Sebenta de *Teoria da Norma Jurídica*

João Duarte

2017/2018
2º Semestre
Professor Doutor João Zenha Martins

Índice

1. O que é o direito? ... 3
   a) Direito como parte integrante da realidade social ... 3
   b) O normativo e o social ... 3
   c) Noção de Direito (objetivo): ... 3
   d) O Direito e a força ... 5
   e) Direitos Subjetivos ... 6
   f) Ciência do Direito ... 6
   g) A sociabilidade do Direito ... 7
   h) Fins do Direito ... 7
   i) Funções do Direito ... 8
   j) Ramos do Direito ... 8
   k) A summa divisio: Direito Público e Direito Privado ... 9
   l) Duas perspetivas de Justiça ... 10
   m) Princípios da Justiça ... 10
2. Coação e coercibilidade ... 11
3. A norma jurídica ... 12
   a) Estrutura da norma jurídica ... 12
   b) Características da norma jurídica ... 14
   c) Classificação das normas jurídicas ... 16
4. Princípios jurídicos ... 20
5. Jusnaturalismo vs. Juspositivismo: ... 21
6. Fontes de Direito ... 23
   a) Uma hierarquia? ... 24
   b) A lei ... 25
   c) O costume ... 33
   d) A Jurisprudência ... 36
   e) Outras fontes de direito: ... 39
7. Interpretação da Lei ... 40
   a) Preceito e norma, uma distinção temporal ... 41
   b) Interpretação em sentido amplo vs. interpretação em sentido restrito: ... 42
   c) Interpretação doutrinal vs. interpretação autêntica: ... 43
   d) Elementos de interpretação ... 43
   e) Orientação subjetivista vs. orientação objetivista: ... 46
   f) Orientação atualista vs. orientação historicista: ... 47
   g) Interpretação e aplicação da norma ... 47

h) Tipos de interpretação quanto ao resultado: 48
i) Integração de Lacunas 51
j) Tipos de lacunas 53
k) Processos extrassistemáticos de resolução de lacunas 54
l) Processos intrassistemáticos de integração de lacunas 54
8. Aplicação da lei no tempo 58
a) Determinações constitucionais sobre a (ir)retroatividade 59
b) Direito transitório 60
c) A problematização da retroatividade 61
d) A retroatividade 62
e) Graus de retroatividade 65
f) Retroconexão 65
g) Guia de leis aplicáveis 66
h) Leis sobre prazos 66
i) Leis interpretativas 67
j) Leis confirmativas 68
9. Algumas figuras jurídicas: 69

1. O que é o direito?

a) Direito como parte integrante da realidade social

Bastantes situações do quotidiano têm revestimento jurídico, pelo que todos os dias entramos em contacto com o Direito, pois observamos espontaneamente muitas normas jurídicas. Exemplos: quando nos dirigimos a uma máquina e compramos um *kitkat* – estamos a celebrar um contrato de compra e venda; quando conduzimos uma viatura; quando entramos num autocarro; quando fazemos um requerimento; quando respeitamos propriedade alheia; etc.

Mas importa sublinhar que, no nosso dia-a-dia, encontramos também uma multiplicidade de regras de conduta que se não revestem de juridicidade, não são normas jurídicas: desde os hábitos alimentares às formas de vestir, aos modos de saudar, ou ao tipo de relações que estabelecemos com as diferentes categorias de pessoas, por exemplo.

Podemos, à guisa de conclusão, dizer que nos achamos de antemão envolvidos por uma ordem social já existente, e que dessa ordem social fazem parte normas jurídicas e outras. O Direito, como ordem jurídica, constitui uma parte integrante e necessariamente complementar da ordem social global.

b) O normativo e o social

Todo o social é normativo e todo o normativo é social.

Uma conduta humana é-o na medida em que o agente lhe associa um sentido (Max Weber). Ora, uma conduta significativa (com sentido) é uma conduta, podemos dizer, regida por regras (normativo), sendo estas regras de origem social (social). => normativo como constituinte do social. Assim, dizer conduta humana é o mesmo que dizer social, o mesmo que dizer com um sentido, e o mesmo, ainda, que dizer regida por regras (regras que são socialmente constituídas e aprendidas).

Os princípios, preceitos e regras derivam o seu sentido do contexto da atividade humana em que são observados. Nascem no decurso da interação humana e apenas são inteligíveis enquanto referidos a essa conduta de que surgem. Mas, por outro lado, também a natureza da conduta na qual eles se formam apenas pode ser apreendida como uma incarnação de tais princípios ou regras. Ou seja: o normativo só o é porque é social; e o social só pode ser praticado com o recurso ao normativo.

Para concluir, toda a conduta significativa é necessariamente social, porquanto só pode ser significativa se for regida por normas, e as normas pressupõem um contexto social.

c) Noção de Direito (objetivo):

Para muitos – sociólogos, mas também alguns juristas… - o direito é visto como um conjunto de normas assistidas de uma sanção socialmente organizada. Entendem que a norma jurídica se distingue das restantes por ser dotada de coercibilidade, isto é, por a sua inobservância poder acarretar uma sanção socialmente organizada.

Uma visão do direito – esta já do âmbito estritamente jurídico – que nos parece, contudo, mais certeira será a de Karl Larenz, que nos diz que:

> *o Direito é uma ordem de convivência humana orientada pela ideia de uma ordem justa*.

Parece importante salientar a presença da ideia de justiça, pois que, doutro modo, já não seria possível distinguir, no plano dos princípios, o Direito de uma pura ordem de força ou da "regra que se dá a um bando de salteadores" (J. Baptista Machado).

A ideia de Direito exige uma ordem com determinado sentido, uma ordem justa – sublinha Larenz.

Vimos que todo o social tem um sentido. Ora, sendo o Direito um compartimento da ordem social, é dotado, também ele, de um sentido – a Justiça. Temos, assim, que não é a coercibilidade (a presença virtual de uma sanção) que especifica o Direito - não determina o seu conteúdo, não faz parte da sua essência.

O Direito é - atrevemo-nos a acrescentar - um conjunto de regras de conduta social (positiva – regras de prescrição/permissão; negativa – regras de omissão), definidas por uma autoridade social, não necessariamente pública, com dimensão histórico-espacial: vigoram num dado lugar em determinado momento, e que regulam o comportamento das pessoas, através do estabelecimento de direitos e deveres, e tendo em vista perseguir objetivos que refletem o que numa determinada sociedade organizada é entendido como bom - ou útil - e justo (máxime a justiça, a segurança e o bem-estar), cuja aplicação é, em regra, garantida pela possibilidade de aplicação coativa (sanção).

O Direito, para ser eficaz, tem de ser vigente – tem de assentar na efetiva observância das normas pelos seus destinatários, ou ainda na efetiva aplicação das mesmas ou das sanções por elas impostas por órgãos para o efeito instituídos. Um complexo de normas enformado pelo ideal de Justiça, mas que não tenha vigência positiva, não é Direito. Deste modo, dir-se-á de forma segura que a dimensão da vigência é essencial à existência do Direito como Direito.

A propósito de sanção…

Uma sanção é uma consequência juridicamente desfavorável aplicada em resultado da violação de uma regra de conduta. As normas sancionatórias existem em antecipação de ou para reagir à violação de uma outra norma. São normas subordinadas a uma principal, aquela que veicula a regra de conduta a seguir pelos indivíduos. Entra em ação se a norma principal não for respeitada, e enverga uma sanção correspondente ao não cumprimento da regra de conduta estipulada na norma principal. A norma principal é dotada de previsão – descrição dos factos; enquanto que a norma sancionatória

possui estatuição – a pena correspondente ao não cumprimento dos factos descritos na previsão. São os efeitos do ato (contrário à previsão). A sanção é, pois, a estatuição de uma norma sancionatória.

O Direito é obrigatório, porque tem a sua raiz na própria natureza social do homem e na necessidade que este tem de garantir a sua forma social de vida, indispensável à sua "humanidade". Como tal, define a esfera de liberdade de cada um em face dos demais e da coletividade, daí que as obrigações impostas a cada um pelo Direito sejam dotadas da qualidade particular de juridicamente exigíveis.

O não cumprimento dessas obrigações implica o benefício ilícito de um à custa dos outros, a violação, à custa da comunidade, de regras essenciais a essa vida comunitária. Daí que se estime como legítima – e, mais, exigível – a reposição das coisas no seu *status quo ante* ou o forçar ao cumprimento o devedor incumpridor, porque são atos intrínsecos à própria ideia de Justiça, e só se consegue esta Justiça por meio da coação.

Mas será a coação necessária? A vigência efetiva do direito, numa sociedade de homens imperfeitos, requer a coercibilidade, isto é, a ameaça de uma sanção efetiva. Requer, pois, que estejam predispostas sanções e instituídos os meios da sua efetiva aplicação àqueles que violem as normas. Requer, ainda, que por detrás do Direito esteja um poder social organizado (o Estado) capaz de o impor pela força, se necessário.

Mas a essência do Direito não é a sua coercibilidade; antes o ideal de Justiça que comporta – é esse fator que diferencia esta ciência social das demais.

d) O Direito e a força

O Direito não se pode resumir à força: se assim fosse, já não teríamos direito – somente uma sucessão de vontades discricionárias e caprichosas dos detentores do poder. Não pode a força substituir-se ao Direito sem o eliminar… Contudo, por outro lado, também não pode o Direito descurar a força, dado não possuir este, *per si*, a força de impor e fazer respeitar as suas prescrições. Esta força vem-lhe do exterior, do poder político. E o Direito, sem a força, seria impotente. Por outras palavras: o Direito, não sendo em si mesmo uma força, não pode por si só impor a paz.

Legitimação e regulação da força: cabe ao Direito legitimar a própria força de que carece para se impor como Direito. Mas o certo é que o Direito só se institucionaliza, só tem vigência social e é, portanto, Direito, quando incarna numa estrutura de ação que lhe empreste a força. Pode, pois, dizer-se que o Direito depende da força.

Ora, como poderá então cair-se na consequente prepotência de afirmar que é ao direito que cabe impor limites à força, se o primeiro depende do segundo? Simples: o Direito depende da força no seu existir como tal, mas não – como já se disse - no seu ser, na sua essência e no seu conteúdo. Ou seja, o Direito requer uma força, sim, mas uma força já legitimada pelo Direito, já por ele regulada no seu exercício, isto é, já conforme à ideia de Direito e de Justiça.

e) Direitos Subjetivos

Permissão jurídico-normativa do aproveitamento de um bem. Poder de dispor de uma posição jurídica individualizada. Posições jurídicas que resultam das disposições e da aplicação do Direito (objetivo), e que os seus titulares podem fazer valer. Direitos subjetivos são poderes ou faculdades jurídicas atribuídas às pessoas tendo em vista a satisfação dos seus fins próprios, ao ser garantida a liberdade individual. (Direitos Subjetivos: direito ao voto, à propriedade, direito à vida, etc…).

Dos direitos subjetivos fazem parte os direitos individuais naturais – direito à vida, por exemplo… -, inerentes à natureza humana, anteriores à sociedade política, não podendo o Estado com eles interferir, apenas se limita a reconhecê-los, especialmente os direitos contra o próprio Estado.

DIREITO OBJETIVO – **LAW**	DIREITO SUBJETIVO – **RIGHT (to do…)**

f) Ciência do Direito

Disciplina que estuda o fenómeno jurídico, através de uma metodologia. 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" (A. Menezes Cordeiro), que suportam diversas soluções - ao Direito pedem-se-lhe 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, através do método jurídico. Soluções justificadas. (Soluções "justificáveis e que podem ser apreendidas e explicadas pela razão.", A. Menezes Cordeiro). Justificar é tornar justo. Só uma decisão justificada é considerada justa e legítima.

No entanto, há quem diga que o Direito não é uma ciência porque não comporta o estrito molde da verificabilidade, tal qual está desenhado para as ciências exatas. Mas temos objeto (o fenómeno jurídico) e metodologia; o que não existe é, precisamente, a lógica restrita do certo ou errado – a solução é, antes, mais ou menos aceitável, mais ou menos adequada.

A posição adotada vai, a despeito, no sentido da explicação que se começou por dar: configura o direito uma ciência, na estreita medida em que, tal como todas as ciências convencionais, é uma matéria dirigida à obtenção de conhecimentos, definindo, para tal, um objeto e uma metodologia (Karl Larenz). Objeto – o fenómeno jurídico, enquadrado neste ou naquele ordenamento jurídico, neste ou naquele sistema, com estas ou aquelas características; Método/metodologia – análise (valorativa) dos factos, aplicação das fórmulas previamente dadas aos factos ocorridos, obtenção de uma solução. Com efeito, no direito, as soluções a que se chega são fundadas em juízos de valor, não em juízos de facto – como sucede nas ditas ciências exatas ou da natureza. Nestas últimas, o cientista funda o seu conhecimento na observação empírica de realidades dadas, exatas, chegando a proposições universalmente válidas; enquanto que o jurista, cientista social-jurídico, procede a um exercício eminentemente racional, lógico, e por isso falível.

Em reforço do que se pugna está a crescente perda de fulgor da ideia de que o direito é a lei. Se o direito fosse unicamente a lei, teríamos uma metodologia mais fechada, previsível, *verificável*, na medida em que as soluções jurídicas se limitariam à aplicação da lei 1 ao facto *x* – mas mesmo aí, dado o caráter geral e abstrato da lei, sobraria espaço para a interpretação fora das amarras legiferantes: apareceriam as lacunas da lei, que convidam à atuação mais "folgada", mais valorativa e menos matemática, do intérprete aplicador.

Mas não: não é esse o panorama atual. O direito não é – apenas – a lei: o direito é um conjunto de valorações fundadas na jurisprudência, nos costumes, na doutrina… e também na lei. Daí que haja lugar a um enorme manancial argumentativo, valorativo, dominado – claro está – por juízos de valor em cada solução jurídica a que se chega. As fontes de resolução de um problema jurídico são muitas, a metodologia é complexa. Como optar por uma fonte e não outra? É na realidade empírica que encontramos a resposta? Não, jamais – é na nossa razão que está contida a solução jurídica. Bom, então não é o direito uma ciência da natureza, mas é uma ciência exata, pode pensar-se… Errado: na matemática há uma solução e vários caminhos para lá chegar, na medida em que trabalhamos com juízos de facto; no direito há várias soluções e vários caminhos para a elas chegar, porque o trabalho do jurista é formular juízos de valor (trabalha com factos e com pessoas, não com números).

g) A sociabilidade do Direito

O Direito é um fenómeno humano e social, não é um fenómeno da Natureza. Sendo um fenómeno social, há uma ligação necessária e constante entre Direito e sociedade, precisamente por essa sociedade necessitar de regras de conduta e de órgãos que controlem a aplicação dessas regras (o Estado), recorrendo à força se necessário. Se não existissem pessoas no mundo, ou se existisse uma só pessoa, não poderia existir Direito. O Direito tem uma vocação estruturalmente social. – *vide* exemplo da ilha e Robinson Crusué. (O que não significa que quando os indivíduos se encontrem sozinhos não estejam cobertos pelo Direito.) Este pressupõe relação social, é indissociável da vida em sociedade.

Ubi societas, ibi jus; ubi jus, ibi societas.

h) Fins do Direito

1. **Justiça** (o primeiro e o mais importante fim do Direito, estando consagrado no Art. 1º CRP, impondo ao Estado o dever de manutenção e garantia da justiça. O Direito tem de ser justo porque deriva da Justiça, bem como as leis, decisões administrativas e sentenças judiciais, uma vez que o Estado é um Estado de Direito);
2. **Bem-estar económico, social e cultural** (por meio da proteção dos Direitos Humanos, por exemplo);
3. **Segurança** – jurídica. Positivação do direito legislado pelas autoridades competentes e em obediência a procedimentos devidamente regulamentados. Mais precisa formulação das regras jurídicas legisladas - "garantia jurídica", é, no fundo, o garantir do conhecimento prévio daquilo com que cada um pode

contar para, com base em expectativas firmes, governar a sua vida e orientar a sua conduta. Materializa-se em leis que não deixem margem a ambiguidades de interpretação nem a lacunas; contudo, em muitos setores, o legislador utiliza conceitos indeterminados e cláusulas gerais, pelo que a insegurança jurídica aumenta. Expressões como *bom pai de família*, *médico consciencioso*, *bons costumes*, … contribuem para tal.

A sua prossecução harmónica com a do primeiro fim parece relativamente simples. No entanto, o Direito, por vezes, comporta medidas apenas justificadas por motivos de segurança/certeza jurídica e contrárias à justiça. Gera-se uma tensão dialética. O legislador tem o papel de limitar ao mínimo situações em que a segurança se sobrepõe à justiça, no entanto, acontecem algumas vezes:

- a norma que fixa a idade do atingir da maioridade descurando, no caso concreto, o apurar do grau de maturidade do indivíduo;
- casos de prescrição (art. 310ºCC);
- usucapião (art. 1294ºCC);
- caso julgado (insusceptibilidade de recurso ordinário contra as decisões judiciais transitadas em julgado);
- prisão preventiva;
- princípio da não retroatividade da lei;
- …

Assim sucede porque a própria praticabilidade do Direito pode exigir que o valor segurança prevaleça sobre o valor justiça. Uma justiça puramente ideal, desacompanhada de segurança, seria vazia de eficácia; e uma segurança sem justiça, pelo contrário, seria uma pura situação de força.

i) Funções do Direito

<u>Dois patamares:</u>

- **1º patamar**: função política ou legislativa (cabe ao Governo e à Assembleia da República, esta com privilégio – arts. 164º e 165º CRP);
- **2º patamar**: funções secundárias - função jurisprudencial (porque a jurisprudência não cria direito, apenas concretiza a função legislativa. É levada a cabo por órgãos independentes, os Tribunais, com atuação passiva - só intervêm quando para tal são solicitados) e função administrativa (através de regulamentos administrativos).

j) Ramos do Direito

O Direito estadual positivo, entendido como o conjunto de normas jurídicas que efetivamente vigoram em determinada sociedade estadual, é não só muito extenso, como também extremamente variável. Há, então, que proceder a algumas divisões, permitindo a criação de diferentes grupos de normas sem, contudo, pôr em causa a unidade do sistema jurídico. Neste contexto, foram-se agrupando as diversas normas de acordo com as suas

características comuns, criando-se, por isso, várias divisões no seio do Direito positivo, as quais se denominam ramos de Direito.

Cada ramo do Direito é composto por um conjunto de normas jurídicas dotado de individualidade específica e estruturado de acordo com princípios gerais próprios.

Exemplos: Direito Público, Direito Privado – os dois grandes grupos. Dentro deles: Direito Penal, Direito Fiscal, Direito Civil, Direito Constitucional, Direito Administrativo, … Todos estes, depois, ramificam-se. Exemplos: Direito Civil parte-se em Direito das Sucessões, Direito da Família, Direito dos Contratos, Direitos Reais, …

k) A *summa divisio*: Direito Público e Direito Privado

A divisão suprema tradicional do universo jurídico é aquela que distingue Direito Público e Direito Privado. É e sempre foi uma distinção polémica, havendo hoje quem considere que há ramos do Direito que não se encaixam em nenhum dos dois tipos (exemplos: Direito Social, Direito do Trabalho – incluem normas de Direito Público e de Direito Privado).

A distinção começou por ser feita através do ***critério do interesse***, segundo o qual:

Direito Público comporta normas que prossigam direta, predominante ou essencialmente o interesse geral da comunidade, os interesses públicos; Direito Privado comporta normas que prossigam direta, predominante ou essencialmente interesses particulares, privados.

Este critério revela-se impotente dado que não há linha radical de fratura entre o interesse público e o interesse privado. O interesse público corresponde, pelo menos indiretamente, aos interesses particulares, e os interesses particulares são protegidos porque há um interesse público nesse sentido. Não há interesses públicos que não tenham em conta interesses privados.

Numa fase ulterior, pensou-se no ***critério da qualidade dos sujeitos***. Este critério coloca a tónica na relação ou situação regulada pela norma jurídica em causa, pelo que:

é de Direito Privado a norma que regula relações jurídicas cujos sujeitos sejam unicamente particulares; de Direito Público a norma que regula relações jurídicas caso algum dos sujeitos da relação for o Estado ou qualquer outra pessoa coletiva pública.

Ora, este critério revela-se, também, inaceitável, porque há frequentemente situações em que o Estado e demais entes públicos podem atuar nos mesmos termos que qualquer outro sujeito. Não é pelo facto de os entes públicos celebrarem compras e vendas, por exemplo, que as respetivas regras deixam de ser Direito Privado e passam a ser Direito Público.

Atualmente, tende a adotar-se um critério mais sensato – o ***critério da posição dos sujeitos***. Este critério relaciona-se com o *jus imperii* – uma prerrogativa de Direito Público, que designa "posição de autoridade".

Segundo este critério:

é Direito Público o sistema de normas que, tendo em vista a prossecução de um interesse coletivo, confere para esse efeito a um dos sujeitos da relação jurídica poderes de autoridade sobre o outro (*jus imperii*)- assim, serão de Direito Público as normas que regulam a organização e a atividade do Estado e de outros entes públicos menores, as relações desses entes públicos entre si no exercício dos poderes que lhes competem, bem como as relações dos entes públicos enquanto revestidos de poder de autoridade com os particulares; é Direito Privado o sistema de normas que, visando regular a vida privada das pessoas, não confere a nenhuma delas poderes de autoridade, mesmo quando pretendam proteger um interesse público considerado relevante – os sujeitos estão em posição de paridade: são relações entre particulares, ou entre os particulares e os entes públicos, quando estes não intervenham revestidos de *jus imperii* (exemplo: o Estado compra um prédio para nele instalar um serviço de saúde).

Ramos do Direito Público: Direito Constitucional; Direito Administrativo; Direito Penal; Direito Fiscal; Direito Processual Civil; Direito Internacional Público; …

Ramos do Direito Privado: Direito Civil; Direito Comercial; Direito Internacional Privado; …

l) Duas perspetivas de Justiça

- ***Justiça Comutativa*** – paridade de posições entre pessoas, equivalência, reciprocidade.
- ***Justiça Distributiva*** – distribuição simétrica e não desproporcionada, atendendo ao mérito e às necessidades das pessoas. <u>Função corretiva</u> – correção das desigualdades.

m) Princípios da Justiça

- **Igualdade** (art. 13ºCRP) - Este princípio decorre do princípio da dignidade humana. O núcleo de humanidade que possuímos torna-nos necessariamente iguais em dignidade. O princípio da igualdade envolve inevitavelmente duas dimensões:
    1. A proibição de discriminar arbitrariamente entre pessoas colocadas em situações idênticas (Princípio da Não Discriminação – impossibilidade de conferir tratamento diferenciado a pessoas em situações idênticas);
    2. A obrigação, não só de estabelecer regimes diferenciados para situações diferenciadas, como ainda de refletir proporcionalmente naqueles regimes as diferenças entre estas situações (no fundo, tratar de forma diferente

quem é diferente na medida da diferença, ou seja, de forma proporcional, e tratar de forma igual quem é igual).

- **Proporcionalidade** (exemplo: art. 566ºCC - "indemnização **excessivamente onerosa** para o devedor") – É um princípio fundamental para existir justiça. Subdivide-se em necessidade (exemplo: restrição de liberdade, direito ou garantia apenas porque é necessário), adequação (a solução tem de ser a mais adequada para resolver o problema) e justa medida/proporcionalidade em sentido restrito (restrição de direito, liberdade e/ou garantia o mínimo possível e necessário).

2. Coação e coercibilidade

Coação = exercício efetivo do uso da força.

Desconsideração conflituosa da necessidade normativa do consentimento de outrem. Designa o uso da força – física ou não (coação moral). Algo feito contra a vontade do outro. Constranger o infrator a realizar a norma ou sancionar esse cumprimento. Forçar alguém a fazer algo, usando a força física ou recorrendo "apenas" à dialética, coagindo verbal e moralmente. Exemplos: sanções patrimoniais (penhoras, execução de bens), detenção pessoal por entrada em domicílio privado, …;

Coercibilidade = mera possibilidade do uso da força – coação virtual.

Suscetibilidade de aplicação coativa da regra. Impor regras pela força (não necessariamente física). Toda a espécie de mecanismos destinados a fazer valer o Direito.

Há quem defenda que a coercibilidade é a marca distintiva do direito, a característica que o demarca das outras ordens sociais. Neste sentido, existe o *critério da coercibilidade* que, na relação Direito-Moral, sustenta que o primeiro se distingue do segundo na medida em que, no caso de não ser voluntariamente cumprido, se apoia na aplicação de sanções e na execução coerciva. Pelo contrário, os comportamentos morais não envolvem qualquer tipo de sanção, ou, quando muito, envolvem uma sanção informal, que poderemos designar como desaprovação social. No fundo, quem assim argumenta entende que o direito não é simples moral porque é coercível.

Este critério falha, pelo menos se referido à norma jurídica isoladamente considerada, porque nem todo o direito é coercível. Existem regras sem sanção, como aquelas que estabelecem os direitos e deveres que ligam os membros de uma família, ou as que se referem às obrigações naturais (Art.402º CC).

Quem pode exercer a força?

Só o Estado pode impor pela força o uso do Direito (*Monopólio Estatal do Uso da Força*, ou *Proibição da Autotutela*). Ninguém pode fazer justiça pelas próprias mãos. Só as sentenças judiciais (na pessoa dos Tribunais) podem aplicar a justiça. A despeito disto, o Direito regula algumas exceções à regra, isto é, em algumas situações, é lícito recorrer à autotutela. 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. Exemplos: Meios de tutela privada (ação direta, legítima defesa, direito de resistência, estado de necessidade, …).

3. A norma jurídica

Normas são enunciados linguísticos que refletem princípios de vida ou condutas de regulação social, formulações que estabelecem uma prescrição.

São criações do intérprete-aplicador, porquanto são sentidos de dever ser que se extraem do enunciado contido em determinada fonte.

A norma é o resultado (final) da interpretação.

A partir de um enunciado linguístico podemos descortinar várias normas. Exemplo: art. 62º CRP – é possível extrair-se o direito à propriedade privada; o direito a fruir e abusar da propriedade privada; o direito a não ser impedido de utilizar as faculdades da propriedade.

Ademais, pode dizer-se que as normas jurídicas precisam de um portador, capaz de as tornar reconhecíveis – as fontes (exemplo: art. 62º CRP).

É possível exprimir a mesma norma através de diferentes enunciados, ou seja, a fonte pode alterar-se, mas a norma (regra) mantém-se.

As normas são unidades normativas que exprimem e concretizam a respetiva ordem jurídica em que se incluem e, ao mesmo tempo, funcionam como mediadores na aplicação do Direito às situações concretas.

Atenção: a norma jurídica reside não só num enunciado linguístico legal, pode advir de fontes de outro tipo: direito consuetudinário, por exemplo.

a) Estrutura da norma jurídica

A norma jurídica é um comando geral, abstrato e coercível, ditado por uma autoridade competente. Por aqui se distingue dos comandos individuais e concretos que, embora representem imperativos tutelados por medidas coercitivas, não criam direito objetivo, antes se limitam a ser uma aplicação deste. Assim, não são normas jurídicas as sentenças, os decretos, as portarias, os despachos que nomeiam ministros (já os despachos normativos contêm regras gerais e abstratas e por isso normas).

Uma norma completa apresenta um antecedente e um consequente, ou seja, uma previsão e uma estatuição. Deste modo, e por exemplo, o art. 483º CC permite-nos formular a seguinte norma:

Todo aquele que ilícita e culposamente causar danos a outrem (previsão) *fica obrigado a indemnizar, por esses danos, o lesado* (estatuição).

Isto pode ligar-se com a dupla dimensão de uma norma: vertente positiva – de permissão (uma norma que estabelece um direito); vertente negativa – impõe a obrigação de respeito pela fruição do direito que estabelece.

Relação entre previsão e estatuição: é vulgar que a estatuição até se encontre num diploma diferente do da previsão. Previsão e estatuição não têm de coincidir. Exemplo: art. 122º CC - previsão + estatuição incompleta - o que significa ser menor? Estatuição concluída no art. 123º CC. Portanto, podemos ter também situações em que a estatuição é parcial, ou há estatuição complementar, não tem de haver sequência lógica.

Relembrando…:

- Previsão - realidade sobre a qual a norma incide;
- Estatuição - ligação da previsão à consequência. É a regulação, o comando sobre a realidade da previsão, consequência ligada à verificação da realidade.

Há normas que não têm ordenação de conduta, são as chamadas normas de segundo grau:

- norma que contém um conceito: art. 202º CC (exemplo);
- normas sancionatórias, porque sancionam uma conduta que viola uma norma que continha um determinado critério de conduta, mas a norma sancionátoria não tem esse critério de conduta, sendo, portanto, de 2º grau. (Atenção, as normas sancionatórias também aplicam um critério de conduta, mas para o magistrado, no sentido de este agir - está obrigado a aplicar aquela sanção àquele caso);
- normas sobre normas (*norma normarum*);
- normas sobre fontes (embora o art. 9º CC tenha um critério de conduta para aquele que aplique a lei…);
- normas revogatórias também não adotam critério de conduta. Exemplo: art. 130ºCC não possui critério de conduta porque estabelece efeitos automáticos - liga a produção de determinados efeitos ao estabelecimento de um facto biológico; outro exemplo: arts. 308º e 309º CC – entende-se que é uma norma que não possibilita às pessoas a adequação de determinada conduta, é uma condição para fazer valer determinado poder que se tenha - é um ónus;
- também nas normas retroativas não existe critério de conduta porque a pessoa não pode adequar o seu comportamento ao que é postulado.
- …

b) Características da norma jurídica

1. **Generalidade**
2. **Abstração**
3. **Bilateralidade**
4. **Hipoteticidade**
5. **Imperatividade**

1. Em relação à **generalidade**, diz-se geral o preceito que, por natureza, se dirige a uma generalidade mais ou menos ampla de destinatários, isto é, que não tem destinatário ou destinatários determinados. Está-se perante uma exigência da justiça, pois o princípio da igualdade postula que as normas tratem igualmente todos os que se encontrarem na mesma situação.

Generalidade não se pode confundir com **geralidade**. Generalidade designa, como vimos, a existência de multiplicidade de pessoas abrangidas pela norma; geralidade reporta-se a uma situação diferente: normas que regulem o comportamento particular do P.R., por exemplo. Uma norma geral não é, então, genérica.

A propósito, não se confunda, igualmente, **pluralidade** com geralidade: *os alunos de TNJ têm de entregar um trabalho ao professor* - regra plural; *todos somos iguais perante a lei* - regra geral. Uma regra pode ser plural, mas não geral.

Individualidade é distinto de geralidade - a diferença está entre dizer: *O João, o Tiago, a Luísa, ...*; ou *os alunos do 1º ano*.

Para qualificar uma regra como genérica, importa que esta seja aplicável para o futuro.

A generalidade coloca-se no plano subjetivo dos destinatários, enquanto que a abstração, a próxima característica, se concentra no plano objetivo da norma.

A propósito, uma lei não pode nunca ser individual e concreta, pois doutro modo violar-se-ia o princípio constitucional da igualdade perante a lei, e com ele o princípio da igualdade dos encargos ou vantagens, respetivamente impostos ou reconhecidas aos cidadãos. Só serão admissíveis diferenciações fundadas em elementos objetivos (decorrentes da "natureza das coisas"), e são justamente esses elementos objetivos que permitirão conferir à categoria de situações visada pela norma o seu recorte e caráter genérico.

Há casos em que os destinatários são determináveis. (**indeterminação**). Noutros, é impossível determiná-los (**indeterminabilidade**).

Indeterminabilidade $\neq$ Indeterminação.

Indeterminar não implica, então, indeterminabilidade. A indeterminação abre espaço para a individualização, assim não se preenchendo a característica da generalidade. Para uma norma ser genérica, tem de ser pautada pela indeterminabilidade, diz o prof. Marcelo Rebelo de Sousa.

2. Relativamente à **abstração**, o preceito é abstrato quando regula um número de casos indeterminado, uma categoria mais ou menos ampla de situações ou hipóteses determinadas. Abstração – opõe-se ao concreto. Indeterminabilidade das situações de facto a que a norma é aplicada: não se aplica a um caso específico, mas a um número indeterminado de situações. Mas há quem entenda (nomeadamente, o prof. Oliveira Ascensão) que por ser abstrata, a norma tem de se aplicar a factos futuros - exemplo: *todos os que possuem armas de fogo têm de as entregar*, é genérica (e geral) porque é indeterminável, mas não é abstrata porque a situação a que o preceito se aplica já está concretizada - não se aplica ao futuro.

Diferente é a norma que determina que *todas as armas adquiridas têm de ser entregues aos postos de polícia* - aqui já há abstração porque a disposição está aparelhada para a sua aplicação futura, não tem o seu âmbito de aplicação restrito a uma situação previamente constituída à data de aprovação da disposição.

A opinião do professor Zenha Martins é a de que há abstração quando há aplicação de uma regra às realidades que já estão constituídas, compaginando-se esta tanto com factos passados como futuros. O que importa é que a norma se aplique a uma categoria de casos que se constitua como abstrata.

Para o prof. O. A., e alguns outros doutrinários, a abstração deve ser lida como indeterminabilidade; para outros, como indeterminação.

A tendência mais recente é para que abstração e generalidade signifiquem a mesma coisa; mas há também segmentação: exemplo - a diretora emite uma norma a dizer que *os alunos do 1º ano não podem levar elementos doutrinários para os* exames. A regra conta para os de agora e para os do futuro. Há também abstração, então. (A diretora, em setembro, pode muito bem revogar a norma... na prática, deixa de ser abstrata).

3. **Bilateralidade** da norma jurídica - pressuposto relacional. O direito pressupõe sempre duas ou mais pessoas (exemplo de Robinson Crusoé e a ilha). Tem-se entendido que não é defensável a bilateralidade da norma jurídica. Exemplo: norma sobre o homicídio - tenho o dever de não matar, corresponde ao direito à vida, mais especificamente a não ser morto. Portanto, a norma implica muito mais do que uma relação jurídica, o que existe é uma obrigação do respeito pelo valor absoluto que é a vida. E em determinados crimes tão-pouco há dois ou mais "intervenientes" - crime de profanação de cadáver, por exemplo. Quando se fala em bilateralidade o que se quer acentuar é a socialidade, ou alteridade do direito. Mas não é a bilateralidade uma característica da norma.
4. **Hipoteticidade** - a norma é hipotética porque, exprimindo sempre a ordem social, os efeitos jurídicos só se produzem se se verificarem os factos previstos na previsão. Exemplo: se tivermos uma lei para o lenocínio, esta lei só produz efeitos

se se verificarem esses casos, os factos previstos na previsão. Independentemente de as situações já estarem constituídas ou não.

5. **Imperatividade -** no sentido em que a norma estabelece um dever ser. O professor J. Zenha Martins considera que todas as normas são imperativas. O Direito, para ser eficaz e atingir os seus fins, tem de ser obrigatório para se distinguir da Moral, da Cortesia ou da Boa Educação. Todos têm o dever de lhe obedecer. A ordem jurídica é imperativa na medida em que as suas regras exprimem um dever ser que nada tem de condicional; antes intenciona em absoluto realizar-se. *Exigência incondicionada ou categórica de aplicação.* – Oliveira Ascensão. De facto, o Direito distingue-se da Moral e dos restantes planos normativos, mas sem dúvida que a Moral ajuda à imperatividade jurídica já que a maior parte dos cidadãos são compelidos a obedecer às normas jurídicas pelo sentimento de cumprimento de um dever moral (também o medo e/ou o interesse contribui). No entanto, quanto à imperatividade, parece-nos mais correto afirmá-la como <u>característica do sistema jurídico e não das normas em si</u>: antes de se verificar o *facti species*, a norma já existe. No entanto, não tem qualquer tipo de imperatividade até que se verifique uma situação enquadrada na previsão da norma. As normas serão, então, quando muito, imperativos hipotéticos. E, mesmo assim, só as regras de conduta poderão ser entendidas como tal. E, mesmo dentro das regras de conduta, as normas permissivas não podem ser entendidas como imperativas.

c) Classificação das normas jurídicas

A maioria das normas são de imposição/proibição, dado que o princípio geral é de que as pessoas são livres e, como tal, proíbem-se as condutas que vão contra a liberdade do indivíduo (princípio do livre desenvolvimento da personalidade – art. 26º/1 CRP, desde que esse livre desenvolvimento não vá contra os interesses de terceiros).

1. <u>Normas principais vs. normas derivadas</u>:
   - a **norma principal** é aquela que outorga o direito, é essa a única função da norma principal;
   - a partir dela podemos chegar a outras regras, por dedução lógica – são as **normas derivadas**.
2. <u>Normas precetivas vs. normas proibitivas vs. normas permissivas</u>:
   - **normas precetivas** são normas que prescrevem ordens, obrigações, impõem – as normas que nos obrigam a pagar impostos, ou a circular pela direita;
   - **normas proibitivas** – normas que proíbem determinados comportamentos, vedam condutas – as normas que punem o furto, o homicídio, as ofensas corporais;
   - **normas permissivas** – normas que permitem/autorizam determinado comportamento, certa conduta, concedem poderes ou faculdades aos particulares – as normas que estabelecem direitos, liberdades e garantias, por exemplo, a liberdade de expressão.
3. <u>Normas universais vs. normas regionais vs. normas locais</u> (*âmbito espacial de validade das normas*):

- **normas universais** são as que se aplicam em todo o território do Estado;

- **normas regionais** – as que apenas se aplicam numa determinada região (exemplo: Decretos das Regiões Autónomas);
- **normas locais** – as que apenas se aplicam no território de uma autarquia local (exemplo: posturas e regulamentos locais).

4. Normas gerais vs. normas especiais vs. normas excecionais (*âmbito pessoal de validade das normas*):

- **normas gerais** são as que constituem o direito-regra, que estabelecem o regime-regra para o setor de relações que regulam;
- **normas excecionais**: normas que se limitam a uma parte restrita daquele setor de relações ou factos, consagrando neste setor restrito, por razões privativas dele, um regime oposto àquele regime-regra. Exemplo: o art. 219º CC estabelece o regime-regra da consensualidade, ao passo que o art. 1143º representa a respetiva norma excecional relativamente a esse regime-regra. Mas, atenção, a definição de que a norma excecional contraria os princípios gerais é uma definição claramente insuficiente… Normas formalmente excecionais - a lei determina expressamente que é proibida a sua interpretação analógica, mas autoriza-se o argumento *a contrario* (normas de direito penal, fiscal; o art. 2166º CC em relação ao 2133º CC – a norma do 2166º CC contraria os princípios do regime-regra, aflorando outros mais técnicos como a boa-fé); Normas materialmente excecionais - mais difícil de acontecer, duvidosas, a lei não proíbe a interpretação analógica nem o argumento *a contrario*, mas chegamos à conclusão de que é uma norma que contraria o regime-regra, logo, fica inviabilizada a possibilidade de interpretação analógica, permitindo-se o argumento *a contrario* – tal qual a norma formalmente excecional. Mas, atenção, uma norma não pode ser materialmente excecional quando, apesar de contrariar princípios, aflora outros – não há, em regra, hierarquia entre os princípios, "estes dialogam" (dialética). Logo, a regra excecional não se pode superiorizar ao regime-regra quando invoca princípios com a mesma intensidade dos da norma geral. Existe, também, a situação da norma excecional invocar princípios mais técnicos (onde existe, já, hierarquização – a situação é ainda mais clara; a norma é, pois, materialmente excecional quando contraria o regime-regra, ou melhor, os princípios que as normas do regime-regra invocam, aflorando outros que, pelos da norma geral serem de âmbito técnico, são mais importantes (princípios gerais, de âmbito sistemático). Apenas nestas circunstâncias pode uma regra ser excecional, materialmente falando. Daqui decorre que o art. 875º CC seja aceite como norma materialmente excecional em relação ao regime estabelecido no 219º CC (a segurança e certeza jurídicas são um pilar do sistema);
- **Normas especiais** – uma regra é especial em relação a outra quando, sem contrariar substancialmente o princípio naquela contido, a adapta a um domínio particular. Disciplina nova mas não diretamente oposta. A especialidade pode ser característica de todo um ramo do direito, de institutos jurídicos ou de disposições particulares. Exemplo: o regime de reforma dos jogadores de futebol - podem reformar-se mais cedo, é um regime especial; ou o art. 405º e ss. CC em confronto com o art. 874º e ss. CC. Por princípio, lei geral não revoga lei especial (art. 7º/3 CC). Se uma lei geral for revogada, a lei especial nessa matéria passa a geral.

5. Normas de direito comum vs. normas de direito especial:

- normas do Direito Civil são **normas de direito** privado **comum**;

- **normas de direito especial**: normas que consagram uma disciplina nova ou diferente para círculos mais restritos de pessoas, coisas ou relações (exemplos: normas de Direito Comercial, Agrário, do Trabalho, …).

6. Normas não-autónomas vs. normas autónomas (*plenitude do sentido*):

- **normas não-autónomas** - normas que, *per si*, não têm um sentido completo – falta-lhes toda ou parte da previsão, toda ou parte da estatuição – só o obtendo por remissão para outras normas, em combinação com elas. Exemplos: normas restritivas ou ampliativas de preceitos anteriores (regras sobre regras, que fixam o âmbito das anteriores, mas o seu conteúdo precetivo não se obtém isoladamente), normas remissivas (há uma regra remissiva sempre que numa regra o antecedente ou o consequente não estão diretamente determinados. O seu sentido completo só se obtém através do exame de outro preceito, para que a regra remissiva aponta); normas interpretativas (as que vão fixar o sentido das palavras legais ou esclarecer dúvidas que o seu sentido suscita - art. 12º CC, por exemplo. Estas normas não valem por si. Dentro destas: norma interpretativa sucessiva, quando integra uma outra anterior - art. 13º/1 CC - e norma interpretativa originária - art. 1º/2 CC); normas de devolução (remetem para outra lei que contem o regime aplicável - Normas de devolução intrassistemáticas, quando ocorre entre regras do mesmo sistema jurídico - art. 156º CC (não é um regime supletivo, mas sim subsidiário); normas de devolução extrassistemáticas - ocorre quando a devolução se passa entre regras de sistemas jurídicos diferentes - *se eu for proprietário de uma casa em Bali, vai aplicar-se o regime jurídico da Indonésia* - entre os arts. 14º a 65º CC); normas indiretas; remissões implícitas - a norma jurídica não remete expressamente para outra norma, mas refere que a situação a regular é igual àquilo que é disciplinado por outra norma, exemplo – ficções legais, em que a lei considera duas realidades diferentes como iguais no sentido da produção de efeitos jurídicos (art. 275º CC).[1]
  - **normas autónomas**: por lógica, precisamente o contrário das normas não-autónomas - a regra autónoma tem por si um sentido completo. Apresentam um conteúdo independentemente de outras normas jurídicas (art. 122º CC, por exemplo).

7. Normas interpretativas vs. normas inovadoras:

- **interpretativa** é a norma que se limita a fixar o sentido juridicamente relevante de uma declaração precetiva já produzida ou futura, pode também fixar o sentido de fontes do direito e negócios jurídicos;
- **inovadora** é a norma que altera de algum modo a ordem jurídica preexistente, inova. Estas constituem a esmagadora maioria das normas jurídicas.

8. Normas injuntivas vs. normas dispositivas (*vontade dos destinatários*):

- **injuntivas** são as normas que se aplicam haja ou não declaração de vontade dos sujeitos nesse sentido, inelutavelmente (normas penais, fiscais, regras que regulam o trânsito, por exemplo…). São regras que, por terem uma exigência mais forte de aplicação, têm a nulidade como necessária consequência da sua violação,

[1] Diferença entre ficções e normas de devolução - nas normas de devolução há uma identificação da estatuição, enquanto que nas ficções há identificação da previsão. Presunções legais - quando o legislador considera provada a existência de um facto estando provada a existência de um outro (art. 799º CC). Diferença relativamente à ficção - na ficção sabemos que os factos são diferentes, na presunção desconhecemos o traçar concreto do facto que queremos regular, e recorremos a outros já regulados.

e não a anulabilidade. As regras injuntivas podem ser precetivas ou proibitivas (precetivas quando impõem um comportamento, conduta ou prática de determinado ato; proibitivas quando impõem uma proibição, normas que proíbem uma conduta, determinado comportamento, um ato);

- **dispositivas** são as normas que só se aplicam se as partes suscitam ou não afastam a sua aplicação. Têm, portanto, uma posição de vontade das partes nos seus pressupostos de aplicação (exemplos: art. 582º CC, etc…). Podem ser permissivas, interpretativas ou supletivas. Permissivas – são, por natureza, dispositivas (regra que permite o casamento, aplica-se na sequência da manifestação da vontade das partes, por exemplo; interpretativas – podem ser injuntivas ou dispositivas, podendo ser também interpretativas de fontes de direito ou de negócios jurídicos. Combinando estas duas classificações, apuramos qual a modalidade de regras interpretativas: as regras que interpretam fontes de direito são interpretativas injuntivas; as regras que interpretam negócios jurídicos são interpretativas dispositivas; supletivas – é a mais importante categoria de regras dispositivas. As partes não estão em condições de antecipar nos seus negócios uma disciplina completa de relação, e mesmo que o pudessem fazer não seria prático repetir em todas as ocasiões os mesmos preceitos. A lei acode a esta deficiência, estabelecendo em todas as categorias de negócios mais importantes um regime-regra, que se aplicará sempre que as partes nada dispuserem em contrário. Exemplo: *vacatio legis*, contrato de compra e venda: as partes combinam a coisa vendida, o preço as condições de entrega e o modo de pagamento, deixando o resto para as "regras normais" da compra e venda, automaticamente aplicadas. Atenção: as regras supletivas, a partir do momento em que se aplicam, são totalmente injuntivas.

9. <u>Normas perfeitas vs. normas imperfeitas vs. normas mais que perfeitas vs. normas menos que perfeitas</u> (*sanção que implicam*):

- **normas mais que perfeitas** (*leges plus quam perfectae)* - normas que determinam a sanção e a nulidade do ato que lhe é contrario;
- **normas perfeitas** (*leges perfectae*) - só determinam a invalidade dos atos jurídicos (a questão é que podemos olhar para a invalidade como uma sanção…);
- **normas menos que perfeitas** (*leges minus quam perfectae*) - não estabelecem a invalidade dos atos contrários, mas determinam que não produzem todos os efeitos jurídicos. Exemplo: art. 1649º CC - o ato não é afetado, mas há uma restrição dos efeitos;
- **normas imperfeitas** (*leges imperfectae*) – normas que não estabelecem sanção, exemplos: normas para o PR; ou art. 1672º CC, por exemplo. Nota: Quando a norma não prevê vício, parte-se sempre do princípio de que se trata de nulidade (maior vício).

10. <u>Normas primárias vs. normas secundárias</u> (*função*):

- **primárias** - regulam o comportamento humano;
- **secundárias** - normas sobre normas (normas de identificação - normas que identificam as normas de cada sistema jurídico, normas sobre fontes de direito; normas sobre produção normativa - normas sobre interpretação e integração de lacunas e normas de interpretação de outras regras - fixam os limites de espaço e tempo de outras regras do sistema; normas sancionatórias - normas que sancionam o não cumprimento de outras regras).

4. Princípios jurídicos

São grandes orientações jurídicas, desses princípios extraem-se as normas aplicadas ao caso concreto. Estes princípios são transcendentes às disposições positivadoras do legislador, e por isso mesmo são válidas de *per* si num Estado de Direito, porque representam postulações imanentes da própria ideia de Direito. Vinculam o próprio legislador constituinte, pois este, colocando as suas decisões normativas sob o signo da justiça na medida em que pretende que elas sejam justas e válidas por fundadas em princípios regulativos superiores e não apenas numa sua decisão arbitrária e contingente, se tem de submeter à lógica dos princípios legitimadores de que se reclama.

Diferença entre princípios e regras:

Critérios - grau de abstração (1); determinabilidade (2); fundamentalidade do sistema de fontes (3); proximidade da ideia do Direito (4); natureza normogenética (5).

1. Os princípios têm maior grau de abstração (são mais amplos ou mais vagos, mais gerais); as regras, pelo contrário, são mais concretas.
2. Os princípios necessitam de outras normas concretizadoras, por serem uma espécie de chavões, que necessitam de ser concretizadoras (princípio da igualdade, p.ex; ou princípio da necessidade, da proporcionalidade, da adequação – art. 18º CRP); enquanto que as regras têm aplicação direta (p.ex. uma lei que regule o número de anos de prisão por homicídio).
3. Os princípios são normas estruturantes, as regras têm menor importância dado que o que nos diz se as regras estão certas ou erradas é a sua concordância com os princípios. Os princípios são normas estruturantes porque nos espelham a realidade social, a sociedade.
4. Nos princípios, conseguimos ver diretamente a ideia de Justiça, enquanto que nas regras não há conteúdo moral (um sinal de sentido proibido, p.ex.). As regras são meramente funcionais.
5. Os princípios têm natureza normogenética na medida em que dão origem a outros princípios e, *maxime*, a novas regras, na medida em que constituem a razão de ser destas. As regras, pelo contrário, não dão origem a outras novas. Podem, até, eliminar já existentes.

Alguns princípios basilares da nossa ordem jurídica: Princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da igualdade, da liberdade, democracia, Estado de Direito, etc…

Grande princípio geral do Direito Público: princípio da competência – os entes públicos só podem realizar aquilo que está expressamente contemplado na Lei; Direito Privado – é permitido tudo aquilo que se não proíbe, que não for expressamente proibido na Lei.

5. Jusnaturalismo vs. Juspositivismo:

A contraposição entre o Direito Positivo e o Direito Natural tem sido objeto de discussão, discussão essa onde se tenta decidir se para além do Direito Positivo, existe Direito Natural.

O Direito Positivo é o Direito atual, aquele que foi criado pelo Homem. (Direito Positivado, posto – pelo Homem -> não natural).

O Direito Natural, como o próprio nome indica, vem de Natureza, ou seja, é tudo aquilo que é inerente à existência do ser humano, como o direito à vida, o direito à liberdade. Não foi criado pelo Homem, nasceu com ele, nele.

Axiologismo – Direito como expressão de valores (Direito Natural, Jusnaturalismo) - surge pelo divino, ou pela nossa própria natureza humana (tese laica).

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.

Positivismo – Direito como conjunto de regras e princípios hierarquizados fechados em si mesmos (Direito Positivo, Juspositivismo) - Direito criado pelo Homem.

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 Direit**o de Hans Kelsen, que nos diz que todas as normas são legítimas se as normas a que se sujeitam forem também.

- Será que acima do Direito Positivo há um Direito Natural, superior ao primeiro, que permita aos cidadãos avaliar / aferir a legitimidade ou ilegitimidade do Direito Positivo?
- Será que só existe o Direito Positivo, emanado do povo soberano ou dos seus representantes (representantes do povo: governo e parlamento)?... ou existe o Direito Natural, que decorre de Deus, Razão ou Natureza, que condiciona o Direito Positivo?

Perante estas questões podemos chegar a duas respostas:

SIM – Jusnaturalismo (quem defende o Direito Natural) – Consideram que o Direito Natural existe e é superior ao Direito Positivo.

NÂO – Juspositivismo (quem nega a existência do Direito Natural) – Consideram que o Direito Natural não existe ou que não é verdadeiro Direito, logo, não interfere com o Direito Positivo.

Muito resumidamente, o **Jusnaturalismo** é a perspetiva que assenta na crença de que o jurista não se deve limitar à análise do Direito existente (positivo), mas que deve considerar o aspeto ético do Direito, ou seja, para os Jusnaturalistas, toda a lei que viole o Direito Natural, não é verdadeira lei mas sim uma "aparência". O Direito Positivo só é Direito se estiver de acordo com o Direito Natural. Jusnaturalismo - crença numa ordem normativa superior ao Direito Positivo. Maior axiologista contemporâneo - Ronald Duorkin.

O **Juspositivismo** é a perspetiva que tem como base a ideia de que a análise do Direito deve limitar-se ao Direito que está estabelecido ou "posto", abstendo-se de valorações éticas. A única coisa importante é que se cumpra o processo de criação das regras. A Constituição é a pedra sobre a qual se constrói o edifício. Um juspositivista aceita como verdadeiro, tudo o que vigorar por imperativo humano, sendo irrelevante qualquer critério que lhe seja superior. Para o juspositivista, não se coloca o problema da lei injusta: a lei ou é ou não é, independentemente de ser contrária ou não a qualquer valor. Existem valores humanos que permitem aferir a legitimidade do direito positivo, esses valores chamam-se valores jurídicos. Renúncia à formulação de juízos de valor – postura neutra, trabalha-se com fontes de forma isenta.

A esta posição positivista pode levantar-se uma crítica: aceitando o juspositivismo, cegando-nos pela questão dos valores, restringindo-nos ao Direito Positivo, positivado, é impossível condenar os criminosos de Guerra (os agentes nazis, por exemplo), ou os agentes da PIDE… Embora não seja útil cair na desvalorização extrema dos direitos positivos, não parece correto alinhar por esta "tirania dos valores" (Carl Schmitt).

6. Fontes de Direito

A expressão *fontes de direito* leva-nos à ideia de saber como se constitui e revela o direito positivo (positivado, posto, aquele que vigora num dado local e época). De que modo se constitui e manifesta o direito positivamente vigente numa determinada comunidade histórica/como se constitui a normatividade jurídica vigente de uma certa comunidade?

A expressão metafórica tem origem em Cícero, filósofo, jurista e político romano que viveu entre 106 e 43 a.C.

As fontes do direito são essencialmente fontes de juridicidade, isto é, constituem modos específicos graças aos quais uma certa normatividade se constitui como normatividade jurídica. Portanto, as fontes não são apenas os modos de revelação do direito, mas também os modos de formação do direito. A questão das fontes não deixa de ser, também, a questão de saber como a validade incarna na realidade social-histórica, adquirindo vigência, mais exatamente, adquirindo o modo de ser próprio do direito.

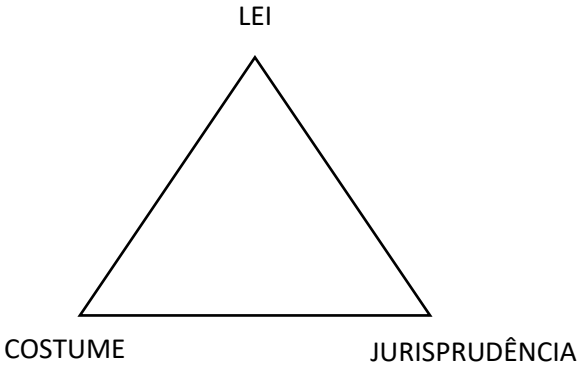
Podemos distinguir dois tipos diferentes de fontes de direito:

Fontes imediatas **Fontes mediatas**

As fontes imediatas criam e revelam o direito por si, são independentes das demais, têm valor intrínseco e superiorizam-se às fontes mediatas, porquanto estas apenas são fontes quando a lei as reconhece. Não conseguem criar direito por si próprias, subalternizam-se às fontes imediatas, máxime a lei. Exemplos: usos, equidade, Acórdãos de Uniformização de Jurisprudência – todos previstos na lei.

Tradicionalmente cabia ao Estado indicar as fontes através das quais regia o seu direito positivo. E, neste entendimento, cabe ao poder legislativo criar, única e exclusivamente, o Direito (fonte do Direito – lei). Esta visão vem da Revolução Francesa, que pretendeu romper com os velhos costumes de personalização do Direito e submeter todos, de forma clara, à mesma lei. A lei era, então, vista como a única forma democraticamente legítima de criar Direito. – Arts. 1º a 4º CC. – o Direito retira-se daqueles factos que a lei aceitar como aptos para gerar direito. Só a lei seria fonte decisiva, cabendo a outras possíveis fontes de direito apenas o valor que a lei lhes reconhecesse.

Mas não cabe à lei afirmar-se como a única fonte de direito. Até porque, de facto, não o é. Temos outras fontes, como é o caso do costume (experiência consuetudinária, que produz direito consuetudinário), e da jurisprudência (experiência jurisprudencial), para além da experiência legislativa.



LEI - É criada de forma instantânea – momento em que não existe e depois passa a existir. É um ato de vontade, dissociação entre quem cria – parlamento – e quem obedece – sociedade. Logo, é possível identificar a autoria da lei. Criada para a sociedade mas não pela sociedade. A lei tem uma dimensão temporal – assente no futuro; já o costume tem uma dimensão temporal assente no passado. A lei é um ato escrito – o costume é um ato oral.

COSTUME - É criado pelo próprio povo. Não passa pela via da democracia representativa, é "aprovado diretamente" pelo povo. Goza de aceitação comum e, segundo alguns, é a primeira fonte de Direito. Funciona à base da tradição e não é possível identificar a data da sua criação, sendo, por isso, uma fonte não voluntária – o direito consuetudinário é um direito não deliberadamente produzido. De salientar que costume se distingue de hábito. Possui dois elementos essenciais: um elemento material – comportamento reiterado, prática repetida na sociedade, pela generalidade da população; elemento espiritual – convicção de obrigatoriedade – faz-se porque se entende que é assim que deve ser, leva-se como regra. Traços essenciais: unidade entre o comportamento das pessoas e a juridicidade; caráter impessoal e anónimo – o costume não tem autoria, algo que se transmite oralmente e/ou através da conduta. Por longo tempo, até meados do século XVIII, o costume foi a principal fonte de direito. Na sociedade industrial moderna, fortemente dinâmica e diferenciada, é escassa a possibilidade da formação do direito pela via consuetudinária.

JURISPRUDÊNCIA - Decisão de um caso pelos tribunais – sentenças. Tem origem num caso concreto, surge para resolver um caso específico. É pouco democrática – os juízes não são eleitos, não é feita pelo povo. Não tem tanta importância como fonte de direito em Portugal, ao contrário do que acontece nos países de matriz anglo-saxónica.

a) Uma hierarquia?

Entre estas três fontes não existe hierarquização. A lei não tem legitimidade para opinar sobre a importância das outras fontes (imediatas):

- Entre lei e costume não existe hierarquia. Nenhuma prevalece sobre a outra. Hierarquizam-se os vários atos, mas não a relação entre as duas fontes. Existe, antes, equiparação: um afasta o outro e o reverso;
- Também não existe hierarquia entre lei e jurisprudência: certas decisões jurisprudenciais são fonte imediata de direito. E, novamente, uma pode afastar a

outra e vice-versa. Não obstante, na jurisprudência, conseguimos identificar uma hierarquia entre tribunais.

A despeito, não é irrelevante a lei ter um processo de legitimação, como derivação democrática, o que lhe confere vantagem, mas não lhe permite pronunciar-se sobre outras fontes. Por outro lado, a Constituição surge a orientar como se regula o Direito, e deste ponto de vista podemos dizer que existe uma hierarquia ligeira, por a Constituição estar no topo…, mas não se pode dizer que daí resulte uma posição primacial da lei no plano das fontes de direito, porque a Constituição ser um texto legislativo é "acidental" para esta discussão, podia não o ser – o que não concede qualquer tipo de importância maior a esta fonte de direito (à lei). Dum ponto de vista material, é a Constituição que paira sobre as fontes de direito e lhes concede legitimidade. Impõe limites a todas as fontes de direito obriga a que estejam consigo de acordo. E, portanto, a lei não se pode sobrepor às outras fontes porque tal não consta do nosso texto constitucional.

O sistema é um só: não há a Ordem da Lei, a Ordem da Jurisprudência ou a Ordem do Costume. Não há hierarquia nem distinção rígida e estanque. Há complementaridade quando é necessário, ou anulação da mesma forma. Tudo dentro de um sistema uno. Há uma unicidade do sistema. Deste modo, para interpretar uma fonte temos de ter em conta todas as outras.

Portanto, a questão de saber se "são estas as fontes?" perde importância: o que nos interessa é perceber se as fontes de Direito que temos são aceites (perspetiva externa) e se são conforme a Constituição (perspetiva interna). O que importa é o que vigora, como vigora, olhando para a sociedade.

b) A lei

Maior produtora de regras e princípios no nosso país. O CC define Lei, no seu art.1º/2, mas fá-lo de forma imperfeita, infeliz. Fala em leis como disposições genéricas, o que não é verdade. Ora, isso sucede com as normas.

Definição de lei de Oliveira Ascensão:

A lei é um texto ou fórmula significativo de uma ou mais regras, emanado, com observância de formas estabelecidas, de uma autoridade competente para pautar critérios jurídicos de solução de situações concretas.

De acordo com O. Ascensão, podemos apontar três pressupostos da lei:

1. **Uma autoridade competente para estabelecer critérios normativos de solução de casos concretos**; Parte formal: identificar uma autoridade competente que possa criar lei. Mas as resoluções da Assembleia da República, por exemplo, não são lei, daí a 2ª parte - Parte substancial: tem de apresentar critério de resolução de casos concretos (critério normativo / com base em normas; relaciona-se com o plano geral e abstrato).
2. **A observância de formas eventualmente estabelecidas para essa atividade**; Parte formal: há formalidades escritas; há que seguir um procedimento.

3. **O sentido de alterar a ordem jurídica da comunidade pela introdução de um preceito genérico**. Referência à normatividade: intuito de alterar a norma jurídica, apelando às normas e princípios.

Quer isto dizer:

para sabermos que é lei, interessa saber quem aprovou, se aprovou de acordo com os procedimentos, e se alterou a ordem jurídica de acordo com as disposições genéricas.

<u>Importa estabelecer uma divisão:</u>

Lei em sentido formal ≠ Lei em sentido material

Sentido formal: Ato não tem de conter materialmente normas e princípios jurídicos, mas tem de vir de um poder legislativo (Quando falamos do sentido restrito, lei como lei da Assembleia da República);

Sentido material: Todo o texto que insere normas e princípios jurídicos emanados por autoridades competentes (ainda que não da componente legislativa da Assembleia da República). Apela à análise do conteúdo da lei, quanto à sua substância. Pode até nem provir de uma autoridade competente, aqui analisa-se apenas o conteúdo: contém normas e princípios? É ela a portadora de disposições genéricas (por meio das normas)? Então é uma lei no sentido material do termo. A lei não pode ser concreta nem pontual – mas sim geral e abstrata -, tem de produzir alteração na ordem jurídica, e obedecer aos procedimentos estabelecidos.

- Posso ter leis que o são apenas num sentido (unicamente formais ou materiais).

<u>Outra divisão, de acordo com a amplitude da lei:</u>

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. (leis, decretos-leis, portarias, regulamentos, etc.)
3. **Sentido restrito**: lei como lei da Assembleia da República (um ato jurídico que emana de um órgão parlamentar). Consequentemente, não há aqui hierarquia entre leis e decretos-leis, por exemplo.
4. **Sentido intermédio**: conceito de lei varia de acordo com o contexto Ex.: lei da Assembleia da República, inclui decreto-lei do governo, mas não decretos-leis menores.

Funções da lei, segundo Castanheira Neves:

1. **Reformadora**: definição jurídica do programa social. Só a lei pode ser usada para introduzir reformas sociais, só ela consegue produzir alterações significativas de forma sistemática e organizada.

2. **Organizativa**: capacidade institucionalizadora, instituinte e planeadora. Cria órgãos, dota-os de funções competentes e com poderes.

3. **Integração**: impõe soluções jurídicas gerais, abstratas e pacificadoras. Pode criar resoluções imediatas para problemas.

4. **Garantia**: objetividade e certeza. Fonte de direito que melhor permite o seu conhecimento ao povo; garante segurança aos destinatários de conhecer a lei; forma de transmissão de conhecimentos.

Hierarquia das leis: A CRP, no seu art. 112º, faz a distinção entre os vários atos normativos:

1. **Lei constitucional** - é a norma fundamental, a que tem maior valor.

Depois, temos a **Lei Parlamentar**: Cabe ao órgão legislativo, isto é, é aprovada pela Assembleia da República; como fonte intencional de Direito exprime a vontade dos cidadãos indiretamente – sistema representativo, por isso goza de um estatuto especial: possui legitimidade democrática. Falamos de primazia da lei parlamentar sobre os demais atos. A A.R. dispõe de reserva absoluta de competência legislativa (art. 164º CRP). Matérias em que só a Assembleia pode legislar. Há, depois, a reserva relativa de competência legislativa (art. 165º) – matérias que continuam a ser da exclusiva competência legislativa da Assembleia, mas que esta pode autorizar o Governo a também legislar sobre. Complementa com o art. 198º CRP, que define os momentos em que o Governo tem competência legislativa (domínio exclusivo do Governo + reserva relativa da AR). As Leis Parlamentares subdividem-se em:

2. **Leis de valor reforçado** (ou Leis Reforçadas) – são leis que possuem menos valor do que as constitucionais, mas mais do que as leis ordinárias. São emanadas dos órgãos de soberania nacional ou dos órgãos de governo próprio das regiões autónomas com competências legislativas – indicado no art. 112º CRP. São leis reforçadas:

1) leis orgânicas (leis reforçadas pelo procedimento específico);
2) as restantes leis que exigem uma aprovação de mais de 2/3 dos deputados em efetividade de funções (leis reforçadas pelo procedimento específico);
3) Leis de Autorização legislativa, Leis de Bases, … (leis reforçadas pelo conteúdo especial)

3. **Leis ordinárias** - não podem contrapor leis reforçadas. Estão no mesmo nível dos decretos-leis que emanam do Governo, aprovados em Conselho de Ministros.

Todos os primeiros 3 tipos de lei são centrais. Quer isto dizer que são as leis de maior importância, porque se aplicam a todo o território.

4. Há, depois, as **Leis Regionais**, hierarquicamente inferiores às leis centrais. São os decretos legislativos regionais, de âmbito regional, como as leis das Regiões Autónomas.
5. Depois, as **Leis Municipais**, de âmbito local. No fundo da hierarquia. São os atos legislativos das autarquias/câmaras municipais.
6. Podemos, ainda, falar das **resoluções**, dos **regulamentos**, e dos **referendos**. Os primeiros são leis apenas em sentido formal, na medida em que são aprovados em sede parlamentar, mas não são fonte de Direito – têm apenas um caráter persuasivo (recomendações da AR ao Governo, por exemplo). Os segundos são já leis em sentido amplo, atos que criam normas, provenientes do Governo ou de diversas outras entidades e que assumem diferentes espécies. Derivam do poder executivo e destinam-se a regulamentar as leis, estabelecem os seus pormenores de execução. São os regulamentos que conferem exequibilidade à lei. Servem para consolidar aspetos que ficaram em aberto nas leis ou decretos-leis. É absolutamente necessário que assim seja, dado que a AR não pode legislar até ao mais ínfimo pormenor – seria catastrófico. (Art.111º e 112º/7 CRP). Não podem violar quaisquer leis. Podem distinguir-se vários tipos de regulamentos.

Quanto ao conteúdo:

1) **Regulamentos de execução -** necessários à prática e execução da lei, sem eles a lei não pode ser aplicada; vêm preencher lacunas das leis ou decretos. Por vezes, é a lei que antecipa a necessidade.
2) **Regulamentos complementares -** referidos genericamente a uma lei cujos fins e sistema normativo vão desenvolver. Aprofundamentos que desenvolvem um aspeto concreto; surgem por conveniência, para colmatar uma necessidade.
3) **Regulamentos independentes -** em que a lei indica a entidade que poderá/deverá emitir o regulamento e a matéria. Há uma entidade reguladora criada pela lei que regulamenta sobre um certo sector específico. Podem assumir a forma de lei ou decreto-lei do governo.
4) **Regulamentos autónomos** – são regulamentos que retiram diretamente a sua legitimidade da Constituição, mas acabam por ser inconstitucionais, porquanto são proibidos através do art. 112º/7 – é uma violação inadmissível do princípio da separação de poderes – não são permitidos nem existem.

Quanto à forma:

1) **Decretos regulamentares** – emitidos pelo governo e carecem de assinatura do P.R. Atos normativos do poder executivo = regulamentos independentes.
2) **Portarias** – podem ser emitidas por um ministro. Está em causa uma lei, que vem concretizar um regime; referem-se a lei num sentido mais amplo; regulamentadas por um decreto-lei; são um ato menor da hierarquia. Possuem diferentes graus de autonomia: pouca autonomia quando surgem para concretizar a lei a mando da mesma ou quando se encontra posteriormente uma lacuna na lei; maior autonomia quando fazem mais do que apenas "tapar buracos", surgem para regulamentar um sector que não o era; margem de manobra começa quando a lei acaba; ficam a cargo de uma entidade nomeada pela lei. 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.

3) **Despachos normativos** – tem de ser uma lei a dizer que determinada lei é regulamentada por despacho tal.
4) **Instruções ou circulares** – formas mais leves de regulamentar (o comportamento de funcionários, por exemplo).

Há ainda outra distinção:

- **Regulamentos externos** – têm força obrigatória geral (regulamento para cães de raça perigosa, por exemplo);
- **Regulamentos internos** – vinculam apenas a administração, ou apenas um grupo de pessoas (regulamentos das Faculdades, por exemplo).

(Pequenas destrinças:

Decreto-lei vs. Regulamento – O primeiro representa a invocação do poder legislativo, enquanto que o segundo pertence ao foro do poder executivo.

Regular vs. Regulamentar – regular designa a atividade de qualquer lei ou decreto-lei, que regula um regime jurídico, por exemplo. Regulamentar refere-se ao concretizar dos pormenores que as leis deixam em aberto (por serem gerais e abstratas, disposições genéricas).)

Finalmente, os referendos: este instituto foi introduzido na revisão de '89. Estão regulados no art.115ºCRP. É um ato político do P.R., que por si só não cria atos legislativos (não é fonte de Direito, não cria Direito, não altera a Ordem Jurídica), nem faz cair atos legislativos, apenas produzem atos legislativos subsequentemente. O referendo impõe-se como uma influência da população às decisões da AR. É utilizado em questões de importância e relevo nacional. No entanto, o referendo é vinculativo no sentido em que se determina se se faz ou não algo.

<u>A ignorância da lei</u>:

A ignorância da lei (no sentido amplo do termo lei) é contemplada no art. 6º CC:

"A ignorância ou má interpretação da lei não justifica a falta do seu cumprimento nem isenta as pessoas das sanções nela estabelecidas."

Temos de distinguir o domínio das relações entre particulares e entre o Estado e os cidadãos:

- Entre particulares: <u>a ignorância da lei não é critério</u> – art. 6º CC. Entre cidadãos recusa-se a alegação de ignorância da lei por motivos de justiça – para não se favorecer os ignorantes em detrimento dos que fazem questão de conhecer e praticar a Lei; mas sobretudo por razões de segurança jurídica, se todos pudessem alegar ignorância da lei, o Direito era um caos, e não era profícuo;

- 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, conhecer a lei - Princípio da Segurança/Certeza jurídica. Se o Estado não é capaz de transmitir conhecimento jurídico não pode ser aplicado o art. 6º CC.)

Tudo isto tendo sempre em conta que o Direito tem duas funções:

- Uma primeira **função descritiva**, em que se informa o dever ser corrente, o modo como as pessoas devem agir (é aqui que se enquadra o Princípio do Acesso ao Direito);
- E só depois a **função patológica/corretiva**, em que se pune os cidadãos por não cumprirem com o dever ser (com a função descritiva).

<u>Publicação da lei</u>:

Relativamente à elaboração dos diplomas, existe sempre uma sucessão que é seguida:

- **Redação**;
- **Proposta na AR** (art. 167º CRP) – projeto de lei se vem dos deputados ou grupos parlamentares; proposta de lei se vem do Governo (ou de um grupo de cidadãos, ou das ALR);
- **Discussão e votação** (art. 268º CRP);
- **Aprovação, e promulgação ou 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);
- **Referenda Ministerial** (Art. 140º CRP - a falta da referenda implica a inexistência do ato normativo). Esta referenda é meramente uma questão formal, um visto, um "tomei conhecimento";
- **Publicação no Diário da República** (art. 119º CRP);
- ***Vacatio legis***: 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 (art. 20º CRP). A *vacatio legis* tem a duração que o próprio diploma determinar (art. 5º/1 CC) e, na falta de fixação, é de cinco dias no continente, quinze dias nas Regiões Autónomas, e de trinta dias no estrangeiro (legislação especial – Lei 74/98);
- Entrada em vigor e vigência. Entrada em vigor: momento em que a lei começa a produzir efeitos/torna-se eficaz. Vigência: todo o período enquanto a lei produz efeitos.

(A questão dos 5 dias configura uma regra supletiva: é aplicada quando não há nenhuma menção de prazo na lei. No final da lei pode vir um artigo em que se aumenta o período para a entrada em vigor ou se suprime o mesmo (o mínimo é entrar em vigor no dia seguinte).

Regras supletivas ≠ Regras injuntivas

a) Regras supletivas: surgem para casos em que não se fixaram regras.

b) Regras injuntivas: são compulsórias e imperativas.

Mas, e se a lei for ineficaz?

A Lei é ineficaz:

- Por ainda não ter entrado em vigor: é inexistente; ocorre antes da promulgação ou referenda da lei;
- Porque é inválida: apesar de existente (de ter passado por todo o processo e de ter sido publicada) a lei é inválida - é ineficaz:

a) Ato legislativo inconstitucional: a inconstitucionalidade pode ser material, orgânica ou formal/procedimental – material se o vício afeta a própria norma no seu conteúdo, por este ser contrário ao conteúdo de uma norma constitucional; orgânica se uma norma não foi aprovada pelo órgão competente para tal (pode até não ser inconstitucional do ponto de vista do conteúdo); formal se no processo de aprovação da norma são preteridos, ou distorcidos, trâmites ou formalidades constitucionalmente previstos e exigidos).

b) Ato legislativo ilegal: equivalente a inconstitucional, acontece quando a lei não obedece a uma lei hierarquicamente superior (exemplo: um Decreto-Lei autorizado que não respeita a Lei de Autorização Legislativa da A.R.).

Quando se declara que a lei é inconstitucional ou ilegal, dá-se a cessação da sua vigência. (art. 7º CC)

Modalidades de cessação:

- Revogação (por uma nova lei): é o cenário mais frequente. Total (ab-rogação) – é revogado todo o diploma - ou parcial (derrogação) – revogam-se alguns artigos. Pode ser expressa - por declaração, afirmada legalmente - ou tácita - por incompatibilidade com a nova lei;
- Caducidade: por razão interna, a própria lei encerra o seu período. A lei caduca por si mesma, por superveniência de um facto previsto por si. Acontece com disposições transitórias, propositadamente temporárias, ou com casos em que se dá o desaparecimento, em termos definitivos, da realidade que a lei se destina a regular;
- Costume *contra-legem*: o costume afasta a lei. É raro nos dias que correm. É mais frequente suceder o contrário: quando a lei e costume são contraditórios também a lei pode anular o costume;
- Repristinação: Reentrada em vigor de uma lei que tinha anteriormente cessado. Ocorre quando uma lei é revogada por outra e, posteriormente, a própria norma revogatória é revogada por uma terceira lei, que irá fazer com que a primeira tenha a sua vigência reestabelecida, assim determine o seu texto legal.

Conflitos de normas:

a) Normas em conflito emanadas de fontes de hierarquia diferente – prefere-se a norma de fonte hierárquica superior (critério da superioridade): *lex superior derogat legi inferiori*

b) Normas em conflito pertencentes à mesma hierarquia – prefere-se a mais recente (critério da posterioridade): *lex posterior derogat legi priori*, com a ressalva de que lei especial prevalece sobre lei geral (critério da especialidade): *lex speciallis derogat legi generali* – ainda que esta seja posterior, exceto, neste casos, se outra for a intenção do legislador

- 3 tipos de conflitos possíveis:
    1. Normas diferentes que se sucedam no tempo – conflitos de leis no tempo;
    2. Uma situação concreta com influência em dois ordenamentos jurídicos diferentes com, também eles, soluções dissonantes para o caso – conflitos de leis no espaço;
    3. Um mesmo facto abrangido por hipóteses legais de normas simultaneamente em vigor no mesmo ordenamento, mas cuja aplicação simultânea é impossível por implicar contradição – conflitos internos de normas.

<u>Codificação da Lei</u>:

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, aprovada pelo Imperador Justiniano (Império Romano do Oriente). Compilaram-se leis, doutrina e jurisprudência. Foi muito influente no ocidente, na Europa continental, embora o atual modelo de codificação seja assaz distinto do de Justiniano.

Após a Revolução Francesa, este espírito de reunião foi reavivado, muito por causa das ideias de construção de um novo edifício da justiça, assente no Juspositivismo naturalista, com leis iguais para todos – o que torna muito mais fácil a codificação.

Tivemos a tentativa (falhada) de Jeremy Bentham de compilação do Direito Inglês.

Em França, após a Revolução, surgiu o Código Civil de Napoleão, em 1804, que influenciou sobremaneira o Direito Português. Antes, o Código Prussiano de 1794, embora esse não tivesse tanta influência no nosso panorama jurídico. Posteriormente, o Código Austríaco de 1811

Em Portugal, os mais antigos Códigos surgiram em 1883 (Código Comercial Ferreira Borges) e em 1888 (Código Comercial Veiga Beirão), este último ainda hoje vigorando. O primeiro Código Civil data de 1867 (Código Seabra) e o segundo, o atual, de 1966 (Código Varela), tendo sucedido, em 1977, uma importante reforma atinente à sua conformação com o novo texto constitucional. A principal influência é o atual código alemão, o BGB (*Burgerliches Gesetzbuch*), sobretudo na estruturação.

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 cristalizador das soluções.

- Outra questão é a da *soft law*. Designa projetos transnacionais, movimentos codificadores de regras e princípios comuns de várias nações sobre determinada área jurídica. Têm força persuasiva (e nada mais) em resultado do elevado prestígio dos seus redatores. Não são, portanto, fonte de direito. Não vigoram em lado algum. Imita-se a lei. Cria-se instrumentos que formalmente não vigoram (Câmara do Comércio Internacional, por exemplo) para beneficiar os respetivos sócios, facilitar-lhes a vida. Juntam-se peritos em determinada área e fazem-se modelos de leis ideais. Codificam-se princípios *standard*, de acordo com o direito que vigora nos países, para os ajudar e orientar nas decisões segundo a equidade, ou para justificar decisões no geral.

c) O costume

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

O costume possui dois elementos: elemento material/externo (*corpus*) e elemento psicológico/interno (*animus*).

- ***Corpus***: uma conduta reiterada na sociedade; prática social repetida, observância generalizada e uniforme de determinada conduta em que está implícita uma norma, reiterada há tanto tempo que não é possível recordar a origem. Noção tradicional: quando a prática é algo muito antigo; ninguém se lembra de um tempo em que esta não era adotada. No plano internacional: admitem-se costumes mais recentes, só existem há alguns anos (de modo que a ideia tradicional tem sido posta em causa). A propósito, no Direito Internacional Público, o costume (internacional) continua a ser uma importante fonte de direito – art. 8º/1 CRP: vigora diretamente na ordem jurídica interna portuguesa pelo simples facto de vigorar na ordem internacional.
- ***Animus***: Convicção de licitude da prática por quem a pratica: age-se assim porque é "obrigatório" socialmente, pensa-se. Convicção de obrigatoriedade com relevância jurídica: assume-se que haja sanções jurídicas, não só sociais. Atuação convicta de que se estão a seguir as verdadeiras regras, de se estar a obedecer a uma norma, a uma regra geral e abstrata obrigatória, caucionada pela consciência jurídica da comunidade.

O costume, no fundo, tem a sua base numa ação ou decisão que, no contexto comunitário, se assume como a ação correta ou a decisão justa, assim tornando-se na ação paradigmática ou na decisão modelo de casos posteriores do mesmo tipo.

Características da prática costumeira:

- **Generalidade**: comportamentos que podem ser adotados pela sociedade como um todo, em geral;
- **Uniformidade**: prática social uniformizada;
- **Continuidade/Permanência dos comportamentos**: práticas não descontinuadas no tempo;
- **Frequência**: prática social que tem de ser frequente;
- **Publicidade**: prática levada a cabo à vista de todos.

Exemplo de costume: pessoas organizadas em filas de espera.

Nota: podem existir costumes iniciados e praticados por uma só pessoa - exemplo: o costume do Presidente da República comer um pastel de nata todos os dias antes de ir trabalhar. Isto acontece em virtude da definição tradicional de costume se apresentar como bastante plástica, de fronteiras difíceis de definir. Podemos, também, ter costumes com cinco anos. Os costumes variam bastante em função de alguns elementos.

Atenção: O mero costume não atinge a juridicidade, bem como um comportamento normalizado também não: é-o se se manifestar numa norma.

O costume dá origem a um Direito Consuetudinário: quando o Direito tem a sua base constitutiva na tradição. (Tradição = costume, prática normativamente consuetudinária.).

Costume ≠ Usos (Valor dos usos: art.3º CC)

Os usos têm *corpus* mas **não têm *animus***. São fonte de direito mas subordinada à lei, logo não são fonte imediata – não têm força autónoma, a sua força vem da lei. Não têm a força do costume, são apenas tomados em consideração.

Usos:

Comportamentos repetidos e constantes, mas sem o acompanhamento da convicção de obrigatoriedade. Para os identificar basta observar a realidade e ver se as pessoas se comportam de uma certa maneira.

Características dos usos:

Rigorosamente as mesmas dos costumes. Com efeito, o que difere é mesmo o elemento psicológico e não os materiais (características).

Relações entre o costume e a lei:

Entre costume e lei não há hierarquia: são fontes paralelas. Contudo, é possível estabelecer relações entre estas duas fontes de Direito.

Existem três tipos de costumes, na sua caracterização em relação à lei:

1. **Costume *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. Um costume coincide com a lei, lei essa que codificou esse mesmo costume e agora coincidem. Isto dá origem a uma norma com pluralidade de fontes (lei e costume);
2. **Costume *praeter legem*** (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 (e nunca de sobreposição de normas);
3. **Costume *contra legem*** (contra a lei) – são os que traduzem práticas consuetudinárias opostas ao estabelecido na lei – costume contrário à lei, norma legal e norma consuetudinária que são contrárias. 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.

- Exemplo de um costume *contra legem*: recentemente observado em Portugal, com o caso dos touros de morte em Barrancos (uma norma costumeira local) contra um decreto de 1928 (uma norma legal). Entretanto… lei 92/95 proibiu todas as violências injustificadas contra animais, mas deixando de fora as touradas; a lei 12/2000 substituiu o decreto de 1928 mas continuou a proibir os touros de morte em Barrancos. Contudo, a lei 19/2002, no seu art.3º/4, reconhece a "perda da guerra" lei vs. costume. O costume dos touros de morte em Barrancos impôs-se à lei durante décadas, manteve-se mesmo com uma lei contrária, até que a lei acabou por reconhecer a derrota O costume (*contra legem*) prevaleceu sobre a lei. Permitiu-se, então, a prática excecional de touradas de morte nos locais em que, por motivos histórico-culturais, essa prática tem forte importância – costume derrogativo, capaz de levar à caducidade de uma norma. Coisa diferente é o desuso (uma lei cair em desuso): acontece quando o evoluir da técnica revela a inadequação de determinada regra, e as pessoas deixam de a cumprir (exemplo: proibição de usar telemóveis em piscinas).

Os costumes *contra legem* em relação à Constituição, existindo, são preocupantes, dado que esta, por definição, deveria estar de acordo com os anseios e as vontades da população, da sociedade. Os costumes e o texto constitucional devem andar de mãos dadas.

d) A Jurisprudência

Pode ser entendida como o conjunto das decisões dos tribunais. Assim, pode constituir 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.

Cada vez que um juiz decide um caso baseia-se num conjunto normativo, aplica as normas e princípios gerais e abstratos ao caso concreto. Mas discutir se a jurisprudência é fonte de Direito é questionar se essas decisões dos tribunais constituem precedentes a casos futuros, e não única e exclusivamente uma aplicação restringida ao âmbito de um caso concreto e irrepetível. Ou seja, Jurisprudência não é fonte de Direito se a decisão do juiz só afeta as partes do caso concreto, ou se só é relevante para esse caso.

Ou seja:

A Jurisprudência é fonte de direito? Sim, mas só em determinados casos. Quais? Aqueles em que o critério normativo (do juiz) não se aplica apenas no caso atual, mas também é válido para os ulteriores.

A Jurisprudência é fonte de Direito se o tribunal influencia/afeta casos semelhantes com a sua decisão, ou seja, se altera, ainda que pouco, outros casos posteriores; a sua decisão é relevante quanto à ordem jurídica - produz normas gerais e abstratas.

Mas, atenção: é uma fonte *subsidiária* - a lei e o costume prevalecem. A jurisprudência é dependente deles.

Ainda assim, a jurisprudência pode inovar, mas no espaço que a lei lhe dá. Pode levar à alteração da lei para torná-la mais adequada, ajustando-a às considerações que a jurisprudência encontrou. Ex.: quando há falhas/espaços de manobra na lei que a jurisprudência identifica e cria ou adapta soluções para elas que a lei pode posteriormente incluir (como quando há exceções que a lei não contempla e as correntes jurisprudenciais identificam). Ou ainda casos de conceitos indeterminados, cada vez mais frequentes na nossa ordem jurídica, de que são exemplos o abuso de direito ou a boa-fé, aumentam a importância da Jurisprudência, dão-lhe uma margem de manobra muito maior. Nestes casos, os tribunais adotam uma intervenção criadora no direito do caso concreto que decidem. Assumem o papel de legislador complementar.

Onde a jurisprudência pode ser vista como verdadeira fonte de direito, imediata, é ao nível de questões constitucionais. As suas decisões vinculam todos, revelam normas gerais e abstratas. Mesmo não tendo os acórdãos do Tribunal Constitucional prescrição normativa, nem iniciativa própria, liberdade constitutiva, estando subordinados à lei, ou seja, uma atuação extremamente passiva do T.C., não deixam de ser fonte de Direito. A lei é reversível, o Tribunal Constitucional não revoga as suas decisões. (Para além disto, podemos considerar ainda os Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo que também criam direito ao declarar ilegalidade de regulamentos face a leis.)

<u>O precedente</u>:

As decisões dos tribunais são precedentes para casos concretos. O precedente é:

- Princípio de administração da justiça segundo o qual os juízes devem sentenciar os respetivos casos, de acordo com casos julgados anteriormente (precedentes). Princípio de decisão de casos semelhantes para aplicar as mesmas soluções;
- Resposta dada pelo tribunal na decisão anterior e, para este caso, no quadro da argumentação, a decisão aplica-se novamente.

Este precedente pode ser vinculativo (sistema de precedente vinculativo) ou meramente persuasivo (sistema de precedente persuasivo).

Sistema de precedente vinculativo:

- existe o dever jurídico de proceder da mesma maneira. Os tribunais inferiores estão vinculados pelas decisões dos tribunais superiores – ideia de igualdade e por isso previsibilidade da aplicação da lei. Os juízes devem, juridicamente, agir de maneira harmonizada. – acontece nos sistemas de matriz anglo-saxónica.
- não há obrigatoriedade ou dever jurídico de os juízes agirem do mesmo modo que os tribunais superiores, mas as decisões anteriores têm grande influência – ainda que destituídas dessa força obrigatória geral. – acontece em Portugal.

O *stare decisis* nos sistemas de matriz anglo-americana: *Stare decisis* – está decidido: um princípio presente nas matrizes anglo-americanas, característica do direito inglês. A partir daqui as decisões futuras não se podem desviar. Celebra um precedente vinculativo, ou seja, a partir do momento em que há uma decisão num sentido isto é o suficiente para todos os juízes serem obrigados a seguir essa mesma decisão em casos análogos.

Em Portugal, os juízes, não sendo obrigados, 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/3 CC). Entende-se que não há obrigação de seguir o precedente – não existe o precedente vinculativo típico dos sistemas anglo-americanos – mas têm de ser justificados os desvios à jurisprudência anterior, aplicada a casos análogos) – jurisprudência com força vinculativa subsidiária.

Justificação para desvio das decisões anteriores/para propor uma solução inovadora:

- Técnica de distinção: há factos que o tornam diferente; justificar porque não se tratam de casos análogos;
- Os factos são semelhantes mas a solução anterior não foi a correta: admite-se que os casos são análogos, mas há um certo aspeto que não foi tido em conta; ex.: citando-se doutrina destaca-se um aspeto que foi ignorado e por isso a solução tomada não foi acertada.

Mas nem sempre foi assim, um tempo houve em que, em Portugal, os Tribunais produziam jurisprudência com força obrigatória geral. Em nome da necessidade de atingir maior segurança nas decisões e evitar desperdício de atividade jurisprudencial perante casos semelhantes muitas vezes repetidos (uniformização, modos uniformes de decidir, evitando oscilações nas decisões), existiam os chamados <u>assentos</u>: decisões judiciais que terminam com a formação de doutrina com força obrigatória geral. A decisão assemelha-

se à criação de lei. Art. 2º CC (revogado): *"Nos casos declarados na lei, podem os tribunais fixar, por meio de assentos, doutrina com força obrigatória geral."*

Os assentos foram considerados inconstitucionais, revogados pelo Decreto-Lei de 12/12 de 1995, devido à sua violação do princípio de separação dos poderes: a jurisprudência estava a intervir na lei, os juízes estavam a desenvolver um poder legislativo – forjavam leis. O poder judicial estava a ingerir-se no poder legislativo, visto que estes assentos em tudo se assemelhavam a normas legais. Por outro lado, os assentos violavam o art. 112º CRP, nos seus números 1 e 5.

Substituíram-se, então, estes assentos por Acórdãos de Uniformização de Jurisprudência, uma tentativa mais sensata de uniformizar sentenças.

Acórdãos uniformizadores de jurisprudência: 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 residiu, exatamente, nos assentos.

A nova solução encontrada apresenta-se como Acórdãos de Uniformização de Jurisprudência. São sentenças coletivas de juízes criadas 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 caráter obrigatório/vinculativo, quem se divergir do definido pelo acórdão, tem de se justificar. Força persuasiva.

O STJ uniformiza a jurisprudência em relação a questões relevantes porque motivadoras de discussão e divergência de opiniões. 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.

Uniformização de jurisprudência – arts. 686º e 688º CPC, em substituição dos assentos – art. 2º CC.

Esquecendo estes casos mais especiais, complicados, relevantes ao ponto de motivarem Acórdãos de Uniformização de Jurisprudência, como é que podemos olhar para as decisões comuns dos tribunais – jurisprudência comum?

Esta é, contudo, uma questão meramente teórica. Há quem entenda que são fonte de direito porque produzem a normatividade prejudicial (prévia ao juízo de cada tribunal – as decisões anteriores); para outros não. Não criam direito, apesar do conjunto das decisões anteriores ter alguma influência.

Ou seja, estamos todos de acordo com o alcance das decisões dos tribunais, mas se a jurisprudência é fonte de direito ou não, nessa questão não há acordo.

Opinião de Miguel Nogueira de Brito: precedente subsidiário – reconhece força às decisões anteriores para que não haja desvios injustificados, a menos que hajam razões para o desvio. As decisões anteriores funcionam como ponto de partida.

Componentes de uma decisão judicial:

1. **Descrição dos factos**
2. **Decisão**
3. **Fundamentação da decisão** (justificações de facto, análise de argumentos jurídicos: *ratio decidendi*, etc.) - ***Ratio decidendi*** (razão para a decisão): São os argumentos principais que integram a fundamentação da decisão do juiz. Quais as afirmações jurídicas que se revelam determinantes na tomada de decisão. O que determina a precedência. É suscetível de criar/ser fonte de Direito.
4. **Observações laterais** (*obiter dicta*)

Obiter dicta/dictum (considerações *by the way*…/*en passent*…): Apresentam-se argumentos que não são absolutamente relevantes ou críticos para a decisão. 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) Outras fontes de direito:

- **Doutrina** - Conjunto de posições doutrinárias sobre um determinado assunto/tema consideradas de modo a extrair delas determinadas orientações. São livros e textos de Direito publicados por qualquer um, com ou sem credibilidade na área (mas se é credível é mais provavelmente citado - a opinião dos jurisconsultos/pessoas que refletem sobre o direito consideradas em si mesmas). As opiniões podem ou não ser unânimes numa área. Mas o que é certo é que a doutrina não é fonte direta/imediata de Direito: influencia indiretamente a lei e a jurisprudência; pode-se citar autores em tribunais para justificar certas decisões. A doutrina é, atualmente, uma **mera fonte mediata de direito**. Bastantes sentenças, atualmente, contêm citações de doutrina de modo a reforçar a tese do juiz, a sua posição. O seu objetivo não é criar direito mas antes explica-lo, explicar o seu funcionamento. Contudo, isto não acontecia em tempos mais remotos: *Communis Opinio Doctorum* – No Império Romano, os textos de Cícero (doutrina) tinham força de lei, p.ex. Extraíam-se opiniões comuns dos textos, tendo estas força obrigatória geral.
- **Normas Corporativas**: Art. 1º CC. São fonte imediata de direito. Estabelecem estatutos, organização e disciplina internas das entidades de base associativa supra ou infra-estaduais. São regras internas de âmbito restrito, que só regulam quanto à sua entidade. Ex.: estatuto da ordem dos advogados (normas apenas aplicáveis a advogados). São normas que se destinam a regular ordens profissionais (Ordem dos Médicos, Ordem dos Advogados, …), ou faculdades (FDUNL, …), ou entidades supranacionais (Igreja Católica, FIFA, UEFA, …). São semelhantes aos regulamentos estaduais, mas não se podem confundir com os regulamentos de entidades privadas.

Esclarecimento: Regulamentos – duas acessões

f) **Legislação subordinada do Estado** – poder executivo do governo (são estes os regulamentos que são semelhantes às normas corporativas). São fonte de direito.
g) **Regulamentos provenientes de entidades privadas** - regulam a utilização de espaços, os condomínios, etc. Não são fonte de direito porque não revelam normas gerais e abstratas (o que acontece com os regulamentos do poder executivo), apenas se dirigem a orientar casos específicos, limitados na sua relevância. Um regulamento de um ginásio não tem importância a nível nacional, como tem um regulamento emanado do governo. Estes regulamentos não alteram a Ordem Jurídica, não criam Direito.

- **Convenções coletivas de trabalho**: regulações que não emanam do poder público mas sim de negociações entre entidades patronais.
- **Regulações do dono**: normas restritas, num domínio de pequena escala, criadas apenas para pessoas que entram na esfera de domínio daquele local.
- ✓ ***Juris essendi***: guerra e revolução. 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; 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).

7. Interpretação da Lei

Interpretação – É um fenómeno comunicativo que estabelece relação de conhecimento entre o intérprete e o objeto, uma atividade inteligencial dirigida à apreensão do sentido de um objeto. Ao interpretar, capta-se o sentido de algo. É uma tarefa que existe em todas as áreas do saber. Para o que nos interessa, é um processo tendente à identificação de um ou mais signos jurídicos.

Em que se distingue a interpretação jurídica das demais? A interpretação jurídica pretende a extração de um propósito normativo que traz consigo um comando dirigido à ação ou à abstenção. (Exemplo: a associação de cores constitui um sistema normativo no tráfego rodoviário – atribui-se às cores um comando de permissão e proibição, comandos esses que acabam por significar regras jurídicas: o vermelho, por exemplo, é uma norma proibitiva. No fundo, as cores, por si, não possuem significância jurídica, só com a junção de um sistema normativo triangular, o tal propósito normativo, que só se extrai mediante interpretação – jurídica - é que ganharam normatividade jurídica).

A interpretação jurídica é, então, um sistema lógico e complexo marcado por uma intenção normativa sob um enunciado linguístico. Procura conferir um sentido normativo para ser aceite com plausibilidade. A interpretação jurídica pretende, a partir da fonte, chegar à regra. A casa de partida é uma fonte, um enunciado linguístico, e a casa de chegada, o resultado é uma norma – o caminho percorrido entre as duas casas é a interpretação.

A interpretação é o movimento fundamental que caracteriza toda a ordem jurídica.

a) Preceito e norma, uma distinção temporal

O preceito é o enunciado linguístico que contém o objeto da interpretação; a norma é a consequência, o resultado da interpretação do preceito, é algo *a posteriori*, decorre da atribuição de um significado jurídico ao preceito. É por isso que se diz não haver coincidência entre enunciado (preceito) e norma – e um enunciado pode conter várias normas.

Exemplo: art. 68º/1 CC – é preciso atribuir um significado jurídico ao termo *morte*. Há, então, que extrapolar da mera leitura do preceito para o raciocínio interpretativo.

Art. 1305º CC – este enunciado, que é <u>um</u> enunciado linguístico, contém não só uma norma, antes várias:

1. Direito de fruir dos bens
2. Direito de transmitir a propriedade
3. Direito de não ser privado da propriedade
4. Dever de observar as restrições legais

Mas, pelo contrário, existem normas sem respetiva proveniência de enunciado linguístico: podemos considerar, para o efeito, as normas consuetudinárias, ainda que há quem argumente que provêm de enunciados verbais. Mas é o caso, sobretudo, do exercício interpretativo no âmbito da interpretação enunciativa (que mais à frente se desenvolve). Aqui, constrói-se uma norma a partir de um processo lógico-formal. Exemplo: proibição de escrita com caneta vermelha nos documentos entregues à FDUNL. Desta norma, por meio da interpretação enunciativa, podem ser retiradas outras (por processo lógico-formal) que não constavam diretamente do enunciado linguístico: permissão de escrita a verde, permissão de escrita a azul, etc… - <u>Interpretação/Argumento *a contrario* </u>(um argumento perigoso… muito utilizado em duas áreas jurídicas: Direito Penal, no âmbito do que é postulado no art. 29º CRP, só os comportamentos vedados estão efetivamente vedados, as penas têm de estar expressamente previstas, por motivos de certeza e segurança jurídica – logo, o que não é proibido, tem-se por permitido; e Direito Fiscal).

Outro exemplo: uma lei que proíbe os professores universitários de alugar/arrendar o seu património aos alunos. Através de um processo lógico-formal, podemos deduzir que também não podem vender (segundo a máxima de que quem não pode o menos, não pode o mais). Nota: o termo alugar aplica-se a bem móveis; arrendar é para bens imóveis.

A questão da interpretação é complexa: um enunciado linguístico pode ter espaço para várias interpretações, todas elas diferentes entre si e com consequências diversas. Exemplo: proibição de estar ao telemóvel enquanto se conduz. Alguém para num sinal vermelho e resolve mandar uma mensagem. Como interpretar? Há várias vias…

Para além disso, no âmbito da interpretação, não podemos olhar de forma estática para a fonte que contém o enunciado que estamos a analisar. É necessário interpretar uma fonte tendo em conta as outras. Exemplo: art. 36º CRP tem de ser interpretado em consonância com a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (não obstante ser esta uma fonte infraconstitucional). E, aqui, a jurisprudência ganha relevância. Há na nossa ordem jurídica cada vez mais conceitos indeterminados, preceitos abertos que valem ao juiz a tarefa de desenvolver o direito, ou mesmo por meio de lacunas na lei. O juiz não é, não pode ser, só a boca que diz a lei (Montesquieu).

Nota: conceitos indeterminados – os conceitos claros são essenciais para garantir a certeza e segurança da nossa ordem jurídica, é certo; mas, por outro lado, e sobretudo nos tempos atuais, precisa de se abrir à mudança das conceções sociais e às alterações da vida trazidas pela sociedade técnica, ou seja, precisa de se adaptar e de se fazer permeável aos seus próprios fundamentos ético-sociais. Fá-lo através dos conceitos indeterminados e das cláusulas gerais, a parte "movediça" do nosso ordenamento, dado servirem para ajustar e fazer evoluir a lei no sentido de a levar ao encontro das mudanças e das particularidades das situações da vida. Exemplos: conceitos carecidos de preenchimento valorativo como boa-fé, bons costumes, caso de urgência, justa causa, etc…A utilização destes conceitos indeterminados e o recurso a cláusulas gerais é vital para garantir a adaptação da norma à complexidade da matéria a regular, às particularidades do caso ou à mudança das situações. Contribuem para a individualização da solução – "cada caso é um caso".

Quando interpretamos determinada fonte, precisamos de lhe extrair alguma regra, porque é esta o intermediário indispensável para se chegar à solução dos casos concretos.

b) Interpretação em sentido amplo vs. interpretação em sentido restrito:

a) **Interpretação em sentido amplo** – abrange a integração de lacunas e a interpretação em sentido restrito. O objetivo é chegar à solução do caso concreto. Busca, dentro do ordenamento, da regra aplicável numa situação concreta. Se se encontra, fixa-se na fonte e completa-se a interpretação em sentido restrito; se não se encontra, deverá proceder-se à integração dessa lacuna.
b) **Interpretação em sentido restrito** – opõe-se à integração de lacunas. O objetivo é determinar o sentido de uma fonte.

c) Interpretação doutrinal vs. interpretação autêntica:

a) **Interpretação doutrinal** – não tem qualquer repercussão sobre as fontes em causa – interpretação realizada por qualquer pessoa ou pelo julgador.
b) **Interpretação autêntica** – realizada por uma fonte que não é hierarquicamente inferior às fontes interpretadas. Quando uma lei – a lei interpretativa - nos dá o critério da interpretação. Há interpretação autêntica quando a nova lei se integra na lei interpretada (materialmente). Quem confecionou a norma, esclarece o seu sentido originário, interpreta tendo em conta o pressuposto de que elaborou o que está a interpretar.

A interpretação é sempre necessária: não é válido o brocardo *in claris non fit interpretatio*, porque é contraditório – para sabermos que determinado enunciado é evidente tivemos de o interpretar. Tem sempre de haver uma tarefa intelectual, por mais simples que seja, como condição para extrair da matéria o espírito que a matéria encerra. É, pois, compreensível que tal tenha de acontecer porque, como já vimos, a interpretação é condição imprescindível da determinação de toda a regra.

A interpretação é necessária para fixar o sentido e o alcance com que o texto legal deve valer.

d) Elementos de interpretação

Art. 9º CC

Elementos literal e extraliteral têm sempre de ser utilizados conjuntamente.

- **Elemento literal** (letra da lei): tem em conta a letra da lei, o que está escrito no enunciado linguístico. O art. 9º CC é claro: não nos podemos afastar da letra da lei – a letra não é só o ponto de partida da interpretação como um elemento irremovível. Mas, se esta for elástica, é possível argumentar em vários sentidos, afastarmo-nos um pouco de uma interpretação unicamente literal. Contudo, se prescindimos totalmente do texto, já não há interpretação da lei, pois já não estaremos a pesquisar o sentido que se alberga numa dada exteriorização. Apesar de tudo, é preciso cuidado com a polissemia/ambiguidade dos termos da letra da lei. Exemplo: a palavra "direito" vem referenciada nos textos legislativos inúmeras vezes, contendo significações distintas. A literalidade, só por si, é insuficiente para elucubrarmos o sentido da norma. A letra não permite mais do que traçar um catálogo de sentidos à partida possíveis. Mas pode afirmar-se que o entendimento literal será tendencialmente aquele que virá a ser aceite, porque se presume que o legislador consagra as soluções mais acertadas e que se soube exprimir nos termos mais adequados – art. 9º/3 CC. O processo interpretativo não termina aqui, é necessária uma tarefa de interligação e valoração, que excede o domínio literal:
- **Elementos extraliterais** (espírito da lei):

a. **Elemento sistemático** - pensar no direito como um sistema (uno). Há que olhar para um preceito e estabelecer com outros que se lhe relacionem concatenações

permanentes – a interpretação de uma fonte não se pode fazer isoladamente, toda a fonte se integra numa ordem. Este elemento tem um alcance larguíssimo, e é muito valorizado. Obriga-nos a fazer um exercício de relação normativa que, na estratificação hierárquico-normativa, nos leva de baixo até cima para depois voltarmos para baixo, já com os elementos suficientes para conseguirmos interpretar corretamente, isto é, com todos os dados relativamente a categorias hierárquico-jurídicas superiores. Dentro do elemento sistemático, temos três tipos de relações:

1. **relação de subordinação**: ligar a proposição a princípios mais vastos, gerais, que lhe atribuem um conteúdo. Aqui se enquadra o princípio da interpretação conforme à constituição.

Nota: Se se trata de normas internas... Interpretação conforme à Constituição. Se se trata de normas de Direito da U.E.... Interpretação conforme ao Direito da U.E., mesmo que isso vá contra o Direito Português.

Princípios gerais de direito – um sistema tem de ser travejado e percorrido por orientações fundamentais, de que resulta justamente a sua unidade. Estes princípios correspondem às grandes coordenadas do ordenamento jurídico, merecendo o mesmo respeito e obrigatoriedade da própria lei. Estes princípios não são normas, têm um caráter mais flexível. Exemplos: princípio da boa-fé, princípio da conservação dos negócios jurídicos. Um princípio é algo a meio caminho entre um valor e uma regra: concretiza através de uma opção por uma regulação material o valor, mas não dispensa a mediação ulterior da regra. É um passo na concretização de valores, que não dispensa nova concretização ulterior, através de uma regra. Subdividem-se em materiais e formais.

Interpretação Conforme à Constituição:

Como sabemos, a Constituição está no topo da ordem jurídica interna, todas as normas se lhe subordinando -> elemento hierárquico-formal.

É a Constituição que alberga os princípios fundamentais do sistema jurídico, e estes parametrizam a interpretação. Logo, a Constituição está sempre presente na atividade do intérprete-aplicador, porque os princípios fundamentais que apresenta são omnipresentes no alcance e sentido da ordem jurídica.

A interpretação conforme à Constituição é um critério, com dois propósitos hermenêuticos (hermenêutica = exegese = interpretação) fundamentais:

a. existindo várias interpretações possíveis de um preceito legal, deve optar-se por aquela que leva mais longe a concretização das finalidades, dos objetivos constitucionais. Ou seja, maximização das normas constitucionais - Postulado de Maximização das Normas Constitucionais ou Interpretação Orientada para a Constituição.

b. existindo várias interpretações possíveis de um preceito legal, devemos optar por uma interpretação constitucionalmente conforme, ou seja, pelo sentido que não permita inconstitucionalidades. Escolher o modo de interpretação que, de todos, seja o que ofereça menos dúvidas em relação às questões de inconstitucionalidade.

Pode suceder a entrada em conflito destes dois postulados. Exemplo: um Decreto-Lei do Governo que permite a aquisição de 10% de uma sociedade por quem já possuía 90%. Olhando para esta norma da perspetiva do primeiro postulado, a maximização de normas constitucionais obtém-se através da não obrigatoriedade de venda por parte dos acionistas minoritários; mas, analisando o DL com a perspetiva do segundo postulado, a Constituição é maximizada se entendermos que a norma é da reserva absoluta da A.R., não podendo ser objeto de legislação por parte do Governo (a norma é inconstitucional).

É por isto que existem situações de declaração de inconstitucionalidade, ainda que hajam opções de interpretação que não originem esta situação.

Na interpretação conforme, temos também situações de interpretação de normas constitucionais em relação a outras do mesmo tipo. Critério de ponderação dos bens em conflito - quando há direitos constitucionais em conflito num caso. Não existem, portanto, direitos superiores. Deve estabelecer-se uma sã convivência entre direitos. O nosso CC fala sobre esta questão: art. 335º CC. Aplica-se o princípio da proporcionalidade - "devem os titulares ceder na medida do necessário..."

---

2. **relação de conexão**: interligação de vários preceitos situados no mesmo plano valorativo de modo a obter um sentido útil. Cada número de um artigo só é compreensível se o situarmos perante todo o texto do artigo, cada artigo perante os que o antecedem e/ou seguem – situar a disposição;

3. **relação de analogia**: esclarecimento de um preceito através da comparação com outras conjunções normativas incidentes sobre questões similares – procuram-se as semelhanças entre preceitos, independentemente do sistema próprio da fonte em causa (exemplo: artigos 136º e 137º Código do Trabalho). Aqui se encaixa a possibilidade do argumento por analogia, em que se estabelecem relações de afinidade, identidade, similaridade. Analogia como categoria mental, não ainda como forma de integração de lacunas. Estabelecem-se lugares paralelos: normas respeitantes a institutos ou hipóteses de qualquer modo relacionados com a fonte que se pretende interpretar – a semelhança da situação faz presumir que o regime jurídico é também semelhante. A esta parte, uma correta utilização de lugares paralelos inclui a valorização da ordem jurídica no seu todo, não apenas de fontes legais.

Nunca esquecer que a interpretação é necessariamente uma tarefa de conjunto, o pano de fundo da interpretação é sempre o ordenamento em globo e, por isso, o sentido de cada fonte está em necessária conexão com o de todas as outras. A interpretação deve reconstituir a unidade global da realidade. Mas, atenção, nem por isso abandonamos a fonte singular como ponto de partida, seja ela uma lei ou um costume.

b. **Elemento histórico** - atender ao contexto histórico, as circunstâncias económicas e sociais que estiveram subjacentes à feitura da norma, que a explicam; os trabalhos preparatórios da lei - tudo isto fundamental para perceber a *ratio legis*. Mas, atenção: o elemento histórico não vincula o intérprete a um exercício interpretativo originalista, de acordo com a vontade do legislador, do autor da lei. Este elemento perde sempre alguma importância porque as normas vão evoluindo, distanciando-se do seu contexto inicial. O direito estrangeiro também tem

importância no elemento histórico - exemplo: o nosso atual CC é decalcado do CC italiano na parte das Sucessões; na parte sistemática é decalcado do BGB. Dentro do elemento histórico, temos os precedentes normativos (históricos – regras que vigoraram no passado, textos legais, mas também doutrinais, que inspiraram o legislador na elaboração da lei – as "fontes da lei"; comparativos – regras estrangeiras que vigoravam na época da formação da lei e que sobre ela tiveram influência); os trabalhos preparatórios (exemplo: para perceber o contexto histórico da C1976 – ver trabalhos preparatórios da C1976) – estudos prévios, anteprojetos, projetos, respostas a críticas feitas a projetos, propostas de alterações aos projetos, as atas das comissões encarregadas da elaboração do projeto, as atas da discussão do projeto na generalidade e na especialidade na A.R., etc… serve para definir a atitude final e a opção do legislador, servindo, assim, para afastar interpretações que se devem considerar rejeitadas justamente por o legislador ter alterado a fórmula do projeto; a *occasio legis* (o circunstancialismo social que rodeou o aparecimento da lei. Exemplo: perante uma vaga de terrorismo, é promulgada uma lei extremamente severa acerca das deslocações de pessoas e veículos – passa a vaga e a legislação mantém-se em vigor, agora aplicada a circunstâncias "normais". Há um desfasamento, e o intérprete não pode deixar de considerar o circunstancialismo especial que forçou o aparecimento da legislação, interpretando-a à luz desse condicionalismo. Excluem-se, assim, hipóteses que, embora formalmente abrangidas, se encontram fora do espírito da lei.

c. **Elemento teleológico** (*telos* - fim/objetivo; *logos* - conhecimento) - ter em consideração a finalidade, os fins cognoscíveis e as ideias fundamentais das normas. Isto faz com que a norma evolua em função das circunstâncias. Tem que ver com a *ratio legis* (a razão de ser da lei). Enquanto se não descobrir o *para quê?* (=/= *ratio legis*) de uma lei, não se detém ainda a chave da sua interpretação. Art. 9º/1 CC – "condições específicas do tempo em que foi aplicada": consagra o atualismo mas, igualmente, daqui podemos inferir que a justificação social da lei (a teleologia) é tida em conta como elemento de interpretação.

Nota: o prof. Oliveira Ascensão defende que a *ratio legis* de uma norma não é a sua teleologia. Diz o professor que a teleologia é um dos elementos que ajuda a escrutinar o sentido, espírito, de uma lei – vital para proceder à interpretação. Ora, esse sentido da lei é que é a *ratio legis*. A teleologia da norma é somente o motivo de política legislativa que ditou a regra, enquanto que a *ratio legis* se separa dessas considerações para dar sentido intrínseco à lei. Para Batista Machado, a teleologia é a razão de ser da norma, a *ratio legis*.

Não há hierarquia entre estes elementos. Nem tão pouco desvalorização do elemento literal (a letra da lei é, aliás, o princípio e o fim da interpretação - art. 9º CC). Todos estes elementos são mobilizados para a posição que vamos assumir na interpretação de determinada norma.

e) Orientação subjetivista vs. orientação objetivista:

Para além da letra, há que descortinar o espírito da lei. Neste domínio defrontam-se o subjetivismo e o objetivismo: o subjetivismo defende que o sentido da lei é o sentido que o legislador lhe conferiu; o objetivismo diz que o sentido da lei é objetivo, que não está condicionado pelo intento histórico do legislador, pelo que se deve ir à descoberta do

sentido da fórmula normativa objetivada no texto, separando-o da vontade que o engendrou.

No século XIX, por oposição ao século XX e atualidade, dominou o subjetivismo – importava o sentido que o legislador atribuía à lei. Esta perspetiva é frágil: a vontade do legislador histórico é com frequência incognoscível; pode haver intervenção de muitas pessoas na feitura da lei, o que torna impossível a perceção de qual deverá ser a intenção considerada o sentido do legislador. Onde está a vontade do legislador com projetos discutidos, emendados, alterados, aprovados, promulgados, etc.?

Nesta matéria, o CC fala em "pensamento legislativo", numa ambiguidade intencional, já que optou por não tomar partido na querela subjetivismo/objetivismo. Mas parece claro que, uma vez criado o ato normativo, se apaga a importância do legislador. A "cria" sobrepõe-se ao "criador".

Objetivismo – *mens legis* (vontade/intenção da lei)

Subjetivismo – *mens legislatoris* (vontade/intenção do legislador)

f) Orientação atualista vs. orientação historicista:

Dentro do sentido (espírito) da lei, há quem dele faça uma interpretação atualista e ainda quem prefira o lado historicista.

Os historicistas são hoje muito criticados: à luz daquela tese, teriam hoje de se considerar caducas muitas das leis que todos entendem em vigor, porque as circunstâncias de hoje eram imprevisíveis na altura da sua formação. E teríamos de considerar lacunoso tudo o que não era possível prever ao tempo da elaboração da lei.

É por isto que nos surge como inevitável a opção pelo atualismo. O próprio CC opta pelo atualismo no art. 9º/1 CC – "condições específicas do tempo que é aplicada".

Historicismo – prevalece a rigidez da lei, o sentido das leis mantém-se imutável;

Atualismo – prevalece o dinamismo e a fluidez da vida na evolução histórico-social da lei. O sentido da lei deve evoluir ao longo da sua "vida", de acordo com as mudanças técnicas, as necessidades e as conceções sociais.

Atenção: um atualista admite elementos históricos como auxiliares da interpretação - não os descura. E esta querela não se confunde com a anterior: pode existir objetivismo atualista – procura o sentido objetivo da lei, na circunstância atual -, historicista – procura o sentido objetivo da lei, mas no momento da criação desta. Também o subjetivismo pode ser atualista ou historicista.

g) Interpretação e aplicação da norma

Duas fases de um só processo: na prática, esta separação dilui-se. O esquema silogístico está hoje afastado. Interpreta-se a norma tendo em conta as circunstâncias do caso concreto. Vai-se fazendo uma depuração - jogo entre a norma e o caso concreto. Ter

em conta a factualidade, adaptar a descrição com vista à norma. Exemplo: homicídio - o indivíduo é imputável? Atuou com dolo? Com que tipo de dolo? Com alguma causa de exclusão de culpa? A que se juntam as circunstâncias do caso concreto.

Este não é, portanto, um processo automático, ao estilo de um silogismo. Chega-se, finalmente, à solução e sujeita-se a mesma a um juízo de razoabilidade.

h) Tipos de interpretação quanto ao resultado:

Quando se confronta a letra da lei com o seu espírito, pode haver ou não coincidência na solução que se nos afigura proposta. Consoante se desenrolar essa combinação, chegamos à:

a. **Interpretação declarativa** – quando o espírito da lei coincide com o significado das palavras que compõem o enunciado. Não há dissonância entre espírito e letra da lei. Problema: quando estamos perante um significado literal ambíguo, ou procedemos a uma interpretação declarativa lata (um significado mais extenso) ou a uma interpretação declarativa restrita (um significado menos extenso).

Exemplo: a palavra *homem* – sentido lato de *ser humano*; sentido restrito de *pessoa do sexo masculino*.

b. **Interpretação extensiva** – quando, na análise da relação entre o elemento lógico e o elemento literal, se verifica a existência de dissonância, no sentido da insuficiência, entre a letra e o espírito da lei. O legislador não foi feliz nas palavras que usou para montar o enunciado linguístico, disse menos do que aquilo que pretendia, isto é: o sentido ultrapassa o que resultaria estritamente da letra. O intérprete está, pois, autorizado a ir além da letra da lei, mas dentro, sempre, do sistema. (O que significa que, para respeitar a regra, o intérprete deve exprimi-la com formulação diversa da constante do texto legal -> regra e lei são coisas diferentes). O que deve fazer o intérprete é estender a letra da lei, retificar o elemento literal.

Exemplo 1: o advogado tem de avisar previamente da indentação de ação judicial. Então e os notários? Também faz sentido que sejam obrigados – há que interpretar a norma extensivamente.

Exemplo 2: art. 2181º CC – então e os intervenientes podem dispor simultaneamente em favor de pessoas diferentes? O sentido do preceito é excluir em absoluto a intervenção de mais de um disponente no ato testamentário – interpretação extensiva.

Nota: por vezes, a fronteira entre analogia e interpretação extensiva é muito plástica, mas a interpretação extensiva é permitida, sempre, enquanto que em Direito sancionatório é proibida a analogia (exemplo do Direito Penal). A interpretação extensiva distingue-se da interpretação declarativa lata, uma vez que na primeira o sentido não cabe dentro do texto legal.

c. **Interpretação restritiva** – quando se restringe o elemento literal para exprimir o verdadeiro sentido/espírito da lei. É a situação contrária à anterior. O legislador disse mais do que aquilo que pretendia – a lei utilizou uma fórmula demasiado ampla, quando o seu sentido é mais limitado.

Exemplo: norma que institui o casamento indissolúvel – então e um viúvo, continua casado? Não, o sentido da regra é, não obstante a fórmula ampla adotada, indicar que o casamento é indissolúvel por divórcio – interpretação restritiva. É esta capacidade de conferir o justo valor aos preceitos que distingue um jurista de um leigo, ou de um simples conhecedor de leis…

d. **Interpretação ab-rogante** – (ab-rogar = apagar) quando o intérprete reconhece que o sentido da lei é indecifrável. A lei não tem sentido, não abarca qualquer regra. Há uma contradição insanável, donde não resulta nenhuma regra útil – a fonte é ineficaz. Escapou ao legislador uma incongruência no regime, ou uma incompatibilidade entre vários textos e, assim, não há nenhum significado extraível do confronto entre a letra e o espírito da lei. Estas situações são raríssimas (princípio do aproveitamento das leis, presunção de racionalidade da legislação).

Dois tipos de interpretação ab-rogante:

1. Lógica – resulta do denotar da incongruência insanável dos preceitos interpretados, impossibilidade prática de solução normativa.
2. Valorativa – situações em que as disposições em causa são incompatíveis entre si – é muito frequente, no seio do mesmo diploma, detetar regras que exprimem valorações diversas e até contraditórias.

No caso em que se recorre à interpretação ab-rogante lógica existe um "não pode ser assim", enquanto que a interpretação ab-rogante valorativa resolve um "não deve ser assim".

Há quem considere impossível a prática da interpretação ab-rogante (Professor Oliveira Ascensão, por exemplo), afirmando que, quando esta se pratica, leva à sobreposição do intérprete ao legislador – este não pode preferir uma, ou liquidar as duas regras postas simultaneamente em vigor pelo legislador. Tal como na interpretação corretiva, não pode antepor um critério próprio ao critério da ordem jurídica objetiva. Por outro lado, o Professor Marcelo Rebelo de Sousa defende a interpretação ab-rogante lógica, mas sempre de forma excecional.

Esta interpretação ab-rogante pode ocorrer, a título excecional, em dois casos:

a) quando o artigo não tem qualquer sentido depois de percorridos todos os elementos de interpretação da lei – no seio do mesmo diploma há disposições inconciliáveis, ou quando são inconciliáveis disposições de diplomas diversos (exemplo ficcional: o art. 66º/1 CC institui que a personalidade se adquire com o nascimento e morte – isto implica uma elisão, o preceito tem conteúdo zero, suporta dois critérios que se anulam mutuamente).

Nota: não há interpretação ab-rogante se houver revogação – quando um diploma publicado anteriormente contradiz diploma anterior.

b) quando a lei remete para um regime jurídico que já não existe (exemplo: a lei elimina o registo de automóveis, e mantém-se uma disposição no CPC que impõe a apresentação do registo de propriedade de automóvel – esta norma tem conteúdo zero, não tem conteúdo útil).

O princípio diz-nos que, encontradas duas disposições contraditórias, se deve optar por uma delas, só se não conseguirmos fundamentar a escolha por nenhuma delas, isto é, se não encontrarmos algum critério de prevalência – aí temos de nos resignar pelo falecimento das duas disposições em confronto. O problema da interpretação ab-rogante está aqui, nesta consequência: quando nenhuma regra prevalece, gera-se uma lacuna, porque se afasta totalmente o preceito. Mas, se o preceito nunca pôde, em condições satisfatórias, regular o caso, acaba por ter sempre havido lacuna…

e. **Interpretação enunciativa** – quando se desvenda um sentido sem suporte literal. Há quem defenda (o professor Oliveira Ascensão, por exemplo) que este não é um tipo técnico/restrito de interpretação porque se não trabalha com a fonte a fim de dela extrair uma regra: é uma inferência lógica de regras implícitas. Exemplo: da regra *x*, é possível extrair a regra *y*.

Ainda temos, então, interpretação? Sim, porque o ponto de partida é a lei, a letra da lei. Há normas que não têm formulação linguística mas estão implícitas no sistema. Quando interpretamos enunciativamente, estamos a partir de uma regra para chegar até outras, implícitas na primeira.

Quatro elementos:

1) ***a minori, ad maius*** – "quem não pode o menos, não pode o mais", isto é, a lei que proíbe o menos também proíbe o mais (exemplo: se a norma proíbe de arrendar, também proíbe de vender);
2) ***a maiori, ad minus*** – "quem pode o mais, pode o menos", isto é, a lei que permite o mais também permite o menos (exemplo: se a norma autoriza a caçar, permite também ao caçador apoderar-se das peças abatidas);
3) **argumento *a contrario*** – estreita ligação com a norma excecional: se, para determinado caso, se estabelece uma disposição excecional, dela pode-se inferir o regime-regra, a regra que funciona para todos os casos. Para o recurso ao argumento *a contrario* não basta, então, a verificação do caso individual – é necessário saber se essa previsão é excecional. Muitas vezes, o que se acaba por fazer é tirar-se da disposição dita excecional a regra *x*, quando essa disposição foi considerada excecional porque contraria justamente a regra *x*… é necessária cautela;
4) **norma que permite os fins também permite os meios** - exemplo: permissão de caçar determinado animal, a norma permite também a compra de armas para esse fim.

f. **Interpretação corretiva** – quando o intérprete, com base num juízo de injustiça ou inoportunidade da lei, verifica que a lei é injusta, afastando, corrigindo ou modificando o sentido da regra a que chega na sequência da utilização dos elementos de interpretação do art. 9º CC. É a ideia de que o legislador não teria querido aquela norma se tivesse previsto as suas consequências.

Diferença entre interpretação corretiva e interpretação ab-rogante: o intérprete afasta o sentido da lei em ambos; no segundo caso, o intérprete verifica que a norma não tem sentido útil possível, através de um processo logico-formal; na primeira situação, já

se utiliza um processo valorativo - o intérprete julga que a norma é injusta, por meio de um juízo de valor. Isto é: procedemos à interpretação ab-rogante quando – pelos motivos suprarreferidos - não existe regra; fazemos interpretação corretiva de uma fonte quando temos regra, mas que se nos afigura como injusta e inoportuna. (Na interpretação ab-rogante, o intérprete verifica que não há regra, que está morta; na interpretação corretiva, o intérprete "mata" a regra).

É admissível a interpretação corretiva? Quem a admite preconiza que é apenas sempre que determinada norma seja contraria ao direito natural, a princípios supralegais, o direito natural deve prevalecer. (O que levanta questões: o que é o direito natural, como lá chegar? É uma expressão plástica.) E, aí, o intérprete pode afastar o preceito, considerando que o legislador certamente o não teria querido se tivesse previsto o seu resultado. Segundo critério: admite-se a interpretação corretiva em casos de extrema inadequação do sentido real da lei à lógica da justiça do caso concreto - a lei até pode ser justa em abstrato, mas no concreto manifesta-se injusta. Assim, pode-se afastar o sentido dessa disposição.

A despeito, no nosso sistema jurídico, entende-se que não é permitida uma interpretação corretiva: Manuel de Andrade, no anteprojeto do CC 1966, mandava-a consentir quando o preceito levasse para consequências graves, não previstas pelo legislador. Contudo, na versão final do CC, em lado algum se faz referência à questão, o que torna consensual a tese de que a interpretação corretiva é inadmissível. Ademais, consta da versão final do CC 1966 o art. 8º/2, a que se junta o art. 203º CRP – a lei não pode ser afastada sob pretexto de ser injusta e os juízes devem obediência à lei. A opinião do prof. Marcelo Rebelo de Sousa e do prof. João Zenha Martins é concordante.

g. **Redução teleológica** – quando, mesmo fixado o espírito da lei, e, portanto, terminada a interpretação, a regra resultante poderia ser restringida pela consideração das finalidades da lei. Vai dar-se nova importância ao elemento teleológico, permitindo-se a restrição da própria norma, e já não apenas da formulação demasiado ampla.

Diferença entre redução teleológica e interpretação restritiva: na redução teleológica restringe-se a própria regra a que se chegou, depois do processo interpretativo, e não já a formulação (que é o que se faz com a interpretação restritiva).

O contrário sucede com a **extensão teleológica** (e a interpretação extensiva).

i) Integração de Lacunas

Outro processo mediante o qual é possível determinar regras.

As leis são gerais e abstratas para poderem regular todas as situações da vida que exigem disciplina jurídica. E, por isto, surgiram sempre hipóteses, mais ou menos numerosas, que não são previstas nem são objeto de qualquer específica determinação. É nesses casos que estamos perante uma lacuna.

Nota: situação diferente é quando temos a própria lei a indicar um direito subsidiariamente aplicável – não temos lacuna (exemplo: quando o Código Comercial manda aplicar subsidiariamente o Direito Civil).

Uma lacuna é, então, uma situação carecida de regulação jurídica. Quando falamos de lacuna, estamos a referir-nos à interpretação em sentido lato - um problema devido ao enquadramento jurídico.

Atenção: podemos ter uma lacuna aparente - situações resolúveis por via da interpretação extensiva ou redução teleológica.

Para termos uma lacuna temos de ter um vazio jurídico, uma incompletude, uma falta, uma falha, à qual seria – e é – imprescindível uma regulação. Há lacuna quando a lei e o direito consuetudinário não contêm uma regulamentação exigida ou postulada pela ordem jurídica global, não há resposta a uma questão jurídica.

Na fase de determinação de lacuna, é necessário encarar o caso de harmonia com uma consequência jurídica que lhe estaria associada.

Atenção: não basta dizer que lacuna é o caso não previsto pelo direito, ou não regulado normativamente: a maior parte das situações da vida não são previstas nem reguladas pelo direito. Exemplos: o direito nada adianta se alguém se queixa de que o vizinho não o cumprimenta quando se cruza com ele na rua (exemplo do prof. Oliveira Ascensão). Tanto no caso deste vazio, como no caso do vazio jurídico (aquele que indica que devia haver regulação pelo direito e a não há) temos a falta de uma regra específica, mas só o segundo caso deve ser juridicamente regulado.

A existência de lacunas é uma fatalidade, tendo em conta três fatores:

1. deficiência de previsão (é impossível prever todas as situações vindouras);
2. intenção de não regular (matérias ainda em evolução, o legislador deixa aspetos por regular – conceitos indeterminados);
3. situações novas (a evolução das circunstâncias faz com que a lei feita hoje se vá aplicar amanhã em condições muito adversas – não se pôde aplicar o regime jurídico dos automóveis quando surgiram os aviões – gerou-se, então, lacuna.

Mesmo quando se verifica uma lacuna, o caso concreto deve ser resolvido, devido à proibição do *non liquet*.[2]

---

[2] Art. 8º CC - Obrigação de julgar e dever de obediência à lei. Nenhum tribunal pode abster-se de decidir, mesmo que não haja regulação prévia. O juiz não se pode abster de julgar invocando a falta de lei. *Non liquet* – não é líquido. Ou seja, não é claro. O juiz e os tribunais estão proibidos de não decidir, por incerteza, por exemplo. Podem ser dúvidas quanto aos factos, por haverem versões diferentes dos factos e surgem por isso dúvidas. E aqui o Direito dá-nos o critério para decidir: por exemplo, no Direito Penal com a presunção de inocência. No nosso sistema aplicam-se as regras de ónus da prova. E o grau para o convencimento é mais alto do que na matriz anglo-saxónica. E é por isso que por vezes permanecem dúvidas. No sistema anglo-saxónico formam-se convicções com um grau baixo de certeza, basta haver uma ligeira vantagem entre uma tese e outra. Pelo contrário, em Portugal só se dá um facto como provado se se tiver um elevado grau de convencimento da sua veracidade, porque, em princípio, todos são inocentes até prova em contrário (ónus da prova – art.342ºCC e presunção de inocência); No caso de serem dúvidas quanto ao Direito, tem de se chegar a uma conclusão incondicionalmente (é o "arranja-te"). Entende-se que é preferível decidir mal do que não decidir.

j) Tipos de lacunas

a) **lacunas voluntárias** - as que o legislador não quis resolver e deixou para a jurisprudência (exemplo: barrigas de aluguer, durante muito tempo, ou a eutanásia);
b) **lacunas involuntárias** - as que o legislador não previu e, por isso, não elaborou adequada lei ou norma jurídica;
c) **lacunas iniciais** - as que surgem na altura em que o legislador legisla;
d) **lacunas posteriores** - as que surgem de novas questões, como consequência de evoluções técnicas, económicas, sociais, etc;
e) **lacunas de previsão** – as que surgem de falta de previsão de uma certa situação de facto;
f) **lacunas de estatuição** – as que revelam ausência das consequências a que o direito faz corresponder a verificação de uma certa situação de facto – não se estatuíram os efeitos jurídicos correspondentes (exemplo: 5 dias para entregar um trabalho, como contar? Só dias uteis? A norma não revela.);
g) **lacunas de regulamentação** – as que se revelam quando a lei prevê o caso mas remete para critérios de equidade a estatuição – o prof. João Zenha Martins entende que não há verdadeira lacuna;
h) **lacunas manifestas** – as que se revelam quando a lei não contém qualquer norma jurídica, embora, tendo em conta a sua teleologia a devesse ter;
i) **lacunas ocultas** – as que se revelam quando a lei contém uma norma jurídica aplicável a uma certa categoria de casos, mas desconsiderou certas situações especiais (exemplo: a norma que proíbe o estacionamento em frente a uma garagem. Então e se for o dono da garagem a estacionar? Mas acaba por ser uma lacuna aparente, porque podemos solucionar o caso com uma redução teleológica). A lei contém na verdade uma regra aplicável a certa categoria de casos, mas por modo tal que, olhando ao próprio sentido e finalidade da lei, se verifica que essa categoria abrange uma subcategoria cuja particularidade ou especialidade, relevante, não foi considerada – a lacuna traduz-se por ausência de disposição excecional, ou especial, conforme os casos;
j) **lacunas de colisão** - acabam por ser, também, ocultas... são as que surgem quando há varias normas contraditórias que disciplinam uma dada situação. A lacuna de colisão associa-se à figura da interpretação ab-rogante: este tipo de interpretação gera a lacuna de colisão. Resolve-se atribuindo a preferência por uma das duas normas conflituantes. (As normas atribuem direitos, e, uma vez em colisão, temos colisão de direitos. Logo, devemos aplicar as regras para a colisão de direitos - art 335º CC. Nota: em colisão de direitos, prevalecem os direitos pessoais sobre os direitos patrimoniais. Mas, não há lógica de absolutidade na primazia de um direito sobre o outro! Isto é, a preferência por um direito não exclui de forma total a existência do outro.)

Como interpretar, então, o vazio jurídico da lacuna? A solução vai ser forjada para o caso concreto, mas não podemos perder de vista a globalidade do sistema, ou seja, não nos podemos esquecer de que a solução que vamos confecionar vai ser utilizada para resolver casos futuros. Relaciona-se com a sinépica - ponderação das consequências, neste caso, sistemáticas.

Os processos que se nos apresentam para integrar determinada lacuna são normativos. Deve-se, primeiro, chegar à formulação de uma regra, e, por meio desta, resolver então os casos omissos.

Confecionamos uma regra aplicada ao caso concreto, - **regra** porque não se trata de uma solução casuística: isso já entraria no domínio da equidade.

k) Processos extrassistemáticos de resolução de lacunas

a) **processo normativo** – mata-se a dificuldade através da emissão duma regra que preveja a situação em causa. O órgão com competência legislativa dita a regra faltosa, à medida que os casos omissos se verificam.
b) **processo discricionário** - duas soluções possíveis para uma determinada situação. Aqui, não existe propriamente lacuna, existe sim uma opção, mas a situação está devidamente contemplada pela lei. E há o poder discricionário de resolver a situação, sendo que só vale para o caso concreto, não existindo preocupação normativa.
c) **processo equitativo** - o juiz não decide segundo uma norma, mas segundo as circunstâncias do caso concreto, não se visa criar uma norma mas sim uma solução casuística. Valoram-se as circunstâncias de cada ocorrência. Não existe verdadeiramente uma integração de lacunas porque no processo normativo a lacuna desapareceu.

Resulta daqui que, na prática, só temos processos intrassistemáticos de integração de lacunas.

l) Processos intrassistemáticos de integração de lacunas

No quadro dos processos intrassistemáticos, vamos raciocinar de analogia para analogia: se o facto *x* é semelhante ao facto *y*, então a norma que se aplica ao facto *x* também se aplica ao facto *y*. Mas temos de olhar sempre para a justificação do regime que se encontra definido para o facto *x* para ver se cobre a sua razão de ser para a aplicação ao facto *y*. Só se houver esta identidade de razões legais é que a relação de analogia é legítima.

a) **Analogia** - Art. 10º/1 CC – o que interessa é a analogia da norma e não a analogia do caso! Temos de discernir a mesma *ratio decidendi*, a mesma razão de decidir. Estabelecer um núcleo fundamental entre ambos os casos que justifique a mesma estatuição.

O que o intérprete vai fazer é pôr-se nas vestes do legislador, desenhando a regra que criaria se fosse legislador. Nesta primeira fase do **processo intrassistemático**, temos a ***analogia legis*** - recurso a uma regra determinada pela aplicação de uma outra regra legal.

Analogia – exigência de tratamento igual de casos semelhantes. Se uma regra estatui de certa maneira para o caso, é natural que um caso análogo seja resolvido da mesma forma, apesar de lacunoso. Determinar, porém, onde há verdadeiramente e onde não há analogia é tarefa difícil: não basta uma semelhança da descrição exterior da situação, é necessário que haja semelhança sob o ponto de vista daquele efeito jurídico. Mas, atenção: é um tanto exagerado que procedam no caso omisso as razões justificativas do caso regulado, pois se procedessem todas as razões justificativas da regulamentação do caso previsto, não teríamos um caso análogo, mas um caso idêntico. O caso omisso tem necessariamente diversidade em relação ao caso previsto. É relativamente semelhante, mas é também relativamente diverso. O que a analogia supõe é que as semelhanças são mais relevantes que as diferenças.

O que é um caso análogo? Dois casos dizem-se análogos quando neles se verifique um conflito de interesses paralelo, de modo a que o critério valorativo adotado pelo legislador para compor esse conflito de interesses num dos casos seja por igual ou maioria de razão aplicável ao outro.

Na questão da analogia, Batista Machado defende que é por meio desta – num contexto de separação entre esta (aplica-se a norma mesmo a situações já não abrangíveis pelo espírito da lei) e mera interpretação extensiva (que estende a aplicação da norma a casos não previstos pela sua letra mas compreendidos pelo seu espírito) - que passamos para o plano da indagação do direito, do direito *praeter legem*.

Analogia não se confunde com interpretação extensiva: no caso da interpretação extensiva, ainda estamos a extrair a regra, implícita num texto imperfeito; no caso da analogia, nada encontramos implícito, porque há lacuna.

Se isto não for possível, passa-se para a ***analogia juris*** - não havendo regra especificamente desenhada para resolver situações análogas, vamos recorrer aos princípios jurídicos - princípios gerais de direito, ou específicos de determinada área do direito -, normalmente induzidos por regras legais.

Dois tipos de analogia: analogia *legis* (da lei) e analogia *juris* (do direito).

A distinção deve fazer-se consoante a analogia funcione pelo recurso a uma precisa solução normativa, que pode ser transposta para o caso omisso, ou supõe a mediação dum princípio elaborado a partir de várias regras singulares, só ele permitindo a solução daquela hipótese. No primeiro caso utiliza-se uma disposição normativa; no segundo um princípio normativo.

b) **Norma que o intérprete criaria** - Art. 10º/3 CC - a norma que o intérprete criaria, um apelo ao espírito geral do sistema. (Para muitos autores, isto é *analogia juris*, para outros, ainda é *analogia legis*. Para outros autores ainda, temos *analogia legis* e *juris* no número 1, e espírito geral do sistema no número 3, que é ainda *analogia juris* para uns, para outros é já um escalão superior.)

Elabora-se uma **norma *ad hoc***, na prática, uma norma jurisprudencial – tirando partido dos princípios gerais do sistema ou dos princípios jurídicos supralegais.

Atenção: neste art. 10º/3 CC, o legislador não remete o intérprete para juízos de equidade, antes o incumbe de elaborar uma norma, portanto uma regra geral e abstrata que contemple o tipo de casos em que se integra o caso omisso. Esta norma não adquire caráter vinculante para futuros casos ou para outros julgadores. A norma do 10º/3 CC também não remete para o arbítrio do intérprete – seria absurdo.

...

Resumindo e concluindo:

Nos termos do art. 10º/1 CC, o intérprete-aplicador deverá aplicar, por analogia, aos casos omissos as normas que diretamente contemplem casos análogos – e só na hipótese de não encontrar no sistema uma norma aplicável a casos análogos é que deverá proceder de acordo com o art. 10º/3 CC.

O critério decisivo nesta última fase do processo da integração das lacunas é a conformidade ao sistema de uma norma que o intérprete deve determinar e lhe permitirá resolver os casos individuais.

Isto é, simplificando, a fórmula do art. 10º/3 CC significa o seguinte:

"Na falta de caso análogo, a situação é resolvida segundo a norma que corresponder ao espírito do sistema".

Atenção: tanto na analogia do art. 10º/1 CC como na *norma que o intérprete criaria* do art. 10º/3, a solução vale apenas para aquele caso concreto, nele se esgota, não criando uma forma de decidir. O que pode acontecer é que haja reconstituição da analogia por intérpretes-aplicadores ulteriores.

A integração de lacunas supõe interpretação – em sentido restrito – mas não é ela própria interpretação. Supõe interpretação porque só após termos apurado qual o sentido das fontes existentes – através, precisamente, da interpretação – podemos concluir que o caso não está especificamente regulado. Mas, também no momento do preenchimento da lacuna, a integração pressupõe a interpretação: se olharmos para a situação de recurso à analogia, é necessário interpretar as fontes que, analogicamente, se consideram aplicáveis.

Nota: costume como processo intrassistemático de solução? Pode recorrer-se ao costume *praeter legem*, ou seja, aqueles que respeitam a matérias não cobertas por disposições legais, para integrar lacunas? O prof. Oliveira Ascensão entende que se há costume, não há lacuna. Temos lacuna quando determinada situação não é regulada por regra positiva, seja ela legal, consuetudinária ou jurisprudencial. Ora, se há costume a regular a situação, deixa imediatamente de existir a hipótese de lacuna.

Proibições ao uso da analogia:

a) As **regras penais positivas** são um obstáculo à integração de lacunas por meio da analogia – regras que definem os crimes e estabelecem as penas e respetivos efeitos não podem ser aplicadas por analogia. Porquê? Fortes razões de defesa dos cidadãos contra eventuais abusos do poder, proteção da sua autonomia individual (princípio da legalidade e princípio da tipicidade – art. 29º CRP).
b) Art. 11º CC – as **normas excecionais** são também um obstáculo à integração de lacunas, na medida em que não comportam aplicação analógica.

Uma norma excecional é contraria ao regime-regra. (Norma especial – diferente, mas não necessariamente contrária ao regime-regra. Norma que toma em conta as particularidades de determinada situação, não contrariando a lei geral.)

As normas excecionais são um limite à *analogia legis*, porque estão delimitadas em razão do núcleo de situações para as quais se encontram especificamente previstas.

Exemplo de regra excecional: art. 951º CC – se o donatário for incapaz, dispensa-se a aceitação, desde que se trate de doação pura (a doação que não tem encargos).

Atenção: para qualificar uma regra como excecional, não nos basta o simples facto de ela contrariar outra regra de âmbito mais vasto. Vejamos: se assim fosse, o legislador dizia – *o possuidor faz seus os frutos, salvo se estiver de má-fé*; a regra final seria considerada como excecional e não aplicável por analogia. Mas se dissesse *o possuidor não faz seus os frutos, salvo se estiver de boa-fé*, seria afinal a regra de que o possuidor de boa-fé faz seus os feitos que seria considerada excecional! É necessário um suporte mais válido: qualificam-se, pois, como excecionais (***jus singulare***) as regras que, por visarem uma utilidade especial, vão contra um princípio fundamental do direito, contra os princípios gerais informadores de qualquer setor do sistema jurídico.

Porque é que existe o princípio da proibição da analogia com regras excecionais? Se há uma regra e uma exceção, e surge um caso cuja disciplina se procura, esse caso é naturalmente abrangido pela regra, como regra que é. A exceção, por sua vez, está delimitada para os casos para que foi estabelecida e não tem elasticidade para abranger novas situações.

c) **Regras restritivas de direitos, liberdades e garantias** - requerem uma estrita interpretação. Admitem, quando muito, interpretação extensiva.
d) **Tipologias legais** – O tipo resulta de um elenco de características relevantes, mas as figuras que ocorram podem conter um número maior ou menor dessas características. A lei tipifica quando prevê manifestações de um conceito, conseguindo desta maneira especificar, e, portanto, avançar na concretização. A tipicidade legal pode ser taxativa (quando nenhuns outros casos se admitem, além dos previstos na lei); enunciativa (quando do elenco de casos se pode extrair um princípio, que permita integrar casos não contemplados); delimitativa (quando é possível a extensão a novos casos unicamente quando estes ofereçam semelhança com algum dos previstos). A tipicidade taxativa exclui a analogia; a tipicidade enunciativa admite a analogia *legis* e *juris*; a tipicidade delimitativa admite apenas a analogia *legis*.

Exemplo de confusão entre interpretação extensiva e integração de lacuna: a lei procede, com frequência, à tipificação de figuras jurídicas (crimes, contratos, direitos reais, impostos, etc…). Se, a propósito de uma dessas tipificações (taxativas), surgir uma disposição que falte num outro – por exemplo, se para a extinção da compra e venda se encontra uma previsão determinada e para a do depósito não, a regra será aplicável também ao depósito? Não podemos resolver a questão através da interpretação extensiva – quando o legislador disciplina um tipo, não disse menos do que aquilo que pretendia (tipificações não admitem interpretação extensiva). Neste caso, só a compra e a venda poderiam estar em causa. Devíamos ter uma disposição referente especificamente ao depósito e não temos – há uma lacuna.

8. Aplicação da lei no tempo

Princípio: *lex posterior derrogat legi priori* – isto descarta a possibilidade de um conflito de normas aplicáveis, mas não elimina a possibilidade de conflito de leis no tempo – conflito prévio à aplicação normativa.

A entrada em vigor de uma lei nova não pode nunca provocar um corte radical na continuidade da vida social. Há factos e situações que, tendo-se verificado antes da entrada em vigor da lei nova, tendem a continuar no futuro ou a projetar-se nele.

Precisamente porque a função social do direito é essencialmente estabilizadora, ou ordenadora-estabilizadora de condutas e de expectativas de conduta é que se exige a esta ciência social justiça na aplicação temporal da lei: o direito não pode orientar condutas antes de ser posta em vigor lei contendo a disciplina nesse sentido. Daí que seja o princípio da não retroatividade a essência da lei, como afirma Savigny.

O problema da retroatividade da lei só se coloca (a partir, *grosso modo*, do início da Época Contemporânea, por oposição ao *Ancién Regime*) porque o direito dos nossos dias não é estático; antes pelo contrário: move-se como se move a tecnologia, a ciência, as conceções sociais – evolui, sob pena de explodir às mãos de uma revolução. Por tal são tão numerosas as alterações e inovações legislativas.

Neste sentido, a LN aplica-se imediatamente para evitar a estagnação da evolução social, e, também, por razões de igualdade (princípio da igualdade, art. 13º CRP) – exemplo: inquilinos do mesmo prédio que pagam rendas diferentes, em virtude de uns serem idosos, etc... Esta lei aplicar-se-á imediatamente.

Muitos textos constitucionais no pós-revolução francesa conferiram ao princípio da não retroatividade uma dignidade constitucional, fundamentando-o sobretudo na ideia da defesa dos direitos subjetivos dos indivíduos contra o arbítrio do poder do Estado – ideia ainda hoje válida. Daí que retroatividades que afetem direitos fundamentais, como é o caso do direito de propriedade, são consideradas inconstitucionais.

a) Determinações constitucionais sobre a (ir)retroatividade

Nas constituições modernas, este princípio não assume proporções constitucionais (exemplo do direito português – o princípio está consagrado em lei ordinária, art. 12º CC, significando isto que pode ser contradito por qualquer outra lei com o mesmo valor). Quer isto dizer que o legislador ordinário não está constitucionalmente impedido de conferir retroatividade às suas leis, salvo se essa retroatividade origine violação de direitos fundamentais constitucionalmente previstos ou outra garantia constitucional.

Deste modo se proíbem retroatividades:

1. que afetem o **caso julgado** (art. 282º/3 CRP) – entende-se que, caso contrário, o poder legislativo estaria a ingerir-se no poder judicial, significando isso um ataque à separação de poderes. Exclui-se, então, a retroatividade de grau máximo. O fundamento é a segurança e certeza jurídicas.
2. lei que venha retroagir, agravando, **penas ou medidas de segurança anteriores** fica também proibida (art. 29º/1, 3 e 4 CRP – em virtude do princípio da legalidade) – mais: aplicam-se retroativamente as leis penais de conteúdo mais favorável ao arguido – retroatividade *in mitius* (desenvolvido no art. 6º CP)/aplicação da lei mais favorável ao agente. Seria chocante ver aplicada pena diferente a duas pessoas que tivessem cometido o mesmo crime. O legislador, para efeitos de justiça, nivela por baixo – prefere sempre a lei mais favorável (também em matérias disciplinares e ilícitos de mera ordenação social – art. 282º/3 CRP).
3. art. 18º/3 - as **leis restritivas de direitos, liberdades e garantias** não podem ter caráter retroativo. A proibição é apenas expressa para estas matérias, contudo, a jurisprudência constitucional vai mais longe e não admite que possa ser atingido direito anteriormente concedido quando isso afetar o princípio da confiança ínsito no Estado de Direito Democrático. Assim se exclui a privação arbitrária de direitos adquiridos (os juízes do T.C. aplicam, portanto, aqui, o critério do direito adquirido e não do facto passado). Doutra maneira: em virtude do art. 2º CRP (proteção da confiança), quando uma perspetiva suficientemente sólida for afetada, a lei retroativa que tenha causado essa afetação pode ser considerada inconstitucional. (**Doutrina da proteção da confiança** - sempre que estejamos perante situações em que os poderes públicos tenham gerado nos cidadãos expectativas de continuidade, e essas expectativas forem quebradas, considera-se que estamos perante uma afetação inadmissível de expectativas - o T.C. tem entendido que é inconstitucional.)
4. Art. 103º/3 CRP - proíbem-se leis que criem impostos (**lei fiscal**) com natureza retroativa.

b) Direito transitório

Exemplo 1: duas pessoas casaram e, para se divorciarem, é agora necessário verificar se há infração de um dever matrimonial. Então, o que acontece a pessoas que se querem divorciar tendo casado antes da existência da redação do artigo do CC que diz que o casamento é indissolúvel?

Exemplo 2: João e Ana celebram um contrato mútuo por escritura particular. Entretanto surge uma lei imposta pelos bancos que diz que só os contratos de mútuo, para evitar situações de usura, têm de ser celebrados por escritura pública. O que acontece ao contrato que foi celebrado por documento particular? A lei nova afeta a validade do contrato, ou só vale para futuros contratos de mútuo?

Para resolver estes dilemas, o legislador utiliza o direito transitório: é uma solução que a lei nova oferece para resolver o seu conflito com a lei antiga.

São soluções casuísticas, visam as hipóteses que se coloquem na fronteira entre uma e outra lei. É uma solução que a lei nova oferece para resolver o seu conflito com a lei antiga.

O direito transitório é a confeção de uma solução específica que seja de remissão para uma das leis – ou a nova ou antiga ou para uma solução nova. Mas se se copia, por exemplo, a solução da lei antiga no caso do direito transitório material, não há remissão.

Quando não existem disposições transitórias, recorremos ao art. 12º CC. Só nessa circunstância.

O direito transitório pode ser:

a) **Formal**, se se limita a determinar se é a lei antiga ou a lei nova que é aplicável à situação. Exemplo: o legislador diz que os contratos celebrados há mais de 65 anos se regem pela lei antiga. É uma disposição transitória de direito transitório formal.

No direito transitório formal, o próprio legislador oferece uma solução, estabelecendo-a através de remissão. A lei antiga é revogada pela lei nova, mas tem uma espécie de extensão para aquele tipo de situações. Situações relativamente às quais a lei nova decide estabelecer que seriam resolvidas pela lei antiga.

Exemplo: o artigo 23º do DL 47344 de novembro 1966 - remetia para a lei antiga os testamentos que já tivessem sido feitos.

b) **Material** – aqui também temos uma solução oferecida pela LN para resolver o potencial conflito entre lei nova e antiga, mas trata-se de uma solução que não corresponde nem à aplicação da lei antiga nem da lei nova, é uma disciplina própria (*a terceira solução*, como lhe chama Oliveira Ascensão). Casos em que não se aplicou nem a lei antiga nem a nova, forjando-se, ao invés, uma solução

nova para aquele conjunto de situações, uma regulamentação própria. Adapta-se o regime da lei nova.

c) A problematização da retroatividade

O problema da definição do conceito de retroatividade foi objeto de duas doutrinas principais: ***direitos adquiridos* e *facto passado***.

Direitos adquiridos: toda a lei que violasse direitos já constituídos seria retroativa;

Factos passados: toda a lei que se aplicasse a factos passados seria retroativa.

Doutrina dos direitos adquiridos (Savigny): o critério de solução baseava-se, essencialmente, na ideia de que os direitos adquiridos à sombra de uma lei devem ser respeitados pelas leis posteriores. Não pode haver lei posterior que altere, limite, ou extinga um direito adquirido constituído à luz de uma lei anterior.

É importante distinguir os direitos adquiridos das faculdades legais e das simples expectativas:

- os direitos adquiridos são aqueles que entraram na nossa esfera jurídica e não podem ser retirados;
- as faculdades legais são poderes conferidos por lei e existem sempre que o seu exercício as converte em direitos adquiridos;
- as expectativas são esperanças que se convertem em direitos adquiridos quando surge um determinado pressuposto (exemplo: o André comprometeu-se a dar o estojo ao João se o Porto fosse campeão. O Porto é campeão e a expectativa do André torna-se num direito).

Savigny dizia, pois, que a lei nova deve respeitar os direitos adquiridos, mas não as faculdades legais e as simples expectativas.

Críticas:

1. as faculdades legais são direitos, e os direitos, para existirem, não dependem do seu exercício (exemplo: tenho o direito de propriedade sobre o meu telemóvel mesmo que o não use);
2. não é fácil distinguir direito sujetivo de simples expectativas - expectativas são direitos em formação, em estado embrionário (a Constituição convive com leis que afetem expectativas mas não com leis que afetem direitos - na perspetiva retroativa);
3. nem todos os direitos devem pertencer indefenidamente sujeitos a disciplina vigente aquando da sua constituição, ou seja, não se pode confundir direitos

adquiridos com direitos subjetivos: a propriedade é um direito subjetivo mas não um direito adquirido, na medida em que não pode ser indiferente às novas leis.

Esta doutrina foi posta de lado - surge a **doutrina do facto passado**: todo o facto jurídico é regulado pela lei vigente aquando da produção desse facto. Já não estamos nos direitos, estamos nos factos. Todo o facto jurídico é regulado pela lei que vigora no momento da produção do facto.

Isto implica que a lei nova não possa ser retroativa. A lei antiga aplica-se aos efeitos jurídicos já consumados, aos efeitos ainda pendentes quando a lei nova surge, e aplica-se também aos efeitos jurídicos que ainda não se produziram mas podem ocorrer como consequência mais ou menos longínqua de um facto passado.

Em relação a esta doutrina surge uma versão mais mitigante, mais atenuada (**Enneccerus-Nipperdey**): aplica-se a lei antiga aos factos passados, aos efeitos jurídicos já passados, mas quanto aos efeitos pendentes aquando do surgimento da lei nova distingue-se: se os efeitos jurídicos já se produziram antes da entrada em vigor da lei nova, aplica-se a lei antiga; se ainda não se produziram os efeitos, aplica-se a lei nova - já não se fala em retroatividade, mas em efeito imediato. Em relação aos factos futuros, também a esses se vai aplicar a lei nova.

Críticas:

1. os efeitos jurídicos são consequência imediata dos factos jurídicos, e, portanto, os efeitos existem desde a sua ocorrência, mesmo que dependam também de factos novos. Exemplo: com o contrato de compra e venda surgem determinados direitos e obrigações para ambas as partes. O facto de serem exercitados imediatamente ou em tempo posterior é irrelevante para saber se é lei nova ou não.

A segunda doutrina é a que hoje tende a ser aplicada. É esta doutrina, de Nipperdey, que inspira o nosso art. 12º CC – estipula os critérios aplicáveis no que toca à retroatividade da lei em todos os ramos do direito, excluindo o direito penal.

d) A retroatividade

Retroatividade - agir sobre o passado. Sendo que o passado se consubstancia em factos, equivale a agir sobre factos passados.

Irretroatividade - aplica-se aos factos passados a LA e aos factos novos a LN.

Esta é a designação mais simples, que, precisamente por isso, se mostra incompleta: descura os efeitos jurídicos - as consequências dos factos. É esse fator que está na base do desvio ao princípio geral da não retroatividade.

Art. 12º CC:

Art. 12º/1 – princípio geral: a lei só dispõe para o futuro (não retroatividade), quando lhe não seja atribuída eficácia retroativa pelo legislador (Oliveira Ascensão encontra logo, aqui, uma imprecisão: a lei não dispõe apenas para o futuro, dispõe também para o presente – atinge, então, situações que se verifiquem no momento da sua entrada em vigor… Entrando em vigor, a lei atinge imediatamente as situações que defronta, mas não inflete sobre o passado, alterando valorações produzidas já – é a regra geral). Sendo-lhe conferida essa eficácia, ficam ressalvados os efeitos já produzidos pelos factos a que a lei se destina a regular. Exemplo: a LN vem fixar uma taxa de juro máximo inferior à LA, declarando-o aplicável aos contratos anteriores. Esta LN não afeta os juros já vencidos no passado.

Art. 12º/2 –

1ª parte: nos termos da não retroatividade na teoria do facto passado, distingue dois tipos de normas: as que dispõem sobre os requisitos de validade (substancial ou formal) de quaisquer factos ou sobre os efeitos de quaisquer factos (o próprio conteúdo de situações jurídicas pode ser considerado efeito de um facto, pois todas as situações jurídicas resultam de factos)

2ª parte: e aquelas que dispõem sobre o conteúdo de certas situações jurídicas e o modelam sem olhar aos factos que a tais situações deram origem. Funciona como interpretação *a contrario sensu* da primeira parte do artigo. O facto constitutivo da relação jurídica já ocorreu, na égide da lei antiga, mas a lei nova aplica-se imediatamente. Os efeitos ligados àquele facto vão ser abrangidos pela nova regulação.

As primeiras só se aplicam a factos novos – não seria correto aplicar a LN a situações anteriores relacionadas com impedimentos matrimoniais ou legalidade de um negócio, por exemplo; as segundas aplicam-se a relações jurídicas constituídas antes da LN mas subsistentes ou em curso. Faz sentido aplicar a LN para fixar, por exemplo, o conteúdo do direito de propriedade, e não a lei da data da sua constituição. É indiferente o facto que lhe deu origem ("*…abstraindo dos factos que lhe deram origem…*"). Se não interessa conhecer o facto constitutivo do direito, não interessa, por consequência, saber a data da formação deste – daí a LN ser imediatamente aplicável. Situação diferente é o conteúdo do direito estar em parte dominado pelo facto que lhe deu origem (exemplo de Antunes Varela e Pires de Lima no CC Anotado: quando a enfiteuse tem os seus efeitos fixados contratualmente – esses efeitos, ao nível do cumprimento do contrato, devem ser respeitados.). Nestes casos prevalece o regime da LN somente na matéria que não está regulada pelo contrato.

A diferença substancial entre aplicar a primeira ou a segunda parte do art. 12º/2 CC reside em a lei regular efeitos como expressão de uma valoração dos factos que lhes deram origem (primeira parte), ou regular diretamente a situação, seja qual for o facto que a tiver originado (segunda parte).

Isto é:

o critério para a lei se aplicar ao passado ou só a casos futuros reside na abstração do facto. Se a lei dispõe sobre a relação jurídica, abstraindo-se do facto que a deu origem, abrange as expectativas constituídas antes da entrada em vigor.

Quando estamos perante uma lei que incida sobre os efeitos de factos, aplica-se a primeira parte do 12º/2 CC. Só aplicamos a segunda parte quando existe abstração relativamente ao facto constitutivo/extintivo/modificativo.

Quando dissociamos, *a contrario*, os efeitos das relações dos factos que lhe deram origem, então a lei nova pode, sem retroatividade, ser objeto de aplicação imediata e assim reger os efeitos futuros das situações em curso.

(No direito processual, a lei nova aplica-se imediatamente, porque se parte do princípio de que o legislador se abstrai do facto que deu origem às relações jurídicas, bem como presume que a LN contém critérios mais perfeitos que os praticados até então pela LA. Aplica-se a LN mesmo aos processos que estão a correr.)

No fundo, concluindo, o que nos diz o art. 12º/2 CC é que a lei nova regula tanto os factos novos como os efeitos destacáveis dos factos passados.

Exemplos:

- *1ª parte:* lei que venha exigir escritura pública para a validade de contratos que até ali podiam ser validamente celebrados por escrito particular, ou que venha exigir que a nubente tenha completado 16 anos para ter capacidade nupcial, só se aplica, respetivamente, a contratos ou a casamentos futuros; uma lei que venha determinar que um menor com 16 anos tem capacidade nupcial (pode casar sem autorização dos pais). O João Carrilho queria ter-se casado antes e não conseguiu - o casamento foi declarado nulo - e agora quer-se casar. Não pode porque a lei dispôs sobre as condições de validade substancial dos factos, logo só se aplica aos factos novos. (Em caso de dúvida, não se aplica, na mesma, aos factos antigos porque o legislador não indica, através do direito transitório, que confirma o conjunto de situações constituidas à luz da lei antiga. Será que há solução confirmativa tácita? É duvidoso, e quem argumenta que sim defende que não há qualquer limite à retroatividade, o que entra em choque com o art. 12º/2 CC primeira parte. Para além de que se tivermos a solução confirmativa tácita, não há dúvida - logo não há a obrigatoriedade da lei nova dispor apenas para os casos futuros. Se estivermos perante solução confirmativa expressa, também não estamos perante caso de duvida, logo também não vamos encarar a solução como

tendo apenas validade para o futuro.) Neste caso, por razões de igualdade, entende-se que o casamento do João pudesse ser validado.

- *2ª parte:* por outro lado, a lei que venha alterar o regime das relações pessoais dos cônjuges, ou o conteúdo do direito de propriedade, aplica-se, respetivamente, aos casamentos já celebrados e aos direitos de propriedade constituídos ou adquiridos previamente.

A teoria dos factos passados apenas seria inteiramente exata se a aplicação da LN a quaisquer factos passados implicasse retroatividade da mesma lei. Nem sempre assim sucede. Porquê? Temos de ter presente a distinção entre factos determinantes da competência da lei aplicável e factos abrangidos no campo de aplicação da lei competente. Não são quaisquer factos que determinam a competência da lei aplicável, apenas os factos constitutivos (ou modificativos ou extintivos) de situações ou relações jurídicas. Assim, a teoria dos factos passados (enquanto critério determinativo da competência da LN e não dos factos a que esta se aplica) deve ser formulada nos seguintes termos: a LN não se aplica a factos constitutivos verificados antes do seu aparecimento, no sentido de que será retroativa sempre que se aplique a factos passados por ela própria assumidos ou visados como factos constitutivos.

e) Graus de retroatividade

1. **Máximo** - a lei aplica-se a todas as situações do passado, independentemente de o caso já ter transitado em julgado;
2. **Agravado** - a lei aplica-se a todas as situações do passado, mas salvaguarda as que estão definitivamente fixadas e transitadas em julgado, ou que sejam objeto de título formal equivalente;
3. **Ordinário** - a lei nova respeita todos os efeitos já produzidos ao abrigo da lei antiga.

A regra geral é a da aplicação do grau ordinário. O grau máximo é constitucionalmente proibido, com a exceção da figura da aplicação da lei penal mais favorável ao arguido.

f) Retroconexão

Conjunto de situações materialmente retroativas, mas não estamos perante verdadeira retroatividade - as situações é que são retroativas e não a lei.

Exemplo: art. 268º/2 CC ou 289º CC - temos retroatividade material, mas não em sentido técnico; impedimentos matrimoniais, impedimentos de deserdação, resolução de contratos, etc...

Estamos perante o que o prof. Batista Machado designa como sendo retroconexão: uma lei nova que vem tocar em pressupostos positivos ou negativos de admissibilidade de situações jurídicas. Quando a lei nova incide sobre estes pressupostos, mesmo que se aplique no imediato, não estamos perante uma situação de retroatividade, mas de retroconexão.

g) Guia de leis aplicáveis

Pequena cábula:

1. Lei aplicável às situações jurídicas contratuais

O estatuto do contrato é determinado em face da lei vigente ao tempo da conclusão do mesmo contrato. Sempre que, porém, as cláusulas de um contrato celebrado na vigência da LA e por esta consideradas válidas conflituem com as disposições da LN com incidência sobre os efeitos dos contratos, sendo o teor de tais disposições ditado por razões atinentes ao estatuto das pessoas ou dos bens, a princípios estruturadores da ordem social ou económica, estas disposições prevalecem sobre aquelas cláusulas. Enquanto ordenadoras do estatuto legal das pessoas e dos bens, tais disposições regulam problemas para os quais a lei competente é a LN.

2. Lei aplicável às situações jurídicas pessoais

Quando estamos perante regulação incidente de estatuto pessoal - à constituição do estatuto (exemplo: estatuto de casado) aplica-se a lei em vigor nesse momento, a lei antiga. Em relação ao conteúdo do estatuto pessoal, à regulação do conteudo, aplica-se a lei nova.

3. Lei aplicável às situações jurídicas reais

Quando estamos perante regulação incidente de estatuto real, à constituição do estatuto aplica-se a lei em vigor nesse momento, a lei antiga. Em relação ao conteúdo, aplica-se a lei nova.

4. Lei aplicável às situações jurídicas sucessórias

Quando estamos perante regulação incidente de estatuto sucessório, aplica-se a lei em vigor nesse momento, no termo de abertura de sucessão - ao tempo da feitura do testamento.

5. Lei aplicável ao facto ilícito

Quando estamos perante regulação incidente de facto ilícito, aplica-se a lei em vigor nesse momento - ao tempo da ocorrência do facto (ilícito).

h) Leis sobre prazos

Arts. 296º e 297º CC + 279º CC.

Lógica: tendo o decurso global do prazo o valor de um facto constitutivo de um direito ou situação jurídica, se tal prazo ainda se achava em curso no momento de entrada em vigor da LN, é porque tal situação jurídica ainda se não achava constituída. Logo, cabe à LN a competência para determinar os requisitos da constituição dessa situação jurídica.

Exemplo: temos um prazo de 60 dias; entretanto vem uma lei nova que o reduz para 30. Estamos no dia 10 do prazo, por hipótese, e temos, de acrescento, já não 50 dias, mas os 30 dias da lei nova (297º/1); salvo se já se estiver num dia superior ao prazo que a lei nova vem instituir (297º/1 *in fine*). Se for ao contrário (297º/2) - computa-se o tempo já decorrido ao abrigo da lei antiga no prazo estabelecido pela lei nova (prazo de 30 dias, já passaram 8 e vem lei nova definir que são 60 – já só tem mais 52 dias).

Atenção: a certos prazos não se aplica o disposto no art. 297º CC: hipóteses em que uma disposição legal se refere ao decurso de determinado período de tempo como fundamento de certa presunção legal, como pressuposto do reconhecimento de certa faculdade.

Exemplo: art. 1781º/a) CC - temos um prazo mas que é um facto constitutivo, não aplicamos o 297º mas o 12º CC. Abrange as próprias relações jurídicas que subsistem à data da entrada em vigor da lei, abstraindo-se dos factos que estão na génese dessa regulação, logo aplica-se a segunda parte do 12º/2 CC.

Nestes casos, nada interessa o facto de o prazo em causa ter decorrido, no todo ou em parte, sob a LA, visto que tal decurso não é, por si, causa de qualquer efeito jurídico. Só o facto principal é que determina a lei aplicável; o decurso do tempo do prazo não representa nunca um facto constitutivo (ou modificativo ou extintivo), mas apenas um facto-pressuposto.

Assim, não há que fazer as acomodações a que se refere o art. 297º CC, aplica-se imediatamente a LN, sem mais.

i) Leis interpretativas

Art. 13º CC – a lei interpretativa integra-se na lei interpretada (materialmente estamos perante uma única lei), ou seja, relativamente a leis desta natureza não há que aplicar o princípio da não retroatividade consignado no artigo anterior. Antunes Varela e Pires de Lima: *Isto quer dizer que retroagem os seus efeitos até à data da entrada em vigor da antiga lei, tudo ocorrendo como se tivessem sido publicadas na data em que o foi a lei interpretada.* Fazem-se, depois, as devidas ressalvas - sem prejuizo desta integração, há determinados efeitos que devem ser ressalvados: desde logo, se entretanto tiver havido um caso julgado que implicou uma interpretação diferente daquela que trouxe a lei interpretativa.

A lei interpretativa aplica-se a factos e situações anteriores, porque consagrando e fixando uma das interpretações possíveis da LA (com que os destinatários podiam e deviam contar), não é suscetível de violar expectativas seguras e legitimamente fundadas.

Lei interpretativa – leis que, sobre pontos ou questões em que as regras jurídicas aplicáveis são incertas ou o seu sentido controvertido, vem consagrar uma solução que os tribunais poderiam ter adotado. Se se tiver formado, entretanto, uma corrente jurisprudencial, então a LN que venha consagrar uma interpretação diferente da mesma norma já não pode ser considerada realmente interpretativa.

Uma lei interpretativa, para poder ser qualificada como tal, tem de obedecer a 3 pressupostos:

1. **lei posterior**
2. **finalidade de interpretação da LA** (pode não ser expressa - preâmbulo, ou o próprio texto do diploma). Problema: uma lei interpretativa que vem interpretar num sentido que não era o mais corrente - é uma lei meramente interpretativa no sentido formal; materialmente é inovadora com efeitos retroativos (quebra, então, o princípio geral da não retroatividade). Há só uma possibilidade de interpretação? Há só uma solução? Será que podemos dizer que uma interpretação é a adequada em relação à lei interpretada? ...
3. A lei **não ser inferior, do ponto de vista formal, à lei interpretada** (e, entende-se, tem de ser a lei interpretativa emanada do mesmo órgão que emanou a lei interpretada. Ex: a AR emanar uma lei que interprete um DL do Governo não pode acontecer. Ou mesmo que seja do mesmo órgão, é só formalmente interpretativa - ex: um DL do Governo de Passos interpretado por um DL do Governo atual; ou ainda a lei interpretativa da AR ser aprovada pela maioria que suporta o Governo que fez o DL interpretado - não pode ser, estamos a politizar a situação. O órgão AR tem personalidade coletiva, e trata-se de uma questão jurídica).

Em caso de lei interpretativa, os efeitos já cumpridos ficam ressalvados em situação de nova interpretação; também o caso julgado, quando se tenha aplicado uma solução diferente da(s) da interpretação - tem sido criticado este princípio da intangibilidade do caso julgado nestas circunstâncias, porque se a lei interpretativa institui aquela que se pensa ser a interpretação mais correta, há legitimidade para reabrir o caso julgado e substituir para melhor a sentença (maior favorabilidade da lei interpretativa).

j) Leis confirmativas

Quando a LN vem aligeirar formalidades demasiado pesadas suportadas pela LA.

Exemplo: requisitos de validade de certos negócios jurídicos – a LN pode vir dispensar alguns que existiam à luz da LA. LN vem legitimar os filhos adulterinos – eram inadmissíveis à luz da LA, e, portanto, nulos.

Que acontece aos factos considerados nulos ou anuláveis sob a égide da LN? Por princípio, entende-se que não ficam convalidados (art, 12º/2 primeira parte). Isto é: a lei da validade de qualquer facto é a lei vigente ao tempo da prática do mesmo facto. Uma LN não pode por em causa, nem convalescer, atos jurídicos passados.

Contudo, é frequente que a LN mais favorável à validade confirme expressamente atos nulos ou anuláveis realizados aquando da vigência da LA. Por vezes, trata-se de atos cuja validade era controvertida em face da legislação anterior e, o que acontece é que a LN vem meramente confirmar a validade deles (lei interpretativa).

E quando a LN mais liberal em matéria de condições de validade dos atos não contém uma disposição confirmativa dos atos anteriores? Não se devia admitir a figura

da confirmação tácita, uma vez que a confirmação pela LN de atos anteriores é contrária ao princípio da não retroatividade. Mas, se pensarmos melhor: o princípio da não retroatividade tem o seu fundamento na necessidade de garantir a segurança e certeza jurídicas. Ora, as leis confirmativas, na grande maioria das vezes, reforçam a segurança jurídica. Logo, agarrarmo-nos cegamente ao princípio da não retroatividade nestas circunstâncias afigura-se, talvez, inútil e formalista. Inútil porque se acaba por declarar nulo um ato que as mesmas partes logo poderiam celebrar validamente no dia seguinte, por exemplo.

9. Algumas figuras jurídicas:

a) Direito Potestativo – Direito de criar inevitavelmente uma alteração, extinção ou criação no Direito, no sistema; por declaração unilateral, modificar, extinguir relações jurídicas pré-existentes – direito de anulação, direito de revogação, etc. Fazem parte das situações em que se dispensa a tutela estatal. Permite dispensar o recurso a tribunais. Não existe a possibilidade de impedimento do uso do direito potestativo (ex: o repúdio da herança é um ato potestativo. O cidadão repudia e não precisa de ir a nenhum tribunal. Só tem de exercer esse direito. - Art. 2062º CC).
b) Situação Jurídica Indisponível – direitos e deveres inegociáveis. Exemplo: art. 36º/5. Uma situação jurídica indisponível é, por exemplo, desligar o casamento do direito ao livre desenvolvimento da personalidade (art. 26º CRP) ou seja, da possibilidade de divórcio.
c) Presunções legais (art. 349º CC) - Exemplo: um dirigente sindical é despedido – presume-se que foi sem justa causa, que está a ser despedido precisamente por ser dirigente sindical. E, aqui, a presunção inverte o ónus da prova em virtude do *in dubio pro reo* (art. 342º CC e ss.): passa a ser o empregador quem tem de provar que não o despediu pelo motivo da presunção. As presunções podem ser ilidíveis, quando são passíveis de ser contrariadas, ilididas, afastadas; ou inilidíveis, quando não admitem prova em contrário (exemplo: art. 243º/3 CC). Outras figuras que também invertem o sentido do ónus da prova: cláusulas penais – fixação antecipada de uma consequência para o incumprimento do acordo; presunção de culpa (art. 799º CC).
d) Ficção – assimilação de determinada situação. Exemplo: art. 805º CC. (Nota: mora é um incumprimento temporário, por oposição ao incumprimento definitivo.) O legislador estabelecer que o facto ou situação a regular é ou se considera igual àquele facto ou situação para que já se acha estabelecido um regime na lei. Assimilação fictícia de realidades factuais diferentes para efeito de as sujeitar ao mesmo regime jurídico. Diferença relativamente à presunção: com a presunção, o legislador supõe de modo irrefutável que o facto presumido acompanha sempre o facto que serve de base à presunção. Diferentemente, na ficção, a lei atribui a um facto as consequências jurídicas de outro.
e) Vícios - Por vezes, não é necessário recorrer aos Tribunais para ver reposta a Justiça. Imaginemos uma situação em que um contrato celebrado é contrário à lei. Este é considerado nulo e não é preciso avançar com processo algum em Tribunal, não é necessário recorrer à ordem jurídica. Ou ainda, imaginemos que eu tento

vender algo que não me pertence. A pessoa a quem eu impinjo a coisa não vai na minha conversa e, a partir daí, não é necessário recorrer aos Tribunais. Situações de Invalidade (divide-se em Nulidade e Anulabilidade. Nulidade – É o vício mais grave. Atos que nunca produzem efeitos - ex. art. 280º CC: insusceptibilidade de produção de efeitos jurídicos; Anulabilidade - Atos que produzem efeitos até serem anulados. Ex: um menor vende um seu bem – produz efeitos – mas os pais anulam esse ato – anulados os efeitos) e Ineficácia (tudo o que é inválido é ineficaz, mas o que é ineficaz pode não ser inválido. Ex: celebro um contrato e tento regular um interesse de terceiro - tentativa de interferir na esfera de terceiros é ineficaz –, essa cláusula fica ineficaz, mas o contrato mantém-se válido. Tem que ver, também, com a incompletude do processo – não é propriamente um vício.). Inexistência – não chega a ser um vício (ex: norma da CRP que diz que, da falta de referenda ministerial a um decreto-lei no seu processo de aprovação, decorre a inexistência jurídica desse ato normativo.