Teoria da norma jurídica

2019/2020

Nova School of Law Tiago Kaputo

* **O que é uma norma jurídica?**

-São as construções provenientes das interpretações às formulações. É uma proposição geral e abstrata.

-O sentido da norma jurídica não tem sido unívoco, pois muitas vezes utiliza-se a denominação preceito, disposição ou lei, para tratar a mesma realidade.

-A norma é geralmente definida como um critério de conduta, ou seja, a regra pela qual se pautam as condutas humanas.

-No entanto, embora efetivamente a maior parte das normas visem orientar os comportamentos das pessoas, em algumas delas essa função está ausente, como por exemplo:

1. *Normas de segundo grau*-normas de identificação jurídica (art. 1º a 4º do C.C), normas sancionatórias, normas sobre vigência lei, normas sobre interpretação ou normas revogatórias (art. 8º a 11º C.C)
2. Normas totalmente retroativas (292º da CRP).

-Deste modo, verifica-se que nem todas as normas regulam os comportamentos humanos, por isso, segundo Oliveira Ascensão, para o Direito a regra é inevitavelmente um critério de decisão de casos concretos – “a regra surge como medianeira da solução jurídica de casos concretos.

-Para Oliveira Ascensão, existem os critérios jurídicos que podem ser:

1. **Critérios materiais**-são os critérios normativos, em que se procede uma valorização generalizadora das situações;
2. **Critérios formais**- são os critérios equitativos, em que se fixa uma orientação que permite, através de valorações próprias de cada caso, alcançar a sua resolução. E a norma jurídica apenas se pode reconduzir aos primeiros.

- Nestes termos, segundo Oliveira Ascensão a regra jurídica é um critério material de decisão de casos concretos, definição que, para efeitos de explanação da matéria, vamos acolher.

***Estrutura da Norma Jurídica***

A norma jurídica prevê uma situação de facto, a que se fazem corresponder certos efeitos jurídicos.

A norma é, assim, composta por dois elementos:

1. A previsão ou antecedente (*fattispecie ou tatbestand*)
2. A estatuição ou consequente

1. ***Previsão***

* A previsão corresponde a uma certa situação de facto que se deve verificar para que a norma seja aplicada.
* Refere a uma situação típica da vida.
* A previsão da norma é sempre uma *previsão normativa,* pois embora se refira a uma realidade empírica , a verdade é que a determinação do seu sentido deve ser feita de modo jurídico, isto é, os factos da vida são jurisdicionalizados ,transformando-se os seus conceitos naturalistas em conceitos jurídicos, razão pela qual o seu significado deve ser aquele que o Direito lhe atribui.
* Exemplo: (Ex: Se der um tiro no coração de uma pessoa, diz-se que matou uma pessoa? / uma mãe que vê que o filho se afogou no mar, será que se diz que matou o filho).
* A determinação do sentido da expressão tem de ser auferida juridicamente.

1. **ESTATUIÇÃO-**

* **A estatuição é a determinação de certas consequências, que se irão verificar no caso da norma se aplicar.**

**-Dentro da estatuição é possível separar dois elementos:**

1. **O operador deôntico - isto é, o comando da norma, que pode ser uma permissão, uma proibição ou uma obrigação;**
2. **O objecto (do comando) -isto é, aquilo é permitido ,proibido ou obrigatório, e que pode corresponder a uma conduta, a um poder ou a um efeito jurídico .**

**Tal como a previsão, a estatuição da norma também apresenta um caracter normativo, pois o seu sentido é igualmente aferido de modo jurídico. Estamos perante uma estrutura-tipo e, por isso, pode haver normas que não a apresentem. Por outro, nem sempre é fácil determinar as suas partes. Como antecedente, é logico que a previsão precede a estatuição. Ver exemplos no Santos Justos.**

Relação entre a previsão e estatuição

Existem vários aspetos relevantes nessa relação:

1. Uma norma nem sempre corresponde a um certo preceito de um diploma, pois a **previsão** pode estar num artigo de uma determinada lei, e a **estatuição** estar noutro artigo, da mesma ou de outra lei. Ou seja, a estatuição e a previsão não têm de coincidir. O artº122 do C.C dispõe que “*quem não tiver completado 18 anos de idade é menor”-*previsão + estatuição incompleta, artº123 (Estatuição concluída nesse art.) do C.C dispõe que “os menores carecem de capacidade para o exercícios dos direitos”: a regra que se retira destes preceitos conjugados, vai no sentido de quem não tiver completado 18 anos, não tem capacidade para o exercício de direitos.
2. A formulação *previsão versus estatuição* pode estar invertida, pois trata-se de uma estrutura tendencial, razão pela qual a previsão pode não anteceder a estatuição.

Resumidamente, a previsão é a realidade sobre a qual a norma incide e estatuição é a ligação da previsão à consequência. É a regulação, o comando sobre a realidade da previsão, consequência ligada à verificação da realidade.

***Características da Norma Jurídica***

A generalidade

* A generalidade traduz-se no facto de a norma jurídica se dirigir não a uma só pessoa, mas a todas as pessoas que se possam encontrar na situação hipopéptica à qual uma certa estatuição corresponde, isto é, dirige-se a uma categoria de pessoas não individualmente determinadas.
* (Ex: Se estiverem 45 pessoas na sala, o professor pode oferecer 45 CRP).
* A generalidade contrapõe-se à individualidade: tipicamente é geral o preceito relativo “aos cidadãos”, e é individual o preceito relativo “ao cidadão Y”. Contudo, não se pode dizer que em todos casos haja apenas um sujeito na situação normativamente prevista o preceito seja individual. Por exemplo, as normas constitucionais que definem as competências e deveres do PR ou do PM são gerais, ou seja, são destinadas às pessoas que exercem em função. Deste modo, verifica-se que o relevante para caracterizar a generalidade é que a lei fixe uma categoria de pessoas, e não uma entidade individualizada.
* Em ambos casos, existem vários sujeitos na situação normativamente prevista. Porém, uma regra pode ser plural, mas não geral.

Para Marcelo Rebelo de Sousa é preciso não confundir ***indeterminabilidade com indeterminação***- há casos de regras com indeterminação de destinatários (regras indeterminadas) que são determináveis (isto é, em relação às quais não existe indeterminabilidade de sujeitos).

Decorre do pensamento destes autores que na indeterminabilidade(sujeitos indetermináveis) nunca se conseguem individualizar os destinatários no momento da feitura da norma , já na indeterminação, embora aparentemente se dirija a uma multiplicidade de sujeitos ,a verdade é que eles podem ser individualizados.

Marcelo Rebelo de Sousa entendem que para uma regra ser geral tem de haver indeterminabilidade, por isso a generalidade não é uma característica da regra.

A abstração

A abstração traduz se no facto de a norma jurídica não se aplicar a um caso específico, mas antes a um número indeterminado de situações subsumíveis à categoria anunciada.

O abstrato opõe-se ao concreto: o preceito abstrato disciplina um número indeterminado de casos (uma categoria mais ou menos ampla de situações), e não casos ou situações determinadas (que são particularmente visadas pela norma).

Trata-se de uma característica que não é pacifica.

Oliveira Ascensão defende que norma só é abstrata para o futuro. Para ele a abstração não é uma característica da norma jurídica, este defende que abstração pressupõe a hipoteticidade.

Há abstração quando há aplicação de uma categoria de casos. O que importa é que a norma se aplique a uma categoria de casos que constitua como abstrata.

Bilateridade

A bilateralidade tem por base a ideia de que o Direito pretende regular as relações sociais segundo, a justiça, e, como tal, impõe deveres e reconhece direitos correlativos, isto é: se alguém se encontra juridicamente obrigado, existe sempre uma outra pessoa que lhe pode exigir o cumprimento desses deveres.

* Segundo o professor Marcelo Rebelo de Sousa, a bilateralidade não pode ser uma característica da norma, pois nem todo direito pressupõe uma relação entre sujeitos. Ex: ao dever de não matar, não corresponde a um específico direito de não ser morto
* No fundo, quando se fala de bilateralidade como característica da norma, pretende-se apenas exprimir a sua socialidade ou alteridade, isto é, a norma impõe-se ao respeito de todas as outras pessoas- a valoração que o direito confere à situação de uma pessoa tem de ser uma valoração social relevante. Assim, a bilateralidade só pode ser considerada como uma característica quando seja tomada com esse com este entendimento.

A hipoteticidade

A norma jurídica é hipotética porque os seus efeitos jurídicos só se produzem se se verificarem as situações de facto enunciadas na previsão, isto é, a aplicação da regra depende da “hipótese” da pratica de um facto jurídico.

Por isso, a lei que proíbe e sanciona a condução sem cinto de segurança só tem aplicação quando for praticada esta conduta.

A hipoteticidade tem sido considerada pela doutrina como uma efetiva característica da norma jurídica.

Imperatividade

A imperatividade é considerada como uma característica da ordem jurídica em geral, pois não se pode entender que todas as normas traduzam verdadeiros imperativos. De facto, embora não se negue que as normas de conduta sejam imperativas, a verdade é que a definição de norma ultrapassa-as, dado termos situações que não visam impor um determinado comportamento aos seus destinatários. Ex: As normas definitórias.

Deste modo, a imperatividade não pode ser tida como uma característica da norma jurídica.

***Classificação das normas jurídicas***

A grande variedade de normas jurídicas e a necessidade de termos um conhecimento ordenado justificam que agrupemos em várias categorias, segundo critérios ou pontos de vista que possam responder a exigências práticas ou a necessidades sistemáticas.

Posto isto, as classificações de normas dividem-se de com os seguintes critérios: critérios da vontade dos destinatários; critério da plenitude do sentido; critério do âmbito pessoal de validade das normas.

1. Critério da vontade dos destinatários

Segundo este critério, as normas podem ser injuntivas ou dispositivas.

* **Normas Injuntivas ou imperativas**: Normas injuntivas são as normas que se aplicam independentemente da vontade das pessoas destinatárias. Trata-se de comandos que prosseguem interesses gerais ou individuais muito fortes, pelo que têm de ser acatadas a todo o custo. Ex: Normas que regulam o trânsito.

Estas normas injuntivas dividem-se em:

1. Preceptivas- normas que impõe um comportamento, uma conduta ou a prática de um ato. São formas positivas de conduta: *facere.* Ex: A norma que diz que o contrato deve ser pontualmente cumprido; A norma que manda circular pela direita.
2. Proibitivas-normas que proíbem ou impedem uma conduta, ou impõe uma omissão. São formas negativas de conduta: *non facere.* Ex: A maioria normas penais (as pessoas não devem ofender a vida, honra, liberdade e património de outras pessoas).

* **Normas dispositivas ou facultativas**: As normas são aquelas que se aplicam *atendendo à vontade* dos seus destinatários- se as partes suscitam ou não afastam a sua aplicação, e , por isso ,pode dizer-se que se verifica uma disponibilidade de aplicação de tais normas pelos seus destinatários .

As normas dispositivas dividem-se em:

1. Permissivas- são normas que permitem ou autorizam certos comportamentos ou condutas. Ex: A norma que autoriza a feitura de testamento; A norma que permite o casamento.
2. Supletivas-são normas que visam suprir as ausências de manifestação de vontade das partes em determinado ato jurídico, porque as partes não estão em condições de antecipar uma disciplina completa dos seus negócios. São normas imperativas.
3. Critério da plenitude do sentido

De acordo com este critério as normas podem ser autónomas (ou completas) e não autónomas (incompletas).

* Normas autónomas (ou completas): expressam um sentido completo, isto é, possuem um conteúdo independente do de outras normas jurídicas. Como exemplos, referimos a norma que fixa os efeitos da maioridade;
* Normas não autónomas: não têm um sentido completo e, para o obterem, remetem para outra ou outras normas. Trata-se de normas que remetem para outras normas, podendo essa remissão ser *explícita ou implícita.* Podendo a remissão fazer-se de diferentes maneiras, importa distinguir as normas de:

1. Remissão explícita: verificam-se quando existe uma indicação *expressa* para uma outra norma. Pode ser:
2. **Normas interpretativas -** são as normas que visam fixar o sentido das palavras utilizadas no texto de um outro preceito, ou esclarecer as dúvidas que o seu conteúdo suscita, porque muitas vezes o legislador usa expressões ambíguas, não se exprimindo da melhor forma. A norma interpretativa não é autónoma, porque dela só se consegue retirar um sentido quando se ligar ao preceito interpretado.
3. **Normas de devolução-** são normas que não disciplinam diretamente certa matéria, mas que se limitam a remeter para uma outra norma que contém o *regime* aplicável. Podemos separar as normas de devolução em: Intra-sistemáticas e extra-sistemáticas.

* **Intra-sistemáticas:** existem quando a devolução ocorre entre normas do mesmo sistema jurídico**.** Ex: o artigo 156º do C.C, que manda aplicar à inabilitação as normas sobre a interdição.
* **Extra-sistemática:** existem quando a devolução ocorre entre normas de sistemas jurídicos diferentes. Ex: as normas de Direito Internacional privado.

1. Remissão implícita: a norma jurídica não remete expressamente para outra norma, mas estabelece que o facto ou a situação a regular é ou se considera igual ao facto ou situação disciplinada por outra norma para a qual, portanto, implicitamente remete: é o regime jurídico que vem a aplicar-se. São remissões implícitas as:
2. Ficções legais: consideram duas realidades diferentes como idênticas.

verificam-se quando o legislador entende que certo facto ou situação prevista numa lei se considera igual ao facto ou situação prevista noutra lei: uma lei considera que o **facto X**(a disciplinar) é igual ao **facto Y**(já disciplinado),permitindo-se, deste modo, que a norma que regula o facto Y também se aplique ao facto X.

Ex: o artigo 275, nº2, do C.C. As ficções são regras não autónomas porque não regulam diretamente certa matéria, mas têm de ser combinadas com outras regras para obter o regime aplicável.

1. Presunções legais: verificam-se quando o legislador, devido às dificuldades decorrentes da prova de certos factos ou situações, entende que provada a existência de um facto, também se considera provada a existência de outro.

Ex: o artº 1826 do C.C estabelece a presunção de paternidade. As presunções são normas não autónomas porque, também aqui, uma regra (a presunção) devolve para outra regra a regulação da matéria.

1. Critério do âmbito pessoal de validade das normas
2. **Normas especiais**: São as normas que estabelecem um regime diferente para uma situação de facto específica, mas que não é diretamente oposto ao regime geral. Exemplos de normas especiais são: os **art.874º** e os seguintes do C.C são normas especiais, porque disciplinam um dos contratos em particular, no caso, a compra e venda. Outro exemplo: as disposições do direito do trabalho ou de direito comercial são regimes especiais dentro do direito civil geral. O artº7 nº3 abrange as normas especiais e excecionais.
3. **Normas excecionais**: consagram um *ius singulare,*ou seja, um regime oposto ao regime-regra, num sector restrito. São as excecionais as normas que exigem escritura pública ou documento particular autenticado em determinados negócios jurídicos (**artº875 do C.C**), e invertem o ónus da prova (**artº 344º do C.C**). Estas normas não comportam aplicação analógica, embora admitam interpretação extensiva. Uma norma excecional é a concretização de um princípio geral e se não é excecional pode se aplicar analogicamente.

As normas excecionais podem ser consideradas como **materialmente** ou formalmente. As **primeiras** são as que contrariam os princípios gerais, restringem as situações da vida, ao contrariar estão aflorar ou dimensionar os princípios gerais, logo não pode ser considerada como materialmente excecional, a lei não proíbe a interpretação analógica. As **segundas**, são aquelas que determinam que é impossível a interpretação analógica. Elas se autorrestringem. Muitos autores, consideram só são admitidas normas formalmente excecionais.

***Interpretação da Lei***

A interpretação em sentido estrito consiste na determinação do sentido da regra que decorre da fonte, de forma a poder resolver o caso concreto. Imaginando que a regra é uma ***obra de arte,*** um quadro, por exemplo, pela via da interpretação vai se determinar o significado de cada *traço da pintura*. Os artigos relevantes para esta matéria são o artº,8,9,10,11 e 13.

Modalidades de interpretação: os autores apresentam várias modalidades de interpretação, de acordo com três critérios principais, que convém analisar:

1. Critério da fonte e valor;
2. Critério do objetivo ou fim da interpretação;
3. Critério do resultado da interpretação.

**Critério da fonte e valor**: Este critério atende, por um lado, à natureza do ato que faz a interpretação e, por outro lado, ao valor que essa interpretação tem relativamente aos restantes sujeitos interpretes e aplicadores do Direito. Quanto a este critério, podemos falar de:

1. **Interpretação autêntica**: feita por quem elabora a norma. Pressupõe a verificação de dois requisitos:
2. Esta interpretação deve ser feita por uma nova norma- a lei interpretativa (art.13º do C.C)- que se dirige a fixar o sentido da norma anterior, e que tem um valor igual ou superior ao da norma interpretada. Exemplo: Norma interpretada- uma lei da Assembleia da República dispõe que “*que conduzir sob efeito de substâncias psicotrópicas deve ser punido com coima*”; Norma interpretativa- uma lei da Assembleia da República ou um decreto-lei do Governo dispõe que “*devem-se incluir também os medicamentos no conceito de substâncias psicotrópicas*”.
3. A interpretação autêntica é vinculativa para todos aplicadores do Direito, ainda que esteja errada.
4. **Interpretação oficial:** Pressupõe a verificação de dois requisitos:
5. Esta interpretação deve ser feita por uma norma de valor inferior ao da norma interpretada. Ex: Norma interpretada- uma lei da Assembleia da República dispõe que “quem *conduzir sob efeito de substâncias psicotrópicas deve ser punido em coima”*; Norma interpretativa -um despacho normativo do Ministério da Administração interna dispõe que “devem-se incluir também os medicamentos no conceito de substâncias psicotrópicas”. Art 112, nº5 C.R.P-hierarquia das Leis.
6. A interpretação oficial não tem eficácia externa devido ao artº 112, nº5, da C.R.P, pois deste preceito resulta que as leis de valor inferior não podem alterar ou contradizer o sentido normativo das leis hierarquicamente superiores. Por isso, esta modalidade de interpretação não tem *efeito vinculativo* para os outros (tribunais ou particulares), apresentando apenas uma eficácia meramente interna, isto é, vincula nos termos da obediência hierárquica- obriga somente os agentes administrativos subordinados à entidade que fez a interpretação oficial.
7. **Interpretação judicial:** É interpretação que é feita pelos tribunais no âmbito de um processo; só tem valor vinculativo no processo em si. Fora dele, apenas pode persuadir pela força e exatidão dos argumentos- nos casos de invocação de jurisprudência.
8. **Interpretação doutrinal:** É a interpretação que é feita por juristas ou jurisconsultos e fora das condições que caracterizam as situações anteriores; Não tem qualquer força vinculativa, mas pode persuadir devido ao prestígio do intérprete ou da coerência lógica da argumentação.
9. **Interpretação particular:** É a interpretação que é feita por qualquer cidadão comum, não jurista- fala-se de interpretação nos termos do artº6 do C.C; Não tem qualquer força vinculativa.

**Critério do objetivo ou fim da interpretação**

Quanto a este critério podemos falar de: *a)* **teses subjetivista, objetivista e mista**; *b)* teses historicista e atualista.

1. **Teses subjetivista, objetivista e mista**:
2. Tese subjetivista: elaborada pela escola clássica alemã, representada por Heck no início do século XIX. Visa determinar o pensamento do legislador, isto é, a vontade da pessoa concreta que faz a lei.

Vantagens: maior certeza e segurança, porque só existe um sentido possível da lei, o sentido dado pelo legislador.

Desvantagens: dificuldades em determinar, nos tempos de hoje, a vontade concreta do legislador, porque as leis resultam de órgãos colegiais. Pouco flexível.

1. Tese objetivista: Visa determinar o sentido intrínseco da lei, desligado de quem a fez(legislador). É limitada apenas pelo sistema de Direito em que se insere, é como se a lei ganhasse vida própria.

Vantagens: maior adaptação às exigências de justiça e às necessidades do caso concreto. A lei tem virtualidades próprias, para além daquelas que o legislador lhe deu, pois nem sempre ele se exprime da melhor forma, e a própria lei pode abranger casos não previstos pelo legislador.

Desvantagens: falta de unanimidade quanto à determinação do sentido da lei.

1. Tese mista ou de síntese: sustentada por Larenz. De acordo, com esta teoria pretende-se acolher os aspetos relevantes das teses acima. Assim, a determinação do sentido da lei tem por base a consideração não só do texto legal, mas também da própria *mens legislatoris*.
2. **Teses historicista e atualista:**
3. **Tese historicista**: de acordo com esta tese, visa-se determinar o sentido da lei no momento da sua criação e entrada em vigor.

Vantagens: maior certeza e segurança, dado que se determina o sentido da lei no âmbito das circunstâncias da sua criação.

Desvantagens: não atende ao carácter de durabilidade das leis. As leis não são feitas para vigorarem apenas um ou dois anos, e por vezes o sentido inicial da sua feitura não se coaduna com as mudanças sociais que, entretanto, possam ter ocorrido.

1. **Tese atualista**: de acordo com a esta tese, visa-se determinar o sentido da lei no momento da sua interpretação

Vantagens: maior adaptação às exigências da vida, dado que se interpreta à luz das exigências atuais uma lei que pode ter, por exemplo, trinta anos. Impede que tenham de se estar sempre a fazer novas leis.

Desvantagens: pode levar a situações de arbítrio e à aplicação de lei a casos que não se compadecem com tal solução- desfasamento da realidade.

**Posição do legislador português: artigo 9º do Código Civil**

1. Teses subjetivista, objetivista e mista: O legislador português parece não se ter querido comprometer nem com a tese subjetivista, nem com a objetivista. No entanto, podem-se observar indícios de cada uma das teses no preceito referido: Já está no código e ver SLL
2. Posições da doutrina: Santos Justo/Professor Zenha entendem que o Código Civil acolhe uma tese mista, pois embora o sentido da lei não se identifique com a *mens legislatoris,* a verdade é que também não a dispensa, por isso, a interpretação “é o resultado de um processo que considera os momentos objetivos e subjetivos”: só conhecendo a decisão do legislador e as razões em que ela se suporta, é possível adaptar a lei ao presente.
3. Já o professor Rebelo de Sousa e Oliveira Ascensão têm uma posição objetivista, porque defendem que “a lei deve valer uma vez integrada na ordem social”, verificando-se um apagamento do legislador após o ato de criação normativa:” a lei é necessariamente... aberta a todos os estímulos que nela provocam alterações históricas.”

**Critério dos resultados da interpretação**

Este critério está dependente da relação entre os vários elementos da interpretação (meios para se determinar o sentido real dos textos legais), por isso urge primeiramente determinar os elementos da interpretação de que o aplicador do Direito se pode socorrer.

**Os elementos de interpretação:** são os meios para se determinar o sentido real dos textos legais. Supondo que a lei é a tal obra de arte, os elementos são os instrumentos que temos ao nosso dispor para perceber o que a pintura significa, como, por exemplo, a tela, o pintor que a fez, a corrente em que se insere , a circunstância histórica em que foi feita, etc. Todos estes elementos vão-nos auxiliar a dar um sentido à obra de arte, o mesmo sucedendo na determinação do sentido da lei: os elementos de interpretação integram-se num ato unitário, que é a interpretação.

Podemos distinguir os seguintes elementos de interpretação: 1- Elemento literal ou gramatical- o “corpo” da lei e 2-Elemento lógico ou espírito da lei- a “alma” da lei.

1. ***Elemento Literal****:* É composto pelas palavras pelas quais a lei se exprime, cujo sentido é determinado por regras gramaticais. No nosso exemplo da obra de arte, o elemento literal seria a tela. Este elemento constitui um ponto de partida da interpretação, mas é um elemento frágil, porque muitas vezes as palavras são vagas , e também pode suceder que o legislador não se tenha exprimido da melhor forma.
2. ***Elemento lógico:*** São todas circunstâncias que ultrapassam a letra da lei, e que nos podem auxiliar a perceber o seu sentido. No exemplo da obra de arte, seria o autor, a corrente em que se insere, as circunstâncias históricas. Dentro deste elemento, temos os seguintes elementos:
3. ***Elemento histórico****-*consiste na evolução temporal ou cronológica da feitura da lei. Podendo separar-se em:
4. ***Trabalhos preparatórios****-* incluem todos anteprojetos e projetos que registam as discussões nas comissões e plenários, que são relevantes para estabelecer o sentido da lei e a vontade do legislador.
5. *Precedentes normativos-* são as normas nacionais e estrangeiras vigentes por altura da formação da lei e que influenciaram a sua feitura. Ex: partes do CC tiveram influência no CC italiano de 1942
6. *Occasio legis -* são as circunstâncias históricas, politicas e jurídicas que rodearam a feitura da lei, e que o intérprete não deve desconsiderar. Exemplo: a CRP mantém traços de socialismo, que hoje em dia já perderam a razão de ser, mas que faziam todo sentido na época que foi feita (1975).
7. ***Elemento sistemático:*** é um elemento cada vez mais importante. Na Alemanha, a doutrina mais recente revaloriza o elemento sistemático. Consiste no facto de a interpretação de uma norma implicar o conhecimento das normas afins, pois a ordem jurídica tem uma unidade e coerência que devem ser salvaguardadas na interpretação- deve-se atender à ideia de que “o preceito não é uma ilha isolada”. Assim, um preceito deve ser interpretado em conjunto com as restantes normas: com a epígrafe que a precede, com os textos que estão imediatamente antes e depois, e ainda com outros textos relevantes que podem estar mais afastados (em lugares paralelos). Exemplo: o artº 1273 do C.C, previsto no livro III relativo aos Direitos Reais, não pode deixar de ser interpretado em conjugação com o artº 216 do C.C, que está na parte inicial do Código, onde se definem as várias modalidades de benfeitorias.
8. ***Elemento teleológico ou racional -*** consiste na finalidade ou necessidade que se pretende satisfazer com a feitura de uma determinada lei, e que implica uma ponderação dos interesses que determinaram o seu conteúdo. tem a sua raiz na palavra “telos” (objetivo, finalidade). Ver 122 SLL.

Assim, só é possível interpretar uma lei com esses elementos, por isso, tal como Marcelo Rebelo de Sousa e Sofia Galvão defendem que não é qualquer pessoa que lendo o DRP que consegue encontrar a solução para a resolução de um litigio que tenha: a determinação do sentido real da lei é uma tarefa que ultrapassa a sua mera leitura e que só se obtém pela consideração dos elementos literal e lógico.

**Modalidades de interpretação quanto ao resultado**

Podemos separar algumas modalidades de interpretação quanto ao resultado: Interpretação declarativa; Interpretação extensiva e restritiva; Interpretação ab-rogante; Interpretação enunciativa; Interpretação corretiva.

1. Interpretação declarativa: Verifica-se quando o espírito da lei, determinado pelos elementos lógicos, coincide perfeitamente com o significado das suas palavras, não havendo desarmonia entre a letra e o espírito da lei: o legislador disse *X, e* era precisamente X que queria dizer.

Problemas: As dificuldades que podem surgir com esta modalidade de interpretação verificam-se nas situações em que o significado literal é ambíguo ou indeterminado. O que ocorre quando o legislador usa expressões *pluri-significativas,* isto é; expressões cujo sentido comum das palavras comporta mais do que um significado. **Exemplo**: A palavra “homem” pode ter significado, em termos amplos, de ser humano, ou ter o significado , em termos restritivos, de pessoa do sexo masculino. Nestes casos, cabe o intérprete fixar um dos significados possíveis, que deverá ser escolhido atendendo ao elemento lógico da interpretação. Assim, falamos de:

1. *Interpretação declarativa lata*- se o intérprete opta pelo significado mais extenso. Exemplo: Quando opta pelo significado de “ser humano”, como é o caso do art. 362º do C.C
2. *Interpretação declarativa restrita-* se o interprete opta pelo significado menos extenso. Exemplo: quando opta pelo significado de pessoa do sexo masculino.
3. *Interpretação declarativa média-* se o interprete não tem que optar por um destes sentidos, e adota o seu significado mais comum ou frequente.
4. Interpretação extensiva e restritiva: Estas modalidades de interpretação ocorrem quando, da análise da relação entre o elemento lógico e o literal, se apura que existe uma desarmonia entre a letra e o espírito da lei, isto porque o legislador não foi feliz nas expressões que usou. Nestes casos, o intérprete está autorizado a fazer uma retificação do sentido literal, por consideração do elemento lógico.
5. *Interpretação extensiva:* Verifica-se quando o legislador disse menos do que queria dizer- o sentido literal é mais estrito que o sentido real- e o interprete deve estender a letra da lei, em função dos elementos lógicos da interpretação. Exemplo: Quanto ao art. 877º do C.C, “Há 2 avós que têm 2 bisnetos.” Quando a lei fala em avós quer também abranger os pais dos avós ou refere-se apenas aos pais dos pais? Se lêssemos literalmente o artigo, nós consideraríamos que apenas os avós é que estariam sujeitos a esta restrição. Estendemos a letra da lei aos bisavós. É uma interpretação extensiva, estamos a estender a letra da lei atendendo à sua finalidade essencial, tem um mínimo de percetividade na letra da lei.
6. *Interpretação restritiva:* Verifica-se quando o legislador disse mais do que queria dizer – o sentido literal é mais amplo que o sentido real- e o interprete deve limitar a letra da lei, em função dos elementos lógicos da interpretação. Oliveira Ascensão: antes da introdução do divorcio no ordenamento brasileiro havia uma disposição que dizia “o casamento é indissolúvel”. Então uma pessoa viúva ainda se encontra casada? Atendendo aos elementos lógicos de interpretação, o sentido da regra era que o casamento era indissolúvel apenas para o divórcio, não para casos de viuvez. É uma interpretação restritiva, atendendo aquilo que era a finalidade da lei, entendia-se que no caso em que um dos cônjuges falecia não havia razão para que a pessoa não pudesse contrair novo casamento. Restringia-se a palavra indissolúvel as situações em que o casamento era dissolvido através da vontade de um dos cônjuges, mas não por motivos naturais.
7. ***Interpretação ab-rogante****:* Interpretação ab-rogante é aquela em que o intérprete reconhece que o sentido da lei é indecifrável, ou seja, que é impossível determinar o seu conteúdo , isto porque existe uma incompatibilidade ou contradição insanável entre o espírito e a letra da lei - do confronto entre a letra e o espirito não é possível retirar qualquer sentido ou significado à lei. Por estes motivos, o intérprete limita-se a reconhecer que a fonte jurídica não apresenta nenhuma regra: “*ele não mata a regra, apenas verifica que ela está morta*”.

*Modalidades de interpretação ab-rogante.*

1. *Interpretação ab-rogante lógica:*  resulta da incongruência insanável dos preceitos interpretados, o que leva a uma impossibilidade prática de solução- “Não pode ser assim”. A interpretação ab-rogante lógica tem carácter excecional no direito português, ocorre em casos muito raros porque o interprete está sujeito ao princípio do aproveitamento das leis( artº 9, nº3, do C.C), e, como tal, tem o dever de descobrir-lhes sempre um sentido útil.
2. *Interpretação ab-rogante valorativa:* verifica-se quando os valores subjacentes às disposições em causa forem incompatíveis entre si, isto é, os preceitos interpretados são informados por critérios valorativos opostos e contraditórios - “Não deve ser assim!”. Muitos autores consideram inadmissível, em Portugal, a interpretação ab-rogante valorativa, porque “se o legislador pôs simultaneamente em vigor duas regras, a valoração do intérprete não se pode substituir à do legislador, preferindo uma, ou, considerando as duas liquidadas”. Em sentido diverso, Miguel Galvão Teles permite esta modalidade de interpretação quando a incompatibilidade valorativa entre preceitos for particularmente grave. Há quem entenda que as duas liquidadas, pois se da sua conjugação nenhuma fonte puder ser utilizada, a consequência normal da interpretação ab-rogante é a revelação de uma *lacuna.* Outros, porém, pensam que se deve aproveitar uma delas. Atendendo ao teor do artº 9, nº3, do C.C, que tal como já verificamos, consagra um princípio de aproveitamento das leis, defendemos ser esta a solução primeira a adotar, o que só não poderá acontecer quando seja inviável encontrar um critério de prevalência.
3. *Interpretação enunciativa:*

*É aquela em que o intérprete deduz dum preceito uma regra que nele apenas está virtualmente contida, usando para tal certas inferências ou argumentos lógico-jurídicos .* Exemplo*:* “os alunos de TNJ não podem ir vestidos de amarelo”. Há uma multiplicidade de normas porque significa um conjunto quase infindável de regras jurídicas. A partir destas nós concluímos que há outras normas “os alunos podem ir de vermelho, azul, etc…”

Os argumentos lógicos

Podemos separar quatro elementos lógico- jurídicos:

1. “*A minori ad maius*”- a lei que proíbe o menos, também proíbe o mais. Exemplo: i) se uma lei proíbe aos menores de 21 anos a administração de bens imóveis, é possível inferir que a venda dos mesmos lhes está vedada; ii) se uma lei proíbe a atividade cambiária a estrangeiros, podemos inferir que o comércio bancário também lhes está interdito;
2. “*A maiori ad minus*”- a lei que permite o mais, também permite o menos. Exemplo: i) se uma lei permite a venda de um certo bem, é possível inferir a possibilidade de empréstimo desse mesmo bem; ii) quem está autorizado a entrar em competições desportivas, pode também treinar.
3. “*A contrario*”- da disciplina excepional estabelecida para certo caso , deduz-se um principio regra oposto para os casos não abrangidos pela norma excecional: o regime excecional leva aos regimes regra. Exemplo: Uma lei que obriga os proprietários de automóveis, com registo anterior a 1970, a procederem à sua inspeção semestral, é possível inferir que os proprietários de automóveis, com registo posterior àquela data, não estão sujeitos a tal obrigação.
4. “A legitimidade dos fins, justifica os meios”- a lei que permite ou proíbe o fim, permite a caça , em certas áreas delimitadas, a uma categoria de cidadãos , é possível inferir a legalidade da venda de caçadeiras a essa mesma classe de pessoa.

**Problemas da interpretação enunciativa:**

Esta interpretação tem que estar rodeada de grandes precauções porque implica a formação de juízos de valor que ultrapassam o critério utilizado pelo legislador.

Ex: “não se pode ir de amarelo”. Então posso ir como eu quiser. Utilizando o argumento *a contrario sensu*, vamos admitir que a pessoa possa ir sem roupa. Isto é inadequado face a intenção do legislador.

Ex: a lei permite a aquisição de 4 mascaras por pessoa. Se a lei permite a aquisição de 4 mascaras então também me permite que destrua 4 mascaras. Se eu posso o mais também posso destruir as máscaras e pagá-las. Sendo legitimo o fim não é legitimo o meio.

**A interpretação enunciativa é meramente lógica e em direito há lógica, mas também há valor.**

Esta interpretação deve ser manuseada com rigor, pois as vezes implica a formação de juízos de valor que ultrapassam os critérios do legislador.

1. Interpretação corretiva:

A interpretação verifica-se quando “o sentido real da lei é afastado, modificado ou corrigido pelo intérprete, com fundamento em injustiça ou inoportunidade”. Atende à ideia de que “o legislador não teria querido aquela norma se tivesse previsto o seu resultado.

A interpretação corretiva é diferente da extensiva e restritiva, porque na interpretação corretiva o sentido real não é aceite (da lei X decorre a regra X, e o interprete não concorda com regra X).

A interpretação corretiva pode ser admitida a título excecional e em duas circunstâncias:

1. Quando depois de apurado o sentido real da lei, se verifica que este é contrário ao *direito natural*, razão pela qual, tal lei deverá ser designada de “injusta” ou “lex corrupta. Nestes casos, entende-se que o direito natural deve prevalecer, pois não há segurança se forem negados os princípios fundamentais da convivência social.
2. Nos casos de extrema inadequação do sentido real da lei à logica da justiça do caso concreto.

Integração de lacunas

*A lacuna jurídica existe quando se verifica a ausência de uma regra jurídica para reger certa matéria, que deve ser prevista e regulada pelo Direito. Se entendermos que o ordenamento jurídico é um puzzle, a lacuna será a ausência de uma peça desse puzzle. Por isso, devem-se verificar dois requisitos simultaneamente para aferir a existência de uma lacuna:*

* 1. *Inexistência de disciplina jurídica ou vazio jurídico*
  2. *Imprescindibilidade dessa disciplina- o vazio respeita a matéria que o Direito não pode ignorar e que deve ser juridicamente conformada. A este respeito, é importante referir que a lacuna “não se esgota na ausência da lei “, razão pela qual se houver uma regra não escrita ou costumeira aplicável ao caso, não existe lacuna*

*EX:* **proibição dos autarcas fazerem mais de 3 mandatos**. O presidente da câmara A já fez 3 mandatos e quer continuar, concorre como vereador não como presidente. É possível? O presidente da câmara B faz o 3 mandato e candidata-se à câmara C. Pode? Em que município é que é? são 3 mandatos como presidente de câmara ou podem ser mais 3 mandatos noutra função mesmo que seja no mesmo município? **Há lacuna? Sim**. Podemos aplicar analogicamente esta disposição? Não. Perante uma lacuna temos que ver: ausência de disciplina jurídica ou de vazio normativo e a verificação de que é imprescindível essa disciplina. **Se se candidatar para um cargo inferior já pode porque a lei só se refere à presidência.**

***Espécie de lacunas***

* 1. *Lacunas voluntarias: a falta da disciplina decorre da vontade do legislador, que propositadamente não quis resolver a questão e deixou-a para a jurisprudência. Ex: A questão do direito à eutanásia ou das barrigas de aluguer.*

*Lacunas involuntárias- o legislador não previu a situação, por isso, não elaborou a lei (reporta-se a casos em que, por lapso, o legislador não teve conhecimento da situação ou pensou erradamente que já estava disciplinada),*

* 1. *Lacunas iniciais- surgem na altura em que o legislador legisla;*

*Lacunas posteriores- decorrem de novas questões que aparecem por motivos da evolução técnica ou económica, e determinada a não aplicação de certa lei que se tornou desajustada.*

*Ex: contrato de compra e venda por internet*

* 1. *Lacunas da lei- surgem ao nível do direito legislado, e revestem as seguintes modalidades: a)* ***manifestas****- quando a lei não contém nenhuma norma jurídica, embora, segundo a sua teologia a devesse conter; b)* ***ocultas****- quando a lei contém uma norma jurídica aplicável a um conjunto genérico de situações , mas não previu regras para certos casos específicos a que as primeiras não se podem aplicar; c)* ***de colisão****- quando várias normas contraditórias regulam uma dada situação.*

*Lacunas do Direito- verificam-se ao nível mais amplo do ordenamento jurídico, que sendo um sistema aberto e sujeito a constante evolução, é suscetível de ser lacunoso. EX: A não regulamentação dos direitos económicos, sociais, e culturais, ou das novas áreas de Direito Administrativo especial.*

Fundamentação de existência de lacunas

O ordenamento jurídico é lacunoso por natureza, pelo facto de as suas fontes não conseguirem abranger todas as situações hipotéticas. São várias as razões que explicam a existência de tais lacunas, entre as quais se incluem:

1. A imprevisibilidade- o constante desenvolvimento social, económico e tecnológico, faz com que muitas vezes o Direito seja incapaz de prever e regular com antecedência certos aspetos da vida das pessoas. Ex: A privacidade nas redes sociais;
2. A intenção do legislador de não disciplinar certa matéria- sucede quando o conhecimento de certas matérias é muito incipiente e não existe um consenso social suficiente que permita ao legislador tomar uma posição, razão pela qual este prefere deixar a resolução da questão aos órgãos que aplicam o Direito. Ex: Questão da eutanásia.

**A integração de lacunas**

O preenchimento do vazio jurídico é um processo normativo, porque implica a determinação de uma “regra” para solucionar o caso concreto, não se verificando uma resolução casuística das situações, como sucede na equidade.

É também um processo precário, porque pressupõe a permanência da lacuna após a sua integração- o tribunal integra a lacuna para resolver o caso concreto, mas terá de voltar a ser preenchidas em situações futuras.

**Os processos de integração**

Temos processos de integração intra-sistemáticos e extra-sistemáticos:

* 1. **Intra-sistemáticos-** nestes processos a solução do caso faz-se tomando por base o sistema de normas vigentes. Artº10

1. Analogia legis: pressupõe o recurso a uma regra determinada, normalmente legal;
2. Analogia júris: pressupõe o recurso a um princípio jurídico determinado;
3. Norma que o intérprete criaria: a resolução do caso apela ao espírito geral do sistema.
   1. **Extra-sistemáticos:** nestes processos a solução do caso funda-se noutros critérios.
4. Normativos: verificam-se quando o legislador emite uma norma para colmatar a lacuna
5. Discricionários: verificam-se quando o legislador dá à Administração a possibilidade de optar entre duas soluções igualmente possíveis, de acordo com a melhor prossecução do interesse público.
6. Equitativos: verificam-se quando o juiz não decide segundo uma norma, mas segundo as circunstâncias do caso concreto, isto é, o juiz não pretende criar uma norma, procurando uma solução adequada a todos os casos daquela índole, mas pretende, antes, considerar o caso nas suas particularidades, procurando uma solução que se lhe adeque à luz do valor da justiça.

**Analogia Legis**

É a operação mental que, partindo de uma norma jurídica CONCRETA, purifica a sua ideia fundamental através da eliminação dos elementos não essenciais e, depois, aplica-a aos casos lacunosos.

A analogia legis está prevista no artº10, nº1, do C.C e verifica-se quando os casos que o Direito não prevê são regulados segundo a norma aplicável aos “casos análogos”. De acordo com o art.º10, nº2, do C.C, os casos análogos são aqueles em que procedem as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei , o que pressupõe a existência de dois requisitos:

1. A existência de duas situações em que uma delas é regulada pelo Direito e a outra não é regulada:

Facto X------------- Lei A

Facto Y--------------????

1. Uma identidade de razões legais que justifica a aplicação o regime do facto regulado ao facto não regulado, tal como decorre do artº 10., nº2, do C.C. O que significa que se deve atender à ratio legis( da Lei A) ou justificação do regime de certo facto regulado (facto X), e verificar se as mesmas razões legais procedem para regular o facto sem regime (facto Y). Só se houver essa identidade de razões legais é que é legitimo estabelecer-se uma relação de analogia.

Exemplos de analogia legis:

1. Se existe uma lacuna sobre o regime das matérias de televisão por cabo , pode-se aplicar analogicamente a lei que regula a difusão televisiva por *sistema hertziano tradicional,* também quando haja uma identidade de razões legais;
2. Se existe uma lacuna sobre o regime das sociedades anonimas, podem -se aplicar analogicamente as regras disciplinadoras das sociedade por quotas, quando as razões justificativas destas últimas sejam as mesmas das primeiras.

**Diferenças entre analogia e interpretação extensiva**

A distinção entre analogia legis e interpretação extensiva em termos teóricos parece fácil, contudo, na prática é muito difícil de apurar, pois não é fácil descobrir a correta linha de fronteira entre ambas.

Pode dizer-se, em termos genéricos e poucos rigorosos, que na integração o caso não está compreendido nem na letra nem no espirito da lei, enquanto que na interpretação *extensiva* o caso não está previsto na letra, mas está no espirito da lei .

Exemplos práticos, apresentados por Karl Larenz, que geraram dúvida na doutrina e na jurisprudência alemãs há alguns anos atrás:

1. A Jurisprudência do Tribunal Federal considerou que ácido clorídrico era uma arma para efeitos de aplicação do artº 223 do Código Penal alemão- no Entanto, Karl Engisch questiona esta posição;
2. Discutiu-se, também, punir como violação de domicilio as chamadas noturnas feitas com intuito malicioso, pois o artº123 do Código Penal alemão exige para tal punição a “introdução na habitação” - Karl Engsich defende que aqui não pode haver interpretação extensiva.

Limites à analogia legis

1. **Enunciação**

A *analogia legis* não é possível em relação a regras bem determinadas:

1. Regras excecionais- artº11 do C.C;
2. Regras penais positivas- são regras que definem os crimes e fixam as suas penas e efeitos.
3. Regras restritivas de direitos, liberdades e garantias- artº18 da CRP. Exemplo: a lei que restringe a liberdade de manifestação dos militares das Forças Armadas não se pode aplicar analogicamente à liberdade de manifestação dos professores.
4. Regras sobre impostos- as regras que criam os impostos e determinam os seus elementos essenciais não podem ser aplicadas analogicamente. A razão deste limite prende-se com a salvaguarda do princípio da segurança jurídica e princípio da legalidade fiscal. Exemplo: Se uma lei prevê uma taxa de IVA de 30% relativamente a bebidas alcoólicas, não se pode aplicar analogicamente a sumos naturais.
5. Analogia e as Normas execpcionais

O artº11 do C.C admite a interpretação extensiva de normas excecionais, mas proíbe a sua analogia- o que radica na ideia de que as normas excecionais só valem para os casos previstos, e não para os outros, sob pena de se generalizar o que é excecional.

Não obstante este facto, a verdade é que se discute se a proibição da aplicação analógica de normas excecionais é total, ou se se dirige apenas às normas excecionais cujas normas correlativas contenham princípios de ordem pública, de molde a que a suposta norma excecional contrarie a esses mesmos princípios .

Com esta posição, Oliveira de Ascensão faz uma interpretação restritiva do artº 11do C.C e considera que a regra excecional aqui prevista não se basta com a mera contradição de uma outra regra, mas exige um suporte mais sólido.

Efetivamente, a excecionalidade formal não pode ser o critério determinante, senão vejamos o seguinte exemplo:

* 1. É proibida a circulação de veículos na rua “X”, com exceção dos moradores;
  2. É permitida a circulação de veículos na rua “X”, com a exceção dos não moradores.

O conteúdo da regra de conduta é exatamente o mesmo, pois, em ambos casos os moradores podem circular na rua X”, e os não moradores não podem circular na rua “X”. No entanto, a regra. No entanto, a regra e a exceção já divergem, isto é:

* 1. Regra: é proibida a circulação de veículos na rua “X”/exceção: só os moradores podem circular.
  2. Regra: é permitida a circulação de veículos na rua “X”/exceção: os não moradores não podem circular.

Como se verifica, temos duas regras com o mesmo significado, mas cuja identificação da regra e da exceção, em cada uma delas, varia, devido à diferente técnica legislativa usada, não podendo, por estes motivos, ser esta excecionalidade que se pretende proibir no artº11 do C.C. De acordo com este preceito, para se excluir a analogia deve-se criar um verdadeiro ius singulare, que se verifica quando a disciplina do caso vem contrariar um princípio jurídico geral.

***Analogia júris***

Se não for possível a analogia legis, o passo seguinte é a *analogia juris*.

A analogia júris verifica-se quando não existe uma regra análoga, e, devido a esse facto, apela-se aos princípios jurídicos para resolver a situação. Isto é, olha-se para o ordenamento jurídico na sua globalidade e retira-se uma disciplina jurídica para o caso.

Exemplo: Se o facto X, não previsto e regulado pelo Direito, for resolvido, por exemplo, com o apelo a um destes princípios: igualdade, boa-fé, proporcionalidade, proteção de confiança ou liberdade religiosa, temos uma situação de analogia júris.

**Diferença entre analogia legis e analogia juris**

Oliveira de Ascensão dá um bom exemplo para ajudar a perceber a diferença entre a analogia legis e a analogia júris: existindo uma norma que dispõe que “*as obrigações contratuais devem-se exercer de boa-fé*”, temos analogia legis se esta norma, dada proximidade das situações , se aplicar igualmente às obrigações não contratuais;

Já teremos analogia júris, no caso de justificarmos o exercício de boa-fé dos *direitos não obrigacionais* (direitos subjetivos. Ex: direitos de personalidade) com recurso ao princípio geral da boa fé.

**Admissibilidade da analogia júris**

O art. 10º, nºs 1 e 2,do C.C refere-se exclusivamente a analogia, não distinguindo entre analogia legis e juris, por isso, pode-se questionar a admissibilidade da analogia júris.

Efetivamente, pode-se argumentar que este preceito apenas consagra a analogia legis, porquanto o nº1 refere-se à “norma aplicável ao caso análogo” e o nº 2 ao “caso prevista na lei”, e não a qualquer princípio jurídico.

No entanto, tem sido entendimento predominante na doutrina que a diferença entre a analogia iuris e a analogia júris “ é uma diferença de grau, pois à medida que a regra se vai esbatendo, o principio afirma-se e torna-se mais nítido , razão pela qual não se costumam apontar obstáculos à admissibilidade da analogia júris.

**A “norma que o intérprete criaria”**

Nos casos em que não se consiga solucionar o caso pela via da analogia, porque não existem situações reguladas similares, o artº 10., nº3 do C.C refere que a situação deve ser resolvida pela *norma* que o próprio interprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espirito do sistema. Isto é, de acordo com este preceito, quem está a integrar a lacuna deve agir como se fosse legislador e criar uma norma tomando em consideração as demais regras, os princípios de Direito e os interesses envolvidos na situação regular.

Note-se, que a criação desta norma por parte do integrador de lacunas deve atender a *critérios objetivos-* o que decorre da expressão “espirito do sistema”-, por isso, embora se pretenda solucionar um caso concreto, a verdade é que o integrador deve criar uma norma que, possa ser aplicada a uma indeterminabilidade de destinatários e de situações. Nestes termos, o mecanismo do artº 10, nº3, do C.C não pode significar:

1. Remissão para o arbítrio do intérprete;
2. Apelo ao sentimento jurídico;
3. Recurso à equidade.

**Redução teleológica**

Verifica-se quando, interpretada uma lei e dela se retira uma regra, se entende que esta tem um sentido muito amplo, pelo que intérprete, atendendo à finalidade da lei, vai restringir o seu âmbito de aplicação para além do seu sentido literal.

Esquema:

* Da Lei X pela interpretação (elementos histórico/ sistemático/ teleológico + literal) retira-se a regra X. Todavia, atendendo à finalidade da lei o intérprete conclui que esta regra X é demasiado ampla, por isso vai restringi-la e reduzir a letra da lei.

Na redução teleológica existe uma nova relevância do elemento teleológico, isto é , o elemento teleológico, que já é um dos elementos essenciais à interpretação , vai ter nova relevância em momento posterior, permitindo-se a restrição da própria norma e não somente da formulação ampla da letra da lei, o que vai gerar, em termos práticos, a não aplicação da lei, ou seja, a criação de um exclusão ao regime geral.

Trata-se de uma figura *diferente da interpretação restritiva*, porque esta tem a sua fronteira no significado literal possível, enquanto que a redução teleológica vai mais além- normalmente estão em causa situações que se subsumem à previsão legal mas que contrariam o seu fim, porque não foram pensados pelo legislador quando fez a lei.

Permite descobrir lacunas, está direcionada a leis proibitivas.

Exemplo prático

O art.º181 do BGB estabelece nulidade do negócio jurídico realizado consigo mesmo. O fim deste preceito é proteger o representado, impedindo que o representante, em virtude de uma colisão de interesses entre ele e o representado, realize um negócio consigo mesmo.

Diante deste regime coloca-se a seguinte questão: se o representante legal fizer uma doação a um incapaz e ao mesmo tempo a aceitar, será que se deve aplicar o art.º181 do BGB? A letra da lei parece abranger esta situação, pois a doação é um negócio jurídico gratuito que carece de aceitação do beneficiário.

Admissibilidade

A redução teleológica, tratada originariamente na jurisprudência e doutrina alemãs, hoje é também acolhida no ordenamento jurídico português, nomeadamente pelos nossos tribunais

No, entanto, Oliveira Ascensão vê a redução teleológica com dificuldade e nega a sua autonomização, pois considera que, ou cai na interpretação ab-rogante pela via da contradição valorativa, ou, então, cai na *interpretação corretiva* pela via da inadequação.

**Extensão Teleológica**

A extensão teleológica verifica-se quando da interpretação resulta que o sentido da regra é demasiado restrito, razão pela qual, tomando por base uma nova consideração da teleologia da lei, vai-se alargar o seu campo de aplicação a casos literalmente não abrangidos- trata-se de uma continuação da interpretação que ultrapassa o limite literal possível.

Exemplo Prático

O artº844, 2º. Parágrafo, do BGB fixa ao responsável por acidente que causou a morte do marido de alguém *uma indemnização por danos através do pagamento de uma pensão pecuniária para o sustento durante o tempo presumível da vida do “de cujus”.* A finalidade deste artigo é fazer com que a pessoa que causou a morte do marido se substitua, de certa forma, a este último no cumprimento do seu dever de alimentos para com a esposa. Por isso, esta pensão pecuniária para o sustento deve ocorrer durante o tempo em que a suposta pessoa falecida viveria.

Uma viúva, cujo marido falecera num acidente, pediu em tribunal uma pensão que ultrapassa aquele momento e que se estenderia até ao final da sua vida, invocando que: depois da morte natural do marido teria direito a uma pensão de velhice que, devido ao acidente, veio a perder por o marido não ter podido continuar a pagar as necessárias quotas à Segurança Social. O não surgimento deste dinheiro na sua esfera jurídica é a consequência da morte do marido, por isso, o responsável deve pagar uma pensão que ultrapasse a presumível vida do marido, e que se estenderá até ao final da vida da viúva. O Supremo Tribunal Federal alemão deu-lhe razão e alargou o dever de indemnizar até à morte da titular do direito de alimentos.

Neste caso, existe uma extensão teleológica porque a lei foi pensada para uma indeminização que substitua o dever de alimentos e não para outros danos negativos que possam decorrer da morte do marido.

**Esquema auxiliar para resolução de hipóteses sobre interpretação**

1. Determinar o que se discute: a expressão que está em causa.
2. A interpretação normal resolve?
3. **Interpretação declarativa, restritiva, extensiva:**
4. Analisar os elementos da interpretação: literal e lógico (noção: localização no artº9 do C.C; definir qual é o mais importante para a resolução do caso)
5. Determinar a modalidade de interpretação e definir quem tem razão;
6. Interpretação extensiva- ver se não poderá ser integração de lacunas por analogia ou extensão teleológica: limite do art.9º, nº2, do C.C
7. **Interpretação abrogante.**
8. Algum argumento lógico auxilia na resolução? Interpretação enunciativa
9. Reduzindo a letra da lei, resolve-se o problema? (nos casos de redução teleológica parece que há uma lacuna, que decorre do facto de a restrição não ter sido feita expressamente, pelo que a redução faz cessar a lacuna
10. O problema não se resolve pelas anteriores modalidades de interpretação? Há normas excecionais, penais ou fiscais cuja aplicação se suscita? Caso de integração de lacunas:
    1. **Analogia:** art.10º do C.C- analisar a identidade de razões justificativas no caso regulado e no caso omisso;
    2. Verificar os limites à analogia: se a norma cuja aplicação se suscita é excecional(art.11º do C.C)
    3. Ver se, em vez de integração de lacunas por analogia, não poderá ser extensão teleológica.
11. Interpretação corretiva e os limites do art.8º, nº2, do C.C.
12. O argumento de analogia e o argumento “a contrario”.

As normas não são de aplicação automática, temos de fazer uma relação entre a norma e a disposição da realidade. De acordo com as teorias:

**Teoria clássica** – o sentido da norma é plural e móvel, ou seja, o sentido altera-se consoante os contextos, o que se baseia numa premissa. Temos de estabelecer uma relação entre o significado e o significante.

Teoria da linguagem- texto tem sentido subjacente, baseia-se na sintaxe (relação entre palavras, tendo em conta que o seu significado muda consoante o contexto local). P.e. alienação muda de sentido consoante o contexto que a utilizamos. Pragmática- intenção com que a norma foi referida, interesses que se visam proteger. Relação do mundo com as coisas a que se dirige a norma.

Esta teoria divide-se em 3:

* Sintax - Para esta o texto da norma tem um sentido subjacente que se baseia na sintax (estabelecimento de relações entre as palavras, sendo que as palavras mudam com o contexto local).
* Pragmática – significa basicamente a intenção com que a norma foi dita, ou referida, ou seja, a logica dos interesses que se visam resolver.
* Semântica – logica do mundo a que se dirige aquelas disposições

A TEORIA REALISTA DE HART-

Direito é tudo aquilo que se observa como sendo comummente considerado e aplicado numa dada Sociedade, remetendo-se assim, à descrição simples da realidade dos factos. Hart considera que a observação do Direito Positivo é insuficiente, porque existem outras normas que influenciam a Sociedade. (normas primárias e secundárias)

* Norma Primárias – Relaciona-se com os comportamentos das pessoas, com a maneira como as pessoas reagem e se comportam na Sociedade.
* Normas Secundárias – Também chamadas de “Normas de Reconhecimento”, cujas funções se baseiam na definição de critérios, dos quais depende o carácter jurídico das Normas sociais que regulam os comportamentos individuais e a vida em Sociedade.

Hart dá também muito pouca importância à discricionariedade dizendo que é arriscada a interpretação pessoal dos juristas.

Hart distingue ainda duas regras diferentes:

* Regras de comportamento – São válidas após o cumprimento dos critérios de validade do sistema em si, com um carácter geralmente obrigatório.
* Regras de Reconhecimento – especificam os critérios de validade Jurídica e as suas regras de alteração e de julgamento, devendo ser aceites como padrões comuns e públicos de comportamentos pelos funcionários e entidades jurídicas. Estas regras podem ter diferentes formas: podem ser regras constitucionais (principal norma de reconhecimento dum sistema); decisões judiciais e as práticas de funcionários dos Estados (Acordos de Jurisprudência)

Hart distingue também dois tipos de visão do sistema jurídico:

* **Visão Interna** – visão de quem participa no sistema, estas pessoas aceitam as normas convictamente, reconhecendo nelas validade e um sentido de obrigação.
* **Visão externa** – visão de quem está fora do sistema. A visualização da Norma aparece como uma forma de descrição daquilo que os outros aceitam como Direito. Segundo esta visão, dizer que uma norma é válida significa que ela cumpriu todos os critérios previstos na norma de reconhecimento.

A Teoria Realista ocupa-se então, não da Justificação da Norma (fundamentação lógica e finalidade/validade da Norma), mas sim da descrição (existência dessas regras como normas jurídicas aceites, bem como da sua validade formal) das normas jurídicas.

Para esta Teoria, o Direito é identificado a partir da norma de reconhecimento. É a norma de reconhecimento que leva à identificação, modificação e aplicação das Normas Jurídicas.

Para Hart, a produção do Direito está confiada aos órgãos judiciais. O Direito, segundo o mesmo autor, não deve ser imposto aos cidadãos, deve ser antes aceite pelos mesmos. É desta maneira que Hart visualiza a importância da Sociedade na construção do Direito.

Esta visão do Direito de Hart permite ao Direito ganhar uma nova flexibilidade, ganhando legitimidade Democrática (porque é aceite pelo Povo) evitando assim um legalismo demasiado cerrado na Lei, tal como ela é promulgada.

O Realismo Jurídico traz uma grande vantagem que é a “abertura do sistema”, recolhendo informação que seja importante e essencial à construção e formulação do Direito.

**Construção de Dwonkin –**

Existe um Direito para além daquele estabelecido pela autoridade competente. Dworkin, discípulo de Hart, critica o seu mestre e respetiva teoria da norma de reconhecimento, pela desconsideração de um dos mais importantes tipos de normas – os princípios (apesar de serem menos concretos).

Estes constituem valores morais jurídicos caracterizados pela sua amplitude, generalidade, extensão, dignidade de promoção, peso e não validade automática (como as regras jurídicas que funcionam como tudo ou nada).

Os princípios são tomados como consensos, paradigmas, assunções, indicadores vagos e mais permissivos de soluções para situações jurídicas. Os princípios jurídicos não podem ser identificados por critérios provenientes de normas de reconhecimento dada a sua extensão, carácter abstrato, virtual e programático, mas sim apenas através de uma interpretação doutrinal.

Dworkin salvaguarda a dimensão dinâmica, incerta e quase profética do Direito, recusando o carácter empírico do conceito realista de Hart. A valorização do papel dos juristas no desenvolvimento dos princípios jurídicos pode ser considerada um risco, associado à possibilidade de discricionariedade dos profissionais.

**Direito como comunicação,Construção de Habermas-**

O Direito tem sido considerado uma forma de aperfeiçoamento das relações humanas. A coesão social consegue através da racionalização das ações dos indivíduos em sociedade. Esta racionalização pode assumir duas vertentes: racionalização instrumental e racionalização comunicacional.

A primeira, racionalização instrumental, tende para a, o poder e a adequação das ações humanas aos seus objetivos técnicos e políticos, enquanto a segunda, racionalização comunicacional, visa uma convivência livre e pacífica através de um consenso harmonizado e do estabelecimento de laços de entendimento.

A linguagem tende para o convívio harmónico, baseado numa relação equilibrada por um diálogo autêntico, válido, transparente, igualitário, justo e consensual. A sociedade humana caracteriza-se pela existência de um espaço público – espaço social de diálogo – de reflexão e crítica. No plano do Direito surge uma tensão entre racionalidades, entre direito tecnificado (satisfação das necessidades do Estado) e direito dialógico (doutrinal, judicial e direito da vida). Este conflito tende a desequilibrar-se no sentido instrumental (colonização da vida pelo direito técnico).

A teoria de Habermas assenta inicialmente numa crítica profunda do legalismo (poder unilateral, coisificador e arrogante) que acaba por se esbater muito pela democratização dos Estados – atividade discursiva pública e dialogante, Direito mais racional, reforço da interação entre cidadãos iguais, poder comunicativo, força positiva – legitimação do poder político.

As principais críticas a este pensador e respetiva teoria assentam na faceta manipuladora e interesseira do discurso jurídico, um dos mais mistificadores e sofísticos, estando os juristas muitas vezes mais próximos dos problemas do que das suas soluções, no otimismo jurídico, nos limites dos processos judiciários (imposições, proibições, prazos) e, por fim, na facilidade de transformação do Estado num auditório parcial, num sindicato de interesses.

**Direito como sistema, Construção de Luhman-**

Os sistemas acarretam a previsibilidade e expectabilidade de situações futuras, a redução do risco e o aumento da confiança e segurança. São mecanismos de redução da complexidade do mundo humano, sendo ele tao complexo por culpa da comunicação como mediação dos comportamentos. Permitem fixar sentidos esperados, estáveis e consensuais.

Os sistemas sociais são autónomos, são eles que constroem o mundo, fora deles a realidade não existe (construtivismo radical). O Direito caracteriza-se pela generalização (formula modelos de comunicação), garantia e estabilização de expectativas, impondo normas e provendo a convicção da sua obrigatoriedade. Uma das principais referências que devemos fazer ao sistema jurídico é o seu carácter autopoiético.

Este engloba as suas capacidades de: autocriação e regulação (e transformação das suas regras); construção dos próprios objetivos; fecho ao ambiente (não se influenciando por realidades a ele estranhas – closure); construção do próprio ambiente; receção de estímulos, irritações e energia do exterior (mantendo-se livre e operante – openess); reajustamento interna; integração dos novos problemas.

Carácter Autopoiético:

* Sistema Autopoiético: Direito é ordem jurídica que tem lógica própria de funcionamento: - Sistemas fechado (a outros sistemas): não aceita intervenções do exterior - Sistemas Aberta: A alterações da sociedade, adaptando-se consoante os seus próprios método

Resolução: Sociedade funciona em parâmetros que o Estado não é capaz de regular ◊ sistemas de regulação: Estado passa de criador de regulação para criador de organizações (entidades necessita de normas que criarão uma sociedade como um todo) de acordo com aquilo que a sociedade necessita (expetativas da sociedade) Existem situações excecionais em que o Estado é obrigado a intervir dado que as entidades reguladoras isoladas não são suficientes. Ex: carteis

O Direito sente o exterior, mas não comunica com ele. Esta ideia de sistema jurídico facilita a compreensão da dimensão social do Direito. Podemos então referir-nos à sua incoerência, unidade, plenitude e equilíbrio, características que permitem a criação de um verdadeiro «espírito do sistema».

Função Estabilizadora do Direito:

* O Estado entrevem de modo a que a sociedade nele se reveja
* Situação que tem resposta pelo Direito tornam-se mais “fáceis de entender” para a sociedade

Anteriormente o Estado acreditava realizar a estabilização pela legislação rígida (=não muito divergente nem arbitrária). Atualmente há necessidade de que as normas se adaptem à sociedade. É das pequenas influências das diversas sociedades que nasce uma solução consensual e abrangente na criação da norma jurídica. Perfil do Novo Jurista: interlocutor do sentido da sociedade atual.