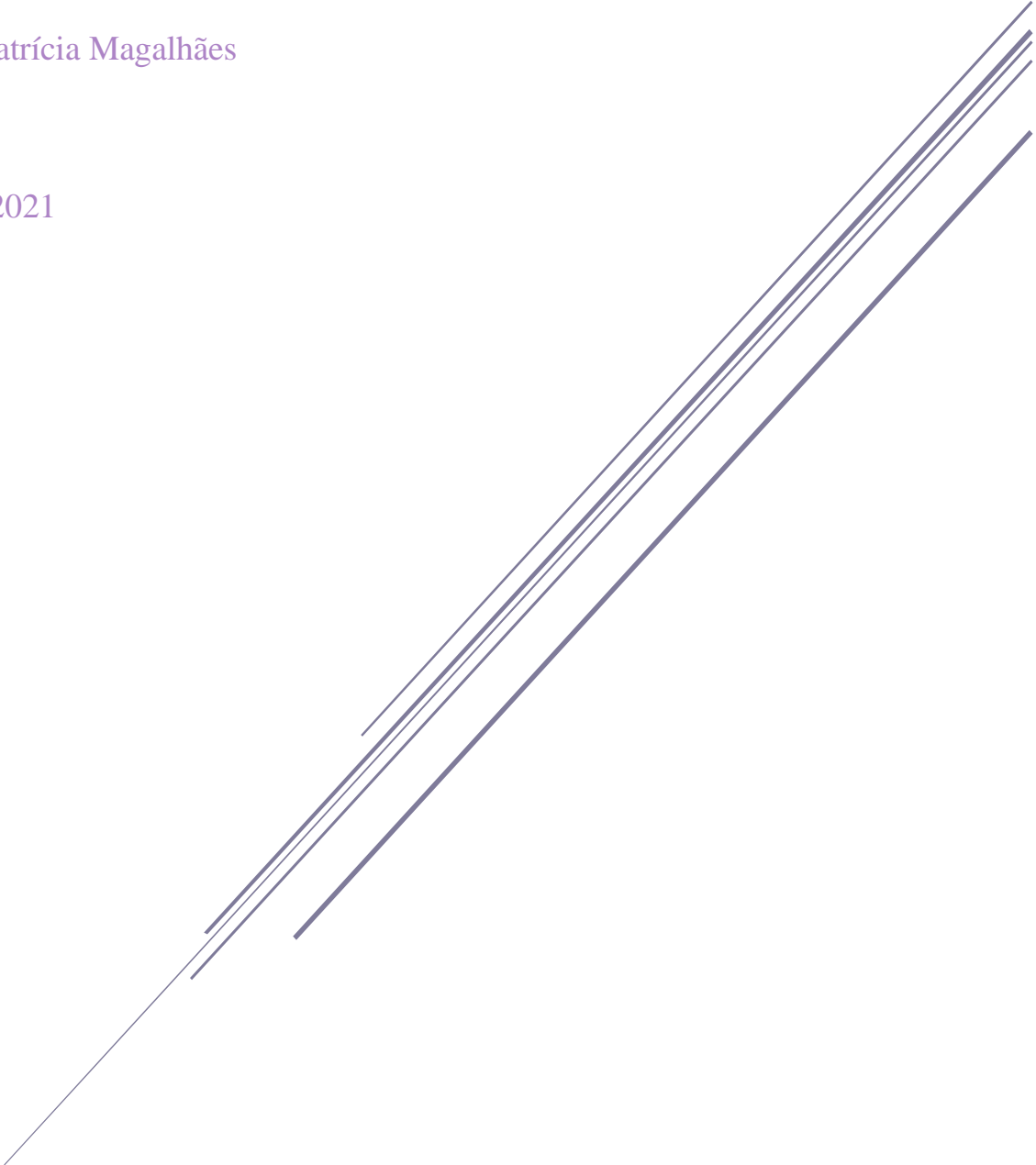


TEORIA DA NORMA JURÍDICA

Sebenta

Ana Patrícia Magalhães

2020/2021



Nova School of Law
Prof. Assunção Cristas e Fabrizio Esposito

INDICE

A ORDEM JURÍDICA COMO ORDEM NORMATIVA.....	3
1. Direito e cultura.....	3
2. Direito e ideia de justiça.....	4
SISTEMA JURÍDICO	6
1. Perspetiva sistémica	6
2. Perspetiva Tópica	7
3. Complementaridades entre as duas perspetivas	7
1. Equidade.....	8
2. Cláusulas Gerais e Conceitos Indeterminados	9
PRINCÍPIOS E NORMAS.....	11
DIREITO PÚBLICO VS. DIREITO PRIVADO.....	14
A NORMA JURÍDICA.....	18
1. Normas	18
2. Normas jurídicas	19
3. Destinatários.....	20
4. Normas e texto de lei.....	21
5. Características	21
6. Regras e princípios	27
7. Classificações.....	29
8. Conflitos entre normas	37
RACIOCÍNIO JURÍDICO	41
1. Argumentação e desacordo	41
2. Observando os exemplos.....	42
3. Descoberta vs. justificação.....	43
4. Modelos de raciocínio jurídico.....	44
5. Raciocínio sobre normas	50
6. Lacunas de colisão	51

7. Proporcionalidade	53
8. Raciocínio sobre factos	55
INTERPRETAÇÃO DA LEI.....	58
1. Observações gerais.....	58
2. Argumentos interpretativos	60
3. Resultados interpretativos	68
4. Hierarquias interpretativas	71
5. Foco – Art.º 9 C.C.....	72
6. Casos práticos – prof. João Bernardo.....	73
7. Análise de acórdãos.....	83
8. Resumo.....	87
LACUNA E INTEGRAÇÃO.....	88
1. Observações gerais.....	88
2. Incompletude no sistema.....	90
3. Classificação das lacunas	91
4. Analogia <i>legis</i>	92
5. Limites.....	93
6. Analogia <i>iuris</i> e regra hipotética	94
7. Sistematizações	94
PRODUÇÃO LEGISLATIVA.....	98
1. Pontos para passar da ideia para a redação da lei.....	100
2. Legística	101
APLICAÇÃO DA LEI NO TEMPO.....	103
1. Direito transitório	104
2. Princípio da não retroatividade da LN	106
3. Princípio da aplicação imediata da LN	107
4. Esquema da aplicação da lei no tempo – prof. João Bernardo.....	110
APLICAÇÃO DA LEI NO ESPAÇO.....	113

A ORDEM JURÍDICA COMO ORDEM NORMATIVA

O direito é um aglomerado de regras, normas, valores e princípios que se vai movimentando. Discute-se se tem uma unidade e uma racionalidade científica. É um fenómeno cultural, humano, que decorre da convivência em sociedade. Há uma interligação e intercomunicação permanente entre o que está dentro do direito e o que está fora do direito.

Como se distingue o que está dentro do direito do que está fora do direito? Há um pré-entendimento que se vai adquirindo e que vai permitindo integrar cada matéria para a qual se pretende encontrar uma solução. Para integrar uma lacuna, tem-se de entender que determinada matéria está dentro da esfera do direito.

1. Direito e cultura

Há várias áreas que, em virtude da evolução cultural ou do pensamento social, deixaram de ser reguladas pelo direito quando anteriormente eram (como o crime de adultério) ou que passaram a ser regulados pelo direito (como a eutanásia ou as leis ambientais ou espaciais).

O direito está em constante evolução. É necessário saber se há imposições de limites intrínsecos por ordens externas ou se, contrariamente, é o direito que é revelado pelo conjunto da sociedade, pela cultura que se vai tecendo/impondo e isso não conhece limites para além do da Constituição (sendo que a própria Constituição permite várias interpretações).

O direito é dinâmico e está em permanente evolução, quer na positivação de novo direito, quer na legislação já existente em virtude de novas interpretações.

Ex.: a pena de morte deixou de ser aplicada em Portugal durante 20 anos. Foi abolida pela sua inutilidade. Perdeu a sua vigência por não ser mais aplicada, os tribunais não a aplicavam e, no fim deste período, foi abolida. 7 anos depois, é abolida a prisão perpétua (1984) e, hoje em dia, um partido político requisitou a reintegração desta norma no ordenamento jurídico português. Conclusão: direito não é linear! Tem avanços e recuos. Nada se pode considerar, em todas as circunstâncias, irrefutável. Devemos estar atentos a uma certa “arrogância” ocidental que tem tendência para julgar que as suas soluções e valores de matriz judaico-cristã devem ser disseminadas em todos os lugares. Há batalhas universais, como os direitos das mulheres, mas os contextos sociais e culturais serão sempre diferentes.

O direito pertence às ordens normativas. Como é que distinguimos o direito das outras ordens normativas? Como saber o que pertence ou não aos domínios do direito? Quando temos

uma consideração de outra ordem (ética, moral, religião) que consideramos que se devem universalizar, o direito pode positivá-las.

2. Direito e ideia de justiça

A ideia de justiça é moldada ao longo dos séculos, assumida em cada momento e em cada espaço com um certo grau de objetividade.

Ideia que em cada momento se tem da justiça e que o próprio Direito deve revelar.

Coercibilidade (?)

Será a coercibilidade um critério para distinguir as outras ordens normativas do direito?

Numa sociedade que é imperfeita, em que as pessoas nem sempre cumprem o que é imposto pelo ordenamento jurídico, é necessária pelo menos a ameaça de uma norma coerciva. Porém, não é indispensável para que o direito exista. Ainda assim, há ainda normas que não possuem uma face ou ameaça de coação virtual. Direito depende de uma força exterior, dada pela organização do Estado e para a utilização da força, impondo o direito que reconhece como vigente, mas o direito em si não depende dessa força ou coercibilidade, dependendo apenas da ideia de direito e da ideia de Justiça. “O que é o direito” é uma construção da própria sociedade.

Se formos para momentos da história em que havia cumprimento da lei, havendo coercibilidade, colocando-se a dúvida se essas normas correspondiam a um Direito que devia efetivamente ser seguido – Direito Nazi.

Mesmo num estado de emergência, há normas aprovadas a partir de um processo formal previsto. Isto quer dizer que se me encontrar numa situação em que me aplicam uma coima sem fundamentação legal (mesmo que as pessoas tivessem a ideia de uma obrigatoriedade que não estava prevista na lei, mesmo que a lei não esgote o direito vigente), terei razão.

Suprapositividade dos princípios do direito justo e da justiça. Ideia de justiça objetivada e culturalmente moldada. Não pode haver um corte radical entre o direito e a cultura. Muitas vezes, acaba por ser a evolução da cultura, quando se distancia do direito formal, que impõe externamente a alteração e a evolução do próprio direito. O conceito de justiça abarca também a forma, reconhecida pela sociedade e pelo Estado de Direito Democrático, de produzir as normas jurídicas.

A lei tem sempre de ser cumprida? “*Dura lex sed lex*”

O direito só é válido se comportar ideia de justiça que lhe confere validade (Baptista Machado). Exemplo – A Antígona de Sófocles – Antígona não obedece à lei positivada (“lei da cidade”) para obedecer à lei divina e defender a sua fé e os seus deuses.

Assim, a coação não é inerente ao direito: o direito depende de uma força exterior, legitimada pelo próprio direito, para garantir a sua vigência como direito. Mas não depende dessa força no seu conteúdo, no seu ser: o seu conteúdo é determinado pela ideia de direito, ela própria ligada à ideia de justiça.

O Direito, enquanto ordem normativa, organiza-se num emaranhado dinâmico de normas que se exprimem em princípios e regras que se baseiam em valores.

Organização ou emaranhado? Existem perspetivas diferentes na leitura do próprio ordenamento jurídico. Duas grandes formas (abordagens sistemáticas) de olhar para o direito são a perspetiva sistemática e a tópica.

SISTEMA JURÍDICO

Um sistema é constituído por um conjunto de elementos, que se diferencia do exterior e de outros sistemas “através de critérios próprios de pertença dos seus elementos” e é dotado de consistência.

1. Perspetiva sistémica

O pensamento sistemático radica na ideia de Direito.

Segundo Kant, um sistema é uma unidade, sob uma ideia, de conceitos ou um conjunto de conhecimentos ordenados segundo princípios. No Direito, seria uma ideia de Justiça ou de segurança jurídica.

Para Canaris, um sistema é uma ordem axiológica ou teleológica (no sentido amplo) de princípios gerais de direito. Um sistema existe para dar corpo a uma certa ideia de Direito ligada à justiça (não pode ser um fim qualquer).

Finalidades valorativas – algo que procura alcançar valores, tributários da ideia de Justiça;

Ordenação – há uma ordem intrínseca, ordenada, racionalmente apreensível, mas fundada na realidade, pré-existente; a realidade não é uma folha em branco, nem é caótico ou disperso, é já ordenado inicialmente.

Unidade – dentro da diversidade e da pluralidade que é a realidade, não podemos ter singularidades completamente desconexas, devemos peneirar e moldar a realidade de forma a que esta se dirija, no geral, a certos princípios fundamentais, com o objetivo de alcançar uma ideia comum de justiça que traga estabilidade e bem-estar social.

Sobre a realidade já existente, elabora-se o conhecimento científico, que se reconduz a extrair dessa realidade pré-existente princípios fundamentais, sem desvirtuarem essa mesma realidade, de forma a não haver desconexão entre Direito e Cultura;

O sistema não é imposto à realidade nem criado externamente à realidade, mas sim uma interpretação racional de uma realidade pré-existente;

Direito ordenado em sistema, ordenado por poucos princípios;

Para Canaris, será melhor do que ter um sistema desordenado de normas, que acabariam por ser desconexas;

Papel do conceito jurídico – traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica;

A ordem já existe na realidade, mas é o sistema que a organiza no ordenamento jurídico;

Tendência generalizadora da justiça.

2. Perspetiva Tópica

Ligada à lógica aristotélica de retórica, dando valor à argumentação e à seleção de pontos de vista selecionados à luz da opinião de todos, da maioria ou dos mais sábios;

O que interessa ao Direito não é procurar criar uma unidade sobre a realidade ou extrair dela uma ordem pré-existente, mas sim olhar para os problemas em concreto e, com base neles, ir discutindo e abordando o que mais fizer sentido em cada momento, para encontrar as melhores soluções – que nascem dos melhores argumentos;

Centra-se na crítica do sistema lógico-formal, puramente dedutivo, baseado na jurisprudência dos conceitos;

O sistema despersonaliza as pessoas para aplicar filtros de abstração e generalidade;

Esta perspetiva é importante para o legislador, para a lei que se vai construir;

Deve resolver atendendo que aquilo que está a utilizar para resolver os casos concretos deve ter uma perspetiva de abstração e generalização;

Por vezes, atua quando o próprio Direito nos diz que devemos decidir com base na justiça do caso concreto – a equidade – verificar à luz do caso concreto aquilo que mais sentido faz – tendência individualizadora da justiça;

Equidade não enquanto critério normativo do caso concreto, mas enquanto forma de resolver o problema concreto através da valoração, à luz da justiça do caso concreto.

3. Complementaridades entre as duas perspetivas

- O sistema não é autossuficiente – a tónica entra para detetar as limitações e as lacunas do Direito e da ordem jurídica;
- A tónica é importante para impulsionar mudanças, uma vez que o sistema será invariavelmente aberto e em permanente mutação;

- O sistema tem “válvulas de escape” que permitem a entrada e a atuação da abordagem tópica, nomeadamente a partir da aplicação da equidade, lacunas, cláusulas gerais e conceitos indeterminados.

“JANELAS” DO SISTEMA

1. Equidade

(art.º 4º CCiv)

É utilizada em situações-limite em que o direito não tem outra forma de preencher uma lacuna ou intervir no caso concreto; casos em que uma aplicação estrita da lei levaria a casos de iniquidade gritante.

Art.º 4 CC

Os tribunais só podem resolver segundo a equidade:

- a) Quando haja **disposição legal** que o permita;
- b) Quando haja **acordo das partes** e a **relação jurídica não seja indisponível**;
Nota – ex.: está fora da esfera da minha autonomia, e da minha disponibilidade, decidir que não sou filho da minha mãe
- c) Quando as **partes** tenham **previamente convencionado o recurso à equidade**, nos **termos aplicáveis à cláusula compromissória**.
Nota – ou seja, determinado por acordo das partes para que conflito seja julgado por tribunal arbitral (à luz de cláusula compromissória) e que aplique equidade (atendendo que se trata de uma relação jurídica não indisponível)

A maior expressão da justiça num sistema de direito está no próprio Sistema Jurídico, o que significa que, neste caso, também se deve ir buscar informação no mesmo sistema. O tribunal fica desobrigado a aplicar formalmente as normas do sistema. No entanto, tal não quer dizer que o tribunal não lhe esteja vinculado, uma vez que esse sistema é a expressão máxima da justiça e, assim, há de influenciar a aplicação da justiça no caso concreto – apelo ao razoável, equilíbrio entre as partes e à justa repartição de encargos entre as partes.

A equidade parte sempre do direito positivo, enquanto expressão histórica máxima da justiça, aligeirando a aplicação estrita do Direito positivo (aligeirar a aplicação do direito formal estrito – tribunal arbitral deve ter preocupação de aplicar a lógica do sistema) – Juiz deve olhar mais para globalidade do conflito/interesses em presença – presentes no próprio ordenamento jurídico formal (Menezes Cordeiro);

A equidade assume particular destaque no domínio da arbitragem, onde a equidade, caso as partes acordem nessa possibilidade, surge como critério de decisão de um litígio, mediante afastamento dos critérios legais (direito estrito ou constituído), conforme se estipula no artigo 39.º da LAV.

Se se aplicar equidade fora destes pressupostos, embara-se no art.º 8º, nº2 do CC – juiz não pode dizer que a lei não é justa ou que não serve, aplicando de acordo com a equidade.

O que é? Justiça do caso concreto ou modo de realização do Direito? Ou de revelação do mesmo?

Equidade não deve ser considerada fonte de Direito, pois diz respeito à particularidade dos casos, o oposto àquilo que as fontes de Direito fazem – criar normas jurídicas com vocação de generalidade e abstração, aplicadas a todos os casos análogos – a equidade traz, consigo, imprevisibilidade – não pode servir como modelo de conduta e ação.

Justiça ligada à dimensão particularizada e individualizada da justiça, enquanto os critérios normativos funcionam numa lógica mais generalista da justiça;

Juiz deve olhar mais para globalidade do conflito/interesses em presença e deve procurar uma solução de acordo com a sensatez, ponderação, apelando ao razoável, ao equilíbrio entre as partes e à justa repartição de encargos entre as partes- presentes no próprio ordenamento jurídico formal.

Que vantagem traz para o Sistema?

Permite atender, em vários momentos, aos casos concretos e, portanto, garantir a elasticidade para, em várias circunstâncias, aproveitar o que existe, completando com o que não existe, para atender ao caso concreto.

2. Cláusulas Gerais e Conceitos Indeterminados

Constituem a parte movediça e absorvente do mesmo ordenamento, enquanto servem para ajustar e fazer evoluir a lei no sentido de a levar ao encontro das mudanças e das particularidades da vida (p. 113); ao contrário dos conceitos “determinados” que “formam [...] as estruturas arquitetónicas consolidadas da ordem jurídica [...]” (B. Machado).

Distinguem-se da equidade porque pertencem à norma (!) enquanto a equidade é um critério não normativo de resolução do caso concreto.

São o quê?

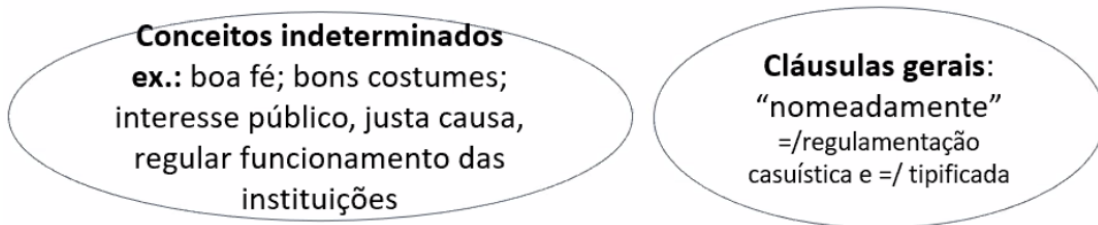
Janelas de comunicação com outras ordens normativas.

Para que servem?

Para dar abertura e flexibilidade ao sistema;

Adaptar a norma à complexidade da matéria e às particularidades da vida;

Permitir ao sistema “respirar” e adaptar-se à evolução envolvente cultural, permitindo ajustar e fazer evoluir a lei.



Estão fora do sistema?

São “válvulas de respiração” dentro da própria norma – permite que o Direito escrito possa acompanhar uma certa evolução – não são a mesma coisa que a equidade – atendem a uma norma mas porque não são determinados permitem que, em vários momentos diferentes da vivência coletiva possam ganhar conteúdo diferente (conceitos indeterminados);

São acolhidos pelo próprio sistema (autopoietico) e estão no domínio do princípio da legalidade; diferente dos casos de discricionariedade (princípio da oportunidade).

Trazem dificuldades?

Podem tornar mais incerta a aplicação do Direito... pelo menos até haver suficiente densificação doutrinal e jurisprudencial.

Ex. de cláusula geral: Art.º 1781º, alínea d) – não abrangência de todas as situações de facto que permitam a verificação da rutura definitiva do casamento.

PRINCÍPIOS E NORMAS

Princípios enquanto Componente do Sistema Jurídico

Exemplos:

- Princípio da Separação de Poderes;
- Princípio da Proporcionalidade;
- Princípio Democrático;
- Princípio da Tipicidade;
- Princípio da Dignidade da Pessoa Humana;
- Princípio da Universalidade;
- Princípio da Laicização do Estado;
- Princípio da Igualdade;
- Princípio da Legalidade;
- Princípio da Presunção da Inocência;
- Princípio da Liberdade Contratual (Art.º 220º do CC);
- Princípio da Boa-Fé;
- Princípio da Soberania Popular;
- Princípio da Persecução do Interesse Público (Art.º 266º do CC);
- Princípio da Cidadania;
- Princípio da Subsidiariedade – DIP e Art.º 8º da CRP);
- Princípio da Publicidade (Art.º 119 da CRP, complementado pela Lei Formulária – Lei nº 74/98 de 11 de novembro);
- Princípio da Não-Repristinação (Art.º 7º, nº4 do CC);
- Princípio da Responsabilidade Pública;
- Princípio da Plenitude da Ordem Jurídica (Art.º 8º do CC);
- Princípio da Eficiência do Direito;
- Princípio da Oportunidade – casos discricionários (Administração Pública – Direito Administrativo);
- Princípio da Não-Onerosidade Excessiva.

Sistema é constituído por normas e por princípios;

Princípios: linhas orientadoras das quais não se retira uma norma diretamente aplicável – ideias-chave que vão, a cada momento, ajudar a compreender ou densificar certas áreas do Direito;

Papel operacional dos princípios não é unânime; Teixeira de Sousa – critérios normativos que ajudam a resolver os casos concretos; há quem entenda que não se podem aplicar diretamente ao caso concreto, necessitando de uma mediação, uma constelação de subprincípios com conteúdo factual/descritivo que os torna aptos a interpretar casos (Batista Machado); diretriz para modelos de decisão jurídica (Menezes Cordeiro);

Apontam caminhos, e são auxiliares de ponderação de várias regras diretamente aplicáveis;

Como se distinguem das normas?

- Não valem sem exceção – um princípio funciona para se conjugar com outros princípios;
- São válidos mesmo quando entram em contradição ou oposição entre si – é normal haver num sistema princípios que se contradigam (por exemplo: segurança e justiça);
- Não têm a pretensão de exclusividade;
- Para se concretizarem, necessitam da concretização de subprincípios;
- Princípios apontam caminhos, resolução está nas normas.

Que princípios temos?

- Princípios estruturantes da ordem jurídica e do sistema:
 - ❖ Valores – núcleo mais central da ordem jurídica – justiça e segurança (Oliveira Ascensão);
 - ❖ Justiça e segurança – não se exprimem pelo “ser”, exprimem-se pelo “valer”, são entes valorativos, são prévios ao próprio Direito, não são racionalmente descritíveis, mas é possível intuir as suas valorações – são o núcleo valorativo que deve “inspirar e insuflar” os princípios fundamentais do Direito, que depois serão diferentes a cada ramo do Direito (Oliveira Ascensão);
 - ❖ Institutos jurídicos – funcionam como uma construção dogmática alternativa (Menezes Cordeiro), que ajuda a criar modelos de decisão, não sendo critérios de decisão – Personalidade e tutela; autonomia privada; boa-fé; imputação de danos; propriedade e transmissão;

- ❖ Princípios gerais são excessivamente abstratos para serem, por si só, critérios de decisão, não sendo, por isso, normas, mas que, nos dão um indicativo que é concretizado através de subprincípios (mediatização e função concretizadora) e normas que são dotados de um conteúdo factual, descritivo, e, portanto, já servem para resolver casos concretos (Batista Machado);
- ❖ Teixeira de Sousa – princípios funcionam enquanto normas, havendo 3 tipos de princípios (pág. 419-420):
 - Programáticos – imprimir rumos para concretizar determinados objetivos; orientações para o legislador e para o ator político;
 - Formais – são 3: Justiça (desdobra-se em Princípios da Igualdade e da Proporcionalidade), confiança (desdobra-se do princípio de que deve haver estabilidade do ordenamento jurídico e alterações à lei devem ser justificadas objetivamente; ignorância da lei não justifica a sua violação; não retroatividade da lei nova) e eficiência – desdobram-se, depois, em princípios materiais (tutela da confiança, boa-fé, etc...);
 - Materiais – maior número e muito mais concretos, desdobram-se nos vários ramos de Direito.
- Baptista Machado, p.311: “Toda a elaboração doutrinal e todo o discorrer jurídico segue esta tramitação sinuosa e “mediatizada” que logra, através das “traduções” e diversificações contextualizadas do mesmo princípio jurídico, pôr a descoberto o seu conteúdo ou virtualidade normativa e o alcance da sua eficácia vinculante. São, portanto, predicados habilitantes do bom jurista não só o espírito do sistema como uma imaginativa fértil e pronta, uma fantasia criativa e bem informada pela experiência da vida, capaz de lhe figurar casos ou contextos situacionais que fecundem a sua ars inveniendi (arte de inventar)” – juristas devem olhar para a realidade e ir percebendo os diferentes contextos em que o mesmo princípio se pode aplicar e, de alguma forma, fazê-lo evoluir, de acordo com o espírito do sistema, para dar resposta aos novos desafios – não é um agente passivo: enquanto aplicador do Direito, somos chamados a ajudar na evolução do mesmo.

DIREITO PÚBLICO VS. DIREITO PRIVADO

Apesar de esta distinção ter muitas fragilidades e de haver pontos de contacto entre ambas as áreas ou de haver ramos do direito que não se enquadram em nenhuma, há alguma vantagem na arrumação da matéria e na explicação da matéria – sem esta divisão, o ordenamento jurídico ficaria mais pobre.

Esta distinção vem desde o direito romano (Justinianeu), havendo vários critérios, ao longo do tempo, para os distinguir:

- Interesse: Direito Público tratando dos interesses públicos, e Privado defendendo os interesses dos privados (Crítica: exemplo do Direito Penal, que protege ambos os interesses, por exemplo, em caso de homicídio);
- Qualidade do sujeito: Direito público consiste nas normas que disciplinam as relações jurídicas em que o Estado ou qualquer ente público intervenha e o Direito Privado corresponde às normas que são orientadas à atividade dos particulares e à satisfação dos seus interesses. Crítica: acaba por haver situações em que o Estado e os agentes públicos podem atuar nos mesmos termos que qualquer agente particular (Ex: Estado pode comprar/arrendar terrenos a particulares);
- Posição do sujeito: instituição do chamado *Ius Imperii* – quando ocorre, estaremos perante o Direito Público; se uma entidade pública se encontrar em paridade com um particular ou se tratar somente de privados (que se encontram, normalmente, em posições de igualdade) estaremos perante Direito Privado. Problema: por vezes, as partes dos privados podem-se encontrar em posições de supremacia em relação à outra, não à luz do Direito, mas à luz das situações de facto; há situações em que ambos os sujeitos são sujeitos públicos e prosseguem fins de interesse público, não havendo, no entanto, uma posição de supremacia de um relativamente a outro. (Ex: Infarmed faz protocolo com o Curry Cabral para a distribuição de medicamentos a custo reduzido. Não há posição de supremacia e são duas entidades públicas). É Direito Público onde não existe *ius imperii*.

Superação da distinção?

- No mundo do Direito Público, está em causa uma lógica de legalidade – é preciso sempre uma norma habilitante (garantia da liberdade dos cidadãos contra arbitrariedade) – autoridades públicas só podem fazer o que a lei permite fazer; e

uma lógica de desigualdade: os diferentes autores não estão numa mesma posição – um deles está imbuído do seu *Ius Imperii*;

- No Direito Privado, está em causa uma lógica de liberdade – particulares podem fazer tudo aquilo que a lei não proíba (princípio da autonomia privada) – não significa caos: liberdade envolve legalidade ou, no mínimo, legitimidade; e de paridade (com todas as limitações) – Direito Privado busca corrigir as desigualdades para que as partes se encontrem em posições paritárias.

Distinção mais comum, pragmática, ajuda a “arrumar” o ordenamento.

Direito Comum vs. Direitos Institucionais:

- Comum: lógica mais neutra, técnica (o tronco é o Direito Civil);
- Institucionais: explicam-se numa realidade social prévia ao próprio Direito (família, trabalho...).

Direito Público:

- Direito Constitucional – não é completamente alheio da lógica privada (DLG, por exemplo), com Princípios como o da proporcionalidade;
- Direito Administrativo – organização da administração pública e seu relacionamento com os particulares (“Administrados”): Direito Fiscal (ramo autónomo? Ou subramo do Direito Financeiro) – determinante da vida jurídica, pois está em todo o lado e delimita as ações das pessoas, é muito tido em conta no Direito Privado; Direito do Urbanismo; Direito do Ambiente; Direito do Ordenamento do Território; Direito dos Registos e do Notariado – área sendo pública (organização do próprio estado);
- Direitos Processuais – áreas adjetivas do Direito; “Direito adjetivo”; organização dos tribunais e processos para fazer valer os direitos das pessoas: processo civil, processo penal, etc...; administração da justiça através do *ius imperii* atribuído aos tribunais.

Direito Privado:

- Direito Civil – Civil porque, na sua génese, se regulam situações entre cidadãos comuns, particulares, em relações de paridade. Direito Privado comum, bastante neutro (do ponto de vista político ou dos princípios) – organizar determinadas realidades de forma segura, previsível e estável – aqui estão as ferramentas essenciais para compreender todos os outros ramos do Direito e, quando as outras áreas do Direito não resolvem certos casos, aqui estão as ferramentas para ajudar a resolver essas situações:

- Normas sobre normas – aplicação da lei no tempo e no espaço; interpretação de normas; integração de lacunas; aplicação. Vale tanto para o Direito Privado como para o Direito Público;
 - Direito das obrigações;
 - Direitos Reais – direito das coisas;
 - Direito da Família;
 - Direito das Sucessões;
 - Direito da Personalidade;
 - Direito de Autor.
- Direitos Privados Especiais:
- Direito Comercial – pode haver entendimento de que se foi sofisticando tanto em subramos que, na prática, não há uma unidade comum que justifique a sua autonomia científica: Direito das Sociedades Comerciais; Direito dos Valores Mobiliários; Direito Financeiro/Bancário; Direito dos Seguros; Direito Industrial; Direito da Concorrência; Direito Marítimo; Direito da Aeronáutica...
 - Direito do Consumo;
 - Direito do Trabalho;
 - Direito da Previdência Social – será privado?
 - Direito Agrário.

Casos especiais:

- Direito Penal;
- Direito Contraordenacional;
Interesses quer particulares, quer do Estado, mas uma “mão-pesada” de Ius Imperii que se faz notar em ambos.

Direito Internacional Público e sub-ramos:

- Direito do Mar, Direito Fiscal Internacional, Direito Penal Internacional...
- Constitui, pela sua sofisticação, quase que um ordenamento jurídico próprio (não tão exaustivo como os ordenamentos nacionais).

Direito Comunitário e os vários ramos de Direito Europeu:

- Direito da Concorrência ou do Consumo, por exemplo;
- Corpo com alguma autonomia;
- Dependendo dos instrumentos normativos utilizados (regulamentos, diretivas ou decisões), depende a transposição da matéria normativa para os ordenamentos jurídicos nacionais;

Teoria da Norma Jurídica

- Enquanto Direito Constitucional Comunitário relaciona-se com os órgãos de soberania da União Europeia (Comissão Europeia, Parlamento, Conselho Europeu, etc...).

Direito dos Organismos Intermédios:

- Recebem do Estado o poder de se auto-organizarem, criarem códigos deontológicos, munidos de autonomia e reconhecimento do próprio Estado;
- Ordens profissionais; Direito do Desporto...

Ramos Emergentes:

- Complexidade da própria sociedade leva ao desenvolvimento de novas áreas jurídicas, de forma crescente e contínua;
- Ex.: Direito da Bioética; Direito da Saúde; Direito da Informação; Direito da Informática/Direito da Proteção de Dados; Direito do Património Cultural; Direito do Espaço;
- Muitas vezes estão em situações de fronteira entre o Direito Público e o Direito Privado;
- São ou não ramos autónomos? Perceber se a dada altura do conjunto de normas que constituem esses ramos do Direito podemos extrair princípios gerais específicos que individualizem esse mesmo ramo e justifiquem a sua autonomia.

A NORMA JURÍDICA

1. Normas

Considerem-se as frases:

- “A população está preocupada com a COVID-19”;
- “A previsão diz que amanhã vai chover”;

VS

- “A população tem de ficar em casa”;
- “As crianças devem respeitar os seus pais”.

As primeiras duas frases são declarativas, têm valor de verdade. As duas últimas frases não têm valor de verdade (representam uma realidade), pelo que não se pode dizer se são verdadeiras ou falsas – emitem juízos de valor.

Portanto, as duas últimas têm uma linguagem prescritiva, explicam o que tem de/deve acontecer (juízos de valor) – são normas¹.

Será que o critério gramatical é suficiente para distinguir?

Atendendo à norma “Quem matar outra pessoa é punido com pena de prisão de 8 a 16 anos.” (Art.º 131º do Código Penal), verifica-se que há uma conexão entre o sistema jurídico e as normas. Neste caso, o conceito de punição implica um juízo de valor negativo, uma vez que não é simplesmente uma consequência, mas uma sanção.

Tal consideração é importante para distinguir entre os diferentes tipos de consequências. Para o lado do destinatário, as consequências por vezes são negativas, mas não implicam um juízo de valor semelhante à ideia de punição.

¹ M. Teixeira de Sousa, *Introdução ao Direito*, pág. 201.

2. Normas jurídicas

Considerem-se as normas:

- “Usar chapéu na Igreja é proibido”;
- “Os meus pais não me permitem o uso do telefone durante as refeições”;

VS

- “Fumar nas aulas é proibido”;
- “Os residentes têm de pagar impostos”;

Todas as frases expressam normas, no entanto apenas as últimas duas são normas jurídicas. Portanto, as normas em questão pertencem a ordens normativas diferentes.

As duas últimas normas têm características de generalidade e abstração; existência de coercibilidade, ameaça de sanção jurídica; estão sujeitas a processos pré-determinados de formação e de criação das normas jurídicas, assim como da própria forma que estas assumem; estruturalmente constituídas por previsão e estatuição.

Regra de reconhecimento – “Grundnorm” – são normas jurídicas aquelas que pertencem ao sistema jurídico e, para saber isso, é necessário conhecer os critérios que estabelecem quais as normas que são jurídicas.

Há a prática social de aceitar como critérios e normas jurídicas as normas que vêm positivadas na Constituição e aquilo que esta estabelece como critérios para identificar a natureza jurídica e a forma pré-determinada que a norma deve revestir.

Definição tradicional: comando impessoal (ou regra de conduta), geral, abstrato, coercível, ditado pela autoridade competente. Portanto, a norma jurídica tem a função de ordenar a convivência humana² e é um critério de decisão³. Não pode ser considerada uma norma de conduta, porque tal definição exclui as normas retroativas, as meramente qualificativas, as normas que produzem automaticamente efeitos jurídicos, as normas sobre normas (como a norma revogatória) e as normas instrumentais.

A norma jurídica não é o texto da lei, uma vez que o texto tem de ser interpretado. Assim, pode dizer-se que as regras jurídicas se revelam na fonte, através da interpretação⁴.

² A. Santos Justo, *Introdução ao Estudo do Direito*, pág. 139.

³ J. Oliveira Ascensão, *O Direito, Introdução e Teoria Geral*, pág. 493.

⁴ M. Teixeira de Sousa, *Introdução ao Direito*, pág. 198.

A norma jurídica tem o mesmo conteúdo de normas sociais? Muitas vezes, sim! As normas jurídicas devem (apesar de não ser estritamente necessário) refletir aquilo que são as normas sociais, quando estas têm uma importância tal que justifique a sua positivação. No final de contas, as normas jurídicas são normas sociais – são criadas por Instituições aceites pela sociedade, como órgãos com o poder de criar e aplicar essas normas, algo que acontece sempre dentro da sociedade.

3. Destinatários

- A sociedade enquanto comunidade política;
- Os órgãos jurisdicionais, enquanto aplicadores da lei;
- Os órgãos aos quais se aplicam – por vezes não tem como destinatário a sociedade como um todo;

Existem dois tipos de destinatários:

- Primários – os que têm de cumprir com as regras, sejam obrigações ou atribuições de poderes;
Exemplo: “a ignorância ou má interpretação da lei não justifica a falta do seu cumprimento nem isenta as pessoas das sanções nela estabelecidas” (art.º 6 CC);
- Secundários – os que têm de avaliar se a norma foi cumprida ou não e, nesse caso, aplicar a consequência estabelecida pelo direito, caso a norma seja aplicável;
Exemplo: “o tribunal não pode abster-se de julgar, invocando a falta ou obscuridade da lei ou alegando dúvida insanável acerca dos factos em litígio (art.º 8 n.º 1 CC).

Considere-se a seguinte norma: “quem matar outra pessoa é punido com pena de prisão entre 8 a 16 anos” (art.º 131 CP). Os destinatários primários são os cidadãos implícitos na previsão – “se matar alguém, será...” – define a proibição de matar, assim como as consequências negativas para quem o fizer. Os destinatários secundários são os juízes, agentes da polícia, entre outros, que aplicam a lei – “quem mata outra pessoa deve ser...” – define a aplicação/posição da lei (estatuição) perante a previsão confirmada.

Assim, o destinatário primário é a pessoa explicitada dentro da norma, que tem de fazer a escolha ou a quem são aplicadas consequências perante atos que a violem.

4. Normas e texto de lei

Não se deve reduzir a norma ao texto da lei. A previsão tem de ser interpretada, sendo o argumento literal apenas um dos argumentos que podem ser utilizados na atividade de interpretação. Existe uma conexão, porém não é suficiente, uma vez que apenas a leitura do texto não permite a compreensão total da norma.

Existem ainda normas implícitas, criadas com analogias ou implicitamente inseridas noutras normas, não estando explicitadas no texto. Portanto, a conexão é fraca – a mesma previsão pode exprimir normas diferentes.

Por vezes o foco da atividade jurídica é a norma em si. Para este efeito, considere-se o exemplo do art.º 277 CRP – “são inconstitucionais as normas que infringam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados” –, no qual o Tribunal Constitucional tem o poder de estabelecer quando uma norma jurídica é inconstitucional.

5. Características

Hipoteticidade

As regras jurídicas (hipotéticas) só são aplicáveis se se verificar a situação ou facto da previsão⁵. É a este motivo que se deve o carácter hipotético das normas jurídicas, não a uma relação de implicação entre a previsão e estatuição.

Uma regra jurídica hipotética pode enunciar-se da seguinte forma:

- A (antecedente) corresponde à previsão – facto que precisa de se verificar;
- B (consequente) corresponde à estatuição – efeito ou consequência jurídicos;
- Se A, então B.

Exemplo:

- “Se forem vários os autores, instigadores ou auxiliares do ato ilícito, todos eles respondem pelos danos que hajam causado” (art.º 490 CC);
- Antecedente – “se forem vários os autores, instigadores ou auxiliares do ato ilícito”;
- Consequente – “todos eles respondem pelos danos que hajam causado”.

⁵ M. Teixeira de Sousa, *Introdução ao Direito*, pág. 216.

Portanto, quando as condições previstas no antecedente – previsão – sucederem, o consequente (estatuição) tem de acontecer.

Notas: o antecedente não tem de ser uma conduta; em muitos casos, a consequência implica uma sanção, mas não é necessariamente assim.

Para muitos autores, a hipoteticidade liga-se à caracterização da abstração, na medida em que é o que a substitui como característica da Ordem Jurídica.

Vejam-se os seguintes tipos de consequentes:

- Sanções – refletem um parecer negativo do ordenamento jurídico perante a infração de certa norma ou uma ação:
 - Sanções reconstitutivas (restituição em espécie, execução específica, indemnização específica);
 - Sanções compensatórias
 - Sanções punitivas (penais/criminais, civis, disciplinares, contraordenacionais);
 - Sanções preventivas;
 - Sanções compulsórias;
- Invalidade – pode ou não ser considerado sanção(?); o ordenamento, ao dizer que um acordo é inválido, está a exprimir um juízo negativo sobre aquele acordo – não tem de acontecer e, se acontecer, não produz efeitos;
- Atribuição de poder – ajuda as partes na organização dos negócios, permitindo o uso da forma jurídica; é conectada com um juízo de valor positivo (Fabrizio) porque, neste caso, o direito é criado para facilitar a realização daquele ato, para conferir poder a alguém; o poder de celebrar contratos implica o cumprimento do plano contratual celebrado entre as partes, e será mais provável porque tem o apoio do Direito;
- Benefício fiscal – situação de valoração positiva, em que se fica livre de realizar uma ação, suportada pelo direito na forma de benefícios fiscais; neste contexto, os impostos e as tributações são sanções? não, pois não decorrem de nenhuma valoração negativa do direito, paga-se porque é necessário para contribuir para o funcionamento do Estado; porém, por vezes o Estado implementa impostos para desencorajar o consumo de certos produtos ou a realização de certos atos (ex.: impostos avultados sobre o consumo de tabaco); têm este elemento de desvalor, mas é um desvalor limitado;
- Outros benefícios.

Generalidade e abstração

O entendimento de que as normas são gerais, pois não são individuais, e são abstratas, pois não são concretas, é muito limitado.

O professor Santos Justo diz que as normas são gerais, porque se aplicam a uma categoria abstrata de pessoas, não determinada no momento da sua elaboração; abstratas, porque não se aplicam a um caso específico, mas a um número indeterminado de situações submissíveis à categoria prevista⁶.

O professor Batista Machado não distingue de forma certa a generalidade da abstração. Assim, concluiu que são uma só categoria⁷.

O professor Oliveira Ascensão afirma que a generalidade é característica da regra jurídica e define que o que interessa aqui é que a lei fixe uma categoria, e não uma entidade individualizada⁸. Em relação à abstração, dá uma definição bastante clara de abstração, a qual diz que são abstratas as normas que se aplicam no futuro⁹. A consequência deste raciocínio está no facto das normas retroativas (que se aplicam a comportamentos passados) não terem abstração, pelo que, sendo esta característica das normas jurídicas, as normas retroativas não podem ser normas jurídicas.

Generalidade:

- Todos os casos onde o caso concreto (individual) respeita os requisitos do antecedente, tem de ter o consequente (produzir os devidos efeitos jurídicos);
- Indeterminabilidade de destinatários – não se dirige a uma pessoa concreta, mas a todas as pessoas que se podem encontrar na situação hipotética da previsão;
- Aplica-se a uma categoria de pessoas não individualmente determinadas;
- A indeterminabilidade é apurada no momento da feitura da lei;
- Contrapõe-se à individualidade;
- Contrapõe-se à pluralidade, na medida em que a pluralidade se refere a um grupo de sujeitos individualmente determinados;
- Não é hoje consensual a caracterização das normas com base na generalidade.

⁶ A. Santos Justo, *Introdução ao Estudo do Direito*, pág. 143.

⁷ J. Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, pág. 91.

⁸ J. Oliveira Ascensão, *O Direito, Introdução e Teoria Geral*, pág. 505 ss.

⁹ J. Oliveira Ascensão, *O Direito, Introdução e Teoria Geral*, pág. 508 ss.

Abstração:

- Indeterminabilidade das situações de facto a que a norma diz respeito;
- Disciplina uma categoria mais ou menos ampla de situações;
- Não diz respeito a situações particulares, concretas ou particularmente visadas;
- Para que exista abstração, a norma jurídica tem de se aplicar a casos futuros.

O art.º 277 n.º 1 CRP dá ao Tribunal Constitucional o poder de se pronunciar sobre a constitucionalidade de normas que sejam individuais e concretas, ou seja, quando o conteúdo das normas não é geral e abstrato. Atenda-se ao Acórdão n.º 26/85 do TC: “um conceito funcional de “norma”, ou seja, um conceito funcionalmente adequado ao sistema de fiscalização da constitucionalidade (...) e consonante com a sua justificação e sentido”.

Discussão de questões particulares – serão gerais e abstratos(?):

- Contratos:
 - Podem ser gerais ou individuais; gerais, quando se trata de contratação coletiva, por exemplo; individuais e concretos, quando são apenas vinculantes para as partes, como no caso da compra e venda de imóvel;
 - Podem ser concretos ou abstratos; concretos, quando são entre duas pessoas específicas; abstratos, quando se referem a uma pluralidade indeterminada de situações ou factos, ou quando se referem a uma categoria de situações (alguns casos de direito do trabalho);
- Decisões dos juízes:
 - Jurisprudência – decisão do caso concreto e individual; não tem poder vinculativo;
 - Acórdãos com Força Obrigatória Geral ou Acórdãos Uniformizadores de Jurisprudência – poder de generalidade e abstração; conteúdo com força vinculante (*erga omnes*);
- Normas Jurídicas Retroativas:
 - De acordo com a do prof. Oliveira Ascensão, não são abstratas;
 - Caso contrário, são.

Imperatividade

A imperatividade é um tema controverso na Teoria do Direito, pois nem todas normas são normas de conduta, nem todas expressam um “dever ser”.

A norma “quem matar outra pessoa é punido com pena de prisão de 8 a 16 anos.” (art.º 131 CP) exprime a ideia de que há algo que não se pode fazer, bem como a obrigação da punição de quem o fizer por parte de um juiz.

Porém, nem todas as regras são imperativas, podendo ser normas retroativas, meramente qualificativas, de efeitos automáticos e normas sobre normas. Tome-se como exemplo o art.º 122 CC, “é menos quem não tiver ainda completado dezoito anos de idade”.

Considere-se agora o art.º 875 CC – “sem prejuízo do disposto em lei especial, o contrato de compra e venda de bens imóveis só é válido se for celebrado por escritura pública ou por documento particular autenticado”. De acordo com esta norma, deve-se agir de certa forma (pré-definida na lei) para se ver contrato validado e o desejo cumprido (norma técnica). Portanto, só se é obrigado a agir de acordo com a norma se se pretender obter algo, caso contrário não há obrigatoriedade do seu cumprimento.

Como solução deste problema, atendo ao facto de uma norma ter vários destinatários, pode-se concluir que terá imperatividade obrigatoriamente, pelo menos, para o destinatário secundário – um juiz confrontado perante um caso que contrarie uma norma deste tipo (técnica), terá, por exemplo, de declarar um contrato inválido, se não for corretamente celebrado, como previsto no artigo acima.

Coercibilidade

Consiste na suscetibilidade da utilização da força para constranger o infrator a cumprir a norma jurídica – ameaça do uso da força pelo sistema jurídico.

A generalidade das normas jurídicas é cumprida espontaneamente, não sendo necessária a coercibilidade. No entanto, quando tal não acontece, há uma autoridade com competência para utilizar a força, de forma que as consequências do não cumprimento da norma jurídica sejam impostas.

Nota: a coercibilidade distingue-se da coação, na medida em que a primeira traduz a mera possibilidade do uso da força, enquanto a segunda é uso efetivo da força; na maioria dos casos, esta ameaça virtual de coação é suficiente para obter o cumprimento consoante a regra.

Portanto, a função da coercibilidade cumpre-se na contribuição para adotar as normas jurídicas de eficácia¹⁰.

Art.º 66 CC – Começo da personalidade

- 1 – A personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida.
- 2 – Os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento.

Este é um direito indisponível, pois a regra impõe esse direito e não se pode alienar ou não dispor dele. Constitui uma forma de coercibilidade indireta – a norma atribui poderes (direitos), criando deveres associados aos mesmos, e esses deveres serão coercivos.

Bilateralidade

Corresponde à relação de direitos e deveres que uma norma estabelece entre duas pessoas. Para muitos autores, não é característica, porque não se verifica num conjunto assinalável de normas.

Segundo o professor, o direito de propriedade implica uma relação entre o proprietário e a generalidade das pessoas, que têm o dever de respeitar essa propriedade. Pelo que existe bilateralidade. Por outro lado, segundo o professor Oliveira Ascensão, apenas há um dever genérico de respeitar a propriedade, e tal não integra uma relação jurídica entre o proprietário e cada uma das restantes pessoas¹¹. Assim, não existe bilateralidade.

Outro exemplo que levanta problemas é o crime de profanação de cadáver – não há uma relação jurídica com um ser que não está vivo. Pode-se argumentar a relação com o respeito pelos familiares do morto, mas será igualmente problemático.

Como há casos onde é difícil encontrar este elemento, a bilateralidade não se inclui na definição de norma jurídica.

¹⁰ A. Santos Justo, *Introdução ao Estudo do Direito*, pág. 146.

¹¹ J. Oliveira Ascensão, *O Direito, Introdução e Teoria Geral*, pág. 511.

6. Regras e princípios

Não há um critério claro, de tipo formal, relacionado com a forma de como funciona o raciocínio jurídico quando é baseado em princípios, que nos permita distingui-los de forma clara. Há vários critérios que foram sugeridos, mas, no final, não conseguem distinguir de forma absoluta entre regras e princípios.

- Princípios – normas com valor fundamental, caracterizantes da estrutura do ordenamento jurídico em geral ou de alguns ramos do direito; a sua importância deriva da sua capacidade para descreverem características basilares do ordenamento jurídico; têm caráter valorativo e estrutural; podem ter uma relevância sistemática maior ou menor;
 - Têm uma importância sistemática maior do que as regras;
 - Têm um âmbito de aplicação mais amplo/abrangente;
 - O princípio da autonomia, por exemplo, aplica-se em mais âmbitos do que as normas dos contratos;
 - Quando as normas têm estas características de importância sistemática e de âmbito de aplicação amplo, podem ser mais facilmente definidas como princípios; esta qualificação de normas enquanto princípios fundamentais (como acontece, por exemplo, na CRP ou no CC) é importante para a sistematização do ordenamento jurídico;
 - Exemplos de princípios – o Estado deve respeitar a dignidade humana (princípio do bom governo e boa gestão); as pessoas gozam de um espaço de liberdade jurídica (autonomia individual); *Nulla poena sine crimine*;
- Regras (normas) – assumem a estrutura antecedente + consequente; a um facto ou conduta está associado um consequente (ex.: art.º 131 CP).

Princípios vs. Regras		
	Princípios	Regras
Estrutura	Não têm consequente.	Têm consequente.
Aplicação	Aplicam-se no contexto, por ponderação – <i>prima facie</i> O papel do raciocínio jurídico é o de encontrar uma forma de os princípios “conviverem” no caso concreto; escolhe-se qual seguir tendo em conta todos os que se aplicam (ex.: o princípio da dignidade aplica-se em todos os contextos, mas tem de se entender o que permite, obriga, entre outros, no contexto concreto em que se insere).	Aplicam-se ou não se aplicam; não estão passíveis de ser aplicadas outras regras, a resposta é sim ou não. Quando entram em contradição, há formas de resolver esses conflitos entre normas para decidir qual delas é aplicada.
Resolução de conflitos	Através da ponderação, de forma a se encontrar uma forma de conviverem no caso concreto. A proporcionalidade liga-se, muitas vezes, à discricionariedade no exercício do poder.	Existem vários mecanismos para a integração e conflito de normas.

Problemas desta distinção:

- Falta de consequente – apesar de parecer que sim, verificam-se muitas situações nas quais não é difícil encontrar consequentes (ou conseqüências) no princípio ou na falta de aplicação do mesmo; assim este critério não permite distinguir de forma absoluta uma regra de um princípio; os princípios (ou falta deles) podem tornar atos ou leis inválidas e podem ter consequentes indiretos;
- *Prima facie* – há princípios que não estão sujeitos a ponderação; aplicam-se ou não são passíveis de ser aplicados (ex.: o princípio da não-retroatividade da regra penal tem um conteúdo bastante claro e objetivo); há também regras com a natureza de aplicação *prima facie*, na aplicação de um consequente amplo (ex.: pena entre 8 e 16 anos – tem de se considerar várias condicionantes para decidir a sanção mais justa no caso concreto); conecta-se com a dificuldade de entender o conteúdo normativo de certas normas;

- Ponderação – nem sempre se verifica nos princípios e pode observar-se também nas regras.

Solução:

- Não há um critério que distinga de forma clara, dicotômica, regras de princípios;
- Distinção de grau:
 - Mais amplos e estreitos;
 - Relações múltiplas.

7. Classificações

Dividem-se nos critérios abaixo.

Modalidade deôntica

Classificação quanto à sua relação com a vontade dos seus destinatários¹², por isso diz respeito apenas a regras de conduta¹³. Distingue-se em:

- Normas precativas – impõem uma conduta; “tu deves”;
Exemplo: art.º 406, 473, 483 CC;
- Normas proibitivas – proíbem uma conduta; “tu não podes (não deves)”;
Exemplo: grande parte das normas penais, art.º 1347, 2188 e 2189 CC;
- Normas permissivas – permitem uma conduta; “tu podes”;
Exemplo: art.º 1305 CC.

Atente-se ainda há existência de normas que transmitem um “poder-dever”, como “o juiz pode, a requerimento do autor, e caso o considere justificado, determinar que a citação seja urgente” (art.º 561 nº 1 CPC). Nestas situações o poder não é livre, uma vez que vem acompanhado de um dever de o aplicar. No caso do artigo apresentado acima, há o dever de exercício do poder de determinar que a citação seja urgente, quando é requerimento do autor e justificado.

¹² A. Santos Justo, *Introdução ao Estudo do Direito*, pág. 146.

¹³ J. Oliveira Ascensão, *O Direito, Introdução e Teoria Geral*, pág. 514.

Normas primárias e secundárias

Esta distinção, quando à incidência das normas, permite distinguir entre ordenamentos mais desenvolvidos e mais primitivos (não no acesso negativo, mas no sentido de “mais simples”).

As normas primárias orientam a realização de condutas, o exercício de poderes ou a produção de efeitos¹⁴. As normas secundárias são normas que incidem sobre outras normas.

- Normas primárias – estabelecem deveres e proibições; são as normas precativas e proibitivas ao destinatário primário;
 - Normas regulatórias – respeitantes a condutas ou ao exercício de um poder;
 - Normas constitutivas – relativas aos efeitos jurídicos.

Um sistema só com normas primárias será insuficiente, terá alguns defeitos:

- Ordenamento estático – faltariam normas sobre a mudança das normas precativas e proibitivas; faltariam normas que atribuíssem poderes legislativos ou autonomia privada, na medida em que faltaria uma norma permissiva que garantisse esta autonomia privada ou que conferisse poder legislativo ao legislador;
- Ordenamento incerto – faltariam certezas sobre o conteúdo do Direito;
- Ordenamento ineficiente – um sistema de normas precativas e proibitivas deveria ter mecanismos coercivos; na falta de um sistema executivo e judicial, verificar-se-ia um poder difuso (eu poderia bater no meu vizinho por ele estar a fazer barulho demais), tal levaria à ineficiência; as punições poderiam ser improporcionais e gerar vingança; a centralização do exercício do poder coercivo permite evitar estes problemas.

Logo, um ordenamento mais avançado teria outros tipos de normas (secundárias).

- Normas secundárias – regras que incidem sobre outras regras;
 - Normas de mudança – poder que os particulares têm de celebrar contratos; não é um poder individual, mas sim normativo, oferecido pelos poderes públicos; o legislador pode mudar normas;
 - Normas de reconhecimento – permitem entender quando uma norma é jurídica;

¹⁴ M. Teixeira de Sousa, *Introdução ao Direito*, pág. 223.

- Normas de julgamento – atribuem o poder/dever de aplicar o direito a órgãos/pessoas.

Âmbito de aplicação

Quanto ao âmbito pessoal de validade, as regras gerais (ou comuns) contrapõem-se às regras especiais e excepcionais:

- Normas gerais – definem o regime-regra para o setor das relações que disciplinam; há normas que se aplicam a todos os cidadãos/sujeitos abstratos
Exemplo: art.º 131 CP;
- Normas especiais – aplicam-se a círculos mais restritos e consagram uma disciplina nova ou diferente, mas não são opostas ao regime comum;
Exemplo: direito civil vs. direito comercial; direito penal vs. direito penal militar;
- Normas excepcionais – também se aplicam a um círculo restrito, como as normas especiais; contudo, consagram um regime oposto ao regime-regra (*ius singulare*); não podem ser aplicadas de forma analógica (pela natureza de excecionalidade das normas, como as aplicadas durante o Estado de Emergência; ao proibir o uso da piscina, o legislador proibiu a possibilidade de dar, a quem aplica a lei, o poder de aplicar estas normas noutras situações; ou seja, neste caso, analogicamente, de as aplicar à proibição de utilização de campos de ténis, se não houver uma norma que o profiba); a distinção entre normas excepcionais e especiais pode ser feita pelo legislador, na doutrina ou na jurisprudência (pode dizer diretamente que é excecional ou pode-se interpretar a partir da norma).
- Espacial – internacional, UE, nacional, regional, local... – onde é que a norma é aplicada (aplicação da lei no espaço);
- Temporal – entender os limites do princípio da retroatividade; quando é que a norma é aplicada (aplicação da lei no tempo);
- Pessoal – geral vs. particular; grupos de pessoas ou pessoas sobre as quais incidem as normas.

Eficácia própria

Classificação quanto à plenitude do seu sentido.

- Normas autónomas – estabelecem diretamente o antecedente e o consequente; expressam um sentido completo; o seu conteúdo é independente do de outras normas jurídicas¹⁵;
Exemplo: art.º 131 CP; art.º 130 CC;
- Normas não autónomas – o sentido completo destas normas só se obtém por comparação com as outras normas para as quais remetem;

➤ Normas remissivas – regras nas quais o antecedente ou o consequente não estão diretamente determinados¹⁶; só se obtém a totalidade da norma por meio de outro preceito, para o qual esta remete;

Exemplo: “não podem ser compradores de coisa ou direito litigioso, quer directamente, quer por interposta pessoa, aqueles a quem a lei não permite que seja feita a cessão de créditos ou direitos litigiosos, conforme se dispõe no capítulo respectivo” (art.º 876 n.º 1 CC);

A remissão pode ser **interna** (para dentro do mesmo ordenamento jurídico) ou **externa** (para outros ordenamentos jurídicos, caso do Direito Internacional Privado);

A remissão pode ser **total** (todos os elementos regulativos são obtidos por mecanismo da remissão da norma) ou **parcial** (apenas algumas normas estabelecidas pela norma são alvos de remissão);

➤ Presunções – normas que pertencem ao raciocínio probatório (são normas sobre os factos) que implicam que, estando provado o facto A o facto B estará provado também (se algo está provado, algo consequente também o está); são as ilações que a lei ou o julgador tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido (art.º 349 CC);

Verificado o facto x também se tem por verificado o facto y e, sendo este presumido, a norma jurídica (que estabelece a presunção) remete implicitamente para a norma que o disciplina¹⁷;

Dir-se-ia que são autónomas todas as presunções que forem formuladas segundo este raciocínio, uma vez que verificam um antecedente e um

¹⁵ A. Santos Justo, *Introdução ao Estudo do Direito*, pág. 150.

¹⁶ J. Oliveira Ascensão, *O Direito, Introdução e Teoria Geral*, pág. 517.

¹⁷ A. Santos Justo, *Introdução ao Estudo do Direito*, pág. 153.

consequente; conectam o facto provado (A) com uma consequência jurídica (prova do facto B);

Legais vs. Judiciais (poder de criar presunções delegado ao juiz) – art.º 350 e 351 CC);

Legais: **relativas** (aditem prova contrária) vs. **absolutas** (não admitem prova contrária);

- Ficções – ocorre quando se tem um raciocínio do tipo “a A deve aplicar-se o mesmo consequente que está estabelecido para B; mas pode obter-se o mesmo resultado através da identificação dos antecedentes: dir-se-á então que A=B, e se A é igual a B necessariamente se lhe aplica o consequente que para B está estabelecido”¹⁸;

“o legislador determina que um determinado facto ou situação é ou se considera como se fosse igual ao facto ou situação prevista noutra lei; por isso, assimilando ficticiamente o facto x (a disciplinar) ao facto y (já disciplinado), a nova norma jurídica vai permitir que outra norma (que disciplina o facto y) também se aplique ao facto x¹⁹;

O art.º 275 nº 2 CC é um caso de ficção: “se a verificação da condição for impedida, contra as regras da boa fé, por aquele a quem prejudica, tem-se por verificada; se for provocada, nos mesmos termos, por aquele a quem aproveita, considera-se como não verificada”;

Assim, a ficção é uma regra não autónoma, porque não regula por si diretamente tem de ser combinada com a primeira regra para se obter o regime aplicável;

O art.º 243 nº 3 CC é um caso de **presunção absoluta**; pode-se ler: “considera-se sempre de má fé o terceiro que adquiriu o direito posteriormente ao registo da acção de simulação, quando a este haja lugar”; ou seja, mesmo que o terceiro esteja de boa fé, está inibido de o provar, pois a lei presume a má fé, sem possibilidade de prova em contrário²⁰;

- **Ficções vs. presunções absolutas** – as ficções não pertencem ao raciocínio probatório (ao contrário da presunção); as ficções conectam um facto a um consequente que é estabelecido por outra norma, por exemplo: dizem que há um caso A e que este

¹⁸ J. Oliveira Ascensão, *O Direito, Introdução e Teoria Geral*, pág. 519.

¹⁹ A. Santos Justo, *Introdução ao Estudo do Direito*, pág. 152.

²⁰ J. Oliveira Ascensão, *O Direito, Introdução e Teoria Geral*, pág. 520.

deve ter o mesmo consequente do caso B; para o direito, o caso A seria igual ao caso B, por conveniência (mecanismo de remissão); porém o facto A e o facto B são diferentes;

- Normas inovadoras e normas interpretativas:
 - Normas inovadoras – alteram de algum modo a ordem jurídica preexistente; são normas para o futuro, de reforma legislativa; Exemplo: reformas em vários ramos do direito para dar mais valor à necessidade de um desenvolvimento sustentável; reforma que muda o direito já existente; normas introduzidas no ordenamento que mudam o tipo de conduta; São normas autónomas;
 - Normas interpretativas – são normas lançadas com o objetivo, não de alterar a legislação formalizada, mas sim de estabelecer uma forma de interpretar; têm retroatividade limitada, pois podem, com alguns limites, esclarecer o conteúdo de normas que já existiam e que já eram aplicáveis; Art.º 13 CC e CRP; Como dependem de normas anteriores, não são autónomas;
 - O art.º 9 CC explica como interpretar as leis, mas não é lei interpretativa em si;
- Disposições normativas incompletas – frases que não exprimem normas autónomas, mas também não têm características de normas não autónomas; é o caso das:
 - Definições:
 - Art.º 202 CC – noção de coisa;
 - Art.º 397 CC – noção de obrigação;
 - Não são normas, uma vez que apenas se focam em termos singulares (o sentido da palavra “coisa” ou como deve ser lido o significado da palavra “obrigação”);
 - Classificações:
 - Art.º 203º CC – classificação de coisas.

Consequente

- Normas mais que perfeitas – o consequente é a invalidade do ato e também uma outra sanção; o ordenamento tutela-se eliminando o ato inaceitável, declarando o negócio nulo e, ao mesmo tempo, tenta desincentivar a conduta com uma sanção ulterior à nulidade ou à invalidade;
- Normas perfeitas – o consequente é a nulidade do ato e nada mais; a conduta não terá efeitos na realidade jurídica;
- Normas menos que perfeitas – o ato fica válido, mas tem outra sanção; desincentiva-se a conduta, mas os atos serão válidos
Exemplo: faço compras numa loja que está a violar as regras sobre o confinamento; o contrato é válido, mas, em particular, o vendedor pode receber uma sanção muito significativa por isso;
- Normas imperfeitas – não têm sanção no seu consequente.

Esta distinção faz mais sentido se aplicarmos não a uma norma singular, mas ao complexo de normas que é aplicável à conduta.

Relação com a autonomia privada

- Normas injuntivas – as partes não podem decidir de forma diferente do que está estabelecido pelo direito;

Exemplos:

- determinadas normas do regime do contrato de seguro “são absolutamente imperativas, não admitindo convenção em sentido diverso” (art.º 12 DL n 72/2008);
- “é nula a cláusula pela qual o credor renuncia antecipadamente a qualquer dos direitos que lhe são facultados (...)” (art.º 809 CC);
- “os contratos celebrados sob a influência de alguma prática comercial desleal são anuláveis (...)” (art.º 14 DL n 57/2008);

- Normas dispositivas e supletivas – aplicam-se se as partes assim o quiserem ou não afastarem a sua aplicação; posição de vontade das partes quanto a essa aplicação;

Exemplos:

- “Na falta de estipulação ou disposição especial da lei, a prestação deve ser efectuada no lugar do domicílio do devedor” (art.º 772 nº 2 CC);

Quando as partes celebram um negócio sem estabelecer onde a prestação tem de ser efetuada, intervém este artigo para eliminar a lacuna do contrato; o direito ajuda as partes, complementando o conteúdo dos seus negócios;

- “Não sendo feita a declaração de nomeação nos termos legais, o contrato produz os seus efeitos relativamente ao contraente originário, desde que não haja estipulação em contrário” (art.º 455 n.º 2 CC).

Quando as partes negociam o conteúdo dos acordos futuros, baseiam-se no conteúdo do direito supletivo, como ponto de partida à negociação. Como as partes não estão em condições de antecipar nos seus negócios uma disciplina completa da relação, a lei estabelece em todas as categorias de negócios mais importantes um regime normas, que se aplicará sempre que as partes nada dispuserem em contrário²¹. Desta forma, o direito ajuda as partes a entender qual será o conteúdo justo para o contrato e permite-lhes mudar esse conteúdo tendo em consideração essa informação.

Muitas vezes, é o legislador que define se a norma tem um carácter injuntivo ou supletivo. Quando isto não acontece, devem ser o juiz ou o jurista a refletir sobre a natureza imperativa, injuntiva ou dispositiva, o que tem consequências muito importantes ao nível da aplicação do direito – avaliação importante no âmbito do Direito Contratual.

Princípios

- Princípios programáticos – é o caso de alguns princípios da Constituição; indicam “um caminho” a seguir, bem como os objetivos a ser alcançados; o ordenamento jurídico, através da ação do legislador, deve contribuir para a persecução destes objetivos;

Exemplos:

- “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária” (art.º 1 CRP);
- “A União funda-se nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de direito e do respeito pelos direitos do Homem, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias. Estes valores são comuns aos Estados-Membros, numa

²¹ J. Oliveira Ascensão, *O Direito, Introdução e Teoria Geral*, pág. 526.

sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre homens e mulheres” (art.º 2 TEU);

- Princípios formais – conceitos desenvolvidos pela doutrina para tentar sistematizar o conteúdo do direito; têm um valor fundamental maior, são mais gerais: os outros princípios podem ser descritos como concretização dos princípios formais, ficando conectados com eles; os princípios substantivos concretizam princípios formais:
 - Princípio formal: justiça → princípios substantivos: igualdade e proporcionalidade;
 - Princípio formal: confiança → princípios substantivos: *Ignorantia iuris nao excusat* e não retroatividade da lei;
 - Princípio formal: eficiência → princípios substantivos: meios necessários e meios suficientes;
- Princípios materiais – são substantivos, menos gerais que os formais, mas concretizam-nos; contribuem para o funcionamento do Direito.

8. Conflitos entre normas

Pode ocorrer entre:

- ❖ Regra vs. regra;
- ❖ Princípio vs. princípio;
- ❖ Regra vs. princípio.

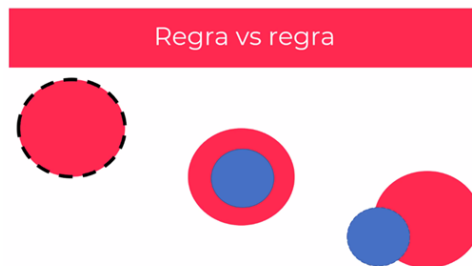
Regra vs. regra

O ordenamento jurídico estabelece certas regras para resolver conflitos entre normas. Do ponto de vista do âmbito de aplicação, podemos distinguir entre três tipos de conflitos:

- Incompatibilidade total-total – regulam a mesma conduta, mas regulam-na de forma incompatível;
Exemplo: dever e proibição de fazer a mesma coisa;
- Incompatibilidade total-parcial – caso onde uma norma tem um âmbito de aplicação especial perante outra e entram em contradição;
Exemplo: normas sobre o contrato de consumo especial relativamente às normas sobre contratos;

- Incompatibilidade parcial-parcial – conteúdo da situação factual, ambas as normas podem ser aplicadas em regimes diferentes, mas, quando ambos os regimes embatem um no outro, há conflito;

Exemplo: norma sobre a construção no Guincho estabelecendo que as casas só podem ser feitas em madeira; outra legislação diz que, em Portugal, os condomínios só podem ser feitos de aço; o que acontece se quiserem construir um condomínio no Guincho(?).



A relação de incompatibilidade entre as regras combina-se com outros elementos, pode ocorrer em vários âmbitos:

- Dever vs. Proibição;
Exemplo: “tem de ir trabalhar” vs. “é proibido sair de casa”;
- Dever vs. Dever;
Exemplo: “tem de ir trabalhar” vs. “tem de ficar em casa”;
- Direito vs. Proibição;
Exemplo: “o proprietário tem o direito de utilizar a propriedade” vs. “queimar o seu carro é proibido”;
- Poder vs. Proibição;
Exemplo: “o poder de celebrar contratos” vs. “a proibição de utilizar cláusulas contratuais abusivas”;
- Direito vs. Direito / Poder vs. Poder;
Exemplo: “o João e o Manuel querem fazer um piquenique no mesmo local do parque”; “tanto a Ana como a Mafalda se oferecem ao Miguel para comprar a última caixa de donuts que este tem para vender; “um jornalista quer ter acesso a documentos sobre uma autorização de droga; a empresa farmacêutica contesta que o pedido infrinja os seus direitos de propriedade intelectual”;

Soluções:

- ❖ Hierárquica – normas numa posição superior prevalecem;
- ❖ Temporalidade – normas mais recentes prevalecem;
- ❖ Especialidade – normas mais específicas prevalecem sobre as normas mais gerais;
- ❖ Proporcionalidade – atende às razões substanciais que se encontram na razão de ser de uma e outras normas; ideia de justiça, equidade, bom-senso, prudência, moderação; tem 3 elementos:
 - Necessidade = exigibilidade – só se legitima se indispensável para o caso concreto e não se puder substituir por outra menos gravosa;
 - Adequação = pertinência – meio escolhido para atingir o fim é adequado;
 - Proporcionalidade em sentido estrito – o ato praticado supera a restrição a outros valores; máxima efetividade e mínima restrição;

Esta ideia representa um esquema essencialmente formal, intelectual, de decisão. Não explica claramente/objetivamente o que é ou não proporcional em sentido estrito. Está sujeito a juízos valorativos ou políticos por parte dos Tribunais Constitucionais (legislação negativa, por assim dizer), que deveriam caber ao legislador;

Imprevisibilidade na resolução através deste princípio, uma vez que a ponderação depende de juízos valorativos;

Controlo de atos aleatórios (em especial, limitações a direitos fundamentais);
- ❖ Lacuna de colisão – quando não se encontra uma solução para o conflito normativo, as normas “apagam-se” mutuamente, criando uma lacuna, e dando espaço ao operador jurídico para criar critérios para a interpretação do Direito.

Princípio vs. princípio

- ❖ Proporcionalidade/ponderação;
- ❖ Princípio da adequação – as medidas restritivas devem revelar-se como um meio para a prossecução dos fins visados, com salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos;
- ❖ Princípio da exigibilidade – o legislador só pode proceder de determinada forma, no caso de não dispor de outros meios menos restritivos para alcançar o mesmo desiderato;
- ❖ Princípio da justa medida ou proporcionalidade em sentido estrito – não poderão adotar-se medidas excessivas e/ou desproporcionadas para alcançar os fins pretendidos.

Exemplo: a lei proíbe a venda de bebidas alcoólicas a menores;

1. O objetivo é proteger a saúde dos menores;

Teoria da Norma Jurídica

2. Uma medida menos restritiva não seria suficiente, porque a capacidade de escolha dos menores não é fiável;
3. A limitação da liberdade dos menores e dos comerciantes é justificada pelos benefícios para a saúde dos menores.

Nota: o professor mandou ler o acórdão sobre a proporcionalidade (acórdão n.º 187/2001/T. Const., pontos 15 a 24) e o acórdão sobre as lacunas de colisão (acórdão do STJ, ponto 6).

RACIOCÍNIO JURÍDICO

1. Argumentação e desacordo

- Argumentação – dar uma razão ou conjunto de razões dadas em apoio de uma ideia, ação ou teoria (com relevância jurídica); tem de possibilitar resolver desacordos – opiniões diferentes sobre o conteúdo de direito e, conseqüentemente, sobre os deveres, direitos, etc., que os destinatários das normas têm;
- Desacordo – uma situação em que as pessoas têm opiniões diferentes ou uma incapacidade de concordar; a questão é se esse desacordo pode ou não ser resolvido;
- Teoria Processual – define as condições de um discurso racional com vista a obter um consenso sobre uma solução; o problema é que, na prática jurídica, em particular na prática que se vê representada dentro dos acórdãos, o normal não é uma discussão terminar com um consenso dos participantes, mas com uma dissensão entre eles; como fundamentar a solução dada por um juiz a um problema prático onde as partes não conseguem concordar?

Importa, então, distinguir entre os tipos de desacordo:

- Racional – as razões de apoio a cada posição não são capazes de derrotar as outras posições;
Exemplos:
Chouriço vs. Bacalhau – podemos dar razões em suporte de uma ideia, mas também podemos dar boas razões em suporte de outra ideia; no final, será um desacordo racional, razoável, baseado na impossibilidade de chegar a uma solução em que as razões em favor da tese do chouriço sejam fortes o suficiente para derrotar a tese de que o bacalhau é melhor;
Autonomia individual – âmbito cheio de desacordos racionais (inscrever na faculdade de Direito ou de Engenharia; de praticar um desporto no lugar de outro...); são todos desacordos racionais, não podemos estabelecer que o padel é claramente o melhor desporto para praticar;
- Irracional - as razões de apoio a uma posição são capazes de derrotar as outras posições;
Exemplo: o autor prova que o réu lhe deve dinheiro e este último nega.

Questão: os desacordos jurídicos são normalmente racionais. Concordas? (resposta do prof.)

Prima Facie – a primeira intuição que podemos ter sobre este tópico é:

- entre os académicos sim – são difíceis de resolver, uma vez que existem boas razões para sustentar ambas as posições na maioria dos casos;
- entre as partes não – são resolvidas pelo juiz, necessitando intervenção judicial.

No entanto, o problema é um pouco mais complexo:

- Por vezes, os desacordos entre as partes são razoáveis e os juízes exercem a sua discricionariedade ao decidir;
Exemplo: o assassino é condenado a 10 anos de prisão; o promotor público pediu 12; o arguido pediu 6 – solução intermédia;
- Os desacordos entre académicos também podem ser irracionais: têm uma função nobre de esclarecimento sistemático e intelectual; porém, muitas vezes, estes pretendem ser famosos, defendendo posições, mesmo quando estas deviam ser consideradas “derrotadas” de um ponto de vista racional.

2.Observando os exemplos

Contrato celebrado através do iPad com ajuda do funcionário

- Qual é a questão jurídica?
A compra de um iPad e o exercer (ou não) do direito de arrependimento sobre a compra do mesmo.
- Como é que os autores abordam a questão?
 1. Identificação das fontes, dos artigos da lei relevantes ou não para a resolução do caso;
 2. Procedimento argumentativo: se as fontes exprimem normas (enquadramento legal) e, conseqüentemente, se estas normas se aplicam ou não ao caso.
- Qual a função das notas de rodapé (referências a manuais, jurisprudência...)?
Fundamentação dos argumentos usados.

O que observámos sobre o raciocínio jurídico?

- Enumeração dos factos;
- Identificação das fontes de direito;

Teoria da Norma Jurídica

- Identificação das normas jurídicas relevantes à resolução do caso;
- Aplicação destas normas aos factos do caso concreto;
- Conclusão para a resolução do caso.

Máquina de café da Gisela

➤ Factos:

Gisela comprou um bem online; depois de o receber, decidiu devolvê-lo; tenta fazê-lo numa loja, mas é-lhe dito que 1) a devolução não pode ser feita na loja e 2) a caixa já fora aberta, o que impossibilitaria a devolução;

Está-se perante um contrato de compra e venda;

Gisela é cliente particular.

➤ Principais passos do raciocínio:

Gisela tem o direito de arrependimento;

Gisela podia abrir a caixa;

O vendedor tem de comunicar a modalidade de exercício do direito de arrependimento – falta um facto (conhecimento ou não do conteúdo do contrato relativamente às modalidades de devolução do bem).

3, Descoberta vs. justificação

Esta distinção surge na ciência, na qual o contexto da descoberta relaciona-se com fatores não científicos que possam ter influenciado o caminho dado a uma investigação, enquanto o contexto da justificação está ligado aos raciocínios sobre evidências, resultados, construção de hipóteses e teses.

Um caso conhecido/tradicional é o do Banho de Arquimedes. O tirano de Siracusa suspeitava que a coroa que pedira não era exclusivamente feita de ouro. Arquimedes resolveu a situação colocando a coroa dentro de água e observando o deslocamento da mesma. Este caso é o contexto da descoberta. Por outro lado, o contexto da justificação consiste nos cálculos utilizados para provar a percentagem real de ouro na coroa.

Numa perspetiva jurídica, os processos mentais envolvidos dentro do processo para identificar a solução de um problema (contexto da descoberta) são diferentes dos processos usados para justificar essa mesma decisão (contexto da justificação).

- O contexto da descoberta (*ars inveniendi*) refere-se à formulação de uma teoria²² – respeita à decisão;
- O contexto da justificação (*ars iudicandi*) refere-se à demonstração da teoria formulada – respeita à fundamentação da decisão.

É preciso avaliar se a descoberta é racional (num sistema jurídico que se baseia na fundamentação das decisões). A necessidade de justificar é um constrangimento – a justificação e a descoberta da solução do caso podem não estar conectados, embora devam, uma vez que a decisão tem de ser sempre justificada. Assim, o processo de redação do acórdão deve constranger o processo de descoberta, dando a garantia de que o juiz baseou a sua decisão em razões que podem, efetivamente, ser usadas para fundamentar a decisão.

No entanto, há discricionariedade por parte dos juízes e as decisões jurídicas irracionais produzem efeitos.

Como pode a solução discricional dada pelo juiz não ser racional se resolve um desacordo racional? O juiz pode, mesmo involuntariamente, decidir por motivos inaceitáveis e esconder este facto por detrás da sua discricionariedade. Deve haver uma justificação racional por detrás da fundamentação das decisões.

4. Modelos de raciocínio jurídico

Silogismo jurídico

Consiste na aplicação do *modus ponens* ao raciocínio legal.

Exemplo:

- 1) Todos os humanos são mortais – premissa maior;
- 2) Sócrates é um ser humano – premissa menor;
- 3) Então, Sócrates é mortal – conclusão.

O silogismo gera inferências válidas, pois se as premissas forem verdadeiras, a conclusão é verdadeira.

²² M. Teixeira de Sousa, *Introdução ao Direito*, pág. 447.

Aplicado ao direito, garante a transferência da verdade de uma premissa de carácter geral para uma premissa de carácter concreto. Isto é, se as premissas estiverem corretas, a conclusão é correta – o consequente jurídico deve ser aplicado.

Este modelo centra-se na ligação entre as premissas e a conclusão. Esta, por sua vez, assegura a coerência interna da decisão (se as premissas forem corretas, a conclusão/resolução também o será). Ou seja, o elemento da subsunção garante a coerência interna.

Exemplo:

- 1) Quem matar deve ser punido com a punição P → premissa maior – norma jurídica;
- 2) Manuel matou/não matou a vítima → premissa menor – factos;
- 3) Manuel deve/não deve ser punido com a punição P → conclusão – aplicação da norma aos factos (subsunção).

Nota: subsunção = “qualificação jurídica dos factos” – encaixar os factos dentro da norma.

O limite deste modelo é precisamente o facto de se centrar na ligação entre as premissas e a conclusão. Esta ligação assegura apenas a coerência interna da decisão (confere validade lógica). O que garante que as premissas estão corretas é a justificação/correção externa que diz respeito à construção das premissas de facto e de direito no caso concreto²³.

Assim, segundo o professor Teixeira de Sousa, o sociologismo jurídico é aplicável na justificação da decisão, porém “não satisfaz todas as exigências” desta. O silogismo só pode ser utilizado, para obter a decisão do caso concreto, depois de se ter procedido à correção externa – prova dos factos e determinação da justificação de aplicação da norma ao caso.

Nota: costuma faltar a justificação da premissa factual.

Críticas descritivas moderadas ao silogismo jurídico

- Várias normas entram em jogo – há casos mais complexos que consideram várias normas no raciocínio;

Em caso de homicídio, podem ser aplicadas múltiplas normas aos factos;

Exemplo:

²³ M. Teixeira de Sousa, *Introdução ao Direito*, pág. 450.

Uma mãe mata o seu filho de 2 anos; aplica-se o art.º 131 CP sobre homicídios ou o art.º 136 CP sobre o infanticídio (a mãe que matar o filho durante ou logo após o parto e estando ainda sobre a sua influência perturbadora);

O que se pode dizer sobre esta crítica?

O modelo se centra num caso simples, mas pode ser utilizado para desenvolver raciocínios jurídicos mais complexos.

- As justificações externas estão ligadas – a ideia de que as duas premissas são desconectadas é falsa;
Os factos são relevantes para a construção da premissa maior;
As normas são relevantes para a identificação dos factos relevantes (por se integrarem estes últimos na previsão das primeiras);

O que podemos dizer sobre esta crítica?

O modelo não exclui a possibilidade de os factos serem relevantes para a construção da norma e vice-versa.

- A justificação da norma não vem antes da justificação dos factos – na prática, não se alcança a premissa maior antes da premissa menor, e sim o contrário;

Exemplo:

Paula, a 3 de abril de 2018, estrangulou o seu filho de 2 anos. A perícia médico-legal concluiu que ela estava a sofrer de depressão pós-parto. O art.º 136 CP estabelece que a sua mãe deve estar “ainda sob a sua [do parto] influência perturbadora”. Este tribunal considera que...;

Modelo alternativo por Teixeira de Sousa²⁴:

- Aconteceu o facto F;
- O facto F integra a previsão da norma N;
- A norma N estatui o efeito E;
- Logo, o facto F produz o efeito E.

²⁴ M. Teixeira de Sousa, *Introdução ao Direito*, pág. 462.

Este modelo enquadra-se melhor na estrutura das decisões judiciais, porém falha num ponto importante – não dá suficiente relevância ao processo de identificação da norma N.

Modelo alternativo por Teixeira de Sousa, corrigido:

- Aconteceu o facto F;
- A norma relevante é N;
- O facto F integra a previsão da norma N;
- A norma N estatui o efeito E;
- Logo, o facto F produz o efeito E.

A resolução do problema proposto pela crítica resume-se à mudança da ordem da norma (premissa maior) e dos factos (premissa menor), dando, assim, mais ênfase à identificação do efeito E que deve ser produzido/aplicado.

Hermenêutica jurídica

É de origem alemã, é uma extensão da hermenêutica geral (filosofia que estuda a teoria da interpretação) e foca-se na construção da norma – identificação da norma aplicável ao caso.

Propõe-se que se distingam três momentos principais no processo para alcançar a resposta a uma pergunta jurídica:

- Pré-compreensão (*Vorverständnis*)
Para ser possível compreender X, é necessário formar um pré-juízo sobre X (o que se pretende compreender. Por isso, o intérprete, quando tem de responder a uma pergunta jurídica, não formula a resposta partindo do 0; terá sempre algum conhecimento anterior que representa o ponto de início da reflexão sobre a solução que o caso deve receber.
Isto distingue a hermenêutica da linguagem comum, dado que a pré-compreensão que se tem do caso não é negativa (\neq preconceito), é antes uma necessidade prática (que decorre sempre). Não é possível refletir sobre o entendimento de um texto partindo do nada.
- Círculo Hermenêutico/Espiral hermenêutica
Os fatos olham pelas normas e as normas olham pelos factos (selecionam os factos relevantes);

Neste processo, consegue-se especificar a norma, dando maior relevância a outros elementos factuais (revendo depois os factos);

As normas e a construção dos factos ficam cada vez mais visíveis e mais compreensíveis, até se ter uma visão abrangente que permite aplicar a norma aos factos;

Não podemos separar a construção da norma da construção dos factos;

O conhecimento do sentido de um texto jurídico e a aplicação do mesmo a um caso jurídico concreto não são dois atos separados, mas um processo unitário.

- Conclusão

Está mais perto do processo de descoberta do que do processo de justificação.

É incompatível do silogismo jurídico?

Não. Quanto mais se conclui que a hermenêutica jurídica descreve o contexto da descoberta, mais se verifica que ambos se podem compatibilizar. O silogismo garante a coerência interna da decisão, mas nem tudo o que faz parte da fundamentação (justificação externa) foge a este modelo e das premissas. No modelo do silogismo, nada proíbe que, na construção da justificação da premissa maior (norma), a premissa menor (factos) tenha um papel ou que, inversamente, as normas também possam ter um papel na identificação dos factos.

Corolários por Teixeira de Sousa em relação a este modelo da hermenêutica jurídica (conexão quase evidente, muito forte, entre o modelo e estas consequências):

- A fonte não tem, em si mesma, nenhum significado, pois este depende dos casos a que ela é ou não aplicável.

Crítica: a interpretação da fonte é o resultado da atividade interpretativa – pode ter em conta os factos, mas isso é tudo. Não podemos dizer que a fonte é vazia de significado, já que o significado gramatical da fonte é o ponto fundamental no início do processo interpretativo.

- Entre a fonte e a regra só se interpõe os casos: a fonte é o modo de revelação da regra e esta revela-se através da aplicação da fonte a casos.

Crítica: a fonte é um dos elementos a ter em consideração para identificar a norma, mas existem muitos mais e muito variados. Vamos ver que há vários elementos (no processo de identificação da norma) que se interpõe entre a fonte e a regra, que não têm só a ver com o caso. Ao dizer isso, está a ser demasiado redutor.

- Normalmente, a subsunção é entendida como o juízo que permite a seleção do facto da vida que é juridicamente relevante através da sua inclusão na previsão de uma regra jurídica. Esta conceção assenta, todavia, numa orientação que constrói primeiro a regra e que só depois subsume a ela os factos concretos.
- A subsunção deve ser entendida como o juízo que permite determinar os casos abrangidos pela fonte e que possibilita inferir a regra da fonte.
- Quando se chega à regra, já se passou pela subsunção.
Crítica: muito confuso – Teixeira de Sousa fala de aplicação da norma aos factos antes da criação da norma.

Papel das partes

Tudo o que está exposto acima tem como ponto central de interesse o raciocínio do juiz para descobrir a solução do caso e justificar essa decisão. Um limite destes modelos é que, pelo menos explicitamente, não refletem nem levam em conta o papel das partes no processo que envolve a identificação da solução do caso.

As partes têm um papel muito importante na identificação dos factos e das normas – fornecem argumentos e sugestões sobre como interpretar o direito (normas) e também fornecem provas (factos). Portanto, participam no processo de construção das justificações externas.

Delimitam, em parte, o âmbito da controvérsia – a identificação dos problemas.

As partes não têm um papel completamente autónomo nestas questões, uma vez que o juiz tem, parcialmente, o poder de ampliar a questão jurídica que deve ser considerada (como a nulidade do negócio jurídico), mas a ideia geral é de que as partes têm um papel muito importante no processo de construção das premissas e de identificação do problema.

- *Iura novit curia* – "o Direito é conhecido pelo tribunal", isto é, as partes, numa disputa legal, não precisam de provar a lei que se aplica ao seu caso; a responsabilidade, dentro do processo, de identificar o direito aplicável ao caso, é do juiz; as partes podem tentar influenciar o entendimento do juiz sobre o caso, mas a responsabilidade final de identificar a lei aplicável é do juiz;
- Reconhecimento *ex officio* – em alguns contextos, há normas que devem ser aplicadas inclusive quando isso não foi pedido pelas partes (maior exemplo será a declaração de nulidade de um negócio jurídico pelo tribunal).

Uma forma de dar um papel às partes dentro do raciocínio do juiz é, por exemplo, quando estas contribuem para a pré-compreensão do primeiro. Assim, quando inicia o seu raciocínio sobre o caso, parte das razões e conhecimentos anteriores para resolver o caso, são os argumentos dados pelas partes no decurso do processo.

5. Raciocínio sobre normas

Podem-se incluir as seguintes questões:

- Interpretação da lei;
- Integração da lei – há casos onde não há uma norma que possa ser identificada através da interpretação de um texto; nestes casos, há técnicas para identificar a norma, partindo de outras normas;
- Relação entre normas;
- Critérios não normativos – ideia introduzida por Teixeira de Sousa.

Relação entre normas

- Cumulação de normas – é aplicada mais do que uma norma ao mesmo tempo para se decidir um caso (pode ser necessário); todas elas definem diferentes efeitos jurídicos compatíveis entre si²⁵; acontece com frequência, pois é difícil que um caso seja decidido com a aplicação de uma única norma;
- Concurso de normas – normas diferentes levam à mesma consequência jurídica; ocorre com menor frequência;
Exemplo: situação onde o réu pode ser considerado responsável por responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual, e em ambos os casos se pede o ressarcimento do dano (num caso, com as normas sobre o contrato e noutra sobre as normas sobre a sociedade civil); neste caso tem de se escolher entre a aplicação de uma OU outra norma;
- Conflito entre normas – normas diferentes conduzem a diferentes consequências legais; só uma pode ser aplicada ao caso, porque são incompatíveis entre si.

²⁵ M. Teixeira de Sousa, *Introdução ao Direito*, pág. 417.

Critérios não normativos

O professor Teixeira de Sousa distingue critérios normativos de não normativos. Os primeiros assentam nas leis gerais e abstratas e no princípio de universalização (todos os casos semelhantes devem ser decididos do mesmo modo). Por outro lado, o segundo, baseia-se no princípio da especialidade (os casos devem ser decididos atendendo às suas particularidades)²⁶.

Deste modo, trata-se de uma escolha (conflito) entre confiança e justiça. Ao resolver um caso com base em critérios normativos, a solução torna-se previsível (já mais confiança nesta), porém é, provavelmente, menos justa. Em contrapartida, a utilização de critérios não normativos torna a solução mais imprevisível (menos confiança), mas mais justa, por ter em conta as particularidades do caso concreto.

O autor identifica a discricionariedade e equidade como sendo critérios não normativos. Coloca-se a questão de, se nos casos em que o juiz tem o poder de discricionariedade ou de decidir por equidade, a decisão não é baseada em critérios normativos (jurídicos).

Note-se que a ideia, de que há um conflito onde o critério da justiça prevalece, supõe uma capacidade de decisão do juiz muito otimista; de que ele terá a capacidade, quando julgar pela equidade, de identificar a solução certa para o caso. Estes critérios são vagos e concedem uma autoridade significativa ao juiz. Pode-se aplicar o mesmo noutros casos (exemplo da boa fé e do tempo razoável).

Não são critérios jurídicos? Se a decisão de julgar por discricionariedade ou por equidade é baseada em considerações sobre o relacionamento entre os princípios da confiança e da justiça, os quais são princípios jurídicos, a decisão tomada no contexto destes casos é uma atribuição de poder assente em critérios jurídicos (neste caso, princípios). Portanto, a fonte dá ao juiz a discricionariedade e a opção de julgar por equidade → são sempre critérios normativos. Acrescenta-se ainda que o dever de fundamentar a decisão mantém-se.

6. Lacunas de colisão

“Entende-se por lacuna a ausência duma norma jurídica que permita resolver uma situação da vida social que reclama uma solução jurídica”²⁷.

²⁶ M. Teixeira de Sousa, *Introdução ao Direito*, pág. 413.

²⁷ A. Santos Justo, *Introdução ao Estudo do Direito*, pág. 349.

No ordenamento jurídico português, há a possibilidade, em caso de lacuna, de o juiz identificar a solução do caso de uma forma bastante autónoma:

Art.º 10 CC – Integração das lacunas da lei

1 – Os casos que a lei não preveja são regulados segundo a norma aplicável aos casos análogos.

2 – Há analogia sempre que no caso omissivo procedam as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei.

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

Analisando o caso do acórdão do STJ de 06/12/2003:

- Alguns créditos dos trabalhadores gozam de privilégio mobiliário e imobiliário geral sobre os bens da empresa;
- Um terceiro, F, é titular de uma hipoteca sobre o imóvel da empresa;
- A questão é saber como resolver o conflito entre o privilégio imobiliário geral do trabalhador e direitos reais de garantia de terceiros sobre os bens objeto desse privilégio;
- O CC não tem resposta inequívoca e direta;
- No CC não existem privilégios imobiliários gerais;
- Art.º 749 CC sobre privilégios mobiliários gerais vs. art.º 751 CC sobre privilégios imobiliários especiais;
- A lei 17/86 fez nascer uma “lacuna de colisão”; na verdade, está-se perante um espaço jurídico aparentemente ocupado pelas duas citadas normas; mas, na realidade, desocupado, já que os dois preceitos se eliminam mutuamente; como preencher esta lacuna?
- Conclusão: os trabalhadores perdem; o PIE, não constituindo um direito real de garantia, cede face a direitos reais de terceiros, como flui da regra do indicado do art.º 749 CC, aplicável por analogia.

Assim, uma lacuna de colisão “surge, quando várias normas jurídicas contraditórias disciplinam uma determinada situação e, na falta de um critério que afaste o conflito, nenhuma se aplica. Aquele espaço jurídico, à primeira vista duplamente ocupado fica desocupado”²⁸.

7. Proporcionalidade

O acórdão n.º 187/2001/TC tem uma conexão com o art.º 18 n.º 2 CRP:

“Relativamente às restrições a direitos, liberdades e garantias, a exigência de proporcionalidade resulta do artigo 18º, n.º 2, da Constituição da República. Mas o princípio da proporcionalidade, enquanto princípio geral de limitação do poder público, pode ancorar-se no princípio geral do Estado de direito. Impõem-se, na realidade, limites resultantes da avaliação da relação entre os fins e as medidas públicas, devendo o Estado legislador e o Estado administrador adequar a sua projetada ação aos fins pretendidos, e não configurar as medidas que tomam como desnecessária ou excessivamente restritivas.”

O princípio da proporcionalidade divide-se em três exigências que têm de ser respeitadas:

- Princípio da Adequação – as medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias devem revelar-se como um meio para a prossecução dos fins visados, com salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos;
- Princípio da Necessidade – essas medidas restritivas têm de ser exigidas para alcançar os fins em vista, por o legislador não dispor de outros meios menos restritivos para alcançar o mesmo desiderato;
- Princípio da justa medida (ou proporcionalidade em sentido estrito) – não poderão adotar-se medidas excessivas, desproporcionadas para alcançar os fins pretendidos.

Identifica-se ainda um quarto princípio implícito – o da relevância jurídica. Isto é, na finalidade do legislador, que deve ser justificada; a proporcionalidade só se aplica a interesses juridicamente relevantes.

Surge aqui o problema de um juiz ou TC serem demasiadamente intervencionistas. Posto que, a avaliação de proporcionalidade pode tornar o TC um legislador indireto, declarando em demasia as normas desproporcionais, limitando grandemente o espaço de manobra e de conformação do legislador.

²⁸ A. Santos Justo, *Introdução ao Estudo do Direito*, pág. 351.

Na questão “Estado Legislador vs. Estado Administrador”, fica a ideia de que têm diferentes parâmetros de discricionariedade. Assim, no entendimento do TC (ponto controverso), é exprimida a ideia de que o Estado como legislador merece um grau de respeito e confiança maior do que o respeito dado ao Estado enquanto administrador (pelo menos neste acórdão).

Em princípio, o Tribunal não deve substituir uma sua avaliação da relação social e economicamente complexa, entre o teor e os efeitos das medidas, à que é efetuada pelo legislador, e que as controvérsias geradoras de dúvida sobre tal relação não devem, salvo em *erro manifesto* de apreciação, ser levadas em conta pelo Tribunal Constitucional.

Neste tema deve-se – identificar os fins da norma → realizar a análise de proporcionalidade → comparar regimes alternativos.

Aplicando ao acórdão em questão:

- Fins – tutela da saúde pública e da profissão de farmacêutico; outros;
- Conflito com – direito de propriedade e liberdade económica;
- Alternativas – “farmacêutico na sua farmácia” em oposição à propriedade livre (da farmácia) com farmacêutico enquanto gestor.

Conclui-se, então, que o regime legal em questão, por ser razoável supor que garante de forma mais perfeita ou evita possíveis riscos para o interesse de saúde pública que visa proteger, não se funda num manifesto erro de apreciação do legislador quanto à sua adequação e necessidade.

Logo, o regime legal não é inadequado nem desnecessário para a finalidade de garantir a independência profissional do farmacêutico. Também é este o caso das finalidades – como a consciencialização, vinculação deontológica e responsabilização tanto do proprietário como do diretor técnico, ou o controlo das concentrações no domínio da comercialização de produtos farmacêuticos – que diretamente se prendem com a propriedade da farmácia.

Nesta decisão critica-se a ausência de justificação da proporcionalidade em sentido estrito. Na realidade, os tribunais declaram frequentemente que a proporcionalidade tem três elementos, mas param na adequação e na necessidade, não se pronunciando quanto à proporcionalidade em sentido estrito. Porquê? Esta abordagem pode fazer sentido dada a margem de apreciação concedida ao legislador.

8. Raciocínio sobre factos

O raciocínio jurídico sobre os factos tem como finalidade provar os factos dentro do processo. Portanto, as provas visam demonstrar a realidade dos factos.

As decisões judiciais são baseadas na verdade? Não, baseiam-se no que foi provado e as provas podem não corresponder à verdade.

Três relações sobre factos:

- Facto comprovado – está provado que o facto aconteceu;
- Facto refutado – está provado que o facto não aconteceu;
- Facto não provado – não está provado que o facto tenha acontecido.

Três questões chave:

- Quem tem de provar um facto?
 - No Direito Privado, a regra geral é que o autor tem de provar os factos constitutivos do seu pedido – art.º 342 n.º 1 CC;
Exemplo: no caso do contrato, tem de demonstrar a existência do contrato e, depois, tem de formular o pedido consoante o problema que existir, como uma mercadoria entregue com defeito;
Cabe ao réu provar os factos impeditivos, modificativos ou extintivos – art.º 342 n.º 2 CC;
Exemplo: um facto modificativo poderia ser que, depois da entrega, as partes tivessem concluído um contrato acessório onde concordaram numa redução do preço baseada na falta de qualidade da mercadoria / impeditivo poderia ser que, na verdade, a mercadoria que foi entregue tinha a qualidade que foi realmente acordada entre as partes no negócio inicial, ou com regras específicas em caso de falta de qualidade que não foram respeitadas / extintivo poderia ser que o contrato foi, por alguma razão, terminado, não sendo correto formular um pedido pela falta de qualidade;
 - No Direito Penal, não há uma regra que estabeleça uma divisão tão clara entre o Ministério Público e o réu; há o princípio constitucional da presunção da inocência, pelo que as consequências negativas da falta de provas relevantes recaem sobre o Ministério Público.

➤ Como são avaliadas as provas?

Consiste no ponto de vista do juiz;

- Princípio da prova livre – é a regra geral, segundo a qual o juiz tem o poder de estabelecer quando uma prova tem capacidade de fundamentar um facto; isto é, obviamente, uma atividade que tem de ser fundamentada dentro do processo;
- Prova legal – o valor probatório é estabelecido pela lei;
Exemplo: os documentos exarados pelos notários fazem prova plena dos factos que referem como praticados pela autoridade ou oficial público, assim como dos factos que neles são atestados com base nas percepções da entidade documentadora.

➤ O que acontece quando um facto não é provado?

- Direito Privado – decisão contra a parte que tinha de provar; dano ao autor que precisa de fundamentar esse facto – art.º 516 CC;
- Direito Penal (mais intuitivo) – falta de prova é favorável ao imputado.

Tipos de argumentação (os dois que merecem atenção):

- Presunções – estabelece que se aconteceu A, B aconteceu também; tem de se oferecer uma prova em como B não aconteceu, que seja mais forte do que a presunção;
- Abduções – “processo de formação de uma hipótese explicativa”²⁹;

Forma de hipótese:

O facto surpreendente (muito difícil de provar) C é observado;

Mas se A fosse verdadeiro, C seria natural;

Logo, há razões para suspeitar que A é verdade – vai-se provar A

“O argumento abduativo é aquele que, partindo de uma conclusão de facto, procura encontrar o facto que a justifica da forma mais plausível possível. Portanto, o argumento abduativo visa determinar o facto que constitui a causa (dado) de uma conclusão de facto (conclusão)”³⁰.

Tem uma conexão com a ideia de descoberta e de justificação, já que este conceito é uma ferramenta muito útil para refletir sobre como construir o caso. No contexto da descoberta, tem uma grande utilidade, mas também terá uma certa utilidade no caso da justificação. Construindo um discurso com base de que, uma vez que um facto

²⁹ M. Teixeira de Sousa, *Introdução ao Direito*, pág. 444.

³⁰ M. Teixeira de Sousa, *Introdução ao Direito*, pág. 445.

surpreendente se liga à existência de outro facto, se este for provado (o último) será mais fácil formular e argumentar a existência do primeiro perante um juiz;

- Exemplo do prof. – Lisboa, 3 da manhã, ouvem-se gritos agitados a partir do último andar. Chama-se a polícia, que bate à porta, ninguém responde. “Abram a porta”. Silêncio. A polícia, exercendo o seu poder, arromba a porta. A porta abre-se, cena horripilante. O corpo da filha está na lareira, estrangulado, e a mãe foi decapitada! Não se encontra o que poderá ter sido utilizado para decapitar a mãe. A polícia inicia a investigação. Observam a sala e ouvem os vizinhos. A senhora é viúva.

Evidências após investigações:

- E1 – gritaria alta;
- E2 – desordem;
- E3 – objetos preciosos que não foram roubados, na casa;
- E4 – corpo da filha estrangulado na lareira;
- E5 – corpo da mãe decapitado;
- E6 – força incomum;
- E7 – janela aberta, estamos num sexto andar;
- E8 – uma das vozes é estrangeira.

Facto surpreendente que deve explicar a existência destas mortes? Hipóteses:

- H1 – um ou mais estranhos são autores do crime;
 - H2 – uma ou mais testemunhas são autores do crime;
 - H3 – foi um homicídio/suicídio;
 - H4 – não foi um ser humano.
-
- Exemplo do prof. Teixeira de Sousa – o sujeito S1 teve um acidente de automóvel; o rebentamento de um pneu é uma causa de acidentes de viação; tal é o que pode ser fundamentado na regra da experiência segundo a qual o inesperado rebentamento de um pneu pode causar um acidente; logo, o acidente ficou possivelmente a dever-se ao rebentamento de um pneu.

INTERPRETAÇÃO DA LEI

1. Observações gerais

Como já foi dito, a fonte não é a regra, apenas o modo de revelação desta. O professor Oliveira Ascensão distingue três processos fundamentais “mediante os quais se poderão determinar regras, a partir das fontes existentes”³¹. São eles a interpretação, a integração de lacunas e a interpretação enunciativa.

Interpretar significa determinar o significado de um texto (palavra, frase, etc.). Interpretar uma disposição jurídica significa identificar a norma jurídica que ela expressa (o sentido normativo); especificar a norma com detalhe suficiente para a tornar aplicável ao caso.

A interpretação é sempre necessária, mesmo quando a fonte parece ser clara.

- Considerando o exemplo da disposição “os peões são proibidos de atravessar a estrada quando o semáforo está vermelho – os transgressores serão punidos”;
- Supõe-se que, neste caso, o sinal estava vermelho;
- Há um conflito entre a finalidade da norma (evitar problemas entre peões e carros) e o que se pode entender com o significado gramatical deste texto (atravessar a estrada quando o semáforo está vermelho, estritamente);
- Resolve-se este conflito para decidir se quem atravessou uma rua, nestas condições, em que a passagem de carros estava interdita por pinos, deve ser (ou não) punido.

Portanto, a disposição e a norma estão ligadas por argumentos interpretativos. Estes são argumentos que justificam a asserção "a disposição D exprime a norma N" e, deste modo, apresentam teses sobre o sentido certo do texto. A disposição poderá ser depois aplicada ao caso concreto – conecta-se a disposição e a norma por trâmite de argumentos interpretativos.

Disposição → texto // Norma → sentido do texto

Os argumentos interpretativos podem ser divididos em duas grandes categorias:

³¹ J. Oliveira Ascensão, *O Direito, Introdução e Teoria Geral*, pág. 382.

- Gramatical – o que o texto dá a entender estritamente;
- Não gramatical – divide-se em teleológico, sistemático, histórico-evolutivo (foco: argumento de autoridade).

A relação entre os elementos gramaticais e não gramaticais é importante para classificar os resultados interpretativos. Será que a norma corresponde ao significado literal? Existem interpretações declarativas, extensivas e restritivas.

A expressão *In claris non fit interpretatio* quer dizer que o significado da fonte é claro. Há precedentes históricos segundo os quais não se deveria proceder à interpretação nesta situação:

- *Iustinianus – Constitution Tanta* – tentava proibir a doutrina de interpretar o seu Codex através desta lei;
- Montesquieu – o juiz como boca da lei – limitar o poder do juiz e a sua atividade a uma mera estatuição do conteúdo da lei, limitando o uso de argumentos que não fossem gramaticais;
- França e Prússia (proibição de interpretação mais recente) – caso o juiz tivesse dúvidas sobre a norma que saía da disposição, devia pedir ao legislador para conceder uma interpretação;
- Hoje em dia, tem-se as normas interpretativas, onde o legislador tenta limitar a autonomia dos juízes na interpretação de disposições.

Quando à finalidade da interpretação, existem as orientações do subjetivismo e do objetivismo. Segundo a primeira, “a finalidade da interpretação é a reconstituição da intenção (pensamento) do legislador subjacente à produção da lei”. De acordo com a segunda, “a finalidade da interpretação é a determinação do significado objetivo da lei, qualquer que tenha sido a intenção do legislador”³². Estas dividem-se ainda em:

- Orientação subjetivista historicista – o significado da lei é aquele que o legislador (histórico) lhe deu no momento da sua elaboração;
- Orientação subjetivista atualista – o significado da lei é aquele que o legislador lhe daria se tivesse de legislar na atualidade;
- Orientação objetivista historicista – o significado da lei é aquele que ela tinha no momento da sua criação;

³² M. Teixeira de Sousa, *Introdução ao Direito*, pág. 338.

- Orientação objetivista atualista – o significado da lei é aquele que ela tem na atualidade.

2. Argumentos interpretativos

Serão abordados os argumentos gramatical (literal), teleológico, sistemático, histórico-evolutivo e (foco) de autoridade.

Gramatical

A interpretação literal é o ponto de partida de toda a interpretação da lei. Serve de base textual e tem uma dimensão sintática – estrutura gramatical da lei – e uma dimensão semântica – significado das palavras utilizadas na lei no contexto da sua estrutura³³.

Tem uma função negativa, pois afasta a interpretação que não tenha uma base de apoio na letra da lei; uma função positiva, na qual dever-se-á ter presente a suposição de que o legislador soube exprimir corretamente o seu pensamento (significado técnico-jurídico), onde assume um sentido próprio ou peculiar (significado especial) e dir-se-á que o legislador se dirige a todos os cidadãos e é necessário que o entendam (significado fixado pelo uso geral da linguagem)³⁴.

Alguns elementos não são importantes, como distinções entre singular/plural ou géneros.

Problemas:

- Linguagem jurídica vs. linguagem técnica vs. linguagem corrente – geram conflitos e problemáticas de interpretação, consoante os contextos em que são empregues certos termos;

Exemplo: certa palavra pode ter um significado jurídico diferente do seu significado técnico);

- Ambiguidade;
- Vagueza – obscuridade, porosidade;

Exemplo: conceito da boa-fé – seria difícil entender o significado gramatical da proibição de ter um comportamento contrário à boa-fé.

³³ M. Teixeira de Sousa, *Introdução ao Direito*, pág. 352.

³⁴ A. Santos Justo, *Introdução ao Estudo do Direito*, pág. 337.

Exemplo – discricção, num acórdão, de um bastão:

- Diz que se trata de um objeto em madeira, com o comprimento de 63 cm, castanho-vermelho, com a inscrição em letras brancas “O GLORIOSO”;
- Problema jurídico – perceber se este objeto é um bastão dentro do sentido atribuído pelo Art.º 86 da lei 5/2006 (proibição de detenção de arma branca dissimulada sob a forma de outro objeto):

• Art. 86 da Lei 5/2006 de 23-2, como objeto de detenção proibida:

...

- arma branca dissimulada sob a forma de outro objecto,

- faca de abertura automática,

- estilete,

...

- outras armas brancas ou engenhos ou instrumentos sem aplicação definida que possam ser usados como arma de agressão e o seu portador não justifique a sua posse,

- aerossóis de defesa não constantes da alínea a) do n.º 7 do artigo 3.º,

armas lançadoras de gases,

- **bastão**,

- bastão extensível,

- bastão eléctrico

...

- Foi decidido, inicialmente, que sim; a sentença recorrida considerou o significado corrente da palavra; houve pedido para reversão da decisão;
- A sentença recorrida considerou o significado corrente da palavra; transcreve-se: “Segundo a definição da Grande Enciclopédia Portuguesa e Brasileira, bastão, é “um pau que se pode trazer na mão como arrimo ou arma de defesa”;
- Similarmente, o Dicionário da Porto Editora, 3ª edição, define «bastão» como “espécie de bengala para apoio ou para servir de arma ofensiva ou defensiva”, “bordão”, “báculo”. Segundo este dicionário «bordão» é um “pau que serve para apoio de quem caminha”, “bastão”, “cajado”;
- Quais os argumentos gramaticais usados para justificar a interpretação da norma que foi dada? Argumento gramatical, baseado na linguagem corrente – a referência a dicionários e a enciclopédia tentam identificar o sentido de bastão dentro da linguagem comum;
- O Tribunal da Relação não ficou muito de acordo com a decisão que avaliou; (Ainda assim, considerando o sentido vulgar da palavra, só muito dificilmente se poderá considerar que um objeto de madeira com 63 cm de comprimento é um «bastão». Tendo o «bastão», como se referiu, a função de “arrimo”, “encosto”, “amparo”, “bengala para apoio”, um objeto tão curto apenas poderá ter tal utilidade para pessoas de estatura muito inferior ao normal);
- Tribunal: Quais, então, os objetos enquadráveis no conceito usado na norma? São os objetos iguais, ou similares, aos “bastões”, vulgarmente transportados à cintura pelos membros de forças policiais, para serem usados quando é necessário o uso da força para a manutenção da ordem. (“cassetete”?);

- Acima tem-se um argumento gramatical de linguagem jurídica, enquadrado no conceito da norma e da definição do que é usado pelas forças policiais públicas. O juiz pretende dizer que o legislador queria ter escrito “cassetete” em vez de “bastão”, usando o último termo de uma forma diferente da forma comum de utilização da palavra;
- PROBLEMA: vagueza dos termos utilizados, polissemia e conceitos muito amplos.

Exemplo – isto é um prédio (rústico)?:

- Terreno de cultura arvenses de regadio, sito no Lugar de ..., freguesia de X, concelho ..., com a área de 1020 m², a confrontar a norte com caminho vicinal, sul e nascente com M. C. e poente Igreja;
- Definição do CC – art.º 204 n.º 2 – entende-se por prédio rústico uma parte delimitada do solo e as construções nele existentes que não tenham autonomia, e por prédio urbano qualquer edifício incorporado no solo, com os terrenos que lhe serviam de logradouro;
- Resposta do tribunal – o Código Civil não fornece um conceito de prédio, pelo que o mesmo terá de ser obtido pelo elemento comum às noções dadas no art.º 204 n.º 2 CC; esse elemento comum é “uma parte delimitada do solo”;
- Argumentação gramatical baseada em linguagem jurídica – juiz analisa os dois conceitos de prédio rústico e urbano com o elemento gramatical do art.º 204 n.º 2 CC e retira um elemento comum entre o terreno e o conceito de “prédio rústico”. Dessa forma, vemos uma definição muito longe da linguagem comum, porque o conceito de prédio é o terreno, e não um “edifício”, como entenderíamos comumente;
- Referência à linguagem comum, para manter a distinção entre a linguagem jurídica e a linguagem comum – não suporta a interpretação, mas diz-nos que não podemos utilizar a linguagem comum para interpretar o art.º 4 CC.

Teleológico

Este elemento diz respeito à finalidade da lei e que justifica a vigência da mesma³⁵. Dirige-se ao objetivo que a norma pretende atingir. É, portanto, um elemento racional, *ratio legis*, razão da lei, espírito da lei.

Encontra-se consagrado na referência constante do art.º 9 n.º 1 CC, onde se pode ler “condições específicas do tempo em que (a lei) é aplicada”.

³⁵ M. Teixeira de Sousa, *Introdução ao Direito*, pág. 367.

Teoria da Norma Jurídica

Divide-se em três versões:

- Subjetiva – o que o legislador histórico queria alcançar ao escrever aquela norma; baseado em factos, textos de norma, a finalidade da norma mais abrangente, que são conectados à vontade do legislador histórico;
- Objetiva – o que o legislador racional (bem informado sobre novos factos e tendo em consideração todos os princípios relevantes) deve ter querido alcançar, diferentemente daquilo que efetivamente alcançou; melhor entendimento da função daquela norma dentro do ordenamento jurídico; forte conexão entre o argumento teleológico em versão objetiva e o argumento sistemático;
- Negativa – o que o legislador, obviamente, não queria alcançar.

Exemplo – Farmacologista na sua farmácia:

- Uma multiplicidade de objetivos, que se entende ser, cada um por si e todos conjuntamente, mais bem servida por tal regime; são diferentes aspetos do interesse público, insuscetíveis de ser reduzidos apenas a um ou outro, como se salientou por ocasião da aprovação da lei (G. Braga da Cruz, Propriedade da Farmácia, cit., pp. 77 e segs. e 84 e segs.);
- Argumento teleológico subjetivo – referência clara à ocasião da aprovação da lei;
- Outro argumento do tribunal – é o que resulta expressamente logo na base I, nº 1, da referida Lei nº 2125:
1 — É considerada de interesse público, como atividade sanitária, a função de preparar, conservar e distribuir medicamentos ao público;
- Dá-se, aqui, relevância ao legislador histórico, uma vez que se atenta na letra da lei e não naquilo que seria idealmente considerado.

Exemplo – perdão e covid:

- Lei 9/2020 de 10 de Abril;
- Se é a situação de reclusão e tudo quanto ela coenvolve o indisputável único motivo que determinou o legislador a aprovar o regime excecional agora em apreciação, jamais se poderá considerar que a posterior aquisição dessa qualidade, se torne, afinal, o requisito impeditivo da sua aplicação;
- Referência teleológica subjetiva – fala-se naquilo que o legislador histórico queria quando criou a norma.

Sistemático

Família de argumentos baseada no facto de que as normas jurídicas fazem parte de um sistema, o que significa que, de uma forma ou de outra, se conectam entre elas, sejam normas do mesmo nível ou de níveis diferentes, e todas essas conexões constroem um sistema.

Assim, o significado de uma lei resulta normalmente do seu contexto (sistema onde se insere). Desta forma, visa-se assegurar que nenhuma fonte seja interpretada em divergência com o sistema, construindo-se uma unidade do sistema jurídico.

Este elemento encontra-se consagrado no art.º 9 n.º 1 CC onde se lê “unidade do sistema jurídico”. Daqui extrai-se que “nenhuma lei deve ser interpretada isolada de outras leis com as quais ela apresenta uma conexão sistemática e que, de entre os vários significados literais possíveis, há que preferir aquele que for compatível com o significado de outras leis”³⁶.

“O elemento sistemático impõe uma interpretação sistemática, mas não garante que o resultado seja uma interpretação conforme ao sistema, dado que é possível que o intérprete conclua que nenhuma interpretação da lei é suscetível de assegurar a conformidade com o sistema”.

Nota: dentro do processo interpretativo, pode-se basear nessas conexões.

Duas grandes famílias de conexões:

- Foco Gramatical – considera-se o significado da palavra noutras disposições e na conexão entre essas disposições; interpretação sobre o termo noutra disposição para justificar a interpretação do termo na norma que se quer interpretar;
∴ Considera-se o significado da palavra noutras disposições;
- Foco Teleológico – para interpretar o conceito de um termo num determinado artigo, tem de se ter em consideração que a interpretação que se escolhe não pode violar certo princípio (relação vertical entre princípio e uma lei de âmbito ordinário); consideram-se disposições de normas superiores / princípios para interpretar a norma;
∴ Consideram-se razões de ordem superior para interpretar a disposição (princípios).

³⁶ M. Teixeira de Sousa, *Introdução ao Direito*, pág. 359 e ss.

Exemplo – “isto é um bastão?”:

- Considerar o mero significado corrente da palavra, para determinar o alcance do conceito de «bastão» usado na norma da al. d) do art.º 86 da Lei 8/2006 de 23-2, violaria o princípio da legalidade;
- Fazer coincidir o conceito usado na norma com o significado que o termo tem na linguagem comum, equivaleria a englobar no conceito um número indeterminado de objetos que, sendo indispensáveis para múltiplas atividades humanas lícitas, podem igualmente ser usados como instrumentos de agressão; é o caso de bengalas, varas, cajados, cabos de enxada, bordões dos peregrinos de Santiago, etc.;
- Quais, então, os objetos enquadráveis no conceito usado na norma? São os objetos iguais, ou similares, aos «bastões», vulgarmente transportados à cintura pelos membros das forças policiais, para serem usados quando é necessário o uso da força para a manutenção da ordem;
- A colocação da palavra no contexto da redação da norma aponta neste sentido. O termo «bastão» foi colocado junto de «bastão extensível» e de «bastão elétrico», todos instrumentos detidos pelas forças policiais com o único fim de serem usados quando é necessário empregar a força. São objetos a que o legislador não reconhece outra utilidade socialmente admissível, tendo vedado aos particulares a sua detenção, criminalizando a conduta;
- Argumento sistemático com foco gramatical – forma como os termos foram usados em sentido literal e se aproximam; foca-se nas referências seguintes ao bastão elétrico e extensivo que são, costumariamente, usados pela polícia. Assim, com a conexão entre a palavra bastão e outros termos usados pelo legislador, consegue-se criar uma interpretação;
- Por isso, atenta as características objetivas do instrumento, igualmente não poderia ser formulado o juízo de que se trata de “engenho ou instrumento construído exclusivamente com o fim de ser utilizado como arma de agressão”, conforme se prevê noutro segmento da norma da al. d) do nº 1 do art.º 86 da Lei 5/2006 de 23-2;
- Argumento sistemático com foco gramatical – remete para o emprego do termo idêntico noutra disposição legal, argumentando a interpretação sobre outra disposição para justificar a interpretação da norma que se quer interpretar.

Histórico-Evolutivo

Os vários elementos entre o argumento histórico e o argumento evolutivo são muito próximos. Portanto, os elementos até às promulgações fazem parte do argumento histórico, enquanto os elementos do que aconteceu a seguir pertencem ao argumento evolutivo.

- Argumento histórico – elementos relevantes para a interpretação da lei que aconteceram até à sua promulgação.

Respeita à justificação da fonte – o que é que motivou a produção da fonte, que factos levaram o legislador a produzir uma lei sobre uma determinada matéria, que necessidades eram satisfeitas pela fonte no momento da sua produção³⁷.

Está consagrado no art.º 9 n.º 1 CC, onde se diz “circunstâncias em que a lei foi elaborada”.

Devem considerar-se:

- Aspectos objetivos – situação social e jurídica existente no momento da formação da lei;
 - Precedentes normativos históricos – leis que vigoraram no passado;
 - Precedentes normativos comparativos – leis vigentes em outros ordenamentos jurídicos que no momento da formação da lei³⁸;
 - Precedentes doutrinários;
 - *Occasio legis* – realidade política, social, económica, cultural, científica, ou outra, que existia no momento da formulação da lei e que tenham relevância na interpretação da lei; circunstancialismo social que rodeou o aparecimento da lei;
- Aspectos subjetivos – intenção do legislador (ou dos participantes diretamente envolvidos) que produziu a lei;

Para a sua determinação, devem considerar-se as exposições oficiais de motivos, os trabalhos preparatórios (que incluem os estudos realizados na preparação da lei, os anteprojetos e projetos que antecederam a versão final e a discussão nos órgãos legislativos), os preâmbulos dos diplomas legais e os relatórios explicativos das convenções internacionais.

Exemplo: as razões que estiveram subjacentes à aprovação da Lei 9/2020 de 10 de Abril mantêm-se ainda hoje intocadas, e fazem sentido tanto para aqueles que se encontravam em cumprimento de pena em contexto prisional antes da sua aprovação, como para todos

³⁷ M. Teixeira de Sousa, *Introdução ao Direito*, pág. 357 e ss.

³⁸ J. Oliveira Ascensão, *O Direito, Introdução e Teoria Geral*, pág. 412 e ss.

os outros que entretanto passem a estar, não se vislumbrando ser possível considerar que os seus destinatários sejam unicamente os primeiros, já que todo o universo de reclusos no presente momento continua identicamente em situação de poder ser afetado ou potencialmente poderá sê-lo pela situação de pandemia que ainda legitima a manutenção da vigência da referida lei;

Exemplo de um argumento histórico baseado em aspetos objetivos – a *occasio legis* mantém a sua importância, o que justifica a interpretação extensiva da norma.

- Argumento evolutivo – elementos relevantes que aconteceram entre a promulgação da lei e o tempo de aplicação da lei; “trata-se de saber qual a interpretação que tem sido dada, pela jurisprudência e pela doutrina, a uma determinada lei após o início da sua vigência, ou seja, trata-se de averiguar que novas necessidades, diferentes daquelas que justificaram a sua produção, têm sido entendidas como podendo ser satisfeitas pela lei. Em suma: decisões judiciais, opiniões académicas, novas circunstâncias.

De autoridade

É um subtipo do argumento evolutivo. Este tipo de argumento não recebe uma grande relevância nos manuais. Tem, no entanto, um papel importante dentro dos acórdãos.

A justificação da interpretação é baseada na opinião de uma autoridade, que pode ser o legislador (no caso de uma norma interpretativa, em que o mesmo tenta estabelecer o conteúdo normativo de uma disposição, introduzindo uma norma com essa finalidade), mas também os acórdãos dos tribunais (decisões judiciais) e, em Portugal, a opinião da doutrina (inclusive a estrangeira, com uma particular “paixão” pela doutrina alemã);

Há necessidade de distinguir atendendo ao conteúdo da citação:

- Mero argumento de autoridade – esta é a interpretação porque a autoridade A assim o diz;
- Argumento de autoridade recipiente – esta é a interpretação devido a este argumento anteriormente utilizado pela autoridade A;
Neste caso, há um conteúdo, que é outro argumento interpretativo, sendo a argumentação mais sofisticada, indo para além da opinião.

As normas interpretativas, normalmente, são meros argumentos de autoridade, pois o legislador simplesmente dá o significado pretendido.

Um mero argumento de autoridade é um argumento gramatical? Há uma diferença significativa entre ambos, porque no argumento gramatical a justificação da interpretação oferecida é encontrada na linguagem. No caso do mero argumento de autoridade, a justificação é dada pela opinião da autoridade, que explica o entendimento que a mesma tem sobre a norma. A resposta é não; a autoridade oferece uma interpretação completa.

Exemplo – PIE:

- “Assim o entendem Menezes Cordeiro (14) e Leal Amado (15); e este Supremo Tribunal, em recente acórdão, adotou o mesmo entendimento (16)”;
- A justificação da interpretação é dada simplesmente pela opinião da autoridade que exprime essa opinião → doutrina e jurisprudência → mero argumento de autoridade.

3. Resultados interpretativos

Quando se confronta o que resulta da letra da lei (dimensão semântica) com o seu espírito (dimensão pragmática), verifica-se que pode haver ou não coincidência. Consoante o resultado, pode-se chegar à interpretação declarativa, reconstrutiva (extensiva ou restritiva), corretiva, enunciativa, redução teleológica e revogatória ou ab-rogante.

Declarativa

O espírito da lei, determinado pelos elementos lógicos, coincide com o significado gramatical da disposição. Portanto, a interpretação declarativa é *secundum litteram*, confirmando-se o grau de confiança que se tem no significado gramatical.

Idealmente, o legislador teria capacidade de escrever disposições que exprimissem normas capazes de ser interpretadas de forma declarativa. Porém, às vezes, essa conexão não é confirmada.

De acordo com a influência dos elementos não literais para a compreensão do significado literal da lei, pode distinguir-se entre uma interpretação declarativa³⁹:

- Lata – o significado literal é o mais extenso possível;
Exemplo: palavra “homem” enquanto ser humano do sexo masculino;
- Média – o significado literal é o menos extenso possível;

³⁹ M. Teixeira de Sousa, *Introdução ao Direito*, pág. 374.

- Restrita – o significado literal é o que corresponde ao significado mais frequente da palavra;
Exemplo: palavra “homem” enquanto ser humano independentemente do sexo.

Pode uma interpretação declarativa ser justificada por argumentos gramaticais? Claro que sim. Tudo o que importa é que o resultado da interpretação, mesmo que fundamentada noutros tipos de argumentos, está dentro do sentido literal da disposição.

Reconstrutiva extensiva

Tem-se uma interpretação reconstrutiva sempre que o significado literal pode não coincidir com o espírito da lei e, assim sendo, é necessário “reconstruir o significado da lei a partir do seu texto com apoio no seu espírito”⁴⁰.

A interpretação extensiva ocorre quando o conceito (a norma exprimida pela disposição) tem um âmbito de aplicação mais amplo do que aquilo que é expresso pelo significado gramatical da disposição. Diz-se, assim, que o “resultado da interpretação é mais amplo do que o significado literal da lei”. “Essa fonte permite inferir uma regra que não está abrangida na sua letra”⁴¹. Então, a interpretação extensiva é uma interpretação *praeter litteram* – além da letra.

Exemplo: a proibição da venda de pais ou avós a filhos ou netos deve estender-se à venda a genros e a noras⁴².

Reconstrutiva restritiva

Está-se perante uma interpretação restritiva se o conceito (a norma exprimida pela disposição) tiver um âmbito de aplicação mais restrito do que aquilo que é expresso pelo significado gramatical da disposição. O “resultado da interpretação é mais restrito do que o significado literal da lei”⁴³. Isto significa que “há casos abrangidos por esta letra que não devem ser abarcados pela lei”. A interpretação restritiva é uma interpretação *citra litteram* – aquém da letra.

⁴⁰ M. Teixeira de Sousa, *Introdução ao Direito*, pág. 374.

⁴¹ M. Teixeira de Sousa, *Introdução ao Direito*, pág. 375.

⁴² A. Santos Justo, *Introdução ao Estudo do Direito*, pág. 345.

⁴³ M. Teixeira de Sousa, *Introdução ao Direito*, pág. 377.

Exemplo: a proibição de estacionar em lugar que dê acesso de pessoas ou veículos a propriedade, parques ou a lugares de estacionamento não deve aplicar-se ao dono duma garagem⁴⁴.

A interpretação reconstrutiva é necessariamente apoiada pelo argumento teleológico? Idealmente, sim. Mas atenção: por vezes é difícil distinguir entre considerações sistemáticas e teleológicas.

Corretiva

Dá-se quando é necessária a correção da norma, está-se perante uma interpretação *contra legem sed secundum ius*. “Pode manifestar-se tanto na aplicação da lei a um caso que ela exclui, ou seja, na eliminação de uma exceção prevista na lei, como na não aplicação a lei a um caso que ela abrange, isto é, na construção de uma exceção não prevista na lei”⁴⁵.

“A interpretação corretiva é justificada pela incompatibilidade da fonte com valores jurídicos fundamentais” do ordenamento, como princípios da justiça, confiança e eficiência.

Aparece referida em certas fontes doutrinárias como uma forma mais forte da interpretação reconstrutiva. É difícil, na prática, entender o que “mais forte” ou “mais fraco” significa, por isso tem pouca utilidade prática.

Enunciativa

Consiste em identificar normas que estão implícitas noutras normas. Por exemplo, se é proibido dirigir a 130 km/h na ponte 25 de abril, também é proibido dirigir a 150 km/h. A última ideia seria uma interpretação enunciativa.

Não é estranho recavar uma norma que não tem uma clara conexão com o texto da lei? Faria muito mais sentido falar numa integração da lei – este conceito também será, na prática, desnecessário e confuso (quanto ao que se entende por interpretar uma disposição).

⁴⁴ A. Santos Justo, *Introdução ao Estudo do Direito*, pág. 347.

⁴⁵ M. Teixeira de Sousa, *Introdução ao Direito*, pág. 382.

Redução teleológica

Importante na doutrina alemã e é, em certa medida, “irmão gêmeo” da interpretação restritiva. “A regra contida na lei, concebida demasiado amplamente segundo o seu sentido literal, se reconduz e é reduzida ao âmbito de aplicação que lhe corresponde segundo o fim da regulação ou a conexão de sentido da lei”⁴⁶.

Tem-se o significado gramatical da disposição e, baseado no argumento teleológico, reduz-se o significado dessa interpretação. Pode ser entendido como uma diferente forma de se referir à interpretação restritiva.

Revogatória ou ab-rogante

“É a interpretação em que, concluindo haver uma contradição insanável entre o significado literal e o espírito da lei, o intérprete limita-se a reconhecer que a “fonte” jurídica não apresentam nenhuma norma jurídica”⁴⁷. Ocorre, então, quando o legislador não se apercebeu de uma incompatibilidade com o sistema ou entre vários textos. Considera-se a fonte ineficaz.

É impossível a “salvação da norma” através da interpretação, uma vez que o legislador não foi capaz de representar na norma aquilo que queria, sendo esta absurda, inútil, tendo de ser expulsa do ordenamento jurídico.

Acontece, principalmente, no caso dos advogados ou do ministério público que criticam um acórdão e a interpretação feita pelo Tribunal. É um conceito difícil de identificar de forma clara, pois alguns dos exemplos dados são exemplos de raciocínios baseados em lacunas de colisão.

4. Hierarquias interpretativas

São tentativas de oferecer uma orientação para a atividade interpretativa, através do estabelecimento de regras sobre a relação entre diferentes argumentos. Legisladores, tribunais e académicos têm tentado construí-los, com algum sucesso.

⁴⁶ J. Oliveira Ascensão, *O Direito, Introdução e Teoria Geral*, pág. 427.

⁴⁷ A. Santos Justo, *Introdução ao Estudo do Direito*, pág. 347.

Exemplos:

- Itália – na aplicação da lei, nenhum outro significado lhe pode ser atribuído para além do que se manifesta pelo significado próprio das palavras de acordo com a ligação entre elas, e pela intenção do legislador;
- Corte Constitucional Italiana – o carácter derogatório do princípio da igualdade, típico das normas que consagram as prerrogativas dos órgãos constitucionais, impõe uma ... interpretação estrita das disposições relativas. Portanto, tanto a interpretação extensiva como a análoga são excluídas, mas a interpretação sistemática, que permite uma reconstrução coerente da ordem constitucional, continua a ser possível e mesmo necessária;
- Tribunal de Justiça da União Europeia – a interpretação de uma disposição do direito da UE exige que se tenha em conta não só a sua redação e os objetivos que persegue, mas também o seu contexto legislativo e as disposições do direito da UE como um todo. As origens de uma disposição do direito da UE podem também fornecer informações relevantes para a sua interpretação (C-673/17).

5. Foco – Art.º 9 C.C.

Art.º 9 CC – Interpretação da lei

1 – A interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada.

2 – Não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso.

3 – Na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube expressar o seu pensamento em termos adequados.

Teoria da Norma Jurídica

- “Pensamento legislativo” – força da orientação subjetiva;
- Nº 2 e 3 – introduzem algumas orientações à atividade que pode ser utilizada e desenvolvida com referência ao nº 1;
- Argumento gramatical como centro da atividade interpretativa;
- Nº 1:
 - letra da lei – argumento gramatical;
 - unidade do sistema jurídico – argumento sistemático;
 - circunstâncias em que a lei foi elaborada – argumento histórico;
 - condições específicas do tempo em que é aplicada – argumento evolutivo;
- Nº 2: limite negativo para o despreendimento da letra da lei;
- Nº 3: exigência de um esforço argumentativo para ir além da letra da lei.

Mais complexidade:

- É pela natureza excepcional das leis de amnistia que elas «não comportam aplicação analógica» (art.º 11 CC), sendo pacífico e uniforme o entendimento da doutrina e da jurisprudência de que, pela mesma razão, não admitem as leis de amnistia interpretação extensiva ou restritiva → «devendo ser interpretadas nos exatos termos em que estão redigidas».
 - Um tipo particular de normas excepcionais não tem proibição de interpretação analógica, também é proibido chegar a um resultado que não seja declarativo;
 - Ideia de que a capacidade do legislador de criar hierarquias interpretativas é limitada, pois a doutrina e a jurisprudência também têm um papel muito relevante neste contexto.

6. Casos práticos – prof. João Bernardo

Dois grandes grupos: argumento literal (norma literal e o seu texto) e argumentos lógicos (histórico, sistemática e teleológico). Deve-se ver se há compatibilidade entre a norma literal e os argumentos lógicos a elas associados, resultando (passe-se a redundância), nos resultados interpretativos.

Caso Prático I

A **Adriana** e o **Bruno**, namorados e estudantes da Nova School of Law, estão prestes a ser pais de **Clara**. Suponha que **Adriana**, ao ler as normas que regulam o ensino superior, deparou-se com uma norma que estipulava o seguinte:

«As grávidas e mães têm direito a realizar exames em época especial».

- a) A **Adriana**, após ler o diploma, chegou à conclusão de que apenas as grávidas e mães cujos filhos tenham até três anos de idade gozam deste direito. Qual foi o resultado da interpretação da lei a que chegou a **Adriana**?

Resposta:

A **Adriana** chegou a uma interpretação extensiva da lei, uma vez que a norma exprimida pela lei tem um âmbito de aplicação mais amplo do que aquilo que é expresso pelo significado gramatical da disposição. O resultado da interpretação é mais amplo do que o significado literal da lei. A **Adriana** concluiu que o legislador disse menos do que aquilo que queria dizer, ou seja, será necessário acrescentar algo à própria norma para refletir aquilo que o legislador queria impor.

- b) Suponha agora que **Clara** nasceu e que **Bruno**, fustigado com as horas de sono perdidas, dirigiu-se presencialmente, com **Clara** ao colo, aos serviços académicos da Faculdade para se inscrever na época especial com base naquela norma. Poderia?

Resposta:

Sim, realizando-se uma interpretação extensiva. A razão de ser da norma é facilitar ou garantir que as pessoas que tenham filhos tenham direito a realizar exames em época especial. Dever-se-ia ler “grávidas, mães e pais”, de forma a respeitar também o princípio da igualdade.

- c) Desconsidere as respostas dadas nas alíneas anteriores e suponha que, para acabar com as dúvidas sobre a aplicação daquela norma, a Assembleia da República aprovou uma nova lei que fixa o sentido e o alcance a dar àquela norma, poderia? Essa lei teria efeitos retroativos?

Resposta:

Seria uma lei interpretativa. Poderia fazê-lo (art.º 13 n.º 1 CC), poderia promulgar uma lei que viesse dizer o alcance e o sentido, pela hierarquia que também existe entre regulamentos e leis. Porém, não teria efeitos retroativos, pois poderia frustrar expectativas formuladas legitimamente (a não ser que esta seja mais favorável que a anterior).

Caso Prático II

A **Anabela** foi candidata à Presidência da República nas eleições presidenciais de 2021. **Anabela** era uma candidata pouco conhecida do grande público e sentia-se injustiçada por não ter sido convidada para participar nos debates agendados pelas estações de televisão e rádio pretendiam realizar.

A **Anabela** fazia frequentemente diretos nas redes sociais a criticar a opção tomada, argumentando ter sido vítima de uma estratégia concertada entre todos (i.e., candidatos e estações de televisão e de rádio) para impedir que **Anabela** expusesse a sua capacidade de oratória e ganhasse os votos necessários para ser eleita a primeira Presidente da República Portuguesa.

Após um dos diretos, **Belmiro**, advogado, chamou à atenção de **Anabela** de uma norma de um diploma legislativo que prevê a aplicação de uma coima às publicações informativas que não tratem em igualdade de condições todos os candidatos presidenciais.

Suponha que a norma em causa corresponde a dois novos números do artigo 46.º do Decreto-Lei n.º 319-A/76, de 3 de maio, dispondo o artigo do seguinte modo:

Artigo 46.º

Igualdade de oportunidade das candidaturas

- 1 – Todas as candidaturas têm direito a igual tratamento por parte das entidades públicas e privadas, a fim de efetuarem, livremente e nas melhores condições, a sua campanha eleitoral.
- 2 – As publicações informativas de âmbito nacional devem abster-se de promover eleitoral e diretamente uma ou mais candidaturas em violação do princípio estabelecido no número anterior.
- 3 – Constitui contraordenação grave a violação do disposto no número anterior.

Em face desta disposição normativa, **Anabela** participou das estações de televisão e de rádio em causa junto da **Comissão Nacional de Eleições**. A **Comissão Nacional de Eleições** sancionou as

estações de televisão e de rádio, aplicando-lhes uma coima no valor de € 10.000,00 com o fundamento de terem organizado debates entre todos os candidatos, com exclusão da **Anabela**.

- a) Concorda com a aplicação desta coima?

Resposta:

Começando pelo argumento gramatical, como diz no artigo 9.º CC, a letra da lei mostra que a ação por parte das televisões não foi correta. O argumento sistemático, neste caso, relaciona-se com a igualdade. O argumento teológico é o *ratio* e serve para que as candidaturas sejam iguais.

Por isso, sim, porque, ao abrigo desse decreto, a Anabela não terá sido tratada de forma igual com todos os outros candidatos, sendo violado tal decreto-lei. O valor não sei precisar, mas sendo que foi uma contraordenação, a imposição de uma coima não é algo incorreto e que não decorra implicitamente do disposto na alínea 3.

Tem-se, deste modo, de fazer uma interpretação extensiva porque é preciso ir além de publicações informativas, e o legislador devia ter querido dizer mais do que o que está na letra da lei.

- b) Desconsidere a resposta dada na questão anterior e suponha que a **Comissão Nacional de Eleições** aplicou também coimas, com o mesmo fundamento a **Duarte**, famoso concorrente de *reality shows*, por ter promovido e realizado debates entre todos os candidatos, com exclusão da **Anabela**, na sua página do Facebook que conta com 500 mil seguidores. Considera que **Duarte** poderia ter sido alvo daquela coima? Justifique.

Resposta:

Não poderia ser alvo de uma coima, porque a sua publicação no Facebook não é uma publicação informativa. Aqui o que tenha o mais relevante é o literal e teológico.

- c) Desconsidere as alíneas anteriores e suponha que a eleição em causa se destinava à Associação de Estudantes da Nova School of Law. Suponha agora que a **Anabela** se sentia muito injustiçada por ter sido excluída do debate “presidencial” organizado pela Rádio da Universidade, a **Novádio**. Considera que a **Comissão Nacional de Eleições** poderia aplicar a sanção à **Novádio**? Justifique.

Resposta:

Não regula isto, mas sim para a presidência, (teológico e sistemático) e portanto não interessa.

Caso Prático III

O **Alberto**, licenciado pela Nova School of Law, é um estagiário muito dedicado num escritório de advogados em Lisboa. Certo dia, por ter deixado passar um prazo judicial muito importante, teve uma conversa muito desagradável com advogados mais velhos, perplexos com a sua falha. **Alberto**, desgostoso e infeliz, decidiu almoçar num parque perto do escritório. Suponha que o Regulamento Municipal dos Parques e Jardins do Concelho de Lisboa contém a seguinte disposição:

Artigo X

Interdições

1 – Nenhuma pessoa deve utilizar qualquer área ou instalação dos parques e jardins municipais para qualquer função que não seja para a finalidade para a qual foi concebida, dedicada ou para a qual foi concedida uma utilização especial pelo serviço responsável pelos espaços verdes.

2 – Nos parques e jardins municipais não é permitido:

- a) Fazer uso da água e energia elétrica para fins diferentes daqueles para que estão facultadas;
- b) Permanecer após o seu horário de encerramento, caso exista, salvo nos casos devidamente autorizados pela Câmara Municipal de Lisboa, através do serviço de espaços verdes;
- c) Alimentar animais ou introduzir qualquer espécie animal com o intuito de permanência efetiva nos parques e jardins, autorização prévia da Câmara Municipal de Lisboa, através do serviço de espaços verdes, mediante consulta ao Gabinete Veterinário;
- d) Passear com animais de estimação sem trela e açaime funcional (no caso das raças identificadas na legislação nacional em vigor);
- e) Matar, ferir ou apanhar quaisquer animais que tenham o seu habitat natural ou que se encontrem habitualmente nestes locais;
- f) Retirar ninhos ou peixes e mexer nas aves que neles se encontrem;
- g) Acampar ou instalar qualquer acampamento;
- h) Dormir e pernoitar;
- i) Fazer fogueiras ou acender braseiras;

- j) Destruir, danificar ou fazer uso indevido dos equipamentos, infraestruturas, mobiliário urbano e outros;
 - k) A utilização de áreas, espaços e equipamentos, quando o seu acesso se encontre: interdito, restringido ou reservados;
 - l) Fumar nos parques infantis;
 - m) Fogos-de-artifício, lançamento de balões, e confettis;
 - n) Bebidas alcoólicas fora dos espaços a tal destinados, caso existam;
- (...)

- a) Suponha que **Alberto**, já saciado e angustiado, adormeceu por uns minutos no relvado. Pode **Alberto** ser sancionado nos termos prescritos pelo Regulamento? Justifique.

Resposta:

Art.º X n.º 2 h);

Alberto adormeceu no parque;

Elemento literal: DORMIR E PERNOITAR (não tem um significado próprio e é insuficiente);

Elementos lógicos:

- Sistemático: a epígrafe “interdições”; há um quadro normativo que regula este facto; esta norma só pode ser utilizada para os fins para que foi concebida;
- Histórico: o que esteve na origem da criação desta norma; foi criada para evitar que pessoas pernoitassem no parque;
- Teleológico: existe para regular a utilização dos parques.

Nos casos não se pode utilizar apenas o sentido literal, tem de se utilizar também o sentido lógico para uma compreensão completa. Pode-se encontrar um elemento sistemático, por existir um diploma que tem um conjunto de normas jurídicas aplicáveis ao caso; tem um elemento histórico, pois houve debates sobre necessidades de criação deste diploma; e um elemento teleológico que mostra o que fez estar aqui este diploma, que neste caso, foi regular a utilização do parque. Pode-se interpretar de muitas formas, mas a mais óbvia é que “Dormir e pernoitar” (sentido literal), se encontram na mesma alínea e a palavra “e” faz crer que dormir e pernoitar têm uma razão de ser semelhante. Logo, aqui, o caso do Alberto não foi pernoitar, foi um mero adormecimento de Alberto. O legislador só quis dizer que não podia dormir profundamente e pernoitar no parque, mas nada se refere a estes pequenos acontecimentos como adormecer por uns minutos. Falamos assim de uma interpretação restritiva.

Através da análise dos elementos devemos chegar a um resultado interpretativo:

- Ao dizer “dormir e ...” implica que tenha de haver um contexto de pernoitar, ou seja, o adormecimento não chega para violar a norma;
- Logo, por uma interpretação restritiva, dormir e pernoitar não implica o adormecimento de Alberto – logo, não lhe deve ser aplicada uma coima.

b) Suponha agora que **Alberto**, prestes a regressar ao escritório, foi interpelado pela Polícia Municipal por estar a fumar um cigarro eletrónico. Comente.

Resposta:

Art.º X n.º 2 l);

Alberto fumou um cigarro eletrónico;

Quando o diploma foi aprovado não havia cigarros eletrónicos;

Interpretação extensiva: fumar estende-se para cigarros eletrónicos;

Sendo que no artigo X alínea l) se dispõe que é proibido fumar nos parques infantis, e assumindo que Alberto se encontra num parque infantil, só se dará foco ao ser proibido ou não fumar cigarros eletrónicos nesse local. Outros elementos que se encontram são, por exemplo, o elemento teológico, que mostra que esta alínea servia para que as crianças não tivessem este tipo de comportamentos, e o elemento histórico também se encontra presente. Aqui dever-se-á fazer uma interpretação extensiva porque foi em diploma editado em 1998 e não havia, nessa altura, estes tipos de cigarros, e analisando outras leis mais recentes (elemento sistemático), que se aplicam a situações semelhantes, mostra-se que este está incluído. Portanto, Alberto não pode fumar cigarros eletrónicos no parque.

Caso Prático IV

O **Aníbal** trabalha no El Corte Japonês, onde é consultor de imagem de celebridades.

Sucedo que, em virtude da situação pandémica e do estado de emergência, **Aníbal** está em *lay-off* e perdeu grande parte dos seus rendimentos com o cancelamento de eventos publicitários.

Atente ao Decreto n.º 3-A/2021, de 14 de janeiro, na alteração dada pelo Decreto n.º 3-B/2021, de 19 de janeiro, que regulamentou o estado de emergência decretado pelo Presidência da República

a) Suponha o **Aníbal** decidiu aproveitar o bom tempo para dar um passeio higiénico na Marginal de Oeiras. A meio caminho decidiu fazer umas flexões com os braços apoiados

num banco de jardim. **Aníbal** foi confrontado por **Bruno**, polícia municipal, que advertiu **Aníbal** do crime de desobediência. Comente. Na sua análise tenha em consideração, em especial, os artigos 4.º, 14.º, 34.º, 35.º-A e o Anexo I do diploma referido;

Resposta:

Elemento sistemático: inseridas no diploma, decretado pelo PR → há exceção;

Elemento histórico: estado de emergência, situação pandémica;

Elemento teleológico: regular as regras e as exceções;

Resultado interpretativo declarativo.

- b) Suponha agora que **Aníbal** estava a caminho de casa e decidiu convidar a **Catarina** e o **Diogo** para irem almoçar a sua casa. Os três amigos, com desejos de sushi, ligaram para o Restaurante “*Pêssegos da Georgia*” para fazer a sua encomenda. O funcionário do “*Pêssegos da Georgia*” informou que não disponham serviço de entregas e que «*não utilizavam nenhuma daquelas aplicações e modernices da Uber Eats ou da Glovo*».
- Diogo** sugeriu ligar para uma praça de táxis para que um táxi fosse buscar a refeição ao restaurante. Quando **Flávia**, condutora de táxi chegou à casa de Aníbal, cobrou a tarifa associada, **Aníbal** disse que a tarifa de táxi não podia exceder os 20% do preço cobrado pelo restaurante, pelo que apenas lhe pagaria esse montante. Comente. Na sua análise tenha em consideração, em especial, o artigo 24.º do diploma referido.

Resposta:

Elementos sistemático e histórico semelhantes;

Elemento teleológico: regular a obtenção de lucros no âmbito pandémico para impedir o abuso e proteger os consumidores (tendo em conta art.º 24 nº 1);

Resultado interpretativo declarativo.

Caso Prático V

Suponha que está em vigor a Lei n.º ZZ/YYYY, que regula o mercado dos objetos de elevado valor histórico-cultural, estabelece do seguinte modo

Artigo 1.º

Objeto

A presente lei regula a venda de coisas móveis de elevado valor histórico-cultural em estabelecimento comercial com sede no território português.

Artigo 2.º

Definições

1 – Para efeitos do presente diploma, entende-se por:

- a) ‘coisas móveis’, qualquer coisa corpórea móvel individualizada que possa ser objeto de direito de propriedade;
- b) ‘elevado valor histórico-cultural’, o reconhecimento generalizado da importância singular e inconfundível, no padrão do homem médio, para a história e cultura do país ou mundial;
- c) ‘estabelecimento comercial’, os estabelecimentos físicos de comércio a retalho, devidamente licenciados para o efeito nos termos da legislação aplicável, sitos em território português;
- d) (...)

Artigo 3.º

Forma

1 – (...)

2 – (...)

3 - Os negócios jurídicos que tenham por objeto livros antigos de elevado valor histórico-cultural deverão ser celebrados por documento autêntico ou autenticado.

- a) Considere que a **Albina**, num passeio por Belém, encontrou à venda numa feira um conjunto de livros da coleção “Uma Aventura”. **Beatriz**, vendedora na feira informou que, por um lado, tinha herdado os livros da sua tia, que os tinha pelo menos desde 1990; e por outro, que os livros eram exatamente iguais às versões mais recentes. O negócio jurídico em causa deve ser celebrado por documento autêntico ou autenticado? Justifique.

Resposta:

Sabemos que a feira é um estabelecimento comercial, logo, é passível de ser apreciada por estas normas. Elemento literal não é suficiente para chegarmos a uma conclusão, devido aos conceitos indeterminados presentes. Elemento histórico é irrelevante para estes efeitos. Elemento sistemático tem relevância (em alternativa, não se verificando os pressupostos, aplicar-se-ia a livre forma do contrato). Elemento teleológico importa, pois, o objetivo da norma é proteger os bens móveis comprados, devido ao seu elevadíssimo valor singular e inconfundível para a história e cultura do país. Os livros não terão, neste caso, essa característica singular e inconfundível, apesar de antigos. Conclusão: a resposta é não.

- b) Considere que a Universidade de Coimbra, no âmbito de um histórico leilão das primeiras edições d’Os Lusíadas que tinha nas suas bibliotecas, decidiu convidar a **Cátia**, a **Dolores** e a **Elma** para locucionar uma edição comemorativa daquela obra histórica num *audiobook* lida diretamente de uma das primeiras edições leiloadas. A venda dos *audiobooks* está sujeita e deve respeitar o disposto na Lei n.º ZZ/YYYY? Justifique.

Resposta:

Elemento literal da norma não é suficiente. Temos de perceber se um audiobook é um livro. Fazendo o percurso através dos argumentos, concluímos que os audiobooks não seriam objeto deste diploma. A norma, quando refere o elemento do valor histórico-cultural refere-se ao livro propriamente dito, e não nas reproduções dele (mesmo que consideremos o audiobook um livro). É necessário restringir a norma em si para que abranja apenas os objetos propriamente ditos, e não suas reproduções, muito menos áudios.

Interpretação restritiva.

- c) Considere que a promotora de eventos “**Atchim Atchim**”, por ocasião de um concerto do cantor Harry Styles em Lisboa, decidiu comprar ao **Duque de Bragança** um original muito valioso de Shakespeare. A promotora, para aumentar o preço dos bilhetes decidiu que quem comprasse um bilhete para o concerto, receberia uma página daquele original de Shakespeare.

- i. O contrato de compra e venda celebrado entre a **Atchim Atchim** e o **Duque de Bragança** estaria sujeito à Lei n.º ZZ/YYYY?

Resposta:

Foi celebrado num estabelecimento comercial (?). Vamos supor que sim. Elevado valor histórico cultural da obra original de Shakespeare. Sim. Seria sujeito à compra por documento autenticado (fazer raciocínio através dos argumentos).

- ii. Suponha agora que, com a compra de um bilhete para o concerto, o espetador recebia uma página rasgada daquela obra histórica. A venda dos bilhetes deveria ser celebrada por documento autêntico ou autenticado? Justifique.

Resposta:

Não. O objeto do diploma não é proteger os livros antigos, mas sim regular a forma da venda (que foi regulada na alínea anterior). A venda de bilhetes não está consagrada no diploma, para além do facto de que uma página rasgada não pode considerada um livro, pelo que também não seria regulada por este diploma.

7. Análise de acórdãos

Começa-se com a norma e com a subsunção. Depois identifica-se e classificam-se os argumentos, prestando atenção para fundamentar a escolha.

Caso 1

- Norma – as proibições aplicadas durante a suspensão temporária não são descontadas da punição;
 - Caso – a pena acessória de proibição de conduzir veículos motorizados pelo período de 5 meses; período ao qual devem ser descontados 4 meses respeitantes à injunção de proibição de conduzir veículos com motor, já cumprida no âmbito da suspensão provisória do processo;
 - Subsunção – revogando-se, pois, a decisão recorrida, no segmento que vem impugnado;
1. Mero argumento de autoridade – certa interpretação dada pelo STJ em acórdão de fixação de jurisprudência (3/2009) – o conteúdo da citação é simplesmente uma norma que estabelece a proibição, num contexto, de fazer um desconto da medida cautelar;

2. Mero argumento de autoridade – o juiz baseia-se em normas que foram recavadas por interpretação do STJ, em função de fixar jurisprudência, que fala em não permitir o desconto;
3. Argumento gramatical – juiz tenta convencer o leitor e as partes de que essas palavras, de uma forma direta e explícita, sugerem a tese de que é proibido o desconto. Tenta usar a linguagem comum para justificar essa posição – faz isto porque claramente, na grande maioria de contextos, o legislador ideal escreveria textos que teriam como resultado uma interpretação declarativa: diz-nos que, pela letra da lei, seria fácil a qualquer pessoa deduzir que o desconto é proibido;
4. Argumento teleológico, na sua versão negativa, de forma objetiva (?) – temos uma versão claríssima do ponto de vista geral. O legislador falou de forma tão clara sobre este ponto, que se tivesse vontade de identificar uma exceção num caso concreto, ele deveria ter falado isso. Se não falou, podemos concluir que não quis, claramente, falar. Forma objetiva, legislador racional, porque conecta-se não com o esquecimento hipotético do legislador histórico (exclui-se essa hipótese), mas com a vontade intrínseca de um legislador ideal – não falou porque não quis, tendo em consideração o facto;
5. Argumento teleológico, na sua versão objetiva + argumento sistemático, com foco teleológico – razão de ser da norma, nem se falando em intenção de legislador nem na possibilidade de as coisas serem diferentes – quando se fala na natureza de um instituto jurídico entende-se como uma referência à função que o instituto jurídico tem dentro do ordenamento – ambos os argumentos são muito conectados, estando ambos presentes com intensidades diferentes;
6. Argumento teleológico objetivo + argumento teleológico subjetivo – a proibição de dirigir o carro esgotou a sua finalidade no contexto processual da suspensão provisória, logo, a conduta de não poder dirigir tinha uma função que acabou, então temos mais um elemento objetivo, não se justifica reconsiderar aquela prestação num contexto posterior + falta de qualquer intenção por parte do legislador, reconstruída de forma subjetiva, dando uma grande importância argumentativa à identificação da vontade do legislador;
7. Argumento teleológico negativo, na sua aceção subjetiva;
8. Argumento de autoridade recipiente, no qual se inserem um argumento sistemático gramatical, argumentos gramaticais com linguagem jurídica e um argumento sistemático teleológico objetivo.

Caso 2

- MP não consegue convencer o juiz;
 - Norma – o perdão previsto da lei 9/2020, de 10/04 ... não é aplicável aos condenados que ainda não eram reclusos à data da sua entrada em vigor, mesmo que a sentença condenatória tenha transitado em julgado antes dessa data;
 - Caso – a reclusão iniciou-se depois do momento de promulgação da lei, todos os outros requisitos se aplicavam. Será que o artigo exprime uma norma que se aplica a todos os reclusos condenados à data de aplicação da lei (e não os que foram condenados após a promulgação)? Se a resposta é sim, o âmbito de aplicação da norma é mais restrito e a subsunção seria “o condenado não é perdoado”;
1. Argumento de autoridade recipiente, com um argumento sistemático com foco gramatical (de linguagem corrente – “menção expressa”);
 2. Argumento teleológico objetivo – finalidade da lei em si, não há mediação com a vontade do legislador + argumento sistemático teleológico – levam-se em conta os princípios gerais do Direito, que contribuem para identificar os objetivos que a norma pode, validamente, prosseguir + argumento histórico objetivo – *occasio legis*, neste caso a situação sanitária (epidemia levou à criação desta norma);
 3. Argumento teleológico objetivo com foco negativo – ideia de que nenhum legislador minimamente razoável poderia ter querido a interpretação que o Ministério Público não gosta: é um absurdo para o MP aplicar a norma com aquela interpretação, pois um legislador não poderia criar uma norma que tivesse essas consequências absurdas. Objetivo pois não se reconduz ao legislador histórico, mas sim a um qualquer legislador minimamente razoável;
 4. Argumento histórico objetivo – *occasio legis* – “razões sanitárias muito específicas” + argumento teleológico objetivo – pois é a lei que “está falando”: “estamos perante uma lei que previu um perdão por razões sanitárias muito específicas” + argumento sistemático baseado num princípio de tipo formal;
 5. Argumento teleológico objetivo com foco negativo – não pretenderiam (legisladores minimamente razoáveis) transformas um “perdão excepcional numa amnistia de crimes”, desvirtuando o objetivo e a finalidade da lei – não podemos aceitar um legislador que obrigue os seus tribunais a esse tipo de trabalho “inglório”;
 6. Argumento sistemático teleológico – relacionamento entre a norma interpretada e um princípio (princípio da igualdade).

Caso 3

- Norma – a alínea d) do art.º 7º da lei nº 29/99, de 12 de maio, abrange os crimes puníveis com pena de prisão não superiores a 1 ano, com exclusão dos cometidos através da comunicação social; abrangendo uma multa complementar, neste caso, ou não?
 - Caso – saber se se concede amnistia a alguém que teve praticamente 1 ano de prisão com uma multa, pois fica a questão;
 - Subsunção – a norma aplica-se (ele foi amnistiado), pois a multa complementar não releva.
1. Argumento gramatical baseado em linguagem corrente – interpretação literal da norma. Fala-se em “expressamente”, com ligação direta entre as palavras e o leitor, sem alguma necessidade de fazer referência à juridicidade destas palavras;
 2. Argumento gramatical baseado em linguagem corrente – fala-se no significado literal da palavra, numa tradução do significado clássico;
 3. Não há argumento gramatical de linguagem jurídico, não existe – reforça-se o argumento gramatical de linguagem corrente + Argumento de autoridade recipiente do argumento gramatical baseado na linguagem corrente – menção ao entendimento de “amnístia” pela jurisprudência e pela generalidade da doutrina nacional e estrangeira, e a conexão deste argumento com a justificação da interpretação consoante a linguagem comum;
 4. Mero argumento de autoridade – conteúdo da citação ajuda a identificar a norma, simplesmente;
 5. Argumento de autoridade recipiente de um argumento sistemático teleológico – doutrina, que desenvolve relação da amnistia com o papel de vários institutos dentro do ordenamento jurídico;
 6. Argumento de autoridade recipiente (depois, no texto) com um argumento histórico objetivo (antes, no texto);
 7. Argumento de autoridade recipiente, com um argumento sistemático teleológico – comparação entre a função de institutos diferentes;
 8. Argumento sistemático (teleológico);
 9. Mero(s) argumento(s) de autoridade (9 e seguintes).

8. Resumo

A letra da lei nem sempre dispõe imediatamente o seu sentido, pelo que é necessário fazer o exercício interpretativo. As querelas que influenciam o pensamento interpretativo são:

- **Objetivismo vs. Subjetivismo** – no objetivismo o objeto é a lei e o que esta pretende expressar, enquanto no subjetivismo o objeto é o legislador e o que este quis dizer ao legislar;
- **Atualismo vs. Historicismo** – a doutrina atualista atende principalmente ao dinamismo da vida humana, interpretando a norma de acordo e em conformidade com as concepções sociais do momento, ao passo que o historicismo se foca nas circunstâncias aquando da aprovação e elaboração da norma.

Em relação aos argumentos interpretativos, podem-se dividir em dois grandes elementos a que o aplicador de direito recorre para aferir o sentido e alcance da norma, o elemento literal e o elemento lógico:

- **Elemento Literal** – o texto da norma jurídica em si, e deve ser o ponto de partida de qualquer interpretação. Pode ter função positiva, eliminando todos os sentidos que não têm qualquer relação com o texto da lei, ou função negativa ajudando a determinar o sentido mais prevacente no caso de a norma ter mais do que um;
- **Elemento Lógico** – consiste no espírito da lei, ou seja, aquilo que a norma pretende transmitir. Subdivide-se em três, elemento teleológico, elemento sistemático e elemento histórico.

Finalmente, após a determinação dos elementos que suportam a perspectiva interpretativa, pode-se chegar a diversos resultados interpretativos:

- **Interpretação Declarativa, Extensiva, Restritiva, Ab-rogante, Corretiva e Enunciativa.**

LACUNA E INTEGRAÇÃO

1. Observações gerais

O ordenamento jurídico português não é completo, ou seja, não existem normas para tudo. Nestas situações tem-se lacunas, falta de uma norma jurídica para um caso específico, e por isso criam-se mecanismos de integração de lacunas.

Este processo de integração só pode ter lugar depois de se fazer a interpretação das normas que se poderiam subsumir ao caso, pois através dos elementos interpretativos poder-se-ia chegar a uma interpretação extensiva.

Lacuna – existe um caso, mas falta uma norma jurídica aplicável ao mesmo; “ausência duma norma jurídica que permita resolver uma situação da vida social que reclama uma solução jurídica”⁴⁸; “a lacuna não é a falta de regulamentação expressa (lacuna *legis*), mas a falta de qualquer regulamentação (lacuna *iuris*)”⁴⁹.

Integração – todas as técnicas que se podem utilizar para colmatar essa lacuna; o fundamento dessa atividade e os seus limites encontram uma base muito importante nos artigos 10º e 11º CC (o primeiro disciplina de forma positiva a integração da lei).

Art.º 10 CC – Integração das lacunas da lei

1 – Os casos que a lei não preveja são regulados segundo a **norma aplicável aos casos análogos**.

2 – Há analogia sempre que **no caso omissis procedam as razões justificativas** da regulamentação do caso previsto na lei.

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

Nº 1 – por analogia pode-se aplicar uma norma cuja situação não estava prevista inicialmente; este número indica que os casos omissos (não previstos inicialmente) são regulados.

⁴⁸ A. Santos Justo, *Introdução ao Estudo do Direito*, pág. 349.

⁴⁹ M. Teixeira de Sousa, *Introdução ao Direito*, pág. 385.

Nº 2 – sempre que as razões justificativas do caso omissis forem iguais às do caso regulamentado por lei, o que decorre do princípio da igualdade (aquilo que motiva a aplicação da norma nos casos regulamentados também motiva a aplicação da norma no caso omissis).

Tem-se um caso análogo quando há algumas semelhanças relevantes. Tem de ter a ver com algo que seja significativo do ponto de vista prático – os objetivos, as finalidades, as “razões justificativas”; são elementos de natureza teleológica (seja na intenção do legislador histórico, seja da função objetiva da lei) ou elementos sistemáticos (princípios) que se têm de utilizar para identificar uma semelhança que seja forte o suficiente para justificar a aplicação da norma, por analogia, ao caso que não é regulado.

Nº 3 – na falta de caso análogo o intérprete deve resolver a situação segundo uma norma hipotética que este criaria se tivesse de legislar dentro do sistema.

O ordenamento jurídico português, quando não há forma de encontrar um caso análogo, adotou a solução oferecida pelo ordenamento jurídico suíço: tentar identificar a norma que o intérprete criaria, se tivesse de legislar de acordo com o espírito do sistema. Não há o limite de aplicar uma norma que já exista, baseada na semelhança, sendo o poder o de “criar” uma norma, estabelecendo o seu âmbito de aplicação e a consequência dela. O intérprete criador não tem liberdade de escolher qualquer norma, tem de justificar aquela que escolhe com uma referência às características do ordenamento jurídico e basear a sua escolha nas características do mesmo.

Este poder é limitado através do art.º 11 CC, que limita o poder de utilizar a analogia no caso de normas excepcionais. Isto aplica-se mesmo quando os casos têm as mesmas razões justificativas, pois não se pode aplicar normas de forma análoga. Porém, admite-se uma interpretação extensiva. Porquê? As normas excepcionais regulam um regime contrário ao regime geral; ao aplicar uma norma excepcional por analogia está-se a criar uma nova exceção, contrária ao regime geral.

Art.º 11 CC – Normas excepcionais

As normas excepcionais não comportam aplicação analógica, mas admitem interpretação extensiva.

É possível dizer que existe uma lacuna antes de ter uma interpretação da lei? Não. Uma lacuna é a falta de norma. Sem interpretação das fontes do direito relevantes, não se consegue identificar as normas, uma vez que estas são o conteúdo das fontes do direito, extraído através da interpretação da lei.

2. Incompletude no sistema

- Tese – tudo o que não é explicitamente proibido é permitido:

Será que existem realmente casos onde não há uma norma jurídica aplicável?

Se esta tese for verdade, não há lacunas, logo não faz sentido que exista o art.º 10 CC;

A mesma ideia que justifica a limitação da liberdade num determinado caso regulamentado, é tão forte que justifica a mesma aplicação num caso que não é regulamentado → prevalência do elemento teleológico;

Corolário – ideia da completude do sistema – aceitando esta tese, o sistema está completo, uma vez que dá sempre uma resposta ao caso concreto;

Objeção – a ideia de se focar só nas condutas que sejam explicitamente proibidas baseia-se numa visão da atividade interpretativa e do raciocínio jurídico que está excessivamente conectada com uma ideia da vontade do legislador;

Rejeitando esta tese, faz sentido ter os art.º 10 e 11 CC e admitir a existência de lacunas;

Levanta-se o problema teórico – quando é que se pode dizer que realmente existe uma lacuna, do ponto de vista do ordenamento jurídico – lacuna como incompletude (falta uma norma que se encaixaria dentro do ordenamento) contrária ao plano do ordenamento jurídico.

- Dois tipos de incompletude – contrária ao plano (lacuna) ou não contrária ao plano (todos os casos onde o legislador não permite o uso da aplicação de normas através da analogia) – onde a analogia é proibida, o sistema é fechado;

Corolário – quando o sistema é fechado, não há qualquer lacuna porque a incompletude não é contrária a um plano.

- Tese – o sistema não está completo, mas é completado, através da integração:

Segundo esta tese, existe uma incompletude (lacuna) no sistema, mas este não é incompleto porque elimina-se essa incompletude por trâmite da analogia. Se esta colmata a lacuna, depois da aplicação analógica da norma, não existe mais nenhuma lacuna, então completa-se o sistema;

- “Eu” (intérprete) vou criar a regra hipotética (por trâmite do poder dado pelo art.º 10 n.º 3 CC) e o sistema vai ser completado;
- A aplicação analógica da norma ou aplicação da regra hipotética (atividades integrativas) levam à completude do sistema;

Problema desta tese é – a integração da lei é fonte de direito? Não! Então, através da integração, não se está a criar normas jurídicas, não se está a criar normas definitivas. Um outro intérprete, perante o mesmo caso, pode não colmatar a lacuna da mesma forma – falta a obrigatoriedade para o decisor sucessivo decidir da mesma forma. Logo, a integração é uma forma de colmatar a lacuna no caso concreto, mas não estabelece como

devem ser resolvidos os casos futuros com as mesmas características (estabelece como pode ser resolvido, mas não necessariamente, como deve). Logo, o sistema permanece incompleto.

“Os sistemas jurídicos podem ser incompletos ao nível das fontes – e, por isso, podem possuir lacunas –, mas são sempre completos ao nível das regras quando admitem critérios de integração de lacunas extraídos deles próprios. O sistema jurídico pode não comportar uma fonte para algo que é juridicamente relevante, mas, quando esse sistema manda integrar a lacuna com os recursos fornecidos pelo próprio sistema, há sempre nele solução para tudo o que seja juridicamente relevante. Portanto, o sistema pode ser lacunoso ao nível das fontes, mas é sempre completo ao nível das regras que fornecem as soluções para os casos com relevância jurídica. É por isso que se pode falar de uma incompletude no sistema, mas não de uma incompletude do sistema”⁵⁰.

- Teixeira de Sousa (pág. 390) – existe um espaço livre de direito; alguns tipos de conduta e de relações sociais não têm relação com o direito; para além da incompletude do sistema, fala em limite do sistema (nem todas as condutas humanas têm relação com o sistema):
 - Exemplo: cumprimentar um colega no corredor; caridade para com os pobres;
 - Problema: como é que se percebe que (não) se está no espaço livre do direito?
Resposta do prof. – se não há obrigação ou proibição, é permitido.

3. Classificação das lacunas

- Lacunas normativas e lacunas de regulação:
 - Normativas – num conceito mais restrito de lacuna, falta uma norma; falta de uma regra jurídica ou incompletude numa regra jurídica;
 - De regulação – num conceito mais amplo de lacuna, falta a regulação da matéria em questão no ordenamento jurídico; falta de todo o regime jurídico; falta de um critério regulativo qualquer para resolver o caso.
- Lacunas intencionais e não intencionais:
 - Intencionais – quando o legislador não quis regular uma determinada matéria;

⁵⁰ M. Teixeira de Sousa, *Introdução ao Direito*, pág. 389-390.

- Não intencionais – quando o legislador, por equívoco ou imperícia, não regulou uma determinada matéria.
- Lacunas iniciais e subsequentes:
 - Iniciais (ou primárias) – são as que se verificam desde o início de vigência de um regime jurídico:
 - Subsequentes (ou secundárias) – são as que sobrevêm, por razões de evolução social, técnica económica ou outra, ao início da vigência de um regime jurídico.
- Lacunas patentes e ocultas:
 - Patente – resultam da falta de uma regra ou de um regime jurídico que é imediatamente detetada;
 - Ocultas – decorrem de uma interpretação ab-rogante; numa primeira análise, parece haver uma regra jurídico que regula a situação, mas, após a interpretação ab-rogante, verifica-se que, afinal, não há nenhuma regra aplicável à situação; Ex.: a lacuna de colisão é um exemplo de lacuna oculta, pois tem de se interpretar duas normas, perceber que estão em conflito e concluir que, por causa deste conflito, falta uma norma.
- Lacuna política ou axiológica/de valor – quando o aplicador de direito pensa que uma lacuna deveria existir, mas não existe (não é uma verdadeira lacuna jurídica, e por isso não é uma lacuna);
Ex.: sou machista; para mim, o ordenamento é totalmente lacunoso, faltam normas que se conduzam a uma sociedade ideal onde as mulheres fiquem em casa a cuidar dos filhos. Outro exemplo é o André Ventura.
São meras opiniões e lacunas políticas. Faz todo o sentido, no espírito do ordenamento jurídico, que não existam normas nesses sentidos – não é uma lacuna contra o plano jurídico.

4. Analogia *legis*

Consiste na aplicação de uma norma por analogia – aplica-se ao caso Y a consequência que a norma N estabelece para o caso X (e N não se aplica a Y). É preciso provar que há uma incompletude que é contrária ao plano jurídico.

São situações diferentes, mas se as razões justificativas do regime aplicável a um caso aplicam-se também a outro, a norma aplica-se de forma analógica a este último.

A aplicação da norma de forma analógica é feita com base nas razões justificativas semelhantes entre casos (requeridas pelo art.º 10 CC).

Exemplo:

- Pensão de sobrevivência ao cônjuge e filhos do beneficiário no acordo coletivo de trabalho para o sector bancário;
- Neste caso, não casamento, mas união de facto;
- “a Lei 7/2001 reconhece o direito do unido de facto à proteção social, na eventualidade de morte do beneficiário e pressupõe que esse direito seja concretizado por aplicação, quer do regime geral, quer de regimes especiais de segurança social”;
- “Não podendo equiparar-se a união de facto ao casamento, é notória a aproximação entre as duas situações quanto aos efeitos em vários domínios, nomeadamente no direito de segurança social”;
- “pelos motivos acabados de referir e por, no caso do unido de facto, procederem também as razões que justificam esse regime, deve recorrer-se, por analogia, às regras que disciplinam os termos em que é analogia concretizado o correspondente direito do cônjuge sobrevivente do beneficiário (cl^a 120^a)”.

5. Limites

Existe certos limites à aplicação analógica que servem o propósito de restringir o poder estadual (que teria grande liberdade para condicionar os direitos dos indivíduos).

A analogia não é admitida em caso de:

- Normas que qualificam um facto como crime, que definem um estado de perigosidade, que determinam uma pena ou uma medida de segurança (direito penal);
- Lacunas resultantes de normas tributárias (direito fiscal e tributário) abrangidas na reserva de lei da AR;
- Normas excepcionais de carácter substantivo (mas admitem interpretação extensiva).

Quando é que uma norma é excepcional? Pode-se distinguir as normas excepcionais pelo carácter formal e carácter substantivo – e se se tiver uma norma excepcional de carácter substantivo não se pode fazer integração análoga:

- Carácter formal – uma exceção à norma geral, mas baseada nos mesmos princípios da norma geral;

- Carácter substantivo – se entrar em jogo um novo princípio ou se a norma for contra os princípios gerais do setor em causa ou se os académicos e juízes concordarem na perceção da norma como substantiva.

6. Analogia *iuris* e regra hipotética

A analogia *iuris*, consiste na aplicação analógica de um princípio ou conjunto de princípios a um caso. É difícil de identificar, uma vez que é difícil distinguir regras e princípios. Assim, por vezes, os casos podem ser julgados por analogia com base em princípios, em vez de serem julgados por analogia com base em leis.

Uma regra hipotética ocorre quando, na falta de um caso análogo ao caso omissivo, a lacuna é preenchida através da regra que o intérprete criaria se tivesse de legislar dentro do espírito do sistema (art.º 10 n.º 3 CC).

Confere maior liberdade ao "intérprete" e é baseado no elemento sistemático – como tal, tem de ter em conta o espírito do sistema /limite).

7. Sistematizações

Enquadramento no programa:

- Direito enquanto ordem normativa – o direito é feito por um processo dinâmico; perceber a realidade (o que tem e não tem de ser regulado); o direito tem uma natureza imperativa, coercível, mais prática que outras ordens normativas;
- Direito enquanto sistema – composto por normas, palavras, válvulas de escape, cláusulas gerais e conceitos indeterminados, que se interligam e que unificam este sistema, fundado também em princípios – propósito que serve a lei, porque faz com que ela seja segura, perdure no tempo e regule uma multiplicidade de situações que representam o Sistema. Essas mesmas válvulas também representam aquilo que o direito pretende regular enquanto um organismo vivo e social;
- Normas jurídicas – classificação. Alcança-se a norma através do texto da lei. Diferenciação entre a previsão (antecedente – situação predeterminada que a própria norma pretende atingir) e a estatuição (consequente – da previsão realizada);
- Normas e princípios – estes últimos subsumem-se às normas, mas não se revelam expressamente em nenhuma norma. São valores e ideias imanentes à própria sociedade e que têm uma relevância jurídica. São formulados de forma mais geral e mais abstrata;

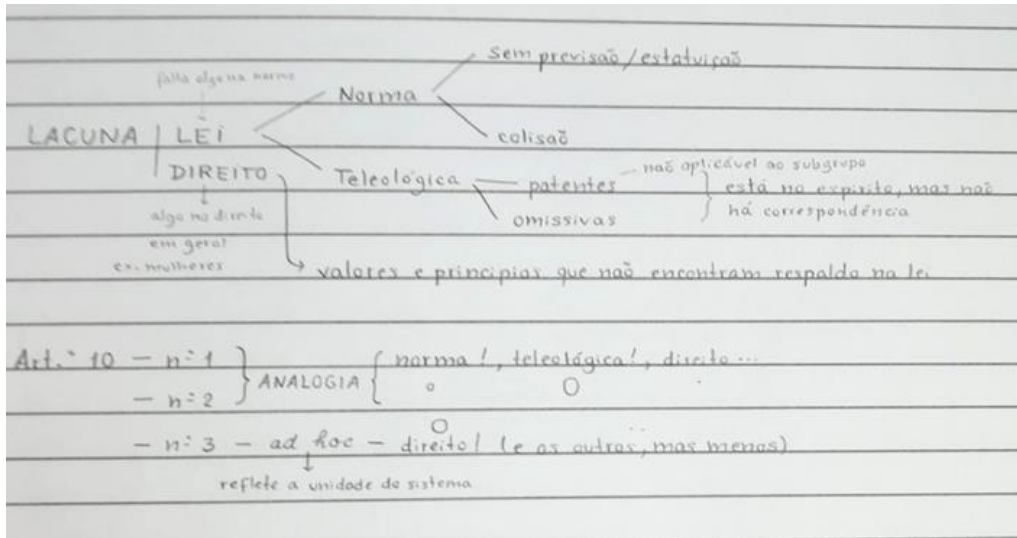
- Interpretação – leis, direito e normas existem. Elementos de interpretação existem. Tem-se resultados interpretativos;
- Tudo isto está relacionado. “Hoje daremos a integração, na próxima semana falaremos sobre a feitura de leis (legística). Depois falaremos sobre aplicação da lei no tempo. Para terminar, falaremos sobre a aplicação da lei no espaço”.

Integração da lei:

- Direito substantivo (material) – regras jurídicas que existem que regulam a nossa vida; Direito adjetivo (processual) – regula as fases processuais da tramitação em tribunal. Será necessário interpretar direito material e processual, assim como integrar lacunas em ambos;
- As regras interpretativas da lei são diferentes das regras interpretativas de um contrato – a deste último tem uma relação jurídica que as partes estabelecem, onde há um diálogo, declarações (na interpretação destas, nada importa o elemento sistemático, por exemplo, ou os outros; tem de se perceber as vontades das partes);
- Quando se interpreta a lei, interpretam-se relações jurídicas com valor jurídico porque a Constituição diz. Os contratos têm validade jurídica porque as partes lhes deram essa mesma validade por acordo, passando a ser transponível e passível a ser alvo de uma decisão do tribunal;
- Lacunas – falha, falta. Há algo que deveria ter existido, mas não existe. Falta algo, onde? Na realidade jurídica, não apenas na lei. O ordenamento jurídico tem princípios, leis, costumes (convicções de que há uma situação própria para regular qualquer situação). A lacuna surge quando é necessária uma regulação, mas ela não existe;
- Há situações jurídicas que não precisam da lei, não são lacunas – até porque ela não deveria existir. Por vezes, essa foi a pretensão do mundo jurídico em que nós vivemos – opção jurídica, decisão do legislador em não regular aquela situação. Não representam situações que o legislador não conseguiu regular, mas sim que não quis regular;
- Há situações análogas que resolvem a integração da lacuna;
- O mundo está em evolução constante – a evolução não permite a existência de um legislador que tudo regula, por vezes há falha, por vezes não se regula porque o legislador não consegue acompanhar essa evolução (porque a sociedade é dinâmica);
- Também há situações sensíveis, pois a convicção da sociedade não está ainda bem definida e o legislador não se sente capaz de criar normas gerais e abstratas para regular aquela situação;
- Tem de se encontrar a solução para colmatar essa falha;

- 0º há uma realidade jurídica – 1º situação jurídica – 2º norma que se aplica às situações jurídicas – 3º interpretação da norma – 4º é suficiente a regulação ou existe /não regula (existe uma lacuna, que deve ser integrada);
- Art.º 8 C.C. e 3º nº 2 do Estatuto dos Magistrados Judiciais – razão para a necessidade de integração da lei. O ordenamento jurídico tem sempre de regular situações, tem sempre de dar resposta às falhas. A integração é uma obrigação dos juízes;
- Duas formas de integrar lacunas:
 - Art.º 10 nº 1 e 2 – analogia – semelhança entre casos (exemplo: discutiu-se nos EUA, tendo em conta a regulação de furtos nos quartos de hotel, como se regulariam os furtos em barcos. Deveria ser aplicado o primeiro diploma para disciplinar as situações dos segundos casos? A resposta foi sim, pois há uma semelhança nas situações jurídicas);
 - Art.º 10 nº 3 – criação de uma norma *ad hoc* pelo juiz se fosse legislador naquele caso concreto. Altamente excecional (“na falta de caso análogo ... “). É raro isto acontecer. O que é “resolver segundo a norma que o próprio intérprete criaria se tivesse de legislar dentro do espírito do sistema”? Juiz tem um caso específico para o qual não encontra legislação análoga. Pensa “se eu fosse legislador e criasse normas gerais e abstratas com base na representação da realidade jurídica que eu pretendia criar?” e cria uma norma jurídica, que vai encontrar uma solução para o caso concreto. É o juiz que se “veste” de legislador, encontrando uma solução normativa para o caso, geral e abstrata (ao contrário da equidade). A norma criada pelo juiz será criada para aquele caso concreto como se geral e abstrata fosse, como se fizesse parte do sistema;
- 3 tipos de lacuna:
 - Lacunas de normas – normativas – existem lacunas, sendo a mais comum a de colisão (temos duas normas para o mesmo caso) mas também as em que há falta de norma (de todo);
 - Lacunas teleológicas – de regulação, significam situações semelhantes, encontram-se soluções jurídicas com base na razão de ser da norma, encontra-se a lacuna com base na interpretação da teleologia;
 - Lacunas de princípios – o que encontra a regulação são determinados princípios que vão necessitar de norma que os regule implicitamente;
 - 2 primeiras – analogia. Última – ad hoc;
- Por regra, a solução faz-se por analogia, por aplicar a casos normas aplicáveis a casos semelhantes.

Teoria da Norma Jurídica



PRODUÇÃO LEGISLATIVA

Como se criam normas? Há maneiras científicas e processos mais corretos de produção legislativa. Porque é que aparece legislação nova? Como é que se dá o “pontapé de saída”? A iniciativa é dos deputados, é verdade, mas há um momento anterior a este a considerar. É importante ter em conta todo o contexto para se perceber o resultado e garantir uma interpretação válida ao longo do tempo.

Só aparecem novas normas se, a dada altura, for identificado um problema novo → novo problema ou situação social/falha/lacuna. Como se descobre que há um problema? Quem os coloca?

Há várias maneiras de revelar um problema: perante um caso concreto (como o caso dos migrantes e suas condições de vida em Odemira) – casos reais que levantam questões assumidas como relevantes para o direito e para a sociedade (social e politicamente relevantes). Um caso pode gerar clamor social e ser importante, e quando isto acontece é natural que venha a surgir alguma norma, legislação ou “afinação” nova.

O Ministério Público pode reclamar (tem esse poder), influenciar ou sugerir (sem iniciativa legislativa) a criação ou alteração de leis tendo em conta o panorama social vivido ou um caso concreto “de peso”.

As leis são produzidas através de um processo legislativo formal. O objetivo desta matéria é entender a norma jurídica no âmbito do seu meio de produção (nomeadamente *occasio legis*).

Em Portugal os órgãos produtores de lei são a Assembleia da República, o Governo e as Assembleias Legislativas Regionais (com iniciativa legislativa):

- Projeto de Lei – Assembleia da República (deputados e grupos parlamentares);
- Proposta de Lei – Governo, Assembleias Legislativas Regionais.

Petições populares – não é exatamente uma iniciativa legislativa (de acordo com a CRP não é possível um grupo de cidadãos, através de petição, obrigar o Parlamento a legislar sobre uma certa matéria), mas pode propor um articulado normativo em concreto e, se atingir um número de assinaturas relevante, tem direito a ser discutido no plenário da AR (30000 assinaturas). O desenlace de uma petição popular pode ser muito diversificado. Tipicamente, quando há assuntos quentes do ponto de vista legislativo, também há petições a “mexerem-se”.

Tema suscitado pelo PR – recomendar que se olhe para determinada matéria (o atual PR tem chamado muito à atenção para vários temas).

Manifestações e greves – tendências que a sociedade vai manifestando. A ação de massas pode levar à criação de nova legislação. Traduz a relevância de um conjunto de matéria (caso da lei do clima – a manifestação sobre o clima foi relevante para os deputados ganharem consciência sobre a necessidade de legislar sobre esta matéria).

Tipicamente, a legislação nasce de **programas eleitorais** – quando há um tema importante, manifestações, consciência social sobre certas questões, o que é natural é que isto venha influenciar os programas eleitorais, que são uma síntese entre o pensamento ideológico dos vários partidos e os problemas que aparecem. Dão a matéria de base quer aos partidos, quer ao próprio Governo.

A legislação evolui e as normas são criadas quando são identificados problemas (identificados a partir de fontes muito diversas). Quando se olha para uma norma a ser aplicada a um caso concreto, convém olhar também para o contexto da criação da norma naquele momento, compreendendo aquilo que foi vertido para a norma no momento em que foi criada, para se poder fazer uma interpretação e uma aplicação correta da mesma.

Associações (sociais ou económicas) – também são importantes no contexto de criação de leis. Por exemplo, as ordens profissionais são uma fonte de legislação, porque conhecem muito bem os problemas do setor onde estão inseridas e têm uma relação de pressão e defesa daquele setor ou das questões relacionadas com aquele setor. Por outro lado, existem os parceiros sindicais (como a CGTP) ou confederações de certos setores que procuram levar a bom porto determinadas alterações legislativas que decorrem do seu conhecimento de problemas que acontecem no terreno.

Pode haver legislação que advém de situações externas que condicionam a ação legislativa – Direito da UE e Direito Internacional. Decorrem, das convenções que Portugal assina, obrigações internas, que envolvem certos ajustes legislativos. As diretivas e decisões/quadro são importantes.

Há temas que aparecem sem pré-aviso – caso da pandemia – legislação em função do estado de emergência, legislação para mitigar os efeitos económicos negativos da pandemia, etc. – tudo isso nasce de situações disruptivas, completamente novas.

Legislação externamente imposta – TROIKA em 2011 em virtude da crise internacional com muito impacto europeu. Havia um caderno de encargos que implicavam imensas alterações legislativas e limitavam novas legislações que se quisessem lançar. A TROIKA verificava se o Governo cumpria o acordado em virtude do programa de assistência.

O que se pode fazer desde a ideia/problema/solução até à redação da lei para se ter legislação aprovada e em vigor? Há ciência para fazer boa legislação. Quando se precisa de passar da ideia até à redação da lei, tem de se saber exatamente o que se vai querer fazer. Como é que se define os objetos e os objetivos, quem tem de cumprir, quem é visado, implicações sociais e sociológicas, etc.

1. Pontos para passar da ideia para a redação da lei

1. Identificação do problema – identifica-se o problema que precisa de ser discutido e, eventualmente, resolvido através da produção de lei;

Onde/quem é que identifica os problemas?

Exemplos: debates na AR (exercendo a sua função política), petições populares (a partir de certo número de assinaturas), comunidade internacional (quer através de pressão, quer por PT fazer parte de certas comunidades), debates na sociedade, manifestações e greves, transposição de diretivas da UE, peso político, programas eleitorais, novas circunstâncias ou novos problemas (sejam exceções ou não), interesses mais ou menos setoriais representados (como ordens), lobbies, Administração Pública;

Esta fase é importante para se ter em conta a *occasio legis* no âmbito de interpretação ou de produção de lei – que permite entender de onde surgiu e o que motivou a produção de lei numa perspetiva objetivista e atualista. (ex. art.º 830/3 e art.º 410/3);

2. Definição do objeto – o que é que se quer legislar? Qual a abrangência e o âmbito?
3. Definição dos objetivos – para que é que se quer legislar?

Não se pode legislar bem sem saber para que é que se está a legislar e onde se quer chegar. A definição concreta dos objetivos é essencial para produzir uma boa legislação. Definir com clareza o objetivo para, depois, poder redigir a norma;

4. Avaliação legislativa *ex ante* – estudar os efeitos que as normas poderão vir a ter, ou seja, determinar qual será a produção de efeitos aplicando diversas;

Antes da aprovação das normas, é boa prática, na preparação da legislação, não ser apenas inspirado pelas próprias convicções, mas perceber qual o impacto possível e previsível das medidas que se estão a pôr em cima da mesa; permite, através das metodologias (análise económica do direito, sociologia jurídica) que procuram, tanto quanto possível, através da ciência metodológica, estudos, trabalhos, avaliar o resultado previsível de uma determinada norma;

Problema: faz-se muito pouco em Portugal: joga-se sempre muito na ligação com a urgência dos temas – esta urgência impede a cultura da avaliação legislativa *ex ante*. Não

precisa de estar dependente de um projeto legislativo em concreto. Avaliação *ex post*, por vezes, aparece prevista na legislação (ex.: “esta lei deve ser revista daqui a dois anos”);

5. Análise do quadro normativo vigente – como é que se vai legislar à luz do ordenamento jurídico vigente (e do direito comparado)?

Às vezes o problema não é a falta da legislação, mas sim de meios para aplicar a legislação. É preciso olhar para as leis existentes, analisá-las, perceber se há alguma coisa a fazer com a interpretação ou se efetivamente se deve alterar a lei. Estudo da legislação existente para perceber se os objetivos que se pretendem alcançar são atingidos por legislação ou por outras vias. Pode ser útil fazer-se comparação jurídica (“como é que outros países resolvem problemas deste tipo?”). Com esta avaliação, ainda se torna mais fácil e claro explicitar e perceber o objeto;

6. Inserção no ordenamento jurídico – determinar onde é que se vai inserir a matéria a legislar;

“Para estes objetivos, com este ordenamento jurídico vigente, com este objeto e com a avaliação legislativa, quero rever a Constituição/criar uma lei epidemiológica nova...”; Nunca é neutro, do ponto de vista técnico, fazer uma alteração, revogação, aditamento, criação de nova norma. É importante de ponto de vista político, pois pode querer-se dar certo impacto do ponto de vista social, trazendo para o centro do debate certas questões;

7. Redação do texto legal – existem leis para a redação de leis (como o código de boas práticas, a lei formulária, o manual da AR) e formas específicas de legislar para que as leis façam sentido dentro do sistema. A ciência que estuda estes processos é a legística e o Ministério da Justiça tem a função de guardião do processo legislativo, procurando assegurar a qualidade, clareza, racionalidade e coerência das leis;

Todos estes pontos estão muito interligados, pois muitas vezes só quando se chega ao ponto da redação se pode clarificar o objeto e definir concretamente os objetivos.

2. Legística

É a ciência que estuda a elaboração de atos normativos, tendo em vista a garantia da sua qualidade, racionalidade, clareza e coerência. Normalmente, distingue-se entre legística formal (redação da norma propriamente dita, muito importante na inserção sistemática e importante nos casos do direito transitório – pontos 6 e 7) e legística material (conceção dos atos normativos – pontos 2, 3, 4, 5 e 6).

Nota: o ponto 6 funciona como uma espécie de interseção entre a legística formal e a legística material.

Legística formal – inserção sistemática, simplicidade e clareza de redação (por exemplo, assegurar que não existe mais do que uma frase por artigo/número/alínea, porque cada uma deve expressar uma única ideia), clareza quanto à sucessão de leis etc. É de boa-prática legislativa realizar avaliações *ex post*, ou seja, avaliar os efeitos que as normas estão a ter passado algum tempo. Para além dos mecanismos de avaliação deveria existir ainda uma monitorização contínua para prevenir “catástrofes”.

Legística material – definir o objetivo, fazer um avaliar técnico *ex ante*, decidir o percurso legislativo (quem devemos ouvir? quem devemos consultar?).

Para as avaliações *ex ante* e *ex post* é fundamental definir bem os objetivos, para que seja mais fácil avaliar a eficácia e a qualidade das leis.

APLICAÇÃO DA LEI NO TEMPO

Quando uma lei nova (LN) aparece, há um conjunto de questões associadas – entrada em vigor, revogação de legislação anterior e aplicabilidade às situações em curso.

Entrada em vigor – período de *vacatio legis*, que ou é definido na própria lei ou é de 5 dias a contar da publicação da lei (prazo supletivo definido na lei formulária). Por exemplo, o CC entrou em vigor em julho de 1967, sendo aprovado em novembro de 1966. O período mínimo de *vacatio legis* é de 1 dia (ou seja, entra em vigor no dia seguinte ao da publicação) – com a exceção do Estado de Emergência, que entra em vigor no próprio dia.

Revogação de legislação anterior – depois de vigente, a lei pode revogar expressa ou tacitamente uma lei anterior (art.º 7 n.º 2 CC); ou seja, revogação pela declaração expressa de artigos, diplomas e códigos, ou através da regulação de toda a matéria anterior/ incompatibilidade de matérias reguladas.

Ter em atenção o valor hierárquico dos atos formais onde constam as normas (ou seja, uma lei do Parlamento não pode revogar a Constituição porque esse ato a viola, tornando-os inconstitucionais, como um regulamento não pode revogar uma lei ou um DL pois tem um valor hierárquico inferior) e aferir materialmente se há uma incompatibilidade entre aquelas normas (se houver, a norma posterior revoga a norma anterior, de forma expressa ou tácita). Se forem compatíveis, não há revogação.

Lei geral não revoga lei especial porque não são incompatíveis (isto é, são incompatíveis por se tratar de um regime especial).

O que acontece na resolução de casos concretos quando aparece uma lei nova que revoga a anterior? O caso geral é claro – aplicamos a lei nova assim que esta entrar em vigor. Mas podemos aplicar a lei nova a factos do passado? E se aparecerem novos factos que alteram a situação? E se a regulação de factos novos tiver dependente da situação original? Estes são alguns exemplos da problemática da aplicação da lei no tempo.

Aplicabilidade – saber se uma LN se aplica sempre e a todas as situações em curso ou se há uma lei antiga (LA) que ainda se pode aplicar.

Ao direito que trata destas situações de aplicabilidade da lei à realidade em curso chama-se “Direito Transitório”.

1. Direito transitório

O Direito Transitório são as normas que, em cada diploma, explicam qual dos diplomas deve ser utilizado, consoante a matéria. Pode-se dividir o direito transitório em dois tipos:

- Direito transitório formal – limita-se a explicar se se aplicar a LN ou a LA em determinadas situações:
 - Regime geral (subsidiário) dos art.º 12 e 13 CC;
 - Regimes específicos – exemplo do direito penal, onde se aplica sempre a lei mais favorável ao arguido (art.º 29 n.º 4 2ª parte CRP + art.º 2 n.º 4 CP) ou do direito processual, onde se aplica imediatamente a lei relativa à forma dos atos (art.º 142 n.º 1 CPC);
 - Regime especial dos prazos – art.º 297 CC;
- Direito transitório material – dispõe que, para determinados casos vindos do passado, a lei a aplicar não será a antiga nem a nova, mas sim uma norma distinta das duas (art.º 18 CC).

Estas normas transitórias têm por objetivo permitir a adaptação à mudança. Há um equilíbrio entre a confiança na estabilidade (princípio da confiança) e a adaptação do direito à situação temporal (não se pode simplesmente apresentar um novo diploma – os cidadãos já tinham uma expectativa legítima e precisam de um determinado tempo de adaptação).

E se a lei não tiver normas transitórias? Recorre-se aos art.º 12 e 13 CC – normas de conflito que seleccionam a norma aplicável (normas sobre normas).

Previsão da norma:

- Qual o objeto de conexão? Factos (que se esgotam naquele momento; ou duradouros, que configuram situações jurídicas), efeitos destes factos e situações jurídicas;
- Qual o elemento de conexão (o que liga à LN ou à LA)? – ocorrência do facto, existência ou não de determinada situação jurídica ou produção do efeito na vigência da lei antiga ou da lei nova.

Estatuição – seleção da norma competente para regular aquele facto, aquela situação jurídica ou aquele efeito jurídico – LN ou LA.

Art.º 12 CC – Aplicação das leis no tempo. Princípio geral

1 – A lei só dispõe para o futuro; ainda que, lhe seja atribuída eficácia retroativa, presume-se que ficam ressalvados os efeitos já produzidos pelos factos que a lei se destina a regular.

2 – Quando a lei dispõe sobre as condições de validade substancial ou formal de quaisquer factos ou sobre os seus efeitos, entende-se, em caso de dúvida, que só visa os factos novos; mas, quando dispuser diretamente sobre o conteúdo de certas relações jurídicas, abstraindo dos factos que lhes deram origem, entender-se-á que a lei abrange as próprias relações já constituídas, que subsistam à data da sua entrada em vigor.

Em princípio a lei só se aplica para o futuro e tem aplicabilidade imediata – à partida não há eficácia retroativa. Caso seja atribuída eficácia retroativa, a lei nova não se aplica a factos que já produziram efeitos, a fim de proteger a confiança jurídica (ex.: depois de um contrato estar realizado há 30 anos não se anula os seus efeitos porque a lei nova requeria uma forma especial). A retroatividade é uma coisa especial, e em princípio certas áreas do direito estão ressalvadas da sua aplicação – direito penal (não todos os casos), direito fiscal.

O número 2 deste artigo refere-se a situações/relações jurídicas.

Art.º 13 CC – Aplicação das leis no tempo. Leis interpretativas

1 – A lei interpretativa integra-se na lei interpretada, ficando salvos, porém, os efeitos já produzidos pelo cumprimento da obrigação, por sentença passada em julgado, por transação, ainda que não homologada, ou por atos de análoga natureza.

2 – A desistência e a confissão não homologadas pelo tribunal podem ser revogadas pelo desistente ou confitente a quem a lei interpretativa for favorável.

O art.º 13 destina-se a definir o regime geral da retroatividade na aplicação de leis interpretativas, assumindo-se que a interpretação definida por lei interpretativa deverá ser aquela desde o momento de publicação da lei. Norma inversa à anterior – uma lei interpretativa integra-se na lei interpretada, logo tem eficácia retroativa.

As exceções à retroatividade da lei interpretativa estão definidas na segunda parte do n° 1 e no n° 2. Pretendem salvaguardar “efeitos já produzidos pelo cumprimento da obrigação, por sentença passada em julgado, por transação, ainda que não homologada, ou por atos de análoga natureza” e a “desistência e a confissão não homologadas pelo tribunal podem ser revogadas pelo desistente ou confitente a quem a lei interpretativa for favorável” – ou seja, as exceções da lei penal, que deve ser sempre utilizada de forma favorável ao réu.

E se a lei interpretativa não for verdadeiramente interpretativa, mas sim inovadora? A doutrina majoritária é que a lei interpretativa deverá ser a do 13/1, mesmo que o legislador se exceda um pouco.

2. Princípio da não retroatividade da LN

No nosso ordenamento jurídico existe este princípio de que a LN não deve ter efeitos retroativos. Esta regra geral surge em proteção do princípio da confiança jurídica, e pretende assegurar a proteção das expectativas dos indivíduos.

Comporta exceções: lei interpretativa, regimes específicos de Direito Transitório Formal, previsão legal, desde que contida dentro da margem de constitucionalidade.

Limite à previsão de retroatividade de LN – DLG; lei criadora de impostos (CRP assim o diz); respeito pelo caso julgado (exceto lei mais favorável penal, contraordenacional, disciplinar – analogia do art.º 282 n° 3, primeira parte); lei incriminatória e competência de tribunais criminais (matérias sensíveis que implicam a perda de direitos). Poderia ficar a dúvida sobre se o legislador estaria a interferir em casos concretos em curso ao alterar a competência dos tribunais) – ver art.º 18 n° 3; 19 n° 6; 29 n° 1; 32 n° 9 e 103 n° 3 CRP.

Nota: quando há lei interpretativa com conteúdo inovador, pode-se fazer um raciocínio defendido pela doutrina que é – o legislador, ao classificá-la como interpretativa, quis que ela fosse à partida retroativa, desde que essa lei cumpra os limites à retroatividade impostos constitucionalmente;

Níveis de Retroatividade:

- Retroatividade ordinária – respeita efeitos já produzidos antes da entrada em vigor da nova lei (art.º 12 n° 1, 1ª parte CC);
- Retroatividade agravada – abrange alguns efeitos já produzidos (art.º 283 n° 3 CRP; art.º 13 CC, lei interpretativa); influencia factos passados, mas não abrange todas as áreas;
- Retroatividade quase extrema – tem impacto em quando tudo, só respeita o caso julgado (art.º 282 n° 3 CRP; art.º 2 CP);

- Retroatividade extrema – não respeita o caso julgado, só é admitida nos casos de exceção (lei penal mais favorável ao agente) – art.º 282 n.º 3 CRP.

3. Princípio da aplicação imediata da LN

A lei nova tem eficácia imediata e para o futuro, aplicando-se a todas as situações jurídicas que se podem subsumir à norma. Mais uma vez, este princípio geral comporta algumas exceções e limites:

- Exceções: sobrevivência da lei antiga decorrente, previsão legal específica, art.º 12 n.º 2, 1ª parte CC – regras relativas a condições de validade formal ou substancial de factos ou seus efeitos desde que intimamente ligados/modelados pelo título constitutivo.

Qual é o objetivo destas exceções à regra? Bem, por vezes a aplicação imediata de uma lei nova implicaria certos efeitos que não eram previstos na lei antiga, o que seria considerado uma violação ao princípio da confiança jurídica porque as relações jurídicas tinham sido constituídas com base em convicções confirmadas pelo antigo ordenamento jurídico.

Art.º 297 CC – Alteração de prazos

1 – A lei que estabelecer, para qualquer efeito, um prazo mais curto do que o fixado na lei anterior é também aplicável aos prazos que já estiverem em curso, mas o prazo só se conta a partir da entrada em vigor da nova lei, a não ser que, segundo a lei antiga, falte menos tempo para o prazo se completar.

2 – A lei que fixar um prazo mais longo é igualmente aplicável aos prazos que já estejam em curso, mas computar-se-á neles todo o tempo decorrido desde o seu momento inicial.

3 – A doutrina dos números anteriores é extensiva, na parte aplicável, aos prazos fixados pelos tribunais ou por qualquer autoridade.

Este artigo refere-se aos prazos fixados por lei que são alterados por uma lei nova. Ou seja, fixa o regime transitório forma subsidiário para normas que tratem prazos.

O n.º 1 explica que, caso a lei nova estabeleça um prazo mais curto que a lei antiga, se deve aplicar o novo prazo – mas que este deve ser contado a partir da entrada em vigor da lei nova

(a não ser que a lei antiga o faça terminar mais cedo, caso em que deverá utilizar-se o prazo antigo).

O nº 2 destina-se às situações em que o novo prazo é mais longo que o prazo antigo, em que se deve aplicar o prazo novo – mas que se deve contar a partir do momento original (ou seja, se já tivessem passado 15 de 30 dias no momento em que uma nova lei estabelece um prazo de 45, continuam a ter passado 15 dias – mas passam a ser 15 de 45).

O nº 3 indica que é extensível aos prazos aplicáveis por qualquer tribunal ou autoridade.

Estas disposições não se aplicam a prazos fixados pelas partes numa relação jurídica (ver o elemento sistemático, o local onde o art.º 297 está inserido dentro do Código Civil).

Em síntese:

- Direito transitório formal especial sobre alteração de prazos;
- Aplica-se apenas a prazos em curso quando a lei nova entra em vigor;
- Não se aplica a prazos acordados pelas partes nem a prazos supletivos;
- Aplica-se aos prazos injuntivos. Contudo, se prazo mais curto for neutro em relação a qualquer das partes, então aplica-se a lei nova – art.º 12 nº 1, 1ª parte – jurisprudência ex. divórcio;
- Se a lei nova estabelece prazo mais curto:
 - A lei nova é imediatamente aplicável;
 - O prazo conta-se a partir da entrada em vigor da lei;
 - A menos que de acordo com lei antiga já faltasse menos prazo, corre então apenas o remanescente;
 - Se o prazo da lei antiga terminar antes, já não se aplica a lei nova;
- Se a lei nova estabelece prazo mais longo:
 - Aplica-se imediatamente;
 - Conta-se o tempo já decorrido.

Hipótese 1: em janeiro de 2020, A e B celebram um contrato promessa de compra e venda de venda de um automóvel de coleção. B pagou o sinal e ficou de entregar o remanescente com a assinatura da declaração de venda, três meses depois. De acordo com a lei vigente no momento da celebração do contrato, se nada for referido em contrário, o sinal vale como afastamento da execução específica. Imagine que, antes da celebração do contrato definitivo, é aprovada uma lei segundo a qual a existência de sinal não significa, por si só, que as partes tenham querido afastar a execução específica.

A muda de ideias e decide que não quer mais vender o automóvel. Pretende devolver o sinal recebido a B e dar o assunto como encerrado. B não se conforma e quer recorrer a tribunal e executar especificamente o contrato.

Quid juris?

- A e B celebram contrato ao abrigo da LA (diz que sinal = não execução específica – norma supletiva, presume-se que quando há sinal as partes querem afastar a execução específica) logo A, ao abrigo da LA, para sair do contrato, teria de (“pode”) devolver o sinal em dobro e poderia ficar com o automóvel;
- LN – sinal não afasta só por si a execução específica – de acordo com a LN, B pode pedir a execução específica do contrato-promessa e ficar com o automóvel;
- Como aplicar por art.º 12 n.º 2?
- As partes poderiam ter dito, no momento da celebração do contrato, que o sinal não afasta a execução específica, por exemplo (afastando o regime supletivo);
- Aplica-se a primeira parte do n.º 2, porque falamos do regime de cumprimento e incumprimento do contrato (aquilo que as partes se vinculam está ligado ao momento de realização do contrato, aplicando ou não o regime supletivo ao contrato). A matéria de cumprimento e incumprimento relaciona-se com o momento da celebração do contrato – estes efeitos não estão desligados do momento que deu origem ao contrato – tutela da confiança.

Hipótese 2: Imagine que para a situação X a lei antiga estabelece um prazo de prescrição de 6 meses e que a lei nova estabelece um prazo de 2 anos.

a) Quanto a lei nova entrou em vigor, tinham decorrido 7 anos. Quando prescreve o direito?

b) E se tiverem passados apenas 4 meses?

Imagine agora que para a mesma situação a lei antiga estabelecia um prazo de 3 anos e a lei nova encurtou para 1 ano.

Quando a lei nova entrou em vigor, tinham decorrido 2 anos e meio.

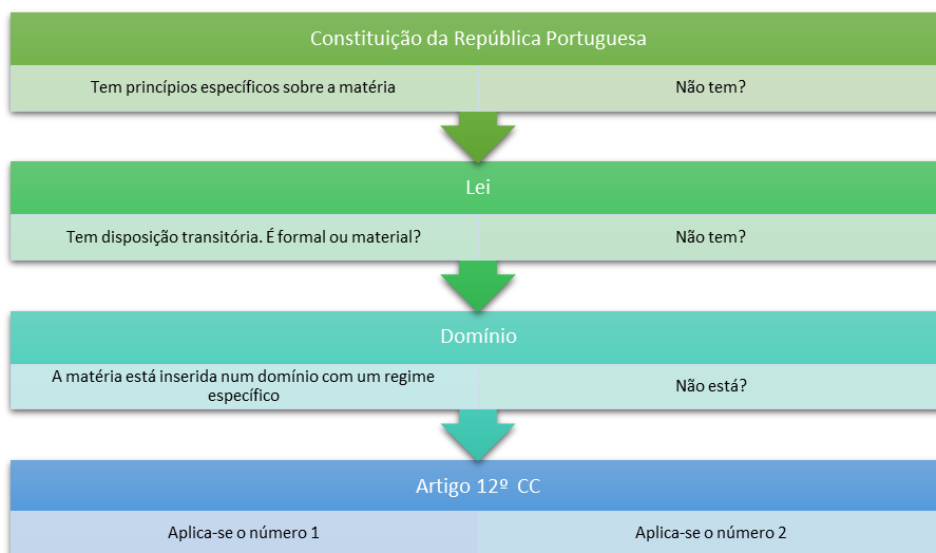
c) O titular do direito ainda tem prazo para exercer o seu direito? Qual?

- a) Art.º 297 n.º 2 – prazo mais longo. Está fora da aplicação da lei, já tinham decorrido 7 anos, prazo já estava prescrito;
- b) Aplica-se a Lei Nova, subtraindo o que já tinha passado à luz da lei antiga – 2 anos menos 4 meses – 20 meses;

- c) Sendo um prazo mais curto, aplica-se o n.º 1 do art.º 297.º. Neste caso, faltam 6 meses. Aplica-se a lei nova, mas aplica-se o prazo da lei antiga.

4. Esquema da aplicação da lei no tempo – prof. João Bernardo

A lei nova é retroativa?



1. CRP – dá alguns princípios que não podem ser ultrapassados aquando da aplicação da lei no tempo (art.º 29 – em que domínios é proibida a retroatividade; art.º 104 não são aplicados impostos retroativamente), o que consiste num limite à retroatividade. Se a CRP limitar a retroatividade na matéria em causa, sabe-se que a lei nova não pode ser retroativa. Mas e se a CRP não dispuser nada sobre a matéria em causa? Passa-se a observar a lei;
2. Lei – tem disposições transitórias? Diz qual é a lei que será aplicável?
 - Disposições transitórias formais – quando se olha para lei e esta diz qual a lei aplicável diretamente naquelas situações; remete para outros diplomas – art.º 9 CC (antes);
 - Disposições transitórias materiais – as que dizem que em determinadas situações o que vai acontecer é isto – cria um regime jurídico que regula aquela situação – art.º 20 (antes);
 - Ou então não tem disposições transitórias, quer por lapso, quer por vontade do legislador;

3. Caso não haja nenhuma disposição deve-se olhar de novo para a matéria legislada, procurando identificar o domínio em que se insere – porque certos domínios (ramos do direito) têm regimes específicos de aplicação temporal:

- Direito Penal – art.º 2 CP;
- Direito Processual;
- Direito Fiscal;

Não havendo nenhum regime específico no domínio em que a matéria em análise se insere procede-se para o direito transitório subsidiário;

4. A aplicação do direito transitório subsidiário rege-se por dois princípios gerais: a não retroatividade da lei nova e a aplicação imediata da lei nova;

Porque a lei nova tem aplicação imediata, aplica-se desde o momento em que entra em vigor e para o futuro (art.º 12/1 1ª parte) – presumindo-se que os efeitos já produzidos nas matérias que a LN vem regular não são afetados (art.º 12/1 2ª parte);

Ou seja, se não há normas especiais no ponto 3, então olha-se para o art.º 12 CC – é um artigo completo e não se encontra nada:

- Art.º 12 n.º 1: princípio geral, a lei não regula nada para trás; efeitos da retroatividade da lei, se for atribuída eficácia retroativa, presume-se que os factos que aconteceram no passado não são afetados por lei nova:
 - 1º Teoria dos direitos adquiridos (Savigny) – aos direitos adquiridos aplica-se a lei passada que os atribuiu, expectativas jurídicas são reguladas por lei nova – insuficiente;
 - 2ª Teoria dos Factos Passados – tudo o que for facto passado é lei antiga, facto novo é lei nova – insuficiente;
 - 3ª Teoria da relação facto-efeito – artigoº 12º 2 CC – é preciso distinguir os factos dos efeitos jurídicos, as condições de validade de existência e eficácia de situações jurídicas será regulada por lei antiga; todas as outras aplicar-se-á a lei nova;
- Art.º 12 n.º 2:
 - 1ª parte: se a lei nova dispuser sobre as condições de validade formal e substancial de factos ou dos seus efeitos, só se aplica a factos novos. Ou seja, para factos antigos, porque a lei nova alterou a validade formal ou substancial, ou porque a lei nova alterou os efeitos por eles produzidos, aplica-se a Lei Antiga.
 - 2ª parte: se a lei nova dispuser sobre o conteúdo de relações jurídicas, mas se abstrair dos factos jurídicos que deram origem a esta relação jurídica em primeiro lugar (factos constitutivos), entende-se que a lei

nova pode abranger as relações jurídicas já constituídas. Ou seja, se a Lei Nova dispuser sobre as relações jurídicas, mas não implicar com os factos que têm uma relação umbilical com esta, pode-se aplicar a Lei Nova (ex. se a LN dispuser sobre novas causas de divórcio, apesar de se referir a casamentos já realizados, não implica com a noção do casamento).

Em suma:

- Lei Antiga – validade substancial e forma; quando não se consegue individualizar o facto do acontecimento jurídico, quando não é abstrato;
- Lei Nova – factos posteriores; quando a lei nova se abstrai dos factos jurídicos que têm uma relação umbilical com a relação jurídica, quando é abstrato.

APLICAÇÃO DA LEI NO ESPAÇO

Um tribunal português pode aplicar lei estrangeira. Se o fizer, deve interpretá-la e aplicá-la à luz do ordenamento em que se insere – princípio do reconhecimento do direito estrangeiro.

Este princípio geral tem por objetivo reconhecer as leis de outros países como válidas em caso de conflito na aplicação da lei no espaço. Na prática isto significa que o nosso ordenamento jurídico reconhece outros ordenamentos jurídicos e que os nossos tribunais têm a competência para aplicar a lei deles caso seja necessário – sendo que o deverá fazer seguindo as regras interpretativas e de aplicação do ordenamento jurídico estrangeiro, apesar de ser um tribunal português.

Normas de conflito – art.º 25 e seguintes do CC; estas normas pretendem definir conceitos e determinar modos de proceder em caso de conflito entre normas/ordenamentos.

O critério para a escolha da lei aplicável é sempre nacional, o que pode gerar confusões quando ordenamentos jurídicos distintos se vêm envolvidos no mesmo caso e têm normas incompatíveis (por exemplo se o nosso ordenamento indicasse que no conflito X deveríamos usar a lei espanhola, a lei espanhola diz que para esse conflito deveríamos usar a lei da UE e a lei da UE remete para a lei portuguesa, criando um círculo difícil de resolver). No geral, as normas de Direito Internacional Privado são indiretas e de conexão.

Haverá limites à aplicação do direito estrangeiro no ordenamento jurídico português?

- Art.º 22 CC – Ordem pública internacional: não são aplicadas leis estrangeiras quando esta aplicação ofender os princípios fundamentais do Estado Português (CRP) e da ordem pública internacional.

NOTAS FINAIS

Esta sebenta foi feita com o auxílio de apontamentos de alguns colegas e das aulas, bem como com recurso à bibliografia recomendada pelos professores.

Bibliografia principal:

- Ascensão, José de Oliveira, *O Direito. Introdução e Teoria Geral*, 13.^a edição, Almedina, Coimbra, 2019;
- Hespanha, António Manuel, *O Caleidoscópio do Direito. O Direito e a Justiça nos dias e no mundo de hoje*, 2.^a edição reelaborada, Almedina, Coimbra, 2019;
- Machado, João Baptista, *Introdução do Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, Almedina, Coimbra, 1987 (25.^a reimpressão 2018);
- Sousa, Miguel Teixeira de, *Introdução ao Direito*, Almedina, Coimbra, 2018 (reimpressão 2021);
- Canaris, Claus-Wilhelm, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, 3.^a edição, Fundação Calouste-Gulbenkian, Lisboa, 2002.