Direito e Pensamento Jurídico

**O conceito de direito**

1. O que é o direito?

a) Direito como parte integrante da realidade social

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

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

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

b) O normativo e o social

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

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

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

c) Noção de Direito (objetivo):

Para muitos (sociólogos e até alguns juristas, por exemplo), o direito é visto como um conjunto de normas assistidas de uma sanção socialmente organizada. Entendem que a norma jurídica se distingue das restantes por ser dotada de coercibilidade, isto é, por a sua inobservância poder acarretar uma sanção socialmente organizada.

Uma visão do direito – do âmbito unicamente jurídico – que nos parece, contudo, mais certeira será a de Karl Larenz, que nos diz que o Direito é uma ordem de convivência humana orientada pela ideia de uma ordem justa. Parece importante salientar a presença da ideia de justiça, pois que, doutro modo, já não seria possível distinguir, no plano dos princípios, o Direito de uma pura ordem de força ou da “regra que se dá a um bando de salteadores” (J. Baptista Machado). A ideia de Direito exige uma ordem com determinado sentido, uma ordem justa – sublinha Larenz.

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

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

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

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

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

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

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

d) O Direito e a força

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

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

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

e) Direitos Subjetivos

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

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

f) 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 conceções 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.

g) Ciência do Direito

Disciplina que estuda o fenómeno jurídico, através de uma metodologia. O Direito é uma ciência social e humana (não confundir com ciência exata ou de natureza) que estuda e teoriza cientificamente o Direito Objetivo (e os direitos subjetivos). Assim, “o Direito é o modo científico da resolução de casos” (A. Menezes Cordeiro), que suportam diversas soluções. Ao Direito pedem-se-lhe soluções. Esta resolução exprime uma decisão humana, ou seja, reflete a conduta a adotar pelos indivíduos. O Direito é uma ciência prática que não se limita a conhecer, resolve justificando com a razão, através do método jurídico. Soluções justificadas. (Soluções “justificáveis e que podem ser apreendidas e explicadas pela razão.” A. Menezes Cordeiro). Justificar é tornar justo. Só uma decisão justificada é considerada justa e legítima. No entanto, há quem diga que o Direito não é uma ciência porque não existe verificabilidade, como nas ciências exatas. Mas temos objeto (o fenómeno jurídico) e metodologia, o que não existe é, precisamente, a lógica restrita do certo ou errado – a solução é, antes, mais ou menos aceitável, mais ou menos adequada.

h) A sociabilidade do Direito

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

i) Fins do Direito

1. Justiça (o primeiro e o mais importante fim do Direito, estando consagrado no Art. 1º CRP, impondo ao Estado o dever de manutenção e garantia da justiça. O Direito tem de ser justo porque deriva da Justiça, bem como as leis, decisões administrativas e sentenças judiciais, uma vez que o Estado é um Estado de Direito); 2. Bem-estar económico, social e cultural (por meio da proteção dos Direitos Humanos, por exemplo); 3. segurança – jurídica, positivação do direito legislado pelas autoridades competentes e em obediência a procedimentos devidamente regulamentados, mais precisa formulação das regras jurídicas legisladas, …, “garantia jurídica”, é no fundo o garantir do conhecimento prévio daquilo com que cada um pode contar para, com base em expectativas firmes, governar a sua vida e orientar a sua conduta, materializa-se em leis que não deixem margem a ambiguidades de interpretação nem a lacunas; contudo, em muitos setores, o legislador utiliza conceitos indeterminados e cláusulas gerais, pelo que a insegurança jurídica aumenta. Expressões como “bom pai de família”, “médico consciencioso”, “bons costumes”, … contribuem para tal - (a sua prossecução harmónica com a prossecução do primeiro fim parece relativamente simples. No entanto, o Direito por vezes aprova medidas apenas justificadas por motivos de segurança/certeza jurídica e contrárias à justiça. Gera-se uma tensão dialética. O legislador tem o papel de limitar ao mínimo situações em que a segurança se sobrepõe à justiça, no entanto, acontecem algumas vezes: a norma que fixa a idade do atingir da maioridade descurando, no caso concreto, o apurar do grau de maturidade do indivíduo; casos de prescrição (art. 310ºCC), usucapião (art. 1294ºCC, a propósito: inconstitucionalidade?... art. 62ºCRP), caso julgado (insusceptibilidade de recurso ordinário contra as decisões judiciais transitadas em julgado), prisão preventiva, princípio da não retroatividade da lei, … Assim sucede porque a própria praticabilidade do Direito pode exigir que o valor segurança prevaleça sobre o valor justiça. Uma justiça puramente ideal, desacompanhada de segurança, seria vazia de eficácia; e uma segurança sem justiça, pelo contrário, seria uma pura situação de força.

j) Funções do Direito

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

l) 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. k) A summa divisio: Direito Público e Direito Privado

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

A distinção começou por ser feita através do critério do interesse, segundo o qual: Direito Público comporta normas que prossigam direta, predominante ou essencialmente o interesse geral da comunidade, os interesses públicos; Direito Privado comporta normas que prossigam direta, predominante ou essencialmente interesses particulares, privados. Este critério revela-se impotente dado que não há linha radical de fratura entre o interesse público e o interesse privado. O interesse público corresponde, pelo menos indiretamente, aos interesses particulares, e os interesses particulares são protegidos porque há um interesse público nesse sentido. Não há interesses públicos que não tenham em conta interesses privados.

Numa fase ulterior, pensou-se no critério da qualidade dos sujeitos. Este critério coloca a tónica na relação ou situação regulada pela norma jurídica em causa, pelo que é de Direito Privado a norma que regula relações jurídicas cujos sujeitos sejam unicamente particulares; Direito Público a norma que regula relações jurídicas caso algum dos sujeitos da relação for o Estado ou qualquer outra pessoa coletiva pública. Ora, este critério revela-se, também, inaceitável, porque há frequentemente situações em que o Estado e demais entes públicos podem atuar nos mesmos termos que qualquer outro sujeito. Não é pelo facto de os entes públicos celebrarem compras e vendas, por exemplo, que as respetivas regras deixam de ser Direito Privado e passam a ser Direito Público.

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

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

Justiça Comutativa – paridade de posições entre pessoas, equivalência, reciprocidade.

Justiça Distributiva – distribuição simétrica e não desproporcionada, atendendo ao mérito e às necessidades das pessoas. Função corretiva – correção das desigualdades. m) Princípios da Justiça

- Igualdade (art. 13ºCRP) - Este princípio decorre do princípio da dignidade humana. O núcleo de humanidade que possuímos torna-nos necessariamente iguais em dignidade. O princípio da igualdade envolve inevitavelmente duas dimensões: - 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).

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

**Fontes de Direito**

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

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

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

Podemos distinguir dois tipos diferentes de fontes de direito:

Fontes imediatas Fontes mediatas

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

Tradicionalmente cabia ao Estado indicar as fontes através 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. Só a lei seria fonte decisiva, cabendo a outras possíveis fontes de direito apenas o valor que a lei lhes reconhecesse.

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

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

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

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

LEI COSTUME JURISPRUDÊNCIA

a) Uma hierarquia?

Entre estas três fontes não existe hierarquização. 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.

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

O sistema é um só: não há a Ordem da Lei, a Ordem da Jurisprudência ou a Ordem do Costume. Não há hierarquia nem distinção rígida e estanque. Há 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.

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

b) A lei

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

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

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

1. Uma autoridade competente para estabelecer critérios normativos de solução de casos concretos; Parte formal: identificar uma autoridade competente que possa criar lei. Mas as resoluções da Assembleia da República 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.

Importa estabelecer uma divisão:

Lei em sentido formal =/= Lei em sentido material

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

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

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

Outra divisão, de acordo com a amplitude da lei:

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

2. Sentido amplo. Aqui, “lei” = fonte intencional de Direito. Representa um modo de produção e contrapõe-se à jurisprudência e ao costume. (leis, decretos-leis, portarias, regulamentos, etc.)

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

Funções da lei, segundo Castanheira Neves:

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

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

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

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

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

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

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

2. Leis de valor reforçado (ou Leis Reforçadas) – são leis que possuem menos valor do que as constitucionais, mas mais do que as leis ordinárias. São emanadas dos órgãos de soberania nacional ou dos órgãos de governo próprio das regiões autónomas com competências legislativas – indicado no art. 112º CRP. São leis reforçadas: 1) leis orgânicas (leis reforçadas pelo procedimento específico); 2) as restantes leis que exigem uma aprovação de mais de 2/3 dos deputados em efetividade de funções (leis reforçadas pelo procedimento específico); 3) Leis de Autorização legislativa, Leis de Bases, … (leis reforçadas pelo conteúdo especial) 3. Leis ordinárias - não podem contrapor leis reforçadas; 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 caráter persuasivo (recomendações da AR ao Governo, por exemplo). Os segundos são já leis em sentido amplo, atos que criam normas, provenientes do Governo ou de diversas outras entidades e que assumem diferentes espécies. Derivam do poder executivo e destinam-se a regulamentar as leis, estabelecem os seus pormenores de execução. São os regulamentos que conferem exequibilidade à lei. Servem para consolidar aspetos que ficaram em aberto nas leis ou decretos-leis. É absolutamente necessário que assim seja, dado que a AR não pode legislar até ao mais ínfimo pormenor – seria catastrófico. (Art.111º e 112º/7 CRP). Não podem violar quaisquer leis. Podem distinguir-se vários tipos de regulamentos.

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

Quanto à forma: 1) Decretos regulamentares – emitidos pelo governo e carecem de assinatura do P.R. Atos normativos do poder executivo = regulamentos independentes. 2) Portarias – podem ser emitidas por um ministro. Está em causa uma lei, que vem concretizar um regime; referem-se a lei num sentido mais amplo; regulamentadas por um decreto-lei; são um ato menor da hierarquia. Possuem diferentes graus de autonomia: pouca autonomia quando surgem para concretizar a lei a mando da mesma ou quando se encontra posteriormente uma lacuna na lei; maior autonomia quando fazem mais do que apenas “tapar buracos”, surgem para regulamentar um sector que não o era; margem de manobra começa quando a lei acaba; ficam a cargo de uma entidade nomeada pela lei. Por exemplo, os artigos relativos às taxas de juro são fixados por portaria. As portarias representam o grau mínimo de autonomia de regular. Muito acima estão os regulamentos, por exemplo, da CMVM, entre outros, cujas autoridades têm maior autonomia. 3) Despachos normativos – tem de ser uma lei a dizer que determinada lei é regulamentada por despacho tal. 4) Instruções ou circulares – formas mais leves de regulamentar (o comportamento de funcionários, por exemplo).

Há ainda outra distinção:

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

(Pequenas destrinças:

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

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

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

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

A ignorância da lei:

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

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

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

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

Tudo isto tendo sempre em conta que o Direito tem duas funções: ✓ Uma primeira função descritiva, em que se informa o dever ser corrente, o modo como as pessoas devem agir (é aqui que se enquadra o Princípio do Acesso ao Direito); ✓ E só depois a função patológica/corretiva, em que se pune os cidadãos por não cumprirem com o dever ser (com a função descritiva).

Publicação da lei:

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; ✓ Porque é inválida: apesar de existente (de ter passado por todo o processo e de ter sido publicada) a lei é inválida - é ineficaz:

a) Ato legislativo inconstitucional: a inconstitucionalidade pode ser orgânica ou formal – formal se o órgão que legisla é incompetente para tal ou no processo são preteridos trâmites ou formalidades constitucionalmente previstos; orgânica se o vício afeta a própria norma no seu conteúdo, por este ser contrário ao conteúdo de uma norma constitucional.

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

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

Modalidades de cessação:

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

Conflitos de normas:

a) Normas em conflito emanadas de fontes de hierarquia diferente – prefere-se a norma de fonte hierárquica superior (critério da superioridade): lex superior derogat legi inferiori b) Normas em conflito pertencentes à mesma hierarquia – prefere-se a mais recente (critério da posterioridade): lex posterior derogat legi priori, com a ressalva de que lei especial prevalece sobre lei geral (critério da especialidade): lex speciallis derogat legi generali – ainda que esta seja posterior, exceto, neste casos, se outra for a intenção do legislador ✓ 3 tipos de conflitos possíveis:

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

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). Compilaram-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 (Bugerliches Gesetzbuch).

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

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

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

c) O costume

O costume é a prática habitualmente seguida, desde tempos imemoriais, por todo o Povo, por parte dele, ou por determinadas instituições, ao adotar certos comportamentos sociais na convicção de que são impostos ou permitidos pelo Direito. Assim, o costume é a fonte privilegiada do Direito, enquanto exprime diretamente a ordem da sociedade, sem necessitar de mediação, pois não existe qualquer tensão entre o ser e o dever ser.

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

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

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

Características da prática costumeira:

✓ Generalidade: comportamentos que podem ser adotados pela sociedade como um todo, em geral;

✓ Uniformidade: prática social uniformizada;

✓ Continuidade/Permanência dos comportamentos: práticas não descontinuadas no tempo;

✓ Frequência: prática social que tem de ser frequente;

✓ Publicidade: prática levada a cabo à vista de todos.

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

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

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

Costume =/= Usos: Valor dos usos: art.3º CC.

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

Usos:

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

Características dos usos:

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

Relações entre o costume e a lei:

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

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

1. Costume secundum legem (segundo a lei) – são os que se traduzem em práticas conformes ao disposto na lei; são considerados inofensivos, mas de alguma utilidade interpretativa, na medida em que as duas fontes se interpretam uma pela outra. Um costume coincide com a lei, lei essa que codificou esse mesmo costume e agora coincidem. Isto dá origem a uma norma com pluralidade de fontes (lei e costume); 2. Costume praeter legem (além da lei) – são os que originam normas que dispõem sobre matéria não regulada por lei, servindo em regra como método de integração das lacunas na lei, uma vez que o costume vai além da lei, tratando de matéria que esta não regula – relação de complemento (e nunca de sobreposição de normas); 3. Costume contra legem (contra a lei) – são os que traduzem práticas consuetudinárias opostas ao estabelecido na lei – costume contrário à lei, norma legal e norma consuetudinária que são contrárias. Normalmente, levantam problemas jurídicos delicados, pela circunstância objetiva de que a lei não conseguiu influir na ordem social, o que se traduz por um verdadeiro costume que se opõe àquela regra. ✓ Exemplo de um costume contra legem: recentemente observado em Portugal com o caso dos touros de morte em Barrancos (uma norma costumeira local) contra um decreto de 1928 (uma norma legal). Entretanto… lei 92/95 proibiu todas as violências injustificadas contra animais, mas deixando de fora as touradas; a lei 12/2000 substituiu o decreto de 1928 mas continuou a proibir os touros de morte em Barrancos. Contudo, a lei 19/2002, no seu art.3º/4, reconhece a “perda da guerra” lei vs. costume. O costume dos touros de morte em Barrancos impôs-se à lei durante décadas, manteve-se mesmo com uma lei contrária, até que a lei acabou por reconhecer a derrota O costume (contra legem) prevaleceu sobre a lei. Permitiu-se, então, a prática excecional de touradas de morte nos locais em que, por motivos histórico-culturais, essa prática tem forte importância – costume derrogativo, capaz de levar à caducidade de uma norma. =/= 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).

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

d) A Jurisprudência

Pode ser entendida como o conjunto das decisões dos tribunais. Assim, pode constituir fonte de Direito, quando entendida como a parcela específica da atividade dos tribunais que consiste nas decisões dotadas de força obrigatória geral ou que constituam correntes uniformes de interpretação ou integração de uma dada norma jurídica.

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

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

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

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

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

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

O precedente:

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

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

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

Sistema de precedente vinculativo:

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

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

Em Portugal, os juízes, não sendo obrigados, sentem-se fortemente influenciados a seguir as mesmas decisões que os tribunais superiores. Aqui, existe o dever de os juízes considerarem casos análogos, mas se não o fizerem não cometem qualquer infração (Art. 8º/3 CC). Entende-se que não há obrigação de seguir o precedente – não existe o precedente vinculativo típico dos sistemas anglo-americanos – mas têm de ser justificados os desvios à jurisprudência anterior, aplicada a casos análogos) – jurisprudência com força vinculativa subsidiária.

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

Mas nem sempre foi assim, um tempo houve em que, em Portugal, os Tribunais produziam jurisprudência com força obrigatória geral. Em nome da necessidade de atingir maior segurança nas decisões e evitar desperdício de atividade jurisprudencial perante casos semelhantes muitas vezes repetidos (uniformização, modos uniformes de decidir, evitando oscilações nas decisões), existiam os chamados assentos: decisões judiciais que terminam com a formação de doutrina com força obrigatória geral. A decisão assemelhase à criação de lei. Art. 2º CC (revogado): «Nos casos declarados na lei, podem os tribunais fixar, por meio de assentos, doutrina com força obrigatória geral.»

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

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

Acórdãos uniformizadores de jurisprudência: de facto, para contribuir para um Direito certo, seguro e previsível, surgiu a necessidade de criar mecanismos legais para uniformização da jurisprudência e do tratamento dos cidadãos. A primeira tentativa para a criação desses mecanismos residiu, exatamente, nos assentos.

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

O STJ uniformiza a jurisprudência em relação a questões relevantes porque motivadoras de discussão e divergência de opiniões. Como nem todas as normas são unânimes no que diz respeito à sua interpretação, a Lei existente é, por vezes, analisada, sendo que dessa análise resultam estes acórdãos.

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

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

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

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

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

Componentes de uma decisão judicial:

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

Obiter dicta/dictum (considerações by the way…/en passent…): Apresentam-se argumentos que não são absolutamente relevantes ou críticos para a decisão. Todas as decisões tomadas que não formam regras de procedimento dos tribunais, mas sim regras aplicadas a um caso particular, pelo que não constituem regras de precedente. É um comentário lateral que tece considerações sobre outras circunstâncias.

e) Outras fontes de direito:

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

**Ramos de 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**: Direito Constitucional; Direito Administrativo; Direito Penal; Direito Fiscal; Direito Processual Civil; Direito Internacional Público;

➢ **Divisões do Direito Privado**: Direito Civil; Direito Comercial; Direito Internacional Privado. l) Duas perspetivas de Justiça

 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

**Norma Jurídica**

A norma jurídica: normas são enunciados linguísticos que refletem princípios de vida ou condutas de regulação social., formulações que estabelecem uma prescrição. São criações do intérprete-aplicador, porquanto são sentidos de dever ser que se extraem do enunciado contido em determinada fonte. A norma é o resultado da interpretação. A partir de um enunciado linguístico podemos descortinar várias normas. Exemplo: art. 62º CRP – é possível extrair-se o direito à propriedade privada, o direito a fruir e abusar da propriedade privada, o direito a não ser impedido de utilizar as faculdades da propriedade.

Ademais, pode dizer-se que as normas jurídicas precisam de um portador, capaz de as tornar reconhecíveis – as fontes (exemplo: art. 62º CRP). É possível exprimir a mesma norma através de diferentes enunciados, ou seja, a fonte pode alterar-se, mas a norma (regra) mantém-se.

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

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

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

Uma norma completa apresenta um antecedente e um consequente, ou seja, uma previsão e uma estatuição. Deste modo, e por exemplo, o art. 483º CC permite-nos formular a seguinte norma: Todo aquele que ilícita e culposamente causar danos a outrem (previsão) fica obrigado a indemnizar, por esses danos, o lesado (estatuição). Isto pode ligar-se com a dupla dimensão de uma norma: vertente positiva – de permissão (uma norma que estabelece um direito); vertente negativa – impõe a obrigação de respeito pela fruição do direito que estabelece.

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

Relembrando…:

➢ **Previsão** - realidade sobre a qual a norma incide;

➢ **Estatuição** - ligação da previsão à consequência. É a regulação, o comando sobre a realidade da previsão, consequência ligada à verificação da realidade.

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

Também nas normas retroativas não existe critério de conduta porque a pessoa não pode adequar o seu comportamento ao que é postulado. b) Características da norma jurídica

Generalidade, abstração, bilateralidade, hipoteticidade, imperatividade.

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

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

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

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

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

futuro.

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

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

Há casos em que os destinatários são determináveis. (indeterminação). Noutros, é impossível determiná-los (indeterminabilidade). Indeterminabilidade =/= indeterminação. Indeterminar não implica, então, indeterminabilidade. A indeterminação abre espaço para a individualização, assim não se preenchendo a característica da generalidade. Para uma norma ser genérica, tem de ser pautada pela indeterminabilidade, diz o prof. Marcelo Rebelo de Sousa.

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

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

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

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

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

3. Bilateralidade da norma jurídica - pressuposto relacional. O direito pressupõe sempre duas ou mais pessoas (exemplo de Robinson Crusoé e a ilha). Tem-se entendido que não é defensável a bilateralidade da norma jurídica. Exemplo: norma sobre o homicídio - tenho o dever de não matar, corresponde ao direito à vida, mais especificamente a não ser morto. Portanto, a norma implica muito mais do que uma relação jurídica, o que existe é uma obrigação do respeito pelo valor absoluto que é a vida. E em determinados crimes tão-pouco há dois ou mais "intervenientes" - crime de profanação de cadáver, por exemplo. Quando se fala em bilateralidade o que se quer acentuar é a socialidade, ou alteridade do direito. Mas não é a bilateralidade uma característica da norma.

4. Hipoteticidade - a norma é hipotética porque, exprimindo sempre a ordem social, os efeitos jurídicos só se produzem se se verificarem os factos previstos na previsão. Exemplo: se tivermos uma lei para o lenocínio, esta lei só produz efeitos se se verificarem esses casos, os factos previstos na previsão. Independentemente de as situações já estarem constituídas ou não. 5. Imperatividade - no sentido em que a norma estabelece um dever ser, o professor considera que todas as normas são imperativas. O Direito, para ser eficaz e atingir os seus fins, tem de ser obrigatório para se distinguir da Moral, da Cortesia ou da Boa Educação. Todos têm o dever de lhe obedecer. A ordem jurídica é imperativa na medida em que as suas regras exprimem um dever ser que nada tem de condicional; antes intenciona em absoluto realizar-se. Exigência incondicionada ou categórica de aplicação. – Oliveira Ascensão. De facto, o Direito distingue-se da Moral e dos restantes planos normativos, mas sem dúvida que a Moral ajuda à imperatividade jurídica já que a maior parte dos cidadãos são compelidos a obedecer às normas jurídicas pelo sentimento de cumprimento de um dever moral (também o medo e/ou o interesse contribui).

Há quem defenda, quanto à imperatividade, que é característica do sistema jurídico e não das normas em si: antes de se verificar o facti species, a norma já existe. No entanto, não tem qualquer tipo de imperatividade até que se verifique uma situação enquadrada na previsão da norma. As normas serão, então, quando muito, imperativos hipotéticos. E, mesmo assim, só as regras de conduta poderão ser entendidas como tal. E, mesmo dentro das regras de conduta, as normas permissivas não podem ser entendidas como imperativas.

**c) Classificação das normas jurídicas**

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

1. Normas principais vs. normas derivadas: a norma principal é aquela que outorga o direito, é essa a única função da norma principal; a partir dela podemos chegar a outras regras, por dedução lógica – são as normas derivadas.

2. Normas precetivas vs. normas proibitivas vs. normas permissivas: normas precetivas são normas que prescrevem ordens, obrigações, impõem – as normas que nos obrigam a pagar impostos, ou a circular pela direita; normas proibitivas – normas que proíbem determinados comportamentos, vedam condutas – as normas que punem o furto, o homicídio, as ofensas corporais; normas permissivas – normas que permitem/autorizam determinado comportamento, certa conduta, concedem poderes ou faculdades aos particulares – as normas que estabelecem direitos, liberdades e garantias, por exemplo, a liberdade de expressão.

3. Normas universais vs. normas regionais vs. normas locais (âmbito espacial de validade das normas): universais são as que se aplicam em todo o território do Estado; normas regionais – as que apenas se aplicam numa determinada região (exemplo: Decretos das Regiões Autónomas); normas locais – as que apenas se aplicam no território de uma autarquia local (exemplo: posturas e regulamentos locais).

4. Normas gerais vs. normas especiais vs. normas excecionais (âmbito pessoal de validade das normas**)**: gerais são as normas que constituem o direito-regra, que estabelecem o regime-regra para o setor de relações que regulam; normas excecionais: normas que se limitam a uma parte restrita daquele setor de relações ou factos, consagrando neste setor restrito, por razões privativas dele, um regime oposto àquele regime-regra. Exemplo: o art. 219º CC estabelece o regime-regra da consensualidade, ao passo que o art. 1143º representa a respetiva norma excecional relativamente a esse regime-regra. Mas, atenção, a definição de que a norma excecional contraria os princípios gerais é uma definição claramente insuficiente… Normas formalmente excecionais - a lei determina expressamente que é proibida a sua interpretação analógica, mas autoriza-se o argumento a contrário (normas de direito penal, fiscal; o art. 2166º CC em relação ao 2133º

CC – a norma do 2166º CC contraria os princípios do regime-regra, aflorando outros mais técnicos como a boa-fé); Normas materialmente excecionais - mais difícil de acontecer, duvidosas, a lei não proíbe a interpretação analógica nem o argumento a contrario, mas chegamos à conclusão de que é uma norma que contraria o regime-regra, logo, fica inviabilizada a possibilidade de interpretação analógica, permitindo-se o argumento a contrario – tal qual a norma formalmente exceciona. Mas, atenção, uma norma não pode ser materialmente excecional quando, apesar de contrariar princípios, aflora outros – não há, em regra, hierarquia entre os princípios, “estes dialogam” (dialética). Logo, a regra excecional não se pode superiorizar ao regime-regra quando invoca princípios com a mesma intensidade dos da norma geral. Existe, também, a situação da norma excecional invocar princípios mais técnicos (onde existe, já, hierarquização – a situação é ainda mais clara; a norma é, pois, materialmente excecional quando contraria o regime-regra, ou melhor, os princípios que as normas do regime-regra invocam, aflorando outros que, pelos da norma geral serem de âmbito técnico, são mais importantes (princípios gerais, de âmbito sistemático). Apenas nestas circunstâncias pode uma regra ser excecional. Daqui decorre que o art. 875º CC seja aceite como norma materialmente excecional em relação ao regime estabelecido no 219º CC (a segurança e certeza jurídicas são um pilar do sistema); Normas especiais – uma regra é especial a outra quando, sem contrariar substancialmente o princípio naquela contido, a adapta a um domínio particular. Disciplina nova mas não diretamente oposta. A especialidade pode ser característica de todo um ramo do direito, de institutos jurídicos ou de disposições particulares. Exemplo: o regime de reforma dos jogadores de futebol, podem reformar-se mais cedo, é um regime especial; ou o art. 405º e ss. CC em confronto com o art. 874º e ss. CC. Por princípio, lei geral não revoga lei especial (art. 7º/3 CC). Se uma lei geral for revogada, a lei especial nessa matéria passa a geral.

5. Normas de direito comum vs. normas de direito especial: normas do Direito Civil são normas de direito privado comum; normas de direito especial: normas que consagram uma disciplina nova ou diferente para círculos mais restritos de pessoas, coisas ou relações (exemplos: normas de Direito Comercial, Agrário, do Trabalho, …).

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

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

8. Normas injuntivas vs. normas dispositivas (vontade dos destinatários): injuntivas são as normas que se aplicam haja ou não declaração de vontade dos sujeitos nesse sentido, inelutavelmente (normas penais, fiscais, regras que regulam o trânsito, por exemplo…). São regras que, por terem uma exigência mais forte de aplicação, têm a nulidade como necessária consequência da sua violação, e não a anulabilidade; dispositivas são as normas que só se aplicam se as partes suscitam ou não afastam a sua aplicação. Têm, portanto, uma posição de vontade das partes nos seus pressupostos de aplicação (exemplos: art. 582º CC, etc…). As regras injuntivas podem ser precetivas ou proibitivas (precetivas quando impõem um comportamento, conduta ou prática de determinado ato; proibitivas quando impõem uma proibição, normas que proíbem uma conduta, determinado comportamento, um ato; As regras dispositivas aplicam-se atendendo à vontade dos destinatários. Podem ser permissivas, interpretativas ou supletivas. Permissivas – são, por natureza, dispositivas (regra que permite o casamento, aplica-se na sequência da manifestação da vontade das partes, por exemplo; interpretativas – podem ser injuntivas ou dispositivas, podendo ser também interpretativas de fontes de direito ou de negócios jurídicos. Combinando estas duas classificações, apuramos qual a modalidade de regras interpretativas: as regras que interpretam fontes de direito são interpretativas injuntivas; as regras que interpretam negócios jurídicos são interpretativas dispositivas; supletivas – é a mais importante categoria de regras dispositivas. As partes não estão em condições de antecipar nos seus negócios uma disciplina completa de relação, e mesmo que o pudessem fazer não seria prático repetir em todas as ocasiões os mesmos preceitos. A lei acode a esta deficiência, estabelecendo em todas as categorias de negócios mais importantes um regime-regra, que se aplicará sempre que as partes nada dispuserem em contrário. Exemplo: vacatio legis, contrato de

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

compra e venda: as partes combinam a coisa vendida, o preço as condições de entrega e o modo de pagamento, deixando o resto para as “regras normais” da compra e venda, automaticamente aplicadas. Atenção: as regras supletivas, a partir do momento em que se aplicam, são totalmente injuntivas. Fundamento subjetivista das regras supletivas – vontade das partes, era assim que as partes teriam regulado a situação - vs. fundamento objetivista das regras supletivas – não se homenageia a vontade das partes; considera-se que é o processo mais adequado de resolver a situação.

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

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

**Tutela**

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.

DIREITO DE RESISTÊNCIA

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 (subjetivos). 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 destrinçada:

(1) Sanção preventiva

NORMA PRINCIPAL (REGRA DE CONDUTA)

NORMA SUBORDINADA/SANCIONATÓRIA (SANÇÃO)

(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 juízes 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.