



Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

Ano Letivo 2017-2018

Disciplina: Direito e Pensamento Jurídico

Docente: Margarida Lima Rego

Aluno: João Duarte (5770)

I

## O que é o Direito?

### 1.1 Os vários Sentidos e Ideias geralmente associadas ao “Direito”

#### ➤ Direito em Sentido Objetivo

O Direito é um conjunto de regras de conduta social, que vigoram num dado lugar em determinado momento, e que regula 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, sob a ameaça de sanções estabelecidas para quem violar as tais regras de conduta social.

Assim, há uma relação entre Direito e Moral, já que as duas concepções que se opõem no campo da moral – utilitarismo e deontologismo - têm ambas o lugar assegurado no domínio do Direito. Interesse da coletividade (o que é bom e útil - utilitarismo) e direitos e deveres dos indivíduos (o justo – deontologismo). Portanto, o Direito procura integrar o que é considerado útil numa sociedade dado que aumenta o bem-estar dos cidadãos e, a par, o que é justo porque os trata de igual modo.

#### ➤ Direito em Sentido Subjetivo

Àquilo que é a ordem jurídica composta por normas jurídicas, o Direito com maiúscula, (Direito Português, Direito Francês, ...), opõem-se os direitos, com letra minúscula e no plural, que são entendidos como posições jurídicas e 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).

## ➤ Direito como Ciência

O Direito também pode ter o sentido de Ciência (do Direito), ou seja, nesta acepção, 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.

### 1.2 Distinção entre Norma e Fonte

Norma: entendida como sinónimo de regra (mas pode ser considerada numa hierarquia que coloca a norma no topo e depois a subdivide em princípios e regras) designa enunciados linguísticos contidos nas fontes, que refletem princípios de vida ou condutas de regulação social. Com efeito, as normas jurídicas precisam de um portador, capaz de as tornar reconhecíveis. É possível exprimir a mesma norma através de diferentes enunciados, ou seja, a fonte pode alterar-se, mas a norma (regra) mantém-se. São gerais: aplicam-se a uma generalidade hipotética de pessoas e não concreta.

Fonte: Processos pelos quais as normas se revelam. Modo de formação e revelação das regras jurídicas. *Fala-se em fonte do Direito para exprimir a realidade que tem o sentido de criar ou revelar normas jurídicas* - (Oliveira Ascensão). As fontes são estáticas (Art. 10º CRP, p.ex.). São todas as normas escritas que provêm dos órgãos legislativos competentes. (Constituição, Código Civil, Código Penal, etc. etc.).

### 1.3 Expressões próximas da palavra Direito

- a) Sistema jurídico: conjunto formado pelo Direito objetivo e pelos órgãos que o elaboram (Parlamento, Governo) ou que o aplicam (Administração Pública, Polícia, Tribunais, entre outros);
- b) Ordem jurídica: pode ser entendida segundo dois sentidos: 1) em sentido restrito: significando o mesmo que Direito objetivo; 2) em sentido amplo: significando, além do Direito objetivo, o conjunto dos atos jurídicos praticados por todos os indivíduos e dos efeitos que eles produzem;
- c) Ordenamento jurídico: combinação entre Direito objetivo e sistema jurídico;
- d) Mundo do Direito: expressão polivalente, que tanto equivale a Direito objetivo, como a sistema jurídico, como a ordenamento jurídico, como a ordem jurídica em sentido amplo;
- e) Aplicação do Direito: distingue-se o Direito objetivo, constituído por normas gerais e abstratas, obrigatórias para todos, da aplicação do mesmo Direito aos casos concretos da vida real.

### 1.4 Alguns Conceitos Básicos

- ✓ Personalidade Jurídica: Suscetibilidade de se ser titular de direitos e outras situações jurídicas. Quem tem personalidade jurídica – cidadãos – é titular de direitos e deveres (subjetivos). Esta personalidade jurídica é conferida aos cidadãos desde o momento da sua nascença até à sua morte.

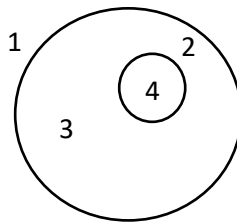
- ✓ Pessoas Coletivas: Entidades não-humanas (empresas, associações, etc.)
- ✓ Situação Jurídica: Titularidade de, direito a, dever de, ónus (um ónus é um imperativo hipotético = se eu quiser X tenho de fazer Y e Z para o conseguir. I.e. implica um sacrifício para, depois, obter vantagens), etc.

a) Situação Jurídica Ativa: direito a

b) Situação Jurídica Passiva: dever de

- ✓ Relação Jurídica: Conjunto de situações jurídicas (relação entre um credor e um devedor, entre as duas pessoas que celebram um casamento, etc).
- ✓ Esfera Jurídica: Conjunto de situações de que somos titulares. Subdivide-se em:

a) Património: Conjunto de situações de que somos titulares, com conteúdo patrimonial.



1 – A minha esfera jurídica

2 – O meu património

3 – O direito à vida

4 – O meu computador

- ✓ Facto Jurídico: Factos que produzem efeitos jurídicos. Que alteram o direito. A realidade relevante para o Direito, para o caso que se está a tratar. Temos, depois, factos juridicamente relevantes se tiverem importância suficiente para influenciarem a solução. Por fim, os factos simples, ditos normais, não são juridicamente relevantes, a menos que, num contexto próprio, o venham a ser (exemplo: Ocorreu um acidente e estava sol – facto simples juridicamente relevante; duas pessoas divorciaram-se e estava sol – facto simples juridicamente irrelevante).

a) Ato jurídico (subconjunto): (Todos os atos são factos.) são factos que decorrem única e exclusivamente da vontade humana – atos humanos e voluntários. (Exemplo: um nascimento não é um ato jurídico porque não é voluntário; pegar numa pistola e dar um tiro a alguém é um ato jurídico porque decorre da vontade pessoal, é deliberado).

- ✓ Negócio jurídico: (Todos os negócios são atos e, por conseguinte, factos.) Ato cujos autores escolhem os efeitos jurídicos que vão produzir (exemplo: negociar a venda de uma casa com um potencial comprador, negociar a renda, etc.). Se voltarmos ao exemplo do tiro, tal não configura um negócio jurídico porque o autor não tem a capacidade de decidir as consequências do seu ato.
- ✓ Efeito jurídico: Consequências jurídicas dos negócios ou atos ou factos jurídicos.

- ✓ Regime jurídico: Conjunto de regras e princípios que regulam uma determinada área restrita (caça, pesca, casamento, adoção, etc.). É um termo lato e muito frequentemente empregue.
- ✓ Instituto jurídico – Designa grosso modo o mesmo do que o conceito anterior (conjunto de regras e princípios reguladores de uma figura da ordem jurídica – casamento, adoção, etc.). Com, apenas, a alteração de ter maior grau de exigência, ou seja, dirige-se apenas às figuras da ordem jurídica mais organizadas. É necessária alguma autonomia (exemplo: “o instituto jurídico do futebol” – não faz sentido; pelo contrário, é permissível falar em “instituto jurídico do casamento”).

### 1.5 Características do Direito

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

- ✓ Direito Consuetudinário, legislado e codificado: O Direito pode apresentar-se corporizado em costumes, ou tradições orais, em leis escritas, ou em compilações cientificamente sistematizadas, chamadas códigos.

## 1.6 Duas Perspetivas Sobre o Direito

Perspetiva Externa – postura descritiva. Descreve-se o fenómeno jurídico de forma fiel à realidade. É a perspetiva de quem olha de fora. Descreve-se e percebe-se o modo de funcionamento.

Perspetiva Interna – Caracteriza a postura do jurista. O objetivo é entrar e perceber a lógica. É a perspetiva de alguém que olha para as regras com conhecimento e como algo que tem de respeitar. Própria de alguém que está dentro do tema. Tenta-se perceber o que se impõe dentro da sociedade (qual o dever ser). Procura-se interpretar as fontes, aplicando-as aos factos para chegar a conclusões. O jurista está dentro do campo a jogar e não nas bancadas a observar a partida.

Analogia com o futebol:

Perspetiva Interna: Saber quando há falta e que cartão mostrar ao jogador.

Perspetiva Externa: Observar e tentar perceber o que se está a passar no jogo.

## 2. Direito e Normatividade, Ordens Normativas, Direito e Moral, Coercibilidade do Direito

Normatividade = regras e princípios. Normatividade Jurídica = regras e princípios aplicados no 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 (*ubi jus ibi societas/ ubi societas ibi jus* – onde há Direito há sociedade/inverso).

A sociabilidade é inata ao Homem, e por isso vemo-lo desde sempre vivendo em comunidade. Por o Direito só se verificar em sociedade, o fenómeno social aparece-nos desde logo como condicionante do fenómeno jurídico.

A Natureza (o natural) e a Sociedade (o social) constituem as duas grandes ordens normativas.

A ordem natural é realmente um facto, tal como a ordem social, mas não se pode pensar que haja identificação entre uma e outra: a ordem natural é uma ordem da necessidade – tem de existir, e as suas leis não são alteráveis. Pelo contrário, a ordem social não é uma ordem da necessidade, mas da liberdade. A possibilidade fática de o Homem se lhe subtrair é da sua própria essência: existe, mas pode ser afastada. Propõe-se à vontade do Homem, mas não se impõe cegamente – o Homem mantém a liberdade de se rebelar contra ela. É a ordem da cultura.

Por um lado, a ordem da necessidade fala em leis mas num sentido diferente do que, neste âmbito, se pode pensar: são as leis da gravidade, por exemplo – leis naturais marcadas pela característica da inviolabilidade. Aqui, o objetivo é acumular conhecimento. E ou se está certo, ou se está errado. (Ordem do verdadeiro ou falso). Por outro lado, a ordem da cultura,

cujo objetivo é resolver problemas, é uma ordem subjetiva, que impõe decisões coletivas – é assim porque há uma decisão, e é assim mas podia não ser, ou podia ser de outra forma. Ou seja, temos constância mas não fatalidade: o Homem pode rebelar-se contra as decisões, ou as leis (e até alterá-las) – já que é nesta ordem que se situa o Direito, porque o Direito é uma construção do Homem, um produto de decisões humanas (que são assim mas podiam ser de outro modo, ou podem ser de outro modo – não há a inviolabilidade da ordem natural).

A ordem da Natureza exprime um ser – aumenta-se o conhecimento em determinada área; enquanto que a ordem Social exprime um dever ser – comandos, instruções que podem ser violados, mas essa violação é censurada.

Planos dentro da ordem normativa cultura:

1. Plano do Trato Social/Ordem do Trato Social – regras de cortesia ou civilidade. Ordenação social destinada a tornar a convivência mais fluida e mais agradável. É expressa pelos usos ou convencionalismos sociais. A violação destes usos provoca reprovação social e até sanções sociais difusas, como por exemplo a segregação de quem é considerado inconveniente. (Exemplo: se é de uso em determinada comunidade que a partir do pedido de casamento o noivado não seja quebrado, quem procedeu em contrário terá de defrontar a reação social que consiste na reprovação do seu comportamento e possivelmente no seu afastamento de centros de convívio social. Não põe, todavia, em causa nenhuma regra jurídica da comunidade). Difere da ordem jurídica pelo caráter necessariamente inorganizado da sua gênese, pela convicção generalizada de não respeitar a aspetos essenciais à conservação e progresso sociais e, enfim, pela ausência de coercibilidade organizada. Na ordem jurídica, as formas de criação intencional são muito relevantes, há a convicção da sua indispensabilidade e a coercibilidade, se bem que nem sempre se verifique, é-lhe natural.
2. Plano da religião/Ordem Religiosa – ordem normativa que assenta num sentido de transcendência. Ordena as condutas tendo em vista a posição do Homem perante Deus. Esta ordem é em parte intra-individual. Repercute-se, também, na ordem social enquanto, com a mesma finalidade, ordena condutas exteriores de membros da sociedade. A ordem religiosa sempre influenciou de algum modo a ordem social: não há sociedade cuja ordem não reflita de alguma maneira este elemento. Consequências do desrespeito das regras religiosas: perda do direito à vida eterna, por exemplo.
3. Plano da Moral/Ordem Moral – é uma ordem de condutas, que visa o aperfeiçoamento da pessoa dirigindo-a para o Bem. É em grande parte, tal como a ordem religiosa, intra-individual. Surge uma moral positiva, que representa o conjunto de regras morais, ou aceites como tal, que vigoram numa sociedade. Essas regras determinam comportamentos e relações sociais em medida necessariamente vasta, pois o aperfeiçoamento individual só se realiza na participação social. Os comportamentos sociais não podem ser compreendidos se ignorarmos as convicções morais importantes. Consequências que decorrem do desrespeito destas regras morais: censura moral, peso na consciência, etc.
4. Plano do Direito/Ordem Jurídica – diferencia-se dos restantes planos pela coercibilidade. Ou seja, as regras jurídicas têm caráter imperativo (imperatividade do Direito - dever ser que nada tem de condicional; exigência incondicionada ou categórica de aplicação e cumprimento das regras pelos sujeitos que estão abrangidos pela ordem

jurídica). Dado este caráter imperativo, o Direito recorre à coercibilidade nos casos em que os cidadãos não acatam a imperatividade das normas. Isto diferencia a ordem jurídica das outras ordens (exemplo: violar regras morais não implica punição – a ordem jurídica tem capacidade e poder de impor o cumprimento de regras, pela força se necessário, enquanto que a ordem moral não o possui). Algumas regras morais estão vertidas na ordem jurídica (moral coberta pelo Direito). Nestes casos quem viola a moral viola o Direito.

COERCIBILIDADE                      EXCLUSIVA                      DIREITO

De diversas formas a ordem jurídica dispõe de mecanismos que permitem impor o respeito pelas normas e princípios: não só pelas penas, mas também, por exemplo, através de execuções (alguém que não liquida uma dívida e, por isso, é-lhe executado o património).

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

✓ Relação entre Direito e Moral:

Moral – É uma ordem das consciências, pretende o aperfeiçoamento dos indivíduos, orientando-os para o Bem.

Direito – Pretende ordenar os aspetos fundamentais da convivência, criando as condições exteriores que permitam a conservação da sociedade e a realização pessoal dos seus membros.

A compreensão entre direito e moral tem sido tentada através dum conjunto de critérios, que se revelam, todos eles, num ou noutro ponto, insuficientes: critério do mínimo ético, da coercibilidade e da exterioridade.

O primeiro foi concebido pelo jurista alemão Georg Jellinek (1851-1911) e equivale graficamente a apresentar o direito como o círculo concêntrico menor, rodeado pelo maior, que representa a moral. E isto porque o direito corresponde àquele mínimo que é indispensável para preservar a vida em sociedade.

Aqui, parece dizer-se que toda a regra jurídica tem caráter moral, o que não é verdade, como se demonstra com a existência, por exemplo, de regras de fardamento de uma determinada força armada. Esta crítica não procede, todavia, porque não considera o direito como um todo. A crítica é antes outra: o critério do mínimo ético não serve para explicar o que delimita as áreas da moral e do direito.

Já o critério da coercibilidade sustenta que o direito se distingue da moral 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. 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).

Finalmente, o critério da exterioridade sustenta que o direito atende ao lado externo e a moral ao lado interno das condutas. A verdade é que a moral não se basta com boas intenções, mas com a prática do dever ético; por seu turno, ao direito não é indiferente a motivação do agente, isto é, não é indiferente a prática de um crime com dolo ou mera negligência. Ao mesmo tempo, este critério salienta um aspeto importante e a reter: é diferente o ponto de partida na medida em que o simples pensamento de matar pode já ser moralmente reprovável, enquanto o direito aguarda pela manifestação exterior da conduta.

### 3. Os Fins do Direito

São três os fins do Direito: a justiça, a segurança e a proteção dos Direitos Humanos.

- A justiça é o primeiro e o mais importante fim do Direito, estando consagrado no Artigo 1º da Constituição da República Portuguesa, 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

- A segurança é o segundo fim do Direito. A sua prossecução harmónica com a prossecução do primeiro fim parece relativamente simples. No entanto, o Direito por vezes aprova medidas apenas justificadas por motivos de segurança e contrárias à justiça. O legislador tem o papel de limitar ao mínimo situações em que a segurança se sobrepõe à justiça.

- A proteção dos Direitos Humanos foi uma doutrina que surgiu com a Declaração de Independência dos EUA e, mais tarde, com a Declaração dos Direitos Humanos da ONU. Essa doutrina garante que determinados direitos existam (direito à vida, por exemplo) mesmo sem estarem expressos na lei. No entanto, podem existir conflitos entre medidas de segurança e medidas de proteção dos Direitos Humanos. É função do legislador manter o equilíbrio.

#### 3.1 Direito e Facto

Relação entre Direito e Facto (jurídico e/ou juridicamente relevante):

Um facto é uma individualização da realidade (que é una e indivisível) forjada pelo Homem = Interpretação e descrição da realidade. Note-se que Realidade e Facto não são a mesma coisa. Um facto é, pois, uma compartimentação da Realidade.

O Direito, por sua vez, é o resultado da aplicação dos princípios e regras aos factos. É a deliberação sobre a legitimidade ou ilegitimidade dos factos, da realidade individualizada e segmentada, tendo em conta o que se pretende num determinado momento.

No Direito – na Jurisprudência –, na maioria dos casos, não é necessária prova. Já no caso dos factos, existe essa necessidade de os provar. As conclusões jurídicas não se provam, ao contrário dos factos. (Às conclusões chega-se através das fontes).



## 4. Interpretação e Aplicação do Direito

### 4.1 A Inelutabilidade da Interpretação

Todos os textos jurídicos são suscetíveis, e carecem, de interpretação. Seja porque:

1. Desde logo, mesmo para concluir pelo caráter líquido do sentido de uma disposição é necessário interpretá-la;
2. Ou porque é sempre possível que a lei atraia o pensamento do legislador ou que outra norma contrarie a doutrina fixada pela disposição aparentemente não carecida de interpretação;
3. Ou porque podem existir disposições claras para uns intérpretes que se apresentem obscuras para outros;
4. Ou porque há expressões usadas na lei simultaneamente com um sentido igual ao que têm na linguagem corrente ou usual e outras que ora são usadas no sentido técnico e rigoroso, ora no seu sentido vulgar e corrente;
5. Ou, ainda, porque a compreensão dum texto legislativo pode ser afetada, não apenas pela sua conexão com outros textos, mas também pela alteração da linguagem corrente.

Exemplo: A palavra *ausência*. O Art. 1903º CC estabelece que “Quando um dos pais não puder exercer o poder paternal por ausência, incapacidade ou outro impedimento, caberá esse exercício unicamente ao outro progenitor”. O sentido desta expressão parece bastante claro. Contudo, o facto de sabermos que a mesma expressão reveste, nos artigos 89º e seguintes do CC, um sentido técnico e rigoroso – significando o desaparecimento de alguém, acompanhado de falta de notícias sobre o seu paradeiro – obriga a um esforço de interpretação que pareceria à partida desnecessário.

Pode dizer-se, então, que não há texto jurídico sem interpretação.

### 4.2 O Direito como Sistema

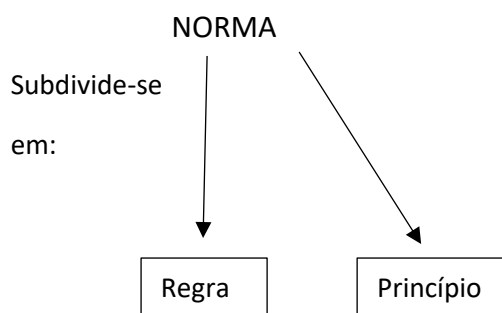
O Direito caracteriza-se como sistema, sendo que é um conjunto articulado de objetos, dispostos de uma determinada forma, e constituindo uma certa unidade entre si, pelo que se revela um sistema normativo articulado em termos de coerência, em torno de uma ideia central – a ideia de Direito. No Estado Democrático, a ideia de Direito baseia-se na escolha dos governantes e a sua eventual substituição, em virtude de eleições livres, que exprimem a soberania popular, e no princípio de que o Poder tem de respeitar os direitos fundamentais dos cidadãos, bem como promover o seu bem-estar económico, social e cultural.

Porque é que o Direito é uma ordem jurídica sistemática?

1. Coerência e plenitude da ordem jurídica: o Direito caracteriza-se enquanto sistema porque, mesmo ao nível da sua aplicação aos milhares de casos concretos suscitados na vida real, o ordenamento jurídico preocupa-se em assegurar, tanto quanto possível, uma interpretação e aplicação uniformes do Direito, garantindo a uniformização da jurisprudência. Com efeito, Direito é também um sistema, na medida em que neste vigora o princípio da plenitude da ordem jurídica, que garante a todos os cidadãos, por um lado, a existência de uma norma jurídica capaz de resolver toda e qualquer questão que deva ser regulada pelo Direito e, por outro, o direito de acesso à Justiça e o direito a uma tutela jurisdicional efetiva.

2. O sistema como objetivo (e não como dado): O Direito é também um sistema porque as suas regras objetivas têm de ser interpretadas de acordo com certos critérios lógicos e técnicos, em harmonia com a sua função num dado conjunto, e não apenas segundo o mero teor literal de cada uma das disposições normativas aplicáveis, desinseridas do todo a que pertencem. Por outro lado, o Direito é um sistema, e não uma mera soma aritmética de regras soltas e desconexas, porque o conjunto das normas que o compõem está organizado, enquadrado e enformado por princípios gerais, que condicionam o legislador e orientam os órgãos de aplicação do Direito. Neste sistema, vigora o princípio da unidade da ordem jurídica.
3. A abertura dos sistemas jurídicos: A conceção de ordenamento jurídico aberto consiste, conceitualmente, naquele em que se encontram, de maneira harmónica, regras e princípios, sendo que estes são considerados um verdadeiro elo entre o jurídico e o não-jurídico. Trata-se de um sistema jurídico em que o Código não visa a perfeição ou a plenitude, evidenciando-se um direito mais flexível, em que se busca uma nova adequação à vida, operando como um instrumento para o cumprimento da função social. O sistema encontra-se constantemente em construção, pelo que o Estado não é considerado fonte única de produção jurídica, e, são valorizados costumes e crenças populares, as quais são reconstruídas tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência. Admitem-se fontes diversas, ainda que não sejam imediatamente legislativas. Sustentar a abertura do sistema jurídico significa admitir mudanças que venham de fora para dentro, ou, em termos técnicos, que provenham de fontes não imediatamente legislativas; significa, por outras palavras, admitir que o Direito, como dado cultural, não se traduz num sistema de autorreferência absoluto. Finalmente, a conceção de sistema aberto permite que se componham valores opostos, vigorantes em campos próprios e adequados, embora dentro de uma mesma figura jurídica, de modo a chegar-se a uma solução que atenda a diversidade de interesses resultantes de determinada situação.

### 4.3 Distinção entre Regras e Princípios Jurídicos



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

#### 4.4 Alguns Princípios Basilares da Ordem Jurídica Portuguesa

Os ordenamentos jurídicos modernos, e o português designadamente, consagram expressamente diversos valores de evidente cunho moral. O Direito consagra, então, valores morais que, todavia, reconhecemos como tendo uma existência independente dessa consagração. Por outro lado, percebemos o valor moral de certos institutos e procedimentos jurídicos, sem que seja possível dissociar os dois aspetos. Assim, podemos sem dúvida dizer que os princípios da dignidade humana, da igualdade e da liberdade existem como princípios morais independentemente de o Direito os reconhecer, ou não. Pelo contrário, a ideia de Estado de Direito tem em si mesmo um sentido moral, associado, por exemplo, à segurança conferida pela existência de normas jurídicas e à sua aplicação apenas para o futuro, que não existe à margem do Direito como ordem normativa.

Dignidade Humana (1), Igualdade (2), Liberdade (3), Democracia (4), Estado de Direito (5)

1) Este princípio prende-se com o lugar privilegiado da pessoa no Direito. O Direito existe para o cidadão. Este ocupa um lugar central no Direito. Apenas os seres humanos, enquanto seres a quem se dirigem as normas jurídicas, podem ser sujeitos numa relação jurídica, e titulares de direitos e deveres. Tudo o resto (coisas) pode apenas ser objeto de direitos.

As pessoas, incluindo o seu corpo, não podem ser tratadas ao abrigo da disposição de coisa. Entre as pessoas existe, apenas, a possibilidade de estabelecimento de relações obrigacionais, no sentido de deveres de agir ou de se abster de o fazer. Portanto, a escravatura, por exemplo, ao abrigo do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, é totalmente ilegítima.

A dignidade humana é atingida quando a pessoa é transformada num mero objeto, ou num simples meio para atingir outros fins, em vez de ser considerada como um fim em si mesma. Por este motivo, é clara a inspiração kantiana, e do seu imperativo categórico, na formulação deste princípio.

A consagração jurídica do Princípio da Dignidade Humana ocorreu, pela primeira vez, na Lei Fundamental alemã de 1949 (depois das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, era necessário reconhecer de forma clara e inequívoca um princípio que as condenasse).

Todavia, surgiu uma variação na conceção original do princípio, posto que temos, por ora, duas conceções expostas que adotam visões um pouco distintas do princípio da Dignidade da Pessoa Humana: temos a já explicada (uma conceção assente na *fórmula do objeto* – baseada no Artigo 1º da Lei Fundamental alemã e, também, por exemplo, no Artigo 1º da Constituição da República Portuguesa, logo o Direito Português subordina-se a um princípio da dignidade humana como valor absoluto), em que a dignidade surge como um valor absoluto, insuscetível de ser comprimido por outros valores; depois, surgiu uma segunda conceção (a do paradigma da ponderação) que explica a dignidade humana como um princípio sujeito a ponderação em caso de conflito com outros valores ou princípios.

Exemplo dos aviões em solo alemão: o Parlamento aprovou uma medida que permitia ao Ministro da Defesa dar a ordem de abater um avião de passageiros, caso pudesse concluir-se que esse avião estivesse a ser usado como instrumento de terrorismo aéreo, tal como aconteceu no 11 de Setembro. Ora, o TC alemão julgou inconstitucional esta lei, dado que, como vimos, na Alemanha impera a dignidade humana como valor absoluto e não era, então, justo sacrificar a vida de tantas pessoas inocentes.

Esta decisão faz todo o sentido à luz da mencionada *fórmula do objeto*. Todavia, já poderia surgir como questionável no contexto do modelo de ponderação, já que poderia sustentar-se que, se por um lado, a disposição legal em causa permitia a morte das pessoas inocentes a bordo do avião, a verdade é que, por outro lado, essa morte tinha o objetivo de salvar um número muito superior de vítimas no solo.

Ainda nos EUA, por exemplo, a dignidade humana é concebida de forma diferente: existe pena de morte em alguns Estados, prisão perpétua.

2) A ideia de Estado de Direito aponta para uma limitação efetiva do poder político pelo Direito.

Principais características:

- Efetiva garantia da liberdade individual, tanto no plano formal como no material;
- No plano formal, a garantia do princípio da legalidade, desde logo através da atribuição ao parlamento do primado do poder legislativo;
- A consagração da separação de poderes, ainda no plano formal;
- A colocação à disposição de particulares de meios de proteção judicial dos seus direitos, designadamente contra o próprio Estado, através da garantia da impugnação dos atos e omissões da Administração que sejam lesivos e do estabelecimento da responsabilidade civil do Estado por danos causados no exercício das respetivas funções;
- No plano material, a sujeição de todos os poderes do Estado a uma atuação segundo os subprincípios do Estado de Direito, i.e., o princípio da imparcialidade, o princípio da prossecução do interesse público, o princípio da proporcionalidade e o princípio da proteção da confiança;
- Ainda no plano material, a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos (cidadãos).

3) 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:

- 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);
- 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).

Este último vetor tem origem no pensamento de Platão e Aristóteles, que definiam igualdade de um ponto de vista proporcional. Isto é, a desigualdade natural dos indivíduos é aceite e procura-se reconstituir a igualdade na distribuição de deveres e direitos segundo um determinado critério que observe a medida da igualdade que concretamente esteja em causa.

Muito mais tarde, em resultado do advento da Revolução francesa, surgiu, em sentido contrário, um pensamento igualitário radical que pretendeu erradicar todas as distinções e diferenças de facto, destituindo-as de qualquer relevância jurídica.

4) É usual definir-se o conceito de liberdade através da contraposição entre uma dimensão negativa e uma dimensão positiva do conceito.

**Liberdade Negativa** – Consiste simplesmente na ausência de quaisquer impedimentos, obstáculos ou barreiras à atuação de um agente. Cada um tem o seu espaço que é infringível. O Estado não deve impor limites à atuação de cada cidadão (através da legislação, por exemplo). Só assim o indivíduo se realiza, sem obstáculos. O único limite que se nos apresenta é a liberdade do outro.

**Liberdade Positiva** – Por seu turno, este tipo de liberdade refere-se a uma atuação conducente à realização dos propósitos fundamentais e dos planos de vida do agente. Para tal, o Estado (através de uma intervenção legiferante, por exemplo) tem um papel fundamental na vida do cidadão, dado que este é o responsável pela criação de condições para que o indivíduo alcance o sucesso e o desenvolvimento em plenitude

Daqui decorre o Princípio do livre desenvolvimento da personalidade = liberdade para nos vincularmos a regras, ou seja, aceitar abdicar de alguma liberdade para nos submetermos, mas fazemo-lo em liberdade (por exemplo, o casamento). Vinculamo-nos e perdemos um certo grau de liberdade, mas fazemo-lo por livre vontade.

5) A ideia de democracia envolve necessariamente duas dimensões:

- A noção de que está em causa a ideia de que os seres humanos são fundamentalmente iguais e devem, por essa razão, conduzir os seus assuntos coletivos de um modo que exprima essa igualdade;
- O significar de uma forma de governo ou regime político de um Estado em que os membros dos respetivos órgãos do poder político são eleitos pelo conjunto de cidadãos desse Estado (a

cada um, um voto) e respondem perante estes, podendo quaisquer cidadãos ser elegíveis como membros daqueles órgãos, e resposta nos Tribunais a qualquer abuso de poder pelos governantes.

Neste segundo sentido de democracia, pode dizer-se que nasceu na Grécia Antiga; relativamente à primeira dimensão, não foi inventada, mas antes se apresenta como o modo natural de tomar decisões coletivas que envolve todos os que possam ser afetados por essas mesmas decisões.

## 5. Direito e Estado

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

### 5.1 Monopólio Estatal do Uso da Força (Proibição da Autotutela)

Só o Estado pode impor pela força o uso do Direito. Ninguém pode fazer justiça pelas próprias mãos. Só as sentenças judiciais (na pessoa dos Tribunais) podem aplicar a justiça. O máximo que o indivíduo pode fazer, sem prejudicar a heterotutela, é deter alguém até que cheguem as forças policiais – mecanismo subsidiário.

Quando vemos os nossos direitos violados, a resposta tem de passar sempre pelo recurso aos Tribunais (Art. 20º CRP).

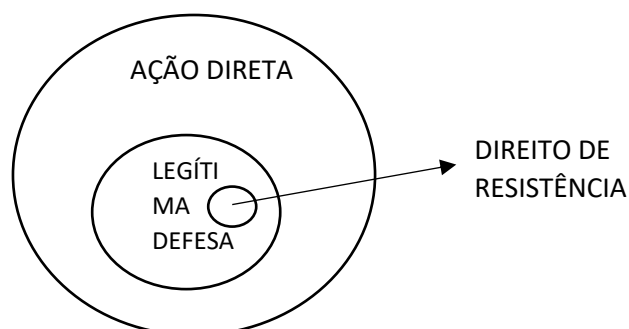
A despeito disto, o Direito regula algumas exceções à regra, isto é, em algumas situações, é lícito recorrer à autotutela.

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.

Mecanismos de Autotutela:

a) Ação direta: “É lícito o recurso à força com o fim de realizar ou assegurar o próprio direito, quando a ação direta for indispensável, pela impossibilidade de recorrer em tempo útil aos meios coercitivos normais [polícia ou tribunais]” (Art. 336º/1 CC). Permissão para coagir, para impor a outrem algo que se decide – ingerência não autorizada na esfera alheia (utilizando força física ou não). Apropriação, destruição, deterioração de coisa alheia com o fim de eliminar obstáculos a uma conduta minha ou ao meu bem-estar – para assegurar o próprio Direito. Contudo, não devemos provocar um prejuízo maior do que aquele que poderíamos sofrer antes da posta em prática do mecanismo (o interesse sacrificado não pode ser maior do que o interesse

protegido. Tem de ser menor e pode ser igual, dado que existem agressores, em sentido lato, logo é lícita a salvaguarda do bem-estar individual).



b) Legítima Defesa (Art. 337º CC, 32º e 33º CP): “considera-se justificado o ato [de uso da força] destinado a afastar qualquer agressão atual e contrária à lei (...) desde que não seja possível fazê-lo pelos meios normais [polícia ou tribunais] (Art. 337º/1 CC). Agirmos em legítima defesa é reagirmos a um perigo que foi ou está a ser provocado pela ação ilícita de outrem. A legítima defesa pressupõe: A existência de uma ação ilícita (contrária à lei); A ação tem que ser iminente, de forma a que não consigamos recorrer às autoridades em tempo útil (incidência da agressão); Tem que estar presente o princípio da proporcionalidade, isto é, não podemos provocar danos superiores àqueles que visamos proteger. Por outras palavras, a legítima defesa não deve procurar provocar um prejuízo superior ao que procura evitar (haverá, certamente, excesso na decisão de matar o ladrão para impedir que este fuja com a nossa carteira). – Tem de haver, no máximo, igualdade entre interesses sacrificado e protegido. A diferença da Legítima Defesa em relação à Ação Direta prende-se com o facto de se poder defender o Direito de terceiros e, também, por ser um princípio de aplicação mais restrita – aplica-se apenas aos casos de agressão (física) atual ou iminente. É tolerado algum eventual excesso de legítima defesa (alínea 2 do art. 337ºCC) – ilícito mas desculpável.

c) Estado de necessidade (Art. 339º CC, 35º e 36º CP): “é lícita a ação [de força] daquele que destruir ou danificar coisa alheia com o fim de remover o perigo atual de um dano manifestamente superior” (Art. 339º/1 CC). A necessidade que temos pode ser de tal forma premente, que nos leva a avançar sobre inocentes (ex: partir o vidro de um carro para retirar um extintor de forma a apagar o incêndio que lavra em minha casa). Não requer que o dano em causa seja necessariamente do próprio. Exige-se novamente, a presença do princípio da proporcionalidade entre a coisa danificada e o bem jurídico protegido (e em caso algum o interesse sacrificado pode ser, sequer, igual ao interesse protegido, dado que se lida com inocentes). Em todos os casos, os prejuízos provocados pela atuação em estado de necessidade devem ser ressarcidos (reparados) – indemnização.

d) Direito de Retenção (Art. 754º CC): Aplica-se a casos mais restritos e reduzidos. Disponibiliza aos cidadãos o direito a reter algo até que lhes seja paga a despesa que o cidadão teve com esse algo. Tive um prejuízo com algo (um animal vai a uma consulta no veterinário e o seu dono não quer pagar essa consulta), então posso reter o bem até que me seja ressarcido o prejuízo. Não existe Direito de Retenção sobre pessoas, só sobre coisas e animais. Porque não pagar não é crime, apesar de configurar um ato ilícito. Retém-se o bem/animal de modo a compelir o dono a pagar o que não quer pagar. Há obrigatoriedade de tratar o bem sem negligência.

e) Direito de Resistência (Art. 21º CRP): Dirigido para a resposta dos cidadãos aos abusos dos poderes públicos, nomeadamente abusos de força policial. O cidadão tem o direito a resistir a uma ordem policial se esta se lhe afigurar como abusiva. E, quando é alvo de violência desproporcionada, tem o direito a reagir.

Conceito Chave: COAÇÃO -> 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. Forçar alguém a fazer algo, usando a força física ou recorrendo “apenas” à dialética, coagindo verbal e moralmente.

## 5.2 Heterotutela

MAS, a regra geral continua a ser a **Heterotutela**. Ou seja, recorre-se ao aparelho de coerção do Estado que impõe a tutela do Direito e a garantia jurídica dos direitos (subjctivos). Dá consistência prática aos nossos direitos pelos instrumentos de que dispõe.

O aparelho do Estado é um estrutura complexa: triparte-se em poder legislativo – criador do Direito, através de novas regras e princípios; poder jurisdicional – administrador do Direito, através dos Tribunais; poder executivo – comanda o Direito, através do uso da força no terreno: polícia, prisões, forças armadas.

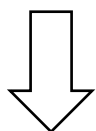
## 5.3 Tutela Estadual Jurisdicional

Tribunais. (Art. 202º e 205º CRP).

Cabe aos tribunais emanar a Justiça mas nestes não pode caber o primeiro impulso. Isto é: tem de ser a vítima ou afeta a tomar a iniciativa de denunciar o ato ilícito para que se faça justiça. No caso de configurar um crime público, pode ser o Ministério Público a tomar a iniciativa.

## 5.4 Inviolabilidade como Dispensa de Tutela

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** (1) e **Ineficácia** (2)

(1) Divide-se em **Nulidade** (a) e **Anulabilidade** (b)

(a) Atos que nunca produzem efeitos. (b) 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).



(2) 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).

- Acrescentam-se outras situações em que se dispensa tutela estatal:

Direitos Potestativos (1), Direito de Performatividade (2)

(1) Permite dispensar o recurso a tribunais. É um direito perante alguém que tem de o acatar, não tem possibilidade de me impedir o uso do direito potestativo (ex: o repúdio da herança é um ato potestativo. A pessoa repudia e não precisa de ir a nenhum tribunal. Só tem de exercer esse direito. (Art. 2062º CC).

(2) O cidadão, num ato livre e espontâneo, produz alterações na ordem jurídica sem recorrer aos tribunais. O direito de performatividade revela-se em atos que, eles próprios, introduzem alterações na ordem jurídica (ex: o divórcio na Lei Islâmica; a revogação de uma procuração – Art. 265º CC; etc.).

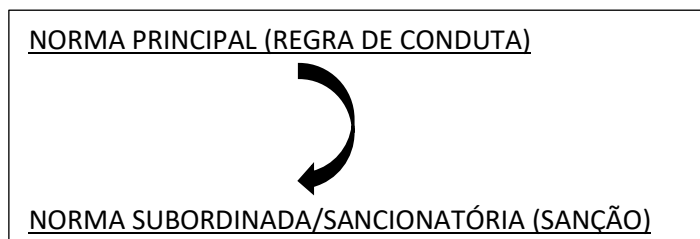
Portanto, a heterotutela domina, mas nem sempre é necessária.

## 5.5 Sanções

Indissociável da heterotutela são as sanções. Para impor o Direito é necessária coercibilidade, e não há coercibilidade sem sanções.

Há situações em que não são necessárias sanções, mas também não é necessária heterotutela – repúdio de heranças, por exemplo.

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. É a consequência indicada pelo Direito, que é sempre negativa, podendo, ainda assim, ser destrinchada:

(1) Sanção preventiva

- (2) Sanção compulsória
- (3) Sanção reconstitutiva
- (4) Sanção compensatória
- (5) Sanção punitiva

As sanções (1), (2), (3), e (4) destinam-se a incentivar ao cumprimento e/ou compensar vítimas; a sanção (5) destina-se única e exclusivamente a fazer sofrer.

(1) Medidas que têm como fim evitar, prevenir violações à norma de conduta. (Exemplo: proibição de trabalhar num jardim de infância para um violador de menores; medidas de segurança a inimputáveis; etc.). Mas nem todas as atividades de prevenção constituem sanções preventivas (exemplo: uma patrulha de segurança).

(2) Reação à violação com o objetivo de incentivar o cumprimento da norma que se violou. Condenar alguém por não cumprir o que promete. (Exemplos: Direito de retenção, Exceção de Não Cumprimento – Art. 428º CC – se um não cumpre o outro também não). A mais conhecida e utilizada é a Sanção Pecuniária Compulsória (Art. 829º/A CC) – “condenar o devedor ao pagamento de uma quantia pecuniária por cada dia de atraso no cumprimento”.

(3) Visam recompor a situação anterior. Reconstituição natural: ordem de voltar a pôr a coisa como estava (voltar a construir o muro que se deitou a baixo ilegalmente); Reconstituição por mero equivalente: quando não é possível reconstruir a situação, logo concede-se uma indemnização -> equivalente pecuniário do que se destruiu.

(4) É, por vezes, incluída na categoria das Sanções Reconstitutivas. Constitui uma mera compensação por danos não patrimoniais (morte, ficar sem um braço, p.ex.). Ordena-se a atribuição de uma indemnização correspondente a uma compensação pecuniária.

(5) Constituem um castigo ao infrator. Destinam-se a provocar sofrimento, e traduzem uma especial reprovação da conduta do infrator (exemplos: pena de prisão, multas, etc.).

## 5.6 Execução Coerciva

A execução coerciva consiste na aplicação de uma norma, no sentido de imposição de uma decisão adotada com base numa norma, com recurso à força, isto é, contra a vontade do destinatário dessa norma.

Duas dimensões:

- Ações Declarativas (1)
- Ações Executivas (2)

(1) Os Tribunais declaram quem tem razão e condenam o réu/arguido (Quid Juris?); ou, não existe condenação nos casos em que não é necessário ordenar nada (divórcio, p. ex.).

(2) Quando um cidadão deve dinheiro a outro e o credor requer, ao Tribunal, as providências adequadas à realização coativa da obrigação que lhe é devida. O Tribunal, pela força se necessário, executa o devedor.

### 5.7 Tutela Pública e Tutela Privada, Resolução Alternativa de Litígios

A tutela pública exerce-se pelo Estado, por via dos Tribunais, e isso continua a ser a regra. Mas nem sempre isso acontece. Emergiu uma tutela privada, nomeadamente com a RAL – Resolução Alternativa de Litígios.

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

Depois, já exclusivamente de teor privado, temos:

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

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

## 6. Direito e Justiça

### 6.1 Axiologismo e Positivismo

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 Direito 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.

**NÃO – 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.

NOTA: Jus = Direito

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.

## 7. A Pluralidade Histórica e Geográfica de Ordenamentos Jurídicos

### 7.1 As principais famílias de sistemas jurídicos

Os juristas têm o hábito de agrupar os sistemas jurídicos em famílias ou círculos. Esta arrumação facilita a análise, descrição e comparação dos sistemas jurídicos. Assim, arrumá-los em famílias, tem uma utilidade teórica – facilitar exposições descritivas, fornecer informações úteis para a análise de um sistema jurídico concreto – ou prática – concorrência de ordens jurídicas, participação no Comércio Internacional. Os critérios de organização do Direito em famílias dividem-se em critérios ideológicos e estranhos ao Direito e critérios relativos ao próprio Direito. Aos segundos dizem respeito critérios relativos à substância e ao estilo dos sistemas jurídicos. Assim, os critérios propriamente ditos, são:

- Passado histórico;
- Características do pensar dos juristas;
- Institutos especialmente característicos;
- Sistema de fontes;
- Fatores ideológicos.

Há várias famílias de sistemas jurídicas, contudo os mais relevantes são o romano-germânico e o anglo-saxónico. O nosso (português) é de matriz romano-germânica. Recebe influências do Direito Romano e do Direito Alemão.

As famílias de sistemas anglo-americanos são de sistemas de common-law. São marcadas pelo Direito dos EUA e da Inglaterra, mas a tradição mais relevante é a inglesa. Por sua vez, as famílias romano-germânicas são sistemas de civil law que receberam uma grande influência do Direito Romano. São famílias marcadas pela tradição francesa e alemã. A contraposição entre os sistemas jurídicos de common law e de civil law realiza-se pelos primeiros prezarem muito mais a jurisprudência e terem muito menos leis, enquanto os segundos definem a lei como principal fonte imediata de Direito.

Existem, ainda, sistemas jurídicos híbridos, que estão entre a família anglo-americana e a família romano-germânica, como é o caso dos sistemas em vigor na Escócia, Québec e África do Sul.

**SISTEMA ANGLO-AMERICANO:** Nunca presenciou Revoluções, e, por isso, nunca teve cortes jurídicos - nunca se começou do zero. Por esta razão, vigoram, ainda, regras consideradas absurdas, que nunca ninguém revogou. Surgiu nos países da Commonwealth e em Inglaterra.

Aqui, o Direito faz-se de experiência. Vai-se construindo o castelo, tijolo a tijolo. Aplica-se a um caso a sentença (jurisprudência) que se aplicou a outro semelhante – Regra do Precedente.

Representa o Direito Inglês, fundado por meio das decisões dos tribunais, e não mediante atos legislativos ou executivos. Neste sistema, o Direito tem uma visão patológica e é criado e aperfeiçoado pelos juízes: uma decisão a ser tomada num caso depende das decisões adotadas para casos anteriores e afeta o Direito a ser aplicado a casos futuros. Quando não existe um precedente, os juízes possuem a autoridade para criar Direito estabelecendo-o. O conjunto de precedentes vincula todas as decisões futuras. Os ingleses acham mais provável tomar uma decisão justa ao serem pragmáticos, refletindo perante um caso concreto.

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

SISTEMA ROMANO-GERMÂNICO: Tudo muito mais organizado. -> Existiu corte radical com o passado decorrente da Revolução Francesa que levou à refundação do Direito. Nascido na Europa no século XII, em consequência do redescobrimto do Corpus Juris Civilis (Direito Romano), este sistema, também chamado de Civil Law, constitui a base de diversos sistemas jurídicos importantes como o alemão, o italiano ou o francês.

A principal fonte de Direito é a lei. Aqui surge um importante movimento, o de codificação, que permitiu uma sistematização do Direito. A estrutura das regras jurídicas prima pela existência de regras e normas sem ter em atenção casos concretos –conceção de Direito como conjunto de normas e princípios vigentes (visão preventiva).

Direito Romano-germânico: Legislar antes do problema. Preparar a solução *a priori*.

Direito Anglo-Saxónico: Resolver a situação o problema quando surgir. Não "inventar" leis *a priori*. Posteriormente, quando surgirem problemas semelhantes, aplica-se a mesma decisão que se aplicou quando surgiu o problema pela 1ª vez. -> *Stare Decisis* (Está decidido – segue-se o modelo aplicado a casos anteriores).

Lógica Europeia: Componente Pedagógica primeiro do que a Patológica. Ou seja, dão-se a conhecer as regras e a possibilidade de as cumprir, e só depois, então, se tenta resolver os problemas decorrentes do não-cumprimento dessas mesmas regras.

Lógica Anglo-Saxónica: Componente Patológica única e exclusivamente. Pensa-se o Direito como, apenas, resposta aos comportamentos desviantes dos cidadãos. Deste ponto de vista, o Direito não é tão acessível à população.

Sistema Anglo-Americano: Instrumentalidade para resolução de conflitos prevalece sobre regras de comportamento; estrutura das regras jurídicas em que a previsão é formada com escasso grau de generalidade; primazia do Direito processual face ao Direito material; *Stare Decisis*; extensas áreas do Direito sem regulação legal (inclusive, não existe uma Constituição

escrita do ponto de vista formal) - Criam-se decisões de raiz, ou tomam-se decisões baseadas na experiência. -> no sistema Romano-Germânico isto é visto como lacunas \*, ou anomalias. Ou seja, no Sistema A.A. primazia da Jurisprudência (mas se houver lei, esta prevalece), no sistema R.G. primazia da lei.

(\*Uma lacuna é uma situação jurídica que não foi prevista, carecendo de legislação a seu respeito. As aplicações analógicas são usadas para suprir lacunas. As normas excepcionais nunca podem ser aplicadas analogicamente ou a realidade a elas associada deixaria de ser excepcional. (Atenção: A aplicação analógica da Lei deve ser distinguida da aplicação extensiva. A aplicação analógica refere-se à ação de aplicar uma lei a uma situação idêntica àquela sobre a qual se legislou, tratando-se essa situação de uma lacuna.) Para rotular uma situação como lacuna, deve antes ter-se esgotado todas as outras possibilidades, incluindo a da interpretação extensiva. As lacunas têm, obrigatoriamente, que ser preenchidas porque, como dissemos anteriormente, segundo os termos do o artigo 8.º do Código Civil, o tribunal não pode deixar de julgar mesmo que não haja regime jurídico criado para aquela situação. A integração de lacunas (Art. 10º CC) pode ser, então, feita através da analogia.)

No sistema Anglo-Americano, a Doutrina é uma fonte indireta, ou mediata, de Direito. Sempre foi muito relevante. Em Inglaterra e nos EUA os juízes são os atores jurídicos mais mediáticos.

No nosso país (sistema Romano-germânico) temos Códigos influenciados pelo Direito Francês e Alemão.

## 8. Estudo do Direito

### 8.1 Perspetiva Externa e Interna do Direito

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

Os juristas adotam uma perspetiva interna do Direito porque o avaliam de dentro. São os cientistas do Direito.

No que toca à perspetiva externa, e tendo em conta a necessidade de existência do Direito enquanto agente regulador da sociedade, é possível delimitar as suas fronteiras, estabelecendo-as de acordo com outras realidades vizinhas, cuja interação é muito relevante.

A perspetiva externa é adotada por um conjunto de ciências, fora do Direito, mas que com este têm uma relação dando-se o caso de ser o Direito o seu objeto de estudo.

Aqui, temos a perspetiva do ser, encarada pelas ciências que olham o Direito de fora, como é o caso da Sociologia do Direito, a História do Direito, Filosofia do Direito, ou a Análise Económica do Direito.

(Há, ainda, ciências auxiliares do Direito: Medicina Legal, Psicologia, etc.).

Sociologia do Direito – Estuda o fenómeno jurídico enquanto ser, de uma perspetiva externa. Descreve e explica os comportamentos dos intervenientes do Direito. Trata o Direito enquanto

facto social. Estuda o papel do Direito enquanto estrutura base da sociedade. Existe uma contraposição entre “ser” e “dever ser”: a sociologia estuda os fenômenos que descrevem o “ser”, e o Direito estuda as regras que impõem o “dever ser”.

A importância da sociologia do Direito prende-se na necessidade de o Direito ser estudado, analisado e compreendido dentro do quadro da civilização a que pertence. De facto, o seu estudo é indispensável para que os juristas não sejam formalistas e desligados da sociedade.

Sociólogos do Direito: Max Weber, Émile Durkheim, Niklas Luhmann.

Dentro da Sociologia do Direito, Niklas Luhmann desenvolveu a Teoria Sistémica do Direito – Quando alguns elementos do Universo se relacionam entre si de forma duradoura e organizada diz-se que formam um sistema. Ora, o Direito forma um sistema de expectativas normativas.

A convivência entre as pessoas depende de que possam ter certas expectativas sobre as outras, sobre o seu comportamento. E, tendo por base estas expectativas, nós próprios tomamos decisões sobre o nosso comportamento. Não interessa, para o caso, que as expectativas sejam verdadeiras ou falsas (porque estamos na perspectiva externa do ser), só têm de existir.

Estas expectativas têm como função reduzir a complexidade das interações sociais, ou seja, tentar antecipar a reação do mundo aos nossos comportamentos. Função essa que só se consegue cumprir quando as expectativas se generalizam e se estabilizam – necessidade de um sistema.

Mesmo que as pessoas não reajam de acordo com as nossas expectativas, mas nós continuamos a achar que estamos certos, não as alterando -> expectativas normativas, na mesma.

Mas, se a realidade se mostra contrária às nossas expectativas e nós, desapontados, verificando que nos enganámos, as alteramos -> expectativas cognitivas.

As expectativas normativas, quando não cumpridas, precisam de passar por 1 de 2 testes: explicação ou sanção.

Explicação: explica-se (desculpa-se) o não cumprimento das expectativas por alguma razão (desculpável).

Sanção: o Direito é a estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente das expectativas. Ora, se estas expectativas não se verificam, aplicam-se sanções.

Análise Económica do Direito - É uma disciplina recente que estuda certas regras jurídicas do ponto de vista económico, verificando se fazem sentido e quais as suas consequências económicas. (Por exemplo: fazer um estudo do impacto económico de reformas jurídicas antes da sua aplicação). É uma análise do Direito levada a cabo por economistas. Esta disciplina nasceu nos EUA, na 2ª metade do século XX, por Richard Posner, na Escola de Chicago.

História do Direito - O Direito não é um sistema permanente, constante e imutável. A História do Direito é, então, a disciplina que estuda a evolução do Direito no tempo. Porém, não



devemos acreditar que a evolução histórica do Direito constitua uma linha ininterrupta de progressos e melhorias. De facto, existem vários processos de retrocesso político, social ou cultural.

Filosofia do Direito - A Filosofia do Direito é o campo de investigação filosófica que tem como objeto o Direito, abordando grandes temas/questões fundamentais como a teoria da justiça, da propriedade, da liberdade e da igualdade. Exemplo de uma teoria enquadrada na Filosofia Direito é a de Hans Kelsen que defende a ciência do Direito como sendo uma ciência autónoma e neutra.

Realismo Norte-Americano – (Autor: Karl Llewellyn, Primeiro Juiz a adotar: Oliver Wendell Holmes). Corrente doutrinária que, ao contrário das outras, surgiu em ambiente plenamente jurídico. Originária da primeira metade do século XX, nos EUA, defende a eliminação da ciência jurídica tradicional e a adoção da ideia de Direito como “ser” e não como “dever ser” (desprezo pela essência das normas e regras e pela perspectiva interna). Por isso, devemos focar-nos na atuação direta dos juízes. E tentar prever como vão os Tribunais decidir em cada caso. (É este o objeto de estudo). O Direito é um conjunto de decisões.

Mais importante do que conhecer as regras e os princípios é, por exemplo, saber o que comeu o juiz ao pequeno almoço, ou se a sentença foi feita antes ou depois do almoço, ou se dormiu muito ou pouco o juiz, ou se apanhou muito trânsito até chegar ao Tribunal. Influenciados por estes fatores, os juízes normalmente decidem de forma parcial, mas se tiverem, de antemão, estes fatores na cabeça, e em conta, decidirão mais imparcialmente.

Na visão desta teoria, existe claramente uma distinção entre “law in the books” e “law in action”. Olho sempre na realidade para ver como a sociedade encara as regras que a regem.

Os juristas realistas visam substituir-se aos juristas “do sistema” na fase patológica, fase em que se decide a sanção a aplicar, dado que consideram que apenas se deve recorrer às regras e princípios para justificar a decisão antes formada (decisão despreocupada de legislação).

Critical Legal Studies - Originário nos EUA, por Duncan Kennedy, é um movimento de ideologia política à esquerda (década de 70 do século XX –direitos civis) que defende um compromisso politicamente assumido pelo juiz na construção de uma sociedade mais justa, igualitária, combatendo as desigualdades, devido à ideia instalada de o Direito proteger os mais ricos. Combate-se o Direito como veículo de injustiça social. É uma reação contra o excesso de realismo. Abandona-se a neutralidade e assume-se que se pretende usar o Direito para alcançar justiça social.

Subcorrentes: *Feminist Legal Studies*, *Black Legal Studies*, *Queer Legal Studies*, etc.

## 9. 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, mas 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.

### 9.1. Direito Público e Direito Privado

No âmbito do Direito interno, a primeira e das mais importantes classificações é a distinção entre Direito Público e Direito Privado, tendo esta uma enorme relevância prática, pelo que o próprio ensino do Direito, bem como a sua aplicação prática, estão organizados em torno desta distinção.

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

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

Desta forma, procede-se à dita distinção de acordo com três critérios:

a) *critério do interesse* → de acordo com este juízo, seria de:

⊗ Direito Público a norma que prosseguisse direta, predominante ou essencialmente o interesse geral da comunidade;

⊗ Direito Privado a norma que prosseguisse direta, predominante ou essencialmente interesses particulares;

(Esta distinção é pouco válida porque não há interesses públicos que não tenham em conta interesses privados.)

b) *critério da qualidade do sujeito* → 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;

⊗ Direito Público a norma que regula relações jurídicas caso algum dos sujeitos da relação for o Estado ou qualquer outra pessoa coletiva pública;

(Esta distinção também não é válida porque entidades públicas podem atuar como sujeitos particulares.)

c) *critério da posição do sujeito* → na relação jurídica, uma norma será de:

⊗ Direito Público se regular uma relação jurídica em que intervenha o Estado ou alguma outra pessoa coletiva pública exercendo o seu poder de autoridade (*jus imperii*);

⊗ Direito Privado se regular uma relação jurídica em que estejam em causa apenas particulares ou qualquer pessoa coletiva pública (incluindo o Estado), sem que se recorra às prerrogativas de autoridade (sem exercer o *jus imperii*) – relação de igualdade.

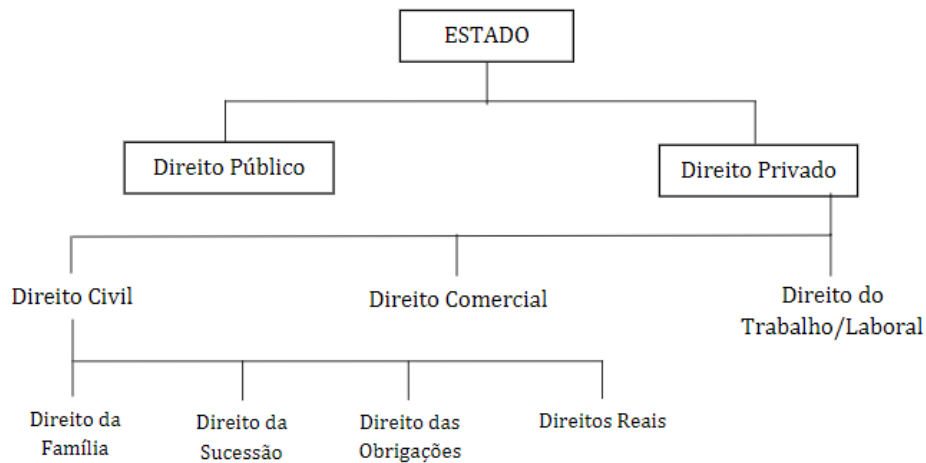
(Não é um critério perfeito, mas é válido – exemplo dos direitos fundamentais, que foge a esta distinção DPU vs DPR: tem muito de Direito Internacional)

➤ Divisões do Direito Público



...

➤ Divisões do Direito Privado



...

## 9.2 Direito Comum e Direito Institucional

Do ponto de vista científico, a distinção fundamental do Direito não deveria ser entre Público e Privado, mas antes entre Comum e Institucional.

Critério: os vários ramos do Direito podem referir-se ou não a instituições, que regulam. A figura da instituição apresenta-se como decisiva. Assim, o Direito da Família regula a instituição familiar, o Direito Público afinal regula a instituição Estado, o Direito das Sucessões regula a instituição sucessão, etc.

Mas, para além destes ramos institucionais, há um ramo comum. Grande número de regras não estão por si ligadas a nenhuma instituição em particular, estabelecem antes princípios técnicos que podem ser aplicados independentemente, ou submetidos aos fins de uma instituição. Estas matérias são de Direito Comum – Direito das Obrigações, Direitos Reais, etc.

As regras de direito comum são depois retomadas pelos ramos institucionais do direito, e aí adaptadas de modo a servirem finalidades específicas. Por exemplo, a obrigação é estudada, em abstrato, no Direito das Obrigações – fala-se apenas na relação credor-devedor. Mas numerosas obrigações disciplinam relações de Direito da Família – a obrigação de fidelidade conjugal, etc.

### 9.3 Direito Adjetivo e Direito Substantivo

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

### 9.4 Direito Nacional, Transnacional, Supranacional e Internacional

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

Direito Nacional = Direito Público + Direito Privado

Direito Internacional – Designação proposta por Jeremy Bentham, em 1789. Conjunto de regras e princípios que se impõem sem necessidade de aceitação (*jus cogens*), - autodeterminação dos povos, proibição do genocídio, ... - princípios esses que se impõem à própria constituição, e, também, princípios gerais de Direito reconhecidos pelas nações (Portugal – Art.8º CRP) e que integram o seu Direito, ou seja, ao que os países se vinculam na ordem internacional, que também vigora a nível interno.

Direito Internacional = Jus Cogens + Conjunto de regras a que os países se vinculam de livre vontade (através de tratados, por exemplo)

Direito Supranacional - O Direito Supranacional é mais pequeno do que o mundo, mas maior do que o Estado. É um Direito que se aplica numa região. Direito da União Europeia, por exemplo. (Direito da U.E. prevalece sobre o Direito Nacional).

Direito Transnacional – Fenómeno relativamente recente. Não representa uma ordem jurídica, antes constituem entidades privadas (não são Estados). Figuras que supostamente não criam Direito, mas detêm enorme influência e têm impacto na vida em sociedade. Possuem elevado prestígio, e por isso, apesar de não disporem de soberania na área legislativa, emitem regras (caso da Câmara do Comércio Internacional, por exemplo).

## 10. O Direito e os Juristas. Profissões Jurídicas

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

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

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

b) Perspetiva interna diferenciada. Digna do advogado ou do professor de Direito, é definida como uma perspetiva pragmática, baseada na utilização de possíveis argumentos existentes na doutrina. É-lhes pedido que olhem para o Direito de forma distanciada. Jogar com o Direito. Avisar as pessoas sobre o que devem fazer (advogado). Aqui, não se deve olhar apenas para o dever-ser. Fazem-se afirmações distanciadas – um professor aconselha um aluno sobre a melhor forma de encarar o Direito, p.ex.

Outras perspetivas, noutro plano:

*De Jure Condito* – o dever ser é-nos imposto (*Quid Juris?*) – Advogado (perspetiva distanciada), Juiz (perspetiva pura)

*De Jure Condendo* – qual será a possibilidade mais correta. Não se está limitado às normas que existem. Não se cinge ao direito vigente (por exemplo, equidade) – Professor

## II

### Fontes de Direito

#### 1. A expressão

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).

É o problema de saber 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.

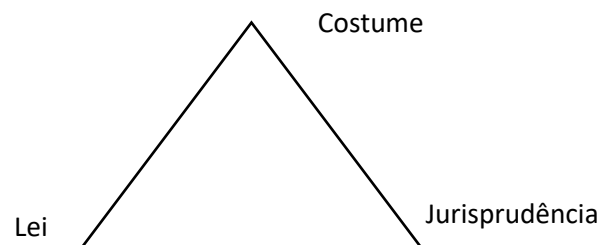
Podemos dizer que as fontes de direito são fontes de conhecimento, porque designam os modos de manifestação e identificação do direito, por exemplo os textos jurídicos; podemos ainda dizer que são fontes genéticas, isto é, as forças ou fatores que estão na origem do direito, os elementos de ordem histórica, social, cultural, política, económica que determinam o conteúdo do direito e o explicam; ou ainda fontes de direito como fontes de validade –

princípios fundamentais da normatividade jurídica. Mas, para além de tudo isto, as fontes do direito são essencialmente fontes de juridicidade, isto é, enquanto modos específicos graças aos quais uma certa normatividade se constitui como normatividade jurídica. As fontes não são apenas os modos de revelação do direito, mas também os modos de formação do direito.

Tradicionalmente cabia ao Estado indicar as fontes através da qual 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.

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.

- 1 - Costume
- 2 – Lei
- 3 – Jurisprudência



1 – 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. 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; carácter impessoal e anónimo – o costume não tem autoria, algo que se transmite oralmente e/ou através da conduta.

2 – 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.

3 – 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.

## 1.2 Uma hierarquia de fontes?

A lei não tem legitimidade para opinar sobre a importância das outras fontes.

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.

Pode haver uma hierarquia de normas resultante duma hierarquia de fontes, mas o mesmo pode acontecer devido a uma variedade de outras características não relacionadas com a fonte.

- 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 complementação 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.

Perspetiva político-constitucional (uma perspetiva de reconhecimento das fontes de direito):

- Rejeita que a lei se pode pronunciar sobre o valor das outras fontes
- 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
- 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...)
- Dum ponto de vista material, é a Constituição que paira sobre as fontes de direito e lhes concede legitimidade
- Mas o facto de a Constituição ser lei é “acidental”, podia não o ser – o que não concede qualquer tipo de importância maior a esta fonte de direito
- impõe limites a todas as fontes de direito (lei e as demais); obriga a que estejam de acordo com a Constituição
- Lei não se pode sobrepor às outras fontes porque isso não está pronunciado na Constituição

O que nos interessa é perceber se as fontes de Direito são aceites (perspetiva externa) e se são conforme a Constituição (perspetiva interna). Não é se “são estas as fontes” - é o que vigora (olhando para a sociedade). E na sociedade é possível detetar normas e princípios válidos e vigentes sem haver um ato/uma lei que os determine como tal: não há um ato que determine o costume ou a jurisprudência como fonte de direito, no entanto é-lo, e sem estar subalternizado à lei numa hipotética hierarquia. Todas se sujeitam de igual modo à CRP, todas têm de estar com ela em consonância.

## 1. A Lei

Maior produtora de normas e princípios no nosso país.

(Castanheira Neves) Funções da lei:

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.

- Art. 20º CRP: Acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva. Refere-se ao direito de acesso ao Direito. (Relações Particular vs Estado) – este é um direito prestacionalmente dependente, pelo que é um mero princípio que necessita de ser garantido, prestado pelo Estado. (≠ Art. 6º CC – Ignorância ou má interpretação da Lei. (Relações Particular vs Particular) Ou seja, o Estado não nega o acesso ao Direito pelos cidadãos, mas se este não é provido de forma satisfatória, os cidadãos não podem alegar a ignorância da lei quando procederam de forma a ela contrária.)

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. 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 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.

Daqui decorre:

- Lei em sentido formal ≠ sentido material



### 1. 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)

### 2. 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).

## 2.1 Polissemia

Lei é um termo polissémico, ou seja, tem vários sentidos diferentes (mesmo juridicamente).

Distinção de sentidos de Lei com base na amplitude:

- 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.)
- 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.
- 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.

## 2.2 Fundamentos do valor da lei como fonte (E a Constituição como *norma normarum*, lei fundamental)

O valor da lei como fonte justifica-se com o Estado, e a sua necessidade em criar direito (é esta uma das suas funções no balanço entre o poder político, o povo e o território). E cria direito através do poder legislativo (através das leis).

É aqui que entra em jogo a Constituição. É esta o fundamento de todo o Direito Estadual – o direito criado pelo poder político, em ordem a preservar o seu povo e território.

A validade das leis e demais atos (incluindo do poder executivo e judicial) está subordinada à sua conformidade com a Constituição. Art. 3º CRP.

É esta o fundamento de todo o processo estadual, e da validade de todo o ordenamento jurídico português. Tudo o que emana do Estado (numa aceção ampla) deve ser aferido com base na Constituição: se não está de acordo com ela é inválido.

A Constituição assume vários sentidos: fonte, enquanto manifestação jurídico-legislativa; conteúdo, enquanto objeto de estudo do Direito Constitucional; sentido material, como conjunto de matérias fundamentais (organização do poder político e direitos fundamentais) de natureza constitucional reguladas no documento; sentido formal, como conjunto de normas contido num documento, sendo esse documento aprovado por uma Assembleia Constituinte, especial, e dotando o documento de um lugar de destaque na ordem jurídico-pública. De salientar que o sentido material e o formal não coexistem necessariamente (caso do sistema constitucional do RU).

O paradigma da aprovação de textos legislativos (leis) é pela A.R. – Lei Parlamentar. Tem bastante legitimidade porquanto a sua aprovação decorre de forma democrática.

### 2.3 A 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 ter voto na matéria. Complementa com o art. 198º CRP, que define os momentos em que o Governo tem competência legislativa (sem ter esta de provir da AR).

2. 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:
  - leis orgânicas (estabelecem o funcionamento dos órgãos políticos) – correspondem ao cumprimento de indicações constitucionais nesta matéria;
  - quaisquer leis que exigem uma aprovação de mais de 2/3 dos deputados em efetividade de funções – leis com mais importância (lei eleitoral, lei da nacionalidade, lei de financiamento dos partidos (?)).
3. Leis ordinárias - não podem contrapor leis reforçadas; necessitam no mínimo de maioria absoluta. 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 carácter 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:
  - Regulamentos de execução - 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.
  - Regulamentos complementares - conveniência, 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.
  - 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.
  - 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 ao conteúdo:

- Decretos regulamentares – emitidos pelo governo e carecem de assinatura do P.R. Atos normativos do poder executivo = regulamentos independentes.
- 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.
- Despachos normativos – tem de ser uma lei a dizer que determinada lei é regulamentada por despacho *tal*.

- 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. Está regulado no art. 115º CRP. 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.

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

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

Obriga a distinguir o domínio das relações entre particulares e entre o Estado e os cidadãos:

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

Tudo isto sempre tendo 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).

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; proposta de lei se vem do Governo.
- 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 em 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 (mínimo é 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.

Ou

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

Quando se declara que a lei é inconstitucional ou ilegal, temos 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. Acontece com disposições transitórias, propositadamente temporárias
- Costume contra-legend: 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 revogadora é revogada por uma terceira lei, que irá fazer com que a primeira tenha a sua vigência reestabelecida, caso assim determine o seu texto legal.

## 2.5 Codificação da Lei

- 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). Compilou-se leis, doutrina e jurisprudência. Foi muito influente no ocidente, na Europa continental.

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 todas – 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. Ademais, 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 Constitucionais 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.

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.

### 3.O Costume

#### 3.1 Noção

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.

2 elementos: elemento material/externo (*corpus*) e elemento psicológico/interno (*animus*).

- *Corpus*: uma conduta reiterada na sociedade; prática social repetida, 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).
- *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.

Características:

1. Generalidade: comportamentos que podem ser adotados pela sociedade como um todo, em geral;
  2. Uniformidade: prática social uniformizada;
  3. Continuidade/Permanência dos comportamentos: práticas não descontinuadas no tempo;
  4. Frequência: prática social que tem de ser frequente;
  5. Publicidade: prática levada a cabo à vista de todos.
- EXEMPLO: pessoas organizadas em filas de espera = costume.

### 3.2 A experiência consuetudinária

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

O costume jurídico:

1. Comportamento socialmente estabilizado em termos de conduta e em termos decisórios (exprime-se um vínculo normativo-jurídico);
2. Um padrão de uma validade comunitária direta e autonomamente assumida no comportamento das pessoas;
3. Não pode ser um simples facto, pois é um modo originário da construção do direito e o direito deriva do facto;
4. Só pode ser reconhecido como direito através de um «distanciação normativa» relativamente à realidade social (assumindo um valor, um princípio regulativo, um padrão normativo);
5. O mero costume não atinge a juridicidade, bem como um comportamento normalizado também não: é-o se se manifestar numa norma;
6. 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.

### 3.3 Fundamentos do valor do costume como fonte

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

### 3.4 Costume e 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).

### 3.5 Relações entre costume e 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 excepcional de touradas de morte nos locais em que, por motivos histórico-culturais, essa prática tem forte importância. ≠ Desuso (uma lei cair em desuso): é um cenário diferente do apresentado. 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).

### 3.6 Costume e convivência social de vivências jurídicas autónomas

Diferenças a que o Direito pode atribuir relevância, mas que não considere como fontes autónomas.

Conseguimos identificar regras sociais, que não têm natureza de costume, mas que devem ser tidas em conta, ex.: regras das comunidades ciganas.

A Constituição prevalece: os fenómenos contrários são considerados inconstitucionais.

## 4.A Jurisprudência

### 4.1 Noção

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

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 só é relevante para esse caso.



*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.*

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.

Atenção: 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/espacos 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).

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). De certo modo, podemos afirmar o Direito Português como partidário da Tese da Jurisprudência como fonte subsidiária do Direito (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).

- Outras teses para aferir em que termos é que a jurisprudência é fonte de direito:
1. Jurisprudência como costume – costume jurisprudencial, uma solução defendida para o sistema jurídico inglês. A jurisprudência só é fonte de direito quando reúne as características de costume. Decisão do tribunal não é fonte de Direito a não ser que haja prática jurisprudencial reiterada acompanhada de convicção de obrigatoriedade. Se ao longo do tempo os tribunais decidem consistentemente da mesma maneira então a jurisprudência pode criar Direito. Entende-se a regra do precedente vinculativo como uma prática costumeira (um costume jurisprudencial).
  2. Jurisprudência como lei - No sistema português: a Lei é a fonte primordial de Direito, mas a jurisprudência tentou aproximar-se da lei como fonte através dos assentos (art.2º CC, em tudo semelhantes a uma norma legal, mas entretanto revogados por se considerar violarem o princípio da separação de poderes) e acórdãos uniformizadores (substitutos dos assentos). O que se faz é pedir ao juiz que determine uma regra do mesmo modo que o legislador. Solicita-se a parte geral e abstrata da decisão jurídica, com desconsideração dos factos do caso concreto. Logo, não se tira partido das vantagens da jurisprudência enquanto fonte porque se tenta generalizar e abstrair.
  3. Jurisprudência como jurisprudência – um precedente que, apesar de não vinculativo mas sim persuasivo, cria uma normatividade. Um corpo de decisões que é autónomo e que tem de ser tomado em conta.

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

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

- 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.

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 passant...*): 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.

#### 4.3 A tese negativa da jurisprudência enquanto fonte

Tendencialmente positivista e radical. O juiz deve apenas seguir a lei (juiz automático). Aqui, não há atividade criadora. Esta tese diz que o Direito é a lei e o juiz deve apenas limitar-se a aplicá-la. E a decisão do juiz não cria direito, nada acrescenta ao texto legal. No entanto, até nos países de matriz romano-germânica a jurisprudência é relevante. Esta tese está desfasada da realidade no nosso sistema (art. 8º/3 CC).

Esta tese do juiz automático é saída da Revolução francesa em virtude do novo edifício jurídico-normativo que se pretendia construir: igualdade jurídica para todos, leis claras sem necessidade de interpretação – o que mitiga completamente qualquer papel primacial que possa ser atribuído ao juiz.

Entretanto, há, hoje, quem defenda uma tese renovada que diz que dar relevância à jurisprudência é afastar a ideia de separação de poderes presente na CRP. Esta teoria é fácil de afastar: as decisões dos juízes não criam lei – poder legislativo – mas sim Direito.

É uma versão moderna da tese negativa que afirma que a ideia de do reconhecimento dos tribunais como fonte de direito viola a separação de poderes (separação essa que, desde logo, não se mantém intacta desde os tempos de Montesquieu e é hoje, sem dúvida, algo de substancialmente menos estanque e mais colaborante). É uma tese pouco válida e facilmente contradita.

#### 4.4 A tese de que só a jurisprudência é a verdadeira fonte de direito

Esta tese defende que só as decisões dos tribunais conseguem contribuir para a criação de lei. Tudo o resto é vago e só se torna real com a aplicação direta dos tribunais. A decisão dos tribunais é que atribuiu força às outras fontes.

O Direito só é Direito quando entram em ação os tribunais. As normas, enquanto habitam a lei, não são Direito. É, pois, o tribunal que lhes confere legitimidade ao aplica-las ao caso concreto (este pensamento tem origem nos realistas norte-americanos).

Esta corrente de pensamento é, igualmente, assaz radical e ambiciosa, porquanto reduzir a fonte do sistema jurídico aos tribunais configura algo muito pouco inválido, sobretudo quando nos damos conta de que a existência desses mesmos tribunais é positivada legalmente pela Constituição (do âmbito da Lei), resultando daqui uma subserviência lógica e imediata daqueles à Lei. (João Duarte)

#### 4.5 O princípio do *stare decisis* nos sistemas de matriz anglo-americana: precedente vinculativo

*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.

#### 4.6 Raciocínio analógico vs jurisprudência genérica. Assentos. Acórdãos uniformizadores de jurisprudência

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

A jurisprudência é fonte produtora de normas gerais e abstratas. Na matriz Anglo-americana porque cabe ao juiz extrair o *ratio decidendi* dos casos anteriores; na matriz romano-germânica (Sistema português) porque se pede ao juiz que determine uma regra do mesmo modo que o legislador; método semelhante à lei.

Assentos: 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): Assentos «Nos casos declarados na lei, podem os tribunais fixar, por meio de assentos, doutrina com força obrigatória geral.»

Os assentos foram considerados inconstitucionais, revogados por um 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.

(Para além disto, podemos considerar ainda os Acórdãos do Tribunal Constitucional que declaram a inconstitucionalidade de normas em relação ao disposto na Constituição, operando mudanças no Direito. O Tribunal Constitucional cria direito, ainda que de forma negativa. Depois, o Supremo Tribunal Administrativo que também cria direito ao declarar ilegalidade de regulamentos face a leis.)

Atualmente, afastado este cenário dos assentos, o que há em Portugal é, pois, uma jurisprudência com força vinculativa subsidiária (art. 8º CC), pois que temos uma diretriz quanto à interpretação da lei, que deve ser seguida pelos tribunais, a não ser que haja uma evolução/esclarecimento. Desde que haja um fundamento para desvio da tendência pode-se decidir de outra forma. Para além do papel dos Tribunais de imposição de soluções normativas que vão além da letra (resolvem espaços deixados em aberto pelas outras fontes, máxime lei).

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.

Acórdãos uniformizadores de jurisprudência: em Portugal não existe, então, o precedente judicial vinculativo. Todavia, reconhece-se a necessidade de conhecimento das decisões dos tribunais (ideia de precedente meramente persuasivo). De facto, para contribuir para um Direito certo, seguro e previsível, surgiu a necessidade de criar mecanismos legais para uniformização da jurisprudência e do tratamento dos cidadãos. A primeira tentativa para a criação desses mecanismos residiu, exatamente, nos assentos.

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

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 – daí este poder ser considerada fonte de Direito e mediata.

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

#### 4.7 O costume jurisprudencial

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

se identifica com a jurisprudência constante, ao confrontar os dois elementos do costume, na medida em que:

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

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

#### 4.8 A jurisprudência comum

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?

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.

#### 5. Outras possíveis fontes do 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 juriconsultos/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. 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.

#### Regulamentos:

(2 acessões)

1. Legislação subordinada do Estado – poder executivo do governo (são estes os regulamentos que são semelhantes às normas corporativas). São fonte de direito.
2. 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).



### III

#### 1.1 O papel do método jurídico na resolução fundamentada de problemas da vida

Segundo Menezes Cordeiro, a metodologia jurídica:

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

#### 1.2 A distinção entre metodologia, dogmática e teoria, e os seus limites

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

#### 1.3 A posição do juiz perante os casos como referência. Contraposição com a posição do advogado

Para todo o caso há só uma solução – *one right answer* – e a tarefa é descobri-la.

Postura interna pura:

- Atitude do juiz;
- A que deve ser adotada como estudante;
- Pegando num conjunto de casos, analisá-los e tentar arranjar uma resposta para o problema.

Aqui encaixa-se a tese relativista acerca do direito: o direito é um conjunto de argumentos. E quanto mais argumentos conhecermos e invocarmos melhores somos.

Postura interna distanciada:

- Atitude do advogado;
- É parcial;
- Pensamos no que vai favorecer certo caso.

Aqui encaixa-se uma outra perspetiva: olhar para o caso não com a perspetiva de encontrar a melhor solução mas sim a melhor forma de defender a pessoa. (Isto não significa defender a inocência cega do indivíduo).

#### 2.A decisão jurídica. A necessidade de decidir: proibição do *non liquet*

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.

*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.

### 3.Decisão segundo as fontes. Desenvolvimentos do direito para além da lei e contra a lei. O papel criador do intérprete-aplicador

Isto designa pegar nas fontes e tentar perceber o seu sentido. Para tal, é necessário dominar a língua portuguesa, a interpretação das fontes será tanto melhor quanto melhor compreendermos o português.

É necessário, depois, enquadrar a interpretação das fontes no sistema. Excluir possíveis interpretações contrárias aos princípios dominantes no Direito Português.

Castanheira Neves fala numa decisão/interpretação assente no método e no sistema. Um pensamento sistemático: enquadrar cada interpretação no sistema.

Contudo, muitas vezes o sistema não dá resposta direta, há que olhar para o caso concreto. É aqui que se faz o trabalho da integração de lacunas. Descobindo a solução mais coerente com o sistema, apesar de este não dar a solução para o caso específico.

Na interpretação do Direito, o esforço e a margem de manobra enquanto intérpretes não é a mesma em todas as áreas. Podemos desde já fazer uma distinção entre interpretação em sentido estrito e desenvolvimento da lei: casos que, pela sua dificuldade, exigem mais esforço de transitar do geral e abstrato para o geral e concreto.

O intérprete tem sempre um papel criador. Por isso mesmo, quando deparado com lacunas da lei, deve agir dessa forma: Integração de lacunas:

- Casos em que a lei não dá claramente resposta para problemas;
- Vai além da mera interpretação;
- Na matriz romano-germânica, o Direito dá resposta a todos os problemas - o sistema regula tudo, e por isso é exaustivo;
- A lacuna é figura excepcional a um sistema que se pressupõe, inicialmente, dar resposta a tudo;
- Art. 10º CC: Integração das lacunas da lei “1. Os casos que a lei não preveja são regulados segundo a norma aplicável aos casos análogos. 2. Há analogia sempre que no caso omissis procedam as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na

lei. 3. Na falta de caso análogo, a situação é resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema.”

- Pede-se mais que apenas interpretar as palavras, implica encontrar a regra e alterá-la (de acordo com os quadros do sistema);
- Interpretação por analogia. Aplicar outros regimes que tratam de casos análogos (exemplo: antes de existir um regime jurídico dos aviões, recorria-se ao dos transportes ferroviários para resolver litígios).
- Se não há regras análogas, mas apenas princípios, isso pede desenvolvimento ao intérprete;
- Se não há casos análogos/parecidos com os regulados pede para olhar para o sistema como um todo (ou seja, personificar o sistema), o legislador deve criar uma norma que seja coerente com o espírito do sistema - os princípios, valores, a Constituição - já existente. – é por isto que têm de haver juristas e não autómatos aplicadores de fontes.

É com o objetivo de promover o a atividade interpretadora do aplicador da lei nas situações de lacunas que foram criadas as cláusulas gerais e conceitos indeterminados (art. 762º/2 CC – “boa-fé”). Instituem coisas mais abstratas. São regras muito vagas, dão flexibilidade ao sistema e permitem afastar as regras estritas quando o direito aplicável não permite uma decisão justa. Entre isto e o caso concreto há todo um mundo por explorar. Há que preencher esse espaço com a nossa interpretação – aqui, a doutrina e a jurisprudência têm papel fundamental porque nos dão exemplos, facilitando este trabalho do intérprete-aplicador.

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

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

1. Interpretação corretiva:

- Quando o intérprete chega à conclusão que o legislador se enganou, os preceitos da lei são outros e não estão de acordo com outros preceitos do sistema.
- Há que corrigir os critérios, porque o texto foi mais amplo do que se quis, reduzindo a finalidade da norma: redução teleológica, reduz-se o âmbito literal porque a finalidade não era essa, reduzem-se os sentidos para uns mais restritos para se poder chegar a uma decisão correta.
- Inclui interpretação ab-rogante.

2. Interpretação ab-rogante:

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

- LETRA DA LEI – o que está escrito (em princípio é adequada para exprimir o alcance da lei – o que esta pretende = o seu espírito)  
=/=
- ESPÍRITO DA LEI – a intenção que se tinha/tem ao legislar

Há possibilidade de se afastar a letra da lei quando se observa um erro na legislação. O juiz deve obediência à lei, mas não à letra da lei. Quando o tribunal encontra um preceito errado, ou não encontra sequer nenhum preceito (nem recorrendo a uma interpretação extensiva) continua a ter de permanecer dentro do sistema, mas foge das fontes. A solução é o sistema e não as fontes.



EXTRA LEGEM, INTRA JUS.

#### 4.A decisão de equidade

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

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

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

As lacunas (equidade segundo Aristóteles<sup>1</sup>) são diferentes da decisão segundo a equidade. No primeiro caso, o que se faz é aplicar o constante do art.10ºCC, já na equidade do art.4ºCC, não carecemos da observância de uma lacuna para a ela recorreremos, mas antes de permissão normativa. A equidade é uma regra constante do sistema que nos permite decidir e extrapolar esse mesmo sistema, ainda que de forma limitada (margem de manobra para o juiz,

---

<sup>1</sup> Equidade na formulação de Aristóteles. Para ele, equidade seria simplesmente:

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

mas não existe uma grande fuga ao sistema: regula-se um pequeno espaço de liberdade de manobra de decisão entre a regra geral e abstrata e o caso concreto).

Resolver segundo a equidade significa esquecer momentaneamente o sistema, olhar para o caso e decidir com outro critério, ainda que normativo, mas essa normatividade não é a do sistema. Mas atenção: o intérprete pode desconsiderar as normas que vigoram mas a decisão tem de ser fundamentada com critérios racionais.

Equidade = Justiça do caso concreto: o caso é que cria/constrói as regras de decisão, qual a solução mais justa.

Considera que mesmo que havendo casos análogos é mais prudente deixar os juízes de equidade decidir por um critério que não lhes é imposto, segundo o que acham ser mais correto para aquele caso. Não equivale a arbitrariedade: não afasta a necessidade de fundamentação de decisões (não se pode decidir atirando uma moeda ao ar ou só porque me apetece, desconsiderando todos os pormenores do caso).

---

NOTA: Equidade  $\neq$  Justiça Salomónica

1. Equidade – o justo
2. Justiça Salomónica – o igual (divisão em partes iguais)

---

EQUIDADE  $\neq$  IGUALDADE

---

Pode recorrer-se à equidade quando a própria lei permita ou ordene o julgamento de equidade ou quando as partes nisso acordarem, desde que o possam fazer.

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

Logo, na equidade as decisões implicam sim sair do sistema, mas os pontos de contacto com a forma de decidir os casos por analogia são maiores do que se pode pensar numa primeira instância. Não estamos totalmente fora do sistema: há uma margem dentro do sistema que permite ao juiz tomar a decisão mais justa/coerente com a lei; há solução na lei, mas espaço de liberdade sobre aspetos concretos da solução.

No fundo, não está em causa uma fuga completa ao sistema. É “a partir daqui” – o sistema é o ponto de partida, até deixar de fazer sentido a intervenção da lei. É uma liberdade mitigada na origem.

Exemplos de casos em que a lei remete para a equidade:

- |                 |   |
|-----------------|---|
| 1. Art.72ºCC    | Art.462ºCC -> aqui nem existe fuga ao sistema porque a fonte estabelece o critério da divisão equitativa. |
| 2. Art.283º/1CC | Art.489º/1CC  |
| 3. Art.339º/2CC | Art.494ºCC  |
| 4. Art.400º/1CC |   |
| 5. Art.437/1CC  |   |

Relação entre Equidade e Estado de Necessidade: Ambos permitem o afastamento do sistema (Equidade – juízes; Estado de Necessidade – cidadãos)

---

“A norma que o intérprete criaria”:

- Analogia *legis*: não há regra para aquela solução mas há caso análogo com regra que tem solução aplicável neste caso concreto, há suficientes pontos de contacto com o caso regulado
  - Analogia *juris*: não se encontram casos análogos; pega-se no sistema como um todo e tenta-se “legislar”, encontrar a norma que criaríamos para ser coerente com o sistema
- Art. 10º CC, Integração das lacunas da lei: « 3. Na falta de caso análogo, a situação é resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema.»

---

Art.334ºCC Abuso do Direito:

Impede o mau uso do sistema, quando a lei não é clara sobre o que fazer naquele caso; ou quando não se entra em incumprimento de nenhuma regra mas abusa-se do sistema. Exemplo: alguém que manda construir uma chaminé falsa exclusivamente para fazer sombra sobre o terreno do vizinho. Esta é uma conduta legal mas com o objetivo de prejudicar alguém.

Em abono da verdade, esta é uma regra vaga, uma coleção de conceitos indeterminados, como sabemos se o indivíduo se excedeu manifestamente? É uma cláusula de salvaguarda, impede que os titulares do direito o façam de modo abusivo.

Cláusula geral/de salvaguarda:

- Regra muito vaga, dá flexibilidade ao sistema, permite afastar as regras estritas quando o direito aplicável não permite uma decisão justa
  - Combate excesso de formalismo para que os indivíduos não possam prejudicar os outros
  - Garante que a decisão concreta não será injusta
- 

## 5.Bases de metodologia jurídica

Evolução do pensamento jurídico:

Exegese: inícios do século XIX. Interpretação dos textos. Produto da Revolução Francesa. A ideia de que tudo tem de ficar escrito. Construção de um edifício novo, de raiz – justo, igualitário, blindado, forte – de maneira a que não sobrasse margem de manobra para praticar injustiças sociais.

Lei como única fonte de direito, que regula o máximo possível. Normas autossuficientes. Hegemonia da legislação. E o intérprete não pode acrescentar nada. Juiz automático. Este pega nas palavras e retira apenas o seu sentido literal.

Exemplo: Código Civil de Napoleão de 1804.

Mas a força da jurisprudência veio demonstrar que é ilusório e ineficaz insistir nesta forma de Direito. Porque foram surgindo lacunas, insuficiências, casos omissos.

Jurisprudência dos Conceitos: Alemanha, século XIX. Savigny (não o criador mas o precursor). Puchta – impulsionador e criador. Partilha algumas ideias com a exegese: amor pelo direito como um grande edifício construído pelo legislador – organizado, forte.

Mas confere mais poder ao intérprete. Enorme respeito pela doutrina. Pensadores que vão pegar na legislação (que já não é autossuficiente, mas sim a base) e vão aprofundá-la. Daí que as bases do edifício sejam os tais conceitos. Depois, vão-se deduzindo outros conceitos a partir desses – tarefa da doutrina.

A parte geral do CC português é herdada daqui. Criação de normas o mais abstratas possíveis. Conceitos como *suprassumo*.

Mas isto é também desfasado da realidade.

Jurisprudência dos Interesses: Precursor – Jhering. Criador – Heck. Alemanha. É preciso o contacto com a realidade. Castelos construídos “nas nuvens” não são viáveis. Porque o direito o que regula são interesses. Equilíbrio de interesses. Logo, há que encontrar algo para além da letra. Perceber as forças sociais que subjazem às várias normas. Identificar os interesses. Perceber, por detrás da fonte abstrata, os interesses em jogo. Objetivos concretos acima da realidade abstrata. Flexibilidade para nos afastarmos da fonte.

Jurisprudência dos Valores: Tempo contemporâneo. Dworkin, Alexy. É o ponto em que estamos. Não podemos olhar para cada fonte esquecendo os valores. Estes são os que estão plasmados na Constituição. Ter em conta o princípio da dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade, etc. A tarefa do intérprete é inexoravelmente orientada pelos valores, na tarefa da interpretação e não já pelos interesses.

Críticas:

- **Jurisprudencialismo:** Castanheira Neves vai-nos dar a ideia da importância do caso e da jurisprudência. A ideia de que o Direito não são as regras contidas nas fontes. O Direito é resultado do esforço do intérprete que olha para as fontes mas de uma perspectiva parcial tendo em conta o caso que se está a tratar. O Direito só se atinge quando se olha para as fontes a partir do caso. E não o contrário, ou exclusivamente as fontes. Este é o papel do juiz. E assim só o juiz representa o Direito na sua plenitude. Daí o nome desta tese.

+

- ESTUDAR A RESOLUÇÃO DO CASO PRÁTICO

- EXPLICAÇÕES (POST-IT CC)

## Índice

I (O Que é o Direito?) .....	1
1.1 Os vários Sentidos e Ideias geralmente associadas ao “Direito” .....	1
1.2 Distinção entre Norma e Fonte .....	2
1.3 Expressões próximas da palavra Direito .....	2
1.4 Alguns Conceitos Básicos.....	2
1.5 Características do Direito .....	4
1.6 Duas Perspetivas Sobre o Direito .....	5
2. Direito e Normatividade, Ordens Normativas, Direito e Moral, Coercibilidade do Direito ....	5
3. Os Fins do Direito .....	8
3.1 Direito e Facto.....	8
4. Interpretação e Aplicação do Direito .....	9
4.1 A Inelutabilidade da Interpretação .....	9
4.2 O Direito como Sistema .....	9
4.3 Distinção entre Regras e Princípios Jurídicos .....	10
4.4 Alguns Princípios Basilares da Ordem Jurídica Portuguesa .....	11
5. Direito e Estado.....	14
5.1 Monopólio Estatal do Uso da Força (Proibição da Autotutela) .....	14
5.2 Heterotutela .....	16
5.3 Tutela Estadual Jurisdicional.....	16
5.4 Inviolabilidade como Dispensa de Tutela .....	16
5.5 Sanções.....	17
5.6 Execução Coerciva .....	18
5.7 Tutela Pública e Tutela Privada, Resolução Alternativa de Litígios .....	19
6. Direito e Justiça .....	19
6.1 Axiologismo e Positivismo .....	19
7. A Pluralidade Histórica e Geográfica de Ordenamentos Jurídicos .....	21
7.1 As principais famílias de sistemas jurídicos .....	21
8. Estudo do Direito .....	23
8.1 Perspetiva Externa e Interna do Direito.....	23
9. Ramos do Direito.....	25
9.1. Direito Público e Direito Privado .....	26
9.2 Direito Comum e Direito Institucional .....	27



9.3 Direito Adjetivo e Direito Substantivo .....	28
9.4 Direito Nacional, Transnacional, Supranacional e Internacional .....	28
10. O Direito e os Juristas. Profissões Jurídicas .....	29
II (Fontes de Direito) .....	29
1. A expressão .....	29
1.2 Uma hierarquia de fontes? .....	31
2.1 Polissemia .....	33
2.2 Fundamentos do valor da lei como fonte (E a Constituição como norma normarum, lei fundamental) .....	33
2.3 A hierarquia das leis .....	34
2.4 A publicação da lei e o problema geral da ignorância da lei, ou do direito .....	36
2.5 Codificação da Lei .....	38
3.O Costume .....	39
3.1 Noção .....	39
3.2 A experiência consuetudinária .....	40
3.3 Fundamentos do valor do costume como fonte .....	40
3.4 Costume e usos .....	40
3.5 Relações entre costume e lei .....	40
3.6 Costume e convivência social de vivências jurídicas autónomas .....	41
4.A Jurisprudência .....	42
4.1 Noção .....	42
4.2A tutela jurisdicional e o seu produto: a decisão judicial. Componentes de uma decisão judicial. ....	43
4.3 A tese negativa da jurisprudência enquanto fonte .....	44
4.4 A tese de que só a jurisprudência é a verdadeira fonte de direito .....	44
4.5 O princípio do stare decisis nos sistemas de matriz anglo-americana: precedente vinculativo .....	45
4.6 Raciocínio analógico vs jurisprudência genérica. Assentos. Acórdãos uniformizadores de jurisprudência .....	45
4.7 O costume jurisprudencial .....	46
4.8 A jurisprudência comum .....	47
5.Outras possíveis fontes do direito .....	47
III (Introdução à Metodologia Jurídica) .....	49
1.1 O papel do método jurídico na resolução fundamentada de problemas da vida .....	49

1.2 A distinção entre metodologia, dogmática e teoria, e os seus limites .....	49
1.3 A posição do juiz perante os casos como referência. Contraposição com a posição do advogado .....	49
2.A decisão jurídica. A necessidade de decidir: proibição do non liquet .....	49
3.Decisão segundo as fontes. Desenvolvimentos do direito para além da lei e contra a lei. O papel criador do intérprete-aplicador.....	50
4.A decisão de equidade.....	52
5.Bases de metodologia jurídica.....	54