, ao contrário das outras, surgiu em ambiente plenamente jurídico. Originária da primeira metade do século XX, defende a eliminação da ciência jurídica tradicional e a adoção da ideia de Direito como “ser” e não como “dever ser” (desprezo pela essência das normas e regras e pela perspectiva interna). Por isso, devemos focar-nos na atuação direta dos juízes. O Direito é um conjunto de decisões. Aqui, existe claramente uma distinção entre “law in the books” e “law in action”. O objetivo é estudar as decisões passadas para prever decisões futuras.

f) Critical Legal Studies. Originário nos EUA, é um movimento de ideologia política à esquerda (década de 70 do século XX – direitos civis) que defende um compromisso politicamente assumido pelo juiz na construção de uma sociedade mais justa, combatendo as desigualdades.

8.2. Distinção entre Direito e facto.

Estes dois conceitos estão intimamente ligados e é impossível desassociá-los. Os factos apenas são relevantes se tiverem matéria jurídica de aplicação do Direito. Tal como os factos, também o Direito não é puro – é a aplicação de normas a factos específicos.

É importante identificar as diferenças entre Direito e facto.

No Art. 5º CPC - Ónus de alegação das partes e poderes de cognição do tribunal:

1. Às partes cabe alegar os factos essenciais que constituem a causa de pedir e aqueles em que se baseiam as exceções invocadas. Num litígio é importante que cada parte identifique factos.

2. O juiz não está sujeito às alegações das partes no tocante à indagação, interpretação e aplicação das regras de direito. O juiz não pode ir em busca de factos, esse é o papel das partes (se estas omitirem algo relevante o problema é seu).

3. Além dos factos articulados pelas partes, são ainda considerados pelo juiz:

a) Os factos instrumentais que resultem da instrução da causa;

b) Os factos que sejam complemento ou concretização dos que as partes hajam alegado e resultem da instrução da causa, desde que sobre eles tenham tido a possibilidade de se pronunciar;

c) Os factos notórios e aqueles de que o tribunal tem conhecimento por virtude do exercício das suas funções. Se os factos são instrumentais/complementares/de domínio público, o juiz pode ir em sua busca.

Já no que diz respeito ao Direito, existe a exceção de se fazer prova, contemplada no Art. 348º CC – Direito consuetudinário, local ou estrangeiro:

1. Àquele que invocar direito consuetudinário, local, ou estrangeiro compete fazer a prova da sua existência e conteúdo; mas o tribunal deve procurar, oficiosamente, obter o respetivo conhecimento.
2. O conhecimento oficioso incumbe também ao tribunal, sempre que este tenha de decidir com base no direito consuetudinário, local, ou estrangeiro e nenhuma das partes o tenha invocado, ou a parte contrária tenha reconhecido a sua existência e conteúdo ou não haja deduzido oposição.
3. Na impossibilidade de determinar o conteúdo do direito aplicável, o tribunal recorrerá às regras do direito comum português. Ainda assim, no Direito consuetudinário, se as partes alegarem que o seu caso se refere a um costume, têm de o provar. As afirmações que envolvem juízos de Direito podem, erradamente, levar a provas de Direito, que não podem ocorrer sem ser nos 3 casos acima. Do facto, tem de se distinguir que a questão pode incluir Direito, e por isso deve haver o cuidado de identificar se o caso pode ou não ser apreciado. Daí ser essencial distinguir juízos de facto.

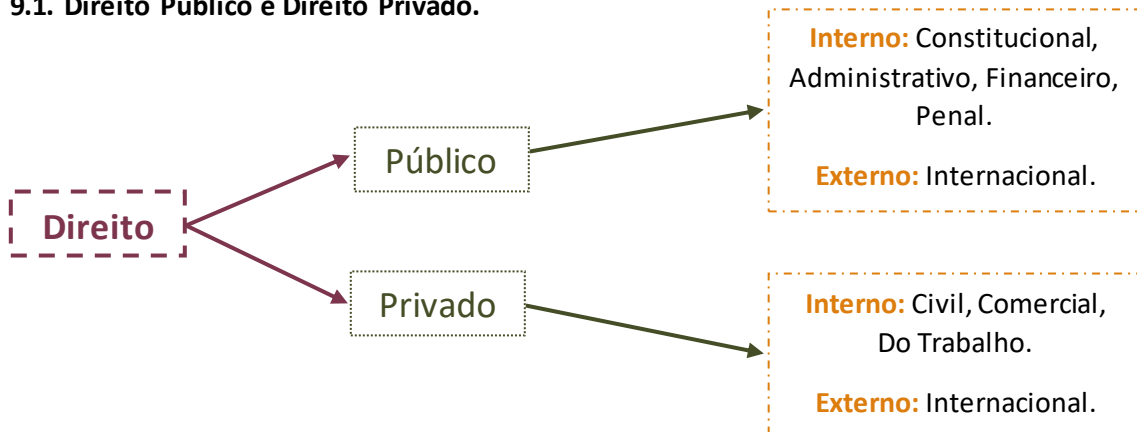
<u>Direito</u>	<u>Facto</u>
O juiz pode fundamentar a sua decisão com considerações que as partes não puseram em causa.	Não se identifica esta liberdade de lei do juiz; este não está preso ao raciocínio jurídico das partes (aos seus argumentos jurídicos).
A questão é se se trata de uma conduta correta/lícita ou incorreta/ilícita	O que interessa é a veracidade ou falsidade.
Em regra, não se faz prova (só os factos em que não há acordo é que têm de ser provados).	Têm de ser provados (em tribunal temos de alegar provas e factos).

9. Ramos do Direito.

A ordem jurídica é una. No entanto, deve nela existir uma divisão. Os ramos são as várias partes ou divisões do Direito Objetivo, em função da matéria regulada pelas normas jurídicas. Os ramos do Direito atendem à natureza ou conteúdo das relações sociais reguladas. Apesar de esta ser a noção que melhor se aplica a este conceito (ramo de direito), é importante considerarmos que a expressão “ramos do Direito” é polissémica e, pode ter dois sentidos:

1. O conjunto de normas limitadas pela natureza ou conteúdo das relações sociais reguladas;
2. Saber sobre/disciplina que estuda determinado conjunto de normas – saber jurídico/ciência.

9.1. Direito Público e Direito Privado.



Direito Público – sistema de normas jurídicas que, tendo em vista a garantia da defesa do interesse coletivo confere, para esse efeito, a um dos sujeitos da relação jurídica, poderes de autoridade sobre o outro.

Direito Privado – sistema de normas jurídicas que, visando regular a vida privada das pessoas, não confere a nenhuma delas poderes de autoridade sobre as outras, mesmo quando pretendem proteger um interesse público considerado relevante.

Existem três critérios de distinção entre os dois conceitos:

1. **Crítérios do interesse público/privado:** todas as sociedades devem satisfazer interesses públicos e privados. Este não é um critério válido.
2. **Crítério da qualidade dos sujeitos:** o público diz respeito ao coletivo e às entidades públicas, já o privado diz respeito ao particular e às entidades privadas. Este critério também não é válido.
3. **Crítério da posição dos sujeitos:** o público constitui e relaciona o Estado e outras entidades públicas. Regula a sua atividade enquanto possuidores do estatuto dos *jus imperii*. Já o privado regula interações entre pares, sejam eles públicos ou privados. Este é um critério válido.

9.2. Direito Processual e Direito Substantivo.

O Direito Processual/Adjetivo é Direito Público, regula a atividade dos tribunais e das partes (*jus imperii*). Existe para servir o Direito Substantivo (que nos diz o que fazer e como agir), com normas secundárias, aplicáveis na violação das normas primárias.

9.3. Direito Nacional, Internacional, Transnacional e Supranacional.

O Direito Nacional representa o Direito Interno e é o conjunto de normas jurídicas de cada país.

Direito Nacional = Direito Público + Direito Privado

O Direito Internacional não tem fronteiras e pode ser Público ou Privado. Na versão de Direito Público, este é verdadeiramente internacional, já em modo de Direito Privado, é apenas o Direito Nacional aplicado para regular situações internacionais.

O Direito Transnacional não representa uma ordem jurídica, antes representa entidades privadas (não são Estados) que têm uma posição especial e influência determinante na formação do Direito (incoterms e soft law). Exemplo: International Criminal Court.

O Direito Supranacional é mais pequeno do que o mundo, mas maior do que o Estado. Assim, não faz sentido perguntar se é público ou privado.

10. O Direito e os juristas. Profissões jurídicas.

A formação proporcionada pelo Direito habilita para o exercício de múltiplas funções, visto que está em contacto com tantos sectores. Existem, por isso, atividades desenvolvidas, especialmente, por juízes, magistrados do Ministério Público, advogados, notários, conservadores dos Registos Predial, Comercial e de Veículos, funcionário público, diplomata, entre outros.

Segundo Joseph Raz, podemos distinguir duas perspetivas diferentes nas modalidades de profissões jurídicas:

1. Perspetiva interna pura. Digna do jurista, que analisa as fontes, percebe as regras e princípios que vigoram, e resolve os problemas à luz da ordem jurídica.

2. Perspetiva interna diferenciada. Digna do advogado ou do professor de Direito, é definida como uma perspetiva pragmática, baseada na utilização de possíveis argumentos existentes na doutrina.

II – Fontes de Direito

1. A expressão «fontes do direito». Uma hierarquia de fontes? Pluralidade de fontes, unidade do sistema.

Os juristas utilizam a expressão metafórica “fontes de direito” para designar os processos pelos quais as normas se revelam. Além dessa expressão, teve também alguma voga, para designar os mesmos processos, a expressão “factos normativos”. Muitas vezes os autores abrangem sob tais designações não só os processos de revelação como também os de formação das normas. Quando assim é, estão a considerar não apenas os factos com base nos quais podemos apreender as normas, mas também os factos que deram origem a que as normas fossem essas e não outras. Podemos chamar ao primeiro destes sentidos “sentido formal” e ao segundo “sentido material” da expressão “fontes de direito”.

Sabendo nós que o Direito é um sistema de normas de conduta social, fácil é concluirmos que as fontes de Direito serão, em geral, as origens, os factos, as raízes de onde procedem as normas jurídicas, bem como as causas que as produzem ou as influências

que moldam o seu conteúdo, designadamente, a Lei, o Costume, a Doutrina e a Jurisprudência, enquanto fontes formais de Direito. (Professor Freitas do Amaral)

As fontes de Direito (artigo 1.º a 4.º Código Civil) podem ser mediatas (jurisprudência e doutrina), quando criam Direito indiretamente, isto é, por outro meio que não seja o legislativo, ou imediatas (Lei e costume), quando criam Direito pelo meio legislativo adequado.

Em sentido técnico-jurídico, as fontes do Direito são modos de formação e revelação de regras jurídicas. Assim, a fonte de Direito pode ser entendida como uma manifestação ou fenómeno social que tem o sentido de conter uma regra jurídica, pelo que se deve partir dos factos para atingir as regras que eles contêm. No entanto, a expressão «fontes de Direito» possui sentidos extra-jurídicos (cultural, histórico, económico-social e político) e sentidos jurídicos, nomeadamente:

- 1) **Sentido consuetudinário** – influência determinante do costume, dos usos ou das praxes nas fontes produtoras de Direito novo (legislador ordinário ou tribunais);
- 2) **Sentido legislativo externo** – influência das normas jurídicas de outro ordenamento jurídico;
- 3) **Sentido legislativo interno** – influência, no Direito nacional, de leis ou códigos anteriores que inspiram leis ou códigos novos; pode ser entendido também na influência mútua entre ramos do Direito;
- 4) **Sentido orgânico-institucional** – segundo o ordenamento jurídico português, são atos legislativos: as leis, aprovadas pela Assembleia da República; os decretos-lei, aprovados pelo Governo; e os decretos legislativos regionais, aprovados pelas Assembleias Legislativas Regionais (dos Açores e da Madeira);
- 5) **Sentido orgânico-individual** – aplica-se na medida em que se conhece a autoria de uma determinada lei, código, reforma, pacto ou tratado (no plano internacional);
- 6) **Sentido autoral** – aplica-se na medida em que os autores dos projetos são verdadeiras fontes do Direito, pela decisiva influência pessoal que conseguem imprimir aos textos normativos;
- 7) **Sentido doutrinal** – influência da doutrina jurídica, composta pelos escritores teóricos e teórico-práticos dos docentes, investigadores e especialistas do Direito («jurisconsultos»);
- 8) **Sentido jurisprudencial** – influência exercida pela Jurisprudência, como conjunto de orientações uniformes que se desprendem das sentenças dos tribunais;
- 9) **Sentido jurídico textual** – o Direito é composto por normas jurídicas, ainda que estas não constituam uma fonte de Direito, mas sim os factos que as originam, as instituições que as aprovam ou os fatores que as influenciam; por conseguinte, são fontes de Direito, os diplomas ou textos que contêm no seu âmbito normas jurídicas, como tratados internacionais, constituições ou códigos;

10) **Sentido jurídico-formal** – neste sentido, a fonte de Direito surge como modo de produção ou revelação de normas jurídicas, de acordo com os factos normativos que permitem distinguir duas modalidades de fontes em sentido jurídico-formal:

- Fontes produtoras – factos normativos que estabelecem Direito novo, isto é, que criam, modificam ou extinguem normas jurídicas, factos estes de natureza constitutiva (fontes de existência do Direito);
- Fontes reveladoras – factos normativos que dão a conhecer Direito pré-existente aos membros da comunidade, constituindo, por isso, uma fonte de natureza meramente declarativa, pois apenas complementam as fontes produtoras, que são inovadoras (fontes de conhecimento do Direito).

Existem duas notórias perspetivas no que toca ao reconhecimento das fontes de Direito:

1. Perspetiva Tradicional: a teoria geral das fontes de Direito assenta na teoria geral das fontes de conhecimento. Obtém-se uma resposta no poder legislativo do Estado (Art. 1º CC) – soberania do Estado. Só a lei é fonte, ou outras que a lei reconheça. Apenas esta tem legitimidade democrática.

2. Perspetiva Politico-Constitucional: contraria que apenas a lei tem importância como fonte de Direito. Ainda assim, não retira a relevância dada à soberania do Estado na função legislativa, pois esta impõe limites em todos os domínios (exemplo: Constituição).

Assim, o problema não está no ato de o Estado nos dizer as leis, mas sim na vigência do Direito – costume e jurisprudência. O facto de não haver uma lei que o afirme não significa que estas não se expressem como fontes – o Direito não é exclusivo do poder político.

Por exemplo, o costume não deixa de estar limitado pelos poderes do Estado. No entanto, a lei não se pode sobrepor a ele, porque, apesar disto, a Constituição não se pronuncia sobre as fontes de Direito.

Em Portugal, o Direito Interno estabelece que a Constituição valida todos os atos (Art. 2º e Art. 3º CRP). Esta encontra-se num patamar superior, representa a primazia das fontes e é o fundamento de todo o ordenamento jurídico português.

Pluralidade de fontes → Unicidade do Direito

2. A lei. Noção. Fundamentos do valor da lei como fonte. A Constituição como lei fundamental (norma normarum). A hierarquia das leis. A publicação da lei e o problema geral da ignorância da lei, ou do direito. O movimento de codificação.

2.1. A lei. Noção. Fundamentos do valor da lei como fonte.

A Lei é a fonte de Direito mais importante nos sistemas de Civil Law. Civil Law é a estrutura jurídica oficialmente adotada em Portugal, segundo a qual a principal fonte de Direito é a Lei.

A lei consiste num texto ou fórmula significativo de uma ou mais regras jurídicas, emanado, com observância das formas eventualmente estabelecidas, da autoridade competente para pautar critérios normativos de soluções de casos concretos. O conceito de lei pressupõe ainda (segundo Oliveira Ascensão):

- uma autoridade competente para estabelecer critérios normativos de solução de casos concretos;
- a observância das formas eventualmente estabelecidas, da autoridade competente para essa atividade;
- um conteúdo, ou seja, uma regra jurídica com sentido de alterar a ordem jurídica pela introdução de um preceito genérico.

A lei não prevalece sobre as outras leis. No entanto, o costume contra-legal (perspetiva pluralista de fontes) pode afastar a lei, e vice-versa. Não há hierarquia definida. Dentro da mesma fonte pode haver hierarquia, sim, mas não entre fontes (exemplo: hierarquia das normas). A pluralidade de fontes não nos impede de considerar um sistema unitário!

A propósito, hierarquia das normas:

1. Normas constitucionais
2. Leis de valor reforçado
3. Leis autorizadas
4. Leis e decretos-lei
5. Decretos Legislativos regionais
6. Decretos regulamentares

A palavra “lei” tem vários sentidos diferentes.

1. Sentido amplíssimo. Aqui, “lei” = ordem jurídica. Representa uma ideia de Direito objetivo (exemplo: no Direito Privado, quando as partes escolhem a ordem jurídica que está aplicável, fala-se em escolher da lei).

2. Sentido amplo. Aqui, “lei” = fonte intencional de Direito. Representa um modo de produção e contrapõe-se à jurisprudência e ao costume.

3. Sentido restrito. Distinção entre “lei” e “decreto-lei”. É a lei como na Assembleia da República. Há ainda outros sentidos de “lei”, como a lei da AR e o DL, mas não outros atos legislativos menores, como portaria, que tem sentido intermédio.

De acordo com nº1 do Art. 112º CRP “são atos legislativos as leis, os decretos leis e os decretos legislativos regionais”. Consequentemente, são órgãos legislativos, a AR, que faz as leis (Art. 161º CRP), o Governo, que elabora os decretos leis (Art. 198ºCRP) e as

Assembleias Legislativas Regionais, que aprovam os decretos legislativos regionais (Art. 227º a 232º CRP).

Temos assim três tipos de leis:

(a) parlamentares, que tratam das matérias de “reserva absoluta da assembleia da república;

(b) governamentais (decretos leis), só podem tratar matérias que não são reservadas em absoluto à AR, ou tratam matérias de reserva relativa à AR, mediante autorização desta;

(c) regionais, não podem ocupar-se de matérias reservadas à competência própria dos órgãos de soberania (leis de interesse nacional). Podem tratar de matérias de interesse específico para a respetiva região, e desenvolver em função do interesse específico das regiões, certas “leis de bases”, cuja regulamentação é permitida aos órgãos de governo próprios das regiões autónomas.

As leis podem sê-lo ainda em sentido formal e/ou em sentido material:

a) **Lei formal** é aquela que reveste a forma externa de uma lei, seja qual for o seu conteúdo e que se destina, por excelência, ao exercício da função legislativa do Estado, emanada de um órgão legislativo (leis da AR).

b) **Lei material** é aquela que possui um conteúdo normativo (contém uma ou mais normas gerais e abstratas), seja qual for a sua forma externa (leis, decretos-leis, decretos legislativos regionais).

Exemplos:

- Lei em sentido simultaneamente formal e material * – lei da AR sobre a indemnização devida às vítimas de crimes violentos;
- Lei em sentido estritamente formal – promoção de um militar por feitos gloriosos em combate;
- Lei em sentido estritamente material – decretos-leis ou decretos legislativos regionais que aprovem regimes jurídicos constituídos por normas gerais e abstratas;
- Lei sem sentido material e formal – decreto-lei que concede uma alta condecoração nacional a um cidadão estrangeiro, por serviços relevantes prestados a Portugal.

Normalmente, a Constituição refere-se à lei em sentido formal, mas o Código Civil refere-se à lei em sentido material.

2.2. A Constituição como lei fundamental (norma normarum).

Em Portugal, a Constituição é o fundamento de todo o Direito estadual. Todos os atos que emanam do Estado devem ser aferidos em relação à lei constitucional. Todas as restantes leis (leis parlamentares) funcionam como uma fonte intencional de Direito por

excelência. Expressam a vontade dos cidadãos, de modo que a AR seja o órgão dotado de maior legitimidade democrática.

2.3. A hierarquia das leis.

Para Castanheira Neves, cabem à lei quatro funções:

1. **Função reformadora** – definição jurídica do programa social. Só a lei a pode desempenhar cabalmente, pois apenas esta consegue, de forma organizada e sistemática, impor alterações estruturais rapidamente (exemplo: reforma).

2. **Função organizatória** – capacidade institucionalizadora. A lei tem o poder de criar instituições dotadas de órgãos e competências.

3. **Função de integração** – imposição de soluções jurídicas gerais e abstratas. Só a lei permite implementar soluções de questões precedentes (por oposição ao costume e à jurisprudência).

4. **Função de garantia** – objetividade e certeza. Assegurada pela lei, esta promove a certeza nos destinatários (garantia do princípio de legalidade).

Leis reforçadas ou de valor reforçado (diferentes das leis ordinárias, que são emanadas dos órgãos de soberania nacional ou dos órgãos de governo próprio das regiões autónomas com competências legislativas atribuídas pela Constituição – Art. 112º CRP):

a) são leis orgânicas (necessita de um ponto de vista constitucional para regular os aspetos da vida social), que estabelecem o funcionamento;

b) leis que exigem maioria de 2/3;

c) lei ordinária não pode contrariar lei reforçada.

* Leis em sentido simultaneamente formal e material:

- Leis constitucionais (Art. 169º/1 CRP)
- Leis reforçadas
- Leis formais ordinárias
- Decretos-lei (Conselho de Ministros)



Primazia da Lei Parlamentar – espelhada nos Art. 164º, 165º e 198º CRP, representa a reserva absoluta e relativa da competência legislativa da AR e a competência legislativa do Governo.

Regulamento – aprovado por órgão de poder executivo. Tem como função conferir exequibilidade à lei, desenvolver e especificar aspetos que tenham ficado em aberto.

a) **Regulamentos de execução:** necessários à boa execução da lei (sem ele, a lei não pode ser aplicada).

b) **Regulamentos complementares:** conveniência, referidos genericamente a uma lei cujos fins e sistema normativo vão desenvolver.

c) **Regulamentos independentes:** em que a lei indica a entidade que poderá/deverá emitir o regulamento e a matéria.

d) **Regulamentos autónomos:** sem relação ativa ou passiva com a lei, retiram o seu fundamento da Constituição. Estes são inconstitucionais, pois deve sempre obedecer-se à ordem Constituição, Lei, Regulamento.

Os regulamentos são uma forma subordinada de legislar. A função legislativa apenas pertence à AR e ao governo, e por isso estes têm de ser fundamentados, não só na Constituição, mas também na lei em geral. Por isto mesmo, os regulamentos autónomos são inconstitucionais.

Por exemplo, os artigos relativos às taxas de juro são fixados por portaria. As portarias representam o grau mínimo de autonomia de regular. Muito acima estão os regulamentos, por exemplo, da CMVM, entre outros, cujas autoridades têm maior autonomia.

2.4. A publicação da lei e o problema geral da ignorância da lei, ou do direito.

Na elaboração de diplomas, existe uma sucessão que é seguida.

1. Proposta na AR (Art. 167º CRP – proveniente do Governo)
2. Discussão e votação (Art. 168º CRP – votação na generalidade e na especialidade)
3. Aprovação, promulgação e veto (Art. 136º e 137º 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)
4. Referenda Ministerial (Art. 140º CRP - a falta da referenda implica a inexistência do ato normativo; Publicação da lei no Diário da República)
5. Publicação (Art. 20º CRP)
6. **Vacatio legis** (Artigo 5º do CC e Lei nº 74/98 – regra supletiva)
7. Vigência e entrada em vigor

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.

E se...?

- Ato legislativo inválido: quando o seu conteúdo é inconstitucional (inconstitucionalidade orgânica – órgão que legisla, formal – processo legislativo ou material - conteúdo).
- Ato legislativo ilegal: equivalente a inconstitucional, acontece quando a lei não obedece a uma lei hierarquicamente superior.

E quando existe cessação/termo da vigência de uma lei (Art. 7º CC)?

- **Revogação**:
 1. Total (ab-rogação) ou parcial (derrogação).
 2. Expressa/por declaração ou tácita/por incompatibilidade.

- **Caducidade**: Razão interna, a própria lei encerra o seu período.

- **Costume contra-legem**: O costume afasta a lei (Art. 7º CC).

- **Repristinação**: Reentrada em vigor de uma lei que já cessou. Ocorre quando uma lei é revogada por outra e, posteriormente, a própria norma revogadora é revogada por uma terceira lei, que irá fazer com que a primeira tenha a sua vigência reestabelecida, caso assim determine o seu texto legal.

Costume:

1. Contra-legem: contrariedade
2. Praeter legem: para além da lei
3. Secundum legem: idêntico à lei

A Ignorância da lei (no sentido amplo do termo lei) é contemplada no Art. 6º CC: Ignorância ou má interpretação da lei. “A ignorância ou má interpretação da lei não justifica a falta do seu cumprimento nem isenta as pessoas das sanções nela estabelecidas.”

Assim, obriga a distinguir o domínio das relações entre particulares e entre o Estado e os cidadãos:

- Entre particulares: a ignorância da lei não é critério;
- Entre Estado e cidadãos: devemos ter em conta o Art. 20º CRP, que atribui ao Estado responsabilidade pelo conhecimento e acesso ao Direito dos cidadãos (é o Estado que deva dar instrumentos para ser fácil ao cidadão saber a lei. Se o Estado não é capaz de transmitir conhecimento jurídico não pode ser aplicado o Art. 6º CRP).

2.4. O movimento de codificação.

Nos países de matriz romano-germânica, a lei é a única forma de expor de maneira sistemática as regras e os princípios. Isto conduz-nos ao movimento de codificação, que consolida e confere ao sistema uma função pedagógica.

Este movimento é originário do século VI, com a criação do Corpus Juris Civilis, uma compilação feita no Direito Romano tardio. Foi muito influente no ocidente, na Europa

continental. Em Portugal, os mais antigos Códigos Constitucionais surgiram em 1883 (Código Comercial Ferreira Borges) e em 1888 (Código Comercial Veiga Beirão – BGB).

O movimento de codificação formaliza leis ordinárias (em códigos, que são o produto do esforço de organização sintética, científica e sistemática das leis por disciplina) e leis avulsas.

Este processo apresenta vantagens e desvantagens. Do lado das vantagens, temos que este facilita a consulta e o conhecimento das leis. Já do lado das desvantagens, podemos dizer que é um processo muito moroso, que geralmente leva a que à data da publicação do código, este já esteja desatualizado. Apresenta também uma excessiva rigidez: o Direito permanece inflexível durante muito tempo, estagna, o que leva a um efeito cristizador das soluções.

3. O costume. Noção. A experiência consuetudinária. Costume e usos. Fundamentos do valor do costume como fonte. As relações entre costume e lei.

3.1. O costume. Noção. A experiência consuetudinária. Costumes e usos.

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. Assim, o costume é a fonte privilegiada do Direito, enquanto exprime diretamente a ordem da sociedade, sem necessitar de mediação, pois não existe qualquer tensão entre o ser e o dever ser.

Assim sendo, os elementos essenciais do costume são:

a) o **corpus** – prática habitualmente seguida, elemento material/externo;

b) o **animus** – é a convicção, por parte de quem conhece e adota um costume, de que essa prática habitualmente seguida é imposta ou permitida pelo Direito (obrigatoriedade ou licitude);

Ainda assim, é necessário frisar que o costume se distingue dos meros usos, ou usos sociais (Art. 3º CC), na medida em que nestes falta o elemento animus – a convicção da obrigatoriedade ou licitude de uma certa prática habitual.

Costume ⇔ Direito consuetudinário

Direito consuetudinário: quando o Direito tem a sua base constitutiva na tradição (costume, prática normativamente consuetudinária).

Podemos caracterizar o costume jurídico como sendo adotado pela generalidade, uniforme, contínuo e permanente, frequente e público. Este é:

- Um comportamento socialmente estabilizado em termos de conduta e em termos decisórios (exprime-se um vínculo normativo jurídico);
- Um padrão de uma validade comunitária direta e autonomamente assumida no comportamento das pessoas;

- Não pode ser um simples facto, pois é um modo originário da construção do direito e o direito deriva do facto;
- Só pode ser reconhecido como direito através de uma «distanciação normativa» relativamente à realidade social (assumindo um valor, um princípio regulativo, um padrão normativo);
- O mero costume não atinge a juridicidade, bem como um comportamento normalizado também não: é-o se se manifestar numa norma;
- Tem a sua base numa ação ou decisão que, no contexto comunitário, assume-se como a ação correta ou a decisão justa, assim tornando-se na ação paradigmática ou na decisão modelo de casos posteriores do mesmo tipo.

3.2. Fundamentos do valor do costume como fonte.

O costume é autónomo e independente da lei (não lhe confere força): exprime a sua natureza imediata enquanto fonte. É a única fonte de Direito em que não há intermediação, e por isso é vantajosa: manifesta a vontade das pessoas - o Direito emana dos destinatários.

3.3. As relações entre costume e lei.

Como já referi anteriormente, existe outra distinção habitual na doutrina quanto às relações entre o costume e a lei:

a) *Costumes secundum legem* (segundo a lei) – são os que se traduzem em práticas conformes ao disposto na lei; são considerados inofensivos, mas de alguma utilidade interpretativa, na medida em que as duas fontes se interpretam uma pela outra;

b) *Costumes praeter legem* (para além da lei) – são os que originam normas que dispõem sobre matéria não regulada por lei, servindo em regra como método de integração das lacunas na lei, uma vez que o costume vai além da lei, tratando de matéria que esta não regula – relação de complemento;

c) *Costumes contra legem* (contra a lei) – são os que traduzem práticas consuetudinárias opostas ao estabelecido na lei; normalmente, levantam problemas jurídicos delicados, pela circunstância objetiva de que a lei não conseguiu influir na ordem social, o que se traduz por um verdadeiro costume que se opõe àquela regra.

4. A jurisprudência. Noção. Modalidades. A tutela jurisdicional e o seu produto: a decisão judicial. Componentes de uma decisão judicial. O princípio do stare decisis nos sistemas de matriz anglo-americana: precedente vinculativo. A tese negativa da jurisprudência enquanto fonte. A tese de que só a jurisprudência é verdadeira fonte de direito. Raciocínio analógico vs. a jurisprudência genérica, produtora de normas gerais e abstratas. O princípio da separação de poderes: os assentos e a sua proibição. O dever do julgador de tomar em consideração os casos análogos. Os acórdãos uniformizadores de jurisprudência: precedente meramente persuasivo? O problema do costume jurisprudencial. O valor da jurisprudência comum.

4.1. A jurisprudência. Noção. Modalidades.

Num sentido atual, a jurisprudência está relacionada com as atividades dos Tribunais e respetivos juízes, pelo que muitas leis remetem a decisão de questões jurídicas delicadas para o prudente arbítrio do juiz, sendo que a prudência constitui um elemento essencial da atividade judicial e, em geral, da atividade jurídica. Por outro lado, pode ser entendida também como o conjunto das decisões dos tribunais. Assim, a Jurisprudência pode ser definida como fonte de Direito, quando entendida 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 integração de uma dada norma jurídica.

O juiz baseia-se num critério normativo; as decisões podem influenciar, ainda que ligeiramente, a produção e resolução do Direito. Discutir se a jurisprudência é fonte de Direito é questionar se as decisões dos tribunais constituem precedentes a casos futuros. Dizemos que uma decisão é um precedente quando esta é apenas a resposta dada pelo tribunal (no caso anterior) no quadro da fundamentação.

Em Portugal, os juízes não são obrigados, mas sentem-se fortemente influenciados a seguir as mesmas decisões que os tribunais superiores. Aqui, existe o dever de os juízes considerarem casos análogos, mas se não o fizerem não cometem qualquer infração (Art. 8º CC).

Sistemas de precedente vinculativo: existe o dever jurídico de proceder da mesma maneira. Os tribunais inferiores estão vinculados pelas decisões dos tribunais superiores – ideia de previsibilidade e igualdade. Do precedente vinculativo surge a distinção entre 2 conceitos: ratio decidendi e obiter dicta.

Sistemas de precedente persuasivo: não apresentam força obrigatória geral.

4.2. A tutela jurisdicional e o seu produto: a decisão judicial. Componentes de uma decisão judicial.

O sistema de precedente:

a) **Definição** – Princípio de administração da justiça da família anglo-saxónica, segundo o qual os juízes devem sentenciar os respetivos casos, de acordo com casos julgados anteriormente (precedentes);

b) **Common-law** – esta expressão tem dois sentidos: sendo o primeiro referente ao ramo do Direito inglês, enquanto fonte do Direito e, simultaneamente, à equity, como outro ramo jurisprudencial; e o segundo, relativamente à família de Direitos e a sua importância jurisdicional pela aplicação da regra do precedente;

c) **Case-law (equivalente a jurisprudência e diferente de statutory law)** – consiste no conjunto de regras de prossecução da aplicação da jurisprudência, enquanto principal fonte de Direito, com efeito coercivo, ou seja, os juízes são obrigados a julgar da mesma maneira que tenham sido julgados casos anteriores (com alguma exceção, mediante as diferenças dos factos dos casos em questão); contudo, saliente-se ainda que nem tudo o que é proferido pelos juízes constitui precedente (podendo, por isso, ter um carácter

persuasivo ou um carácter vinculativo ou obrigatório; no entanto, é possível ainda que o Parlamento (no caso inglês), crie legislação de forma que a jurisprudência não seja aplicada num determinado caso;

d) **Hierarquia dos tribunais (exemplo inglês)** – segundo o sistema de precedente, qualquer norma emanada por um tribunal superior deverá ser aplicada em todos os tribunais hierarquicamente inferiores; sendo assim, existem: o High Court, os Divisional Courts (integram os High Courts), os County Courts, o Court of Appeal (Civil Division) e, finalmente, os civil courts, que julgam casos de primeira instância;

d) **Ratio Decidendi e Obiter Dictum:**

- **Ratio Decidendi** – significa razão para a decisão, sendo a norma jurídica derivada e em que consistem as decisões legais tomadas durante um julgamento, da qual a sentença proferida dependerá. São os argumentos principais que integram a fundamentação da decisão do juiz;
- **Obiter Dictum** (statements by the way) – todas as decisões tomadas que não formam regras de procedimento dos tribunais, mas sim regras aplicadas a um caso particular, pelo que não constituem regras de precedente. É um comentário lateral que tece considerações sobre outras circunstâncias.

e) **Stare decisis (et quia non movere)** – princípio legal, sendo o qual os juízes estão obrigados a julgar segundo casos precedentes; este princípio salvaguarda a igualdade da lei perante os cidadãos e, por isso, a sua previsibilidade.

4.3. A tese negativa da jurisprudência enquanto fonte. A tese de que só a jurisprudência é verdadeira fonte de direito.

Existem duas teses de relevância da jurisprudência: a tese negativa tradicional e a tese da jurisprudência como única fonte.

1. Tese negativa tradicional. Tendencialmente positivista e radical. O juiz deve apenas seguir a lei (juiz autómato). Aqui, não há atividade criadora. Esta tese diz que o Direito é a lei e o juiz deve apenas aplicá-la. No entanto, até nos países de matriz romano-germânica a jurisprudência é relevante. Hoje, há quem defenda uma tese renovada que diz que dar relevância à jurisprudência é afastar a ideia de separação de poderes presente na CRP. Esta teoria é fácil de afastar: as decisões dos juízes não criam lei – poder legislativo – mas sim Direito.

2. Tese de jurisprudência como única fonte de Direito. Tendencialmente realista, esta tese defende que só as decisões dos tribunais conseguem contribuir para a criação de lei. Tudo o resto é vago e só se torna real com a aplicação direta dos tribunais.

4.4. Raciocínio analógico vs. a jurisprudência genérica, produtora de normas gerais e abstratas. O princípio da separação de poderes: os assentos e a sua proibição. O dever do julgador de tomar em consideração os casos análogos. Os acórdãos uniformizadores de jurisprudência: precedente meramente persuasivo?

A necessidade de atingir maior segurança nas decisões e evitar desperdício de atividade jurisprudencial perante casos semelhantes muitas vezes repetidos, levou à adoção de providências destinadas a provocar a uniformização. Estes processos permitirão chegar a modos uniformes de decidir e evitar oscilações de que todos sofrem, quer os particulares, quer os órgãos judiciais, habitualmente assoberbados com excesso de trabalho.

4.5. Os acórdãos uniformizadores de jurisprudência: precedente meramente persuasivo?

Em Portugal o sistema do precedente judicial vinculativo não existe, todavia, reconhece-se a necessidade de conhecimento das decisões dos tribunais (ideia de precedente meramente persuasivo). De facto, para contribuir para um Direito certo, seguro e previsível, surgiu a necessidade de criar mecanismos legais para uniformização da jurisprudência e do tratamento dos cidadãos. A primeira tentativa para a criação desses mecanismos ficou conhecida como **assentos**. Estes eram decisões dos tribunais, de força obrigatória geral para todos os cidadãos, como leis. No entanto, foram considerados inconstitucionais em 1993, uma vez que esta competência dos tribunais para fixar doutrina com força obrigatória geral viola um princípio constitucional. Violavam a ideia de separação de poderes.

A nova solução encontrada apresenta-se como Acórdãos de Uniformização de Jurisprudência. **Acórdão de Uniformização de Jurisprudência** – sentença coletiva de juízes criada quando há uma divergência na lei. Funciona em processo penal, em decisões contrárias à jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, em atualização de jurisprudência já fixada para unidade do Direito e em processo contencioso administrativo. Apesar de não ter um carácter obrigatório/vinculativo, quem se divergir do definido pelo acórdão, tem de se justificar.

Como nem todas as normas são unânimes no que diz respeito à sua interpretação, a Lei existente é, por vezes, analisada, sendo que dessa análise resultam estes acórdãos – daí este poder ser considerada fonte de Direito e mediata.

Nota: ver artigo 686.º, Código de Processo Civil. Para haver uniformização da jurisprudência, o presidente do Supremo Tribunal de Justiça determina que todos os conselheiros das secções cíveis devem intervir no julgamento do recurso (até à prolação do acórdão).

A jurisprudência poderia ser considerada fonte de Direito se produzisse normas gerais e abstratas como a lei. Por isso, apenas a parte geral e abstrata dos assentos é considerada, desprezando os factos do caso concreto. Ao lado dos acórdãos temos a jurisprudência regular – não só estes valem como possível fonte.

O Tribunal Constitucional reconhece que a jurisprudência cria realmente Direito, e por isso considera o papel inovador e progressivo das decisões dos tribunais ao longo do tempo. Por exemplo, a tendência atual das decisões não pode valer para casos acontecidos anteriormente.

Por tudo isto, a jurisprudência é fonte na medida em que entre a lei e a decisão, existe um espaço de interpretação onde esta pode valer. A jurisprudência tem força suficiente para, por vezes, levar à alteração da lei para que esta se ajuste a situações já criadas. No entanto, esta tem de se subordinar à lei – não podemos dizer que esta é fonte autónoma.

4.6. O problema do costume jurisprudencial. O valor da jurisprudência comum.

Sendo que a repetição de julgados pode levar à formação de um costume jurisprudencial, é legítimo afirmar que este se funda num uso, tal como o costume, mas oferece a especialidade de esse uso ou prática constante não ser a dos interessados diretos, mas a de entidades cuja excecional qualificação assenta justamente em estarem colocadas acima dos interessados. Saliente-se ainda o facto de que o uso não é necessariamente universal, pelo que pode ser gerado só dentro de certo círculo social, local ou pessoalmente delimitado. Conclui-se, por isso, que se desenvolveu um uso, no meio judiciário, que é o suporte idóneo de um costume. No entanto, esta limitação já não se verifica na convicção de obrigatoriedade, como segundo elemento do costume. Assim, é importante frisar que o costume jurisprudencial não se identifica com a jurisprudência constante, ao confrontar os dois elementos do costume, na medida em que:

a) **no uso** – só há costume jurisprudencial quando houver um número significativo de casos em que o tribunal tenha decidido naquele sentido, e uma persistência já considerável naquela orientação;

b) **na convicção de obrigatoriedade** – para haver costume exige-se a convicção, no julgador e nos interessados diretos, de que é assim que se deve decidir, enquanto que para se falar de jurisprudência constante basta uma mera observação do facto da repetição.

5. Outras possíveis fontes do direito: a doutrina, atos administrativos, instrumentos corporativos, convenções coletivas de trabalho, o negócio jurídico, as regulações do dono e outros atos de autonomia privada, instruções internas. As consolidações privadas e outros instrumentos de soft law.

- **Doutrina:** enquanto fonte do Direito, pode ser definida como o conjunto das noções, teorias e opiniões, formuladas por escrito pelos teóricos da Ciência de Direito («jurisperitos»), que dão a conhecer aos juristas práticos, aos estudantes e aos cidadãos comuns o conteúdo e significado de um certo ordenamento jurídico, e influenciam os Poderes legislativo e judicial no exercício das respetivas funções.
- **Normas corporativas:** estabelecem os estatutos, organização e disciplina interna das entidades de base associativa supra ou intraestaduais.
- **Juris essendi:** guerra e revolução.
 1. Guerra - a guerra, ou melhor, a guerra vitoriosa, é uma importante fonte de Direito, que aliás tem carácter repentino e global - não muda apenas uma ou

outra lei, antes substitui a velha ordem jurídica por uma nova ordem destinada a consolidar-se;

2. Revolução - a revolução é, pois, também, um facto normativo de carácter repentino e global – não há apenas mudança desta ou daquela norma, mas uma mutação total do ordenamento jurídico.

- **Tratados e acordos internacionais.**
- **Atos normativos da UE:** regulamentos e decisões (atos normativos obrigatórios), diretivas (vinculam em parte nos países destinatários, mas pressupõem que estes, por ato normativo interno, façam a respetiva integração e transposição para a ordem jurídica nacional), recomendações e pareceres (não são vinculativos e, como tal, não produzem Direito em sentido restrito, constituindo, então, soft-law).

Em termos de coordenação entre fontes de Direito, podemos dizer que as várias fontes de Direito não se excluem mutuamente. O costume pode secundar a lei (quer por a ter antecedido, quer por se ter gerado impulsionado por ela), tornando assim a sua aplicação mais fácil. As decisões dos tribunais, confirmando, esclarecendo, corrigindo ou contrariando o sentido primário dos textos legais, podem passar a ser vistas como revelando as verdadeiras normas.

III – Introdução à Metodologia Jurídica.

1. O papel do método jurídico na resolução fundamentada de problemas da vida. A distinção entre metodologia, dogmática e teoria, e os seus limites. A posição do juiz perante os casos como referência. Contraposição com a posição do advogado. A localização histórica dos problemas de metodologia jurídica.

Segundo Menezes Cordeiro, a metodologia jurídica:

- Visa dar instrumentos para resolver efetivamente os problemas da vida, de forma científica, e não aleatória.
- O que faz é adquirir e aperfeiçoar os instrumentos para identificar e criar soluções diretas para problemas práticos.

Podemos então distinguir alguns conceitos. A metodologia é tida como uma forma de aperfeiçoar a resolução de casos. Por outro lado, a dogmática relaciona-se com normas que permitem diretamente resolver os problemas e visa distinguir disciplinas que resolvem os casos (dogmática) e as que analisam o método para os resolver (metodologia).

Na interpretação do Direito, o esforço e a margem de manobra enquanto intérpretes não é a mesma em todas as áreas. Podemos desde já fazer uma distinção entre interpretação em sentido estrito e desenvolvimento da lei: casos que, pela sua dificuldade, exigem mais esforço de transitar do geral e abstrato para o geral e concreto. O intérprete tem sempre um papel criador. Por isso mesmo, quando deparado com lacunas da lei, deve agir dessa forma:

- Casos em que a lei não dá claramente resposta para problemas;
- Vai além da mera interpretação;
- Na matriz romano-germânica, o Direito dá resposta a todos os problemas - o sistema regula tudo, e por isso é exaustivo;
- A lacuna é figura excecional a um sistema que se pressupõe, inicialmente, dar resposta a tudo;
- Art. 10º CC: Integração das lacunas da lei “1. Os casos que a lei não preveja são regulados segundo a norma aplicável aos casos análogos. 2. Há analogia sempre que no caso omissio procedam as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei. 3. Na falta de caso análogo, a situação é resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema.”
- Pede-se mais que apenas interpretar as palavras, implica encontrar a regra e alterá-la (de acordo com os quadros do sistema);
- Se não há regras análogas, mas apenas princípios, isso pede desenvolvimento ao intérprete;
- Se não há casos análogos/parecidos com os regulados pede para olhar para o sistema como um todo (ou seja, personificar o sistema), o legislador deve criar uma norma que seja coerente com o espírito do sistema já existente.

2. A decisão jurídica: âmbito e modalidades. Noção. A necessidade de decidir: proibição do non liquet. Decisão jurídica e composição do litígio. Problema concreto e problema abstrato. A tensão entre o caso concreto e o sistema: a prioridade do caso numa relação dialética. Decisão jurídica e arbítrio. *(ponto desenvolvido em conjunto com o ponto 4)

3. A decisão segundo as fontes. Desenvolvimentos do direito para além da lei e contra a lei. O papel criador do intérprete-aplicador: cláusulas gerais e conceitos indeterminados, redução teleológica, paralisação de normas injustas (remissão).

O tópico da decisão segundo as fontes foi abordado ao longo do semestre, portanto não faz sentido abordá-la novamente aqui.

No que toca ao papel criador do intérprete-aplicador, há vários aspetos a frisar. Podemos começar por dizer, à medida que os casos são mais difíceis de resolver, a margem de interpretação aumenta.

A interpretação jurídica visa determinar o sentido normativo de uma determinada fonte, tendo em vista a resolução de um caso concreto. Baseando-se em determinados elementos, o intérprete é conduzido a certos resultados interpretativos, entre os quais é possível integrar a interpretação corretiva e ab-rogante.

1. Interpretação corretiva:

- Quando o intérprete chega à conclusão que o legislador se enganou, os preceitos da lei são outros e não estão de acordo com outros preceitos do sistema.
- Há que corrigir os critérios, porque o texto foi mais amplo do que se quis, reduzindo a finalidade da norma: redução teológica, reduz-se o âmbito literal

porque a finalidade não era essa, reduzem-se os sentidos para uns mais restritos para se poder chegar a uma decisão correta.

- Inclui interpretação ab-rogante.

2. Interpretação ab-rogante:

- Há uma contradição;
- Um critério é incompatível, se um deve prevalecer, o outro é eliminado;
- Elimina-se todo o critério em si, elimina-se a norma;
- O texto não tem finalidade nenhuma, é vazio (porque não conseguimos retirar qualquer norma do texto legal).

Sendo assim, podemos esboçar o percurso do intérprete:

- | | | | |
|-------------------|--|-----------|---------|
| 1. Casos fáceis | | lei ... | solução |
| 2. Casos médios | | lei | solução |
| 3. Casos difíceis | | lei | solução |

Casos difíceis incluem aqueles em que há lacunas, não há regulação e devia haver.

Quando o caso não encontra solução na lei procuram-se casos análogos.

Uma cláusula geral é uma regra muito vaga, dá flexibilidade ao sistema e permite afastar as regras estritas quando o direito aplicável não permite uma decisão justa. Assim, combate o excesso de formalismo para que os indivíduos não possam prejudicar os outros, ao mesmo tempo que garante que a decisão concreta não será injusta.

4. A decisão de equidade. Âmbito de relevância e modalidades. Estrutura formal. Quadro dos argumentos utilizáveis na decisão de equidade. Equidade e concretização dos espaços legais de liberdade decisória. Equidade e justiça salomónica. Equidade e a norma que o intérprete criaria. *

Justo e equitativo são sinónimo na linguagem corrente, mas não na linguagem jurídica. Tanto o Direito como a equidade são modos de resolver problemas jurídicos concretos da vida real. Tais problemas podem ser resolvidos através da aplicação do direito estrito, ou pelo recurso à equidade. A equidade é um modo jurídico de resolver litígios suscitados na vida real – mas um modo alternativo ao da aplicação do direito estrito, modo esse que se caracteriza pela atribuição ao órgão jurisdicional competente de dois poderes que ele, em regra, não tem:

- 1) O poder de não aplicar, no todo ou em parte, as normas legais que de outro modo seriam aplicáveis por si mesmas àquele caso concreto;
- 2) O poder de decidir, pelos seus próprios critérios, o caso concreto que tem para solucionar.

Os casos que remetem para a equidade não pressupõem uma total liberdade do juiz, uma vez que não se sai do sistema. As decisões são completamente coerentes com a lei, onde apenas há um restrito espaço para a decisão (Art. 4º CC)

A equidade deve ser entendida como a forma de solução de conflitos jurídicos que assenta na aplicação da Justiça conforme as circunstâncias específicas de cada caso concreto. Casos em que se pode recorrer à equidade: a decisão jurídica de um caso concreto que oponha duas partes em litígio é, em regra geral, obtida por aplicação do direito estrito; pode, no entanto, ser obtida por recurso à equidade em duas situações:

- a) quando a própria lei permita ou ordene o julgamento de equidade;
- b) quando as partes nisso acordarem, desde que o possam fazer.

Quando as partes decidem que o tribunal pode seguir segundo a equidade, dizemos que existe uma total distinção entre equidade e arbitrariedade. Isto porque a justiça do caso concreto tem de ser fundamentada e justificada, segundo critérios de decisão (normativos). Falar de critérios é falar de regras gerais e abstratas; generalizar é ser justo – não podemos olhar simplesmente para o caso concreto. A justificação pressupõe uma generalização, pois é necessário recorrer a normas, sejam elas positivadas ou não.

Assim, podemos cair na ideia de que resolver segundo a equidade é sair do sistema, pois não é necessário pensar em normas de acordo com o sistema. No entanto, pensamos sempre em qual será a decisão mais justa para o caso (não confundir com justiça Salomónica) – justiça não é arbítrio. Na equidade as decisões implicam sim sair do sistema, mas os pontos de contacto com a forma de decidir os casos por analogia são maiores do que se pode pensar numa primeira instância. Não estamos totalmente fora do sistema: há uma margem dentro do sistema que permite ao juiz tomar a decisão mais justa/coerente com a lei; há solução na lei, mas espaço de liberdade sobre aspetos concretos da solução.

Justiça Salomónica

Em sentido leigo, a ideia de equidade é igual à ideia de justiça salomónica - dar o mesmo a toda a gente. Na verdade, a equidade é mais do que tratar o igual de modo igual - é também tratar o diferente de modo diferente.

É também interessante referir o conceito de equidade na formulação de Aristóteles. Para ele, equidade seria simplesmente:

- Corrigir a lei em casos injustos ou criando normas caso estas não existam para regulamentar corretamente o caso;
- Ter em conta o sistema de regras reguladoras;
- Aproxima-se da analogia juris.

Nesta temática, a tomada de decisão relaciona-se com o princípio do **non liquet**. Este diz-nos que o juiz não se pode abster de julgar por falta de orientações legais ou factos. Os tribunais estão proibidos de se abster de julgar um caso por dúvidas no conteúdo líquido do mesmo, quer seja em termos de factos ou direito. Isto porque existem mecanismos para auxiliar as decisões dos tribunais no caso de dúvida – **ónus da prova**.

A problemática da equidade com fonte de Direito depende da própria noção de Direito, mas pode ser vista como base para decisões. No entanto, não é fonte de Direito.

Vejamos então alguns casos em que a lei remete para a equidade:

- Art. 72º CC, Direito ao nome.
- Art. 283º CC, Modificação dos negócios usurários: “1. Em lugar da anulação, o lesado pode requerer a modificação do negócio segundos juízos de equidade”.
- Art. 339º CC, Estado de necessidade: margem de manobra um pouco mais restrita: a solução é a indemnização, o valor desta é que está por definir.
- Art. 437º CC, Condições de admissibilidade: “1. Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afete gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato.” Olhar para o que é justo face à situação.
- Art. 462º CC, Cooperação de várias pessoas.
- Art. 8º CC, Obrigação de julgar e dever de obediência à lei: “2. O dever de obediência à lei não pode ser afastado sob pretexto de ser injusto ou imoral o conteúdo do preceito legislativo.” Não se pode afastar regras porque são injustas, mas pode-se recorrer a mecanismos que permitem contornar, em casos concretos, uma aplicação injusta de regras.